BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XX
G
7
NAPOLI

XX
G.
8
9
7

Digitized by Google

Digitized by Google

NOVUS
THESAURUS
JURIS CIVILIS ET CANONICI,
CONTINENS

VARIA ET RARISSIMA

OPTIMORUM INTERPRETUM,

INPRIMIS

HISPANORUM ET GALLORUM,

OPERA,

Tam Edita antehac, quam Inedita,

IN QUIBUS UTRUMQUE JUS EMENDATUR, EXPLICATUR, ATQUE EX HUMANIORIBUS LITERIS, ANTIQUITATIBUS, ET VETERIS ÆVI MONUMENTIS ILLUSTRATUR.

EX COLLECTIONE ET MUSEO

GERARDI MEERMAN,

JCTI., ET REIPUBLICÆ ROTERODAMENSIS SYNDICI.

TOMUS SEPTIMUS
ET ULTIMUS.



HAGÆ-COMITUM,
APUD PETRUM DE HONDT,
MDCCLIII.

Digitized by Google

LECTORI BENEVOLO

S. P. D.

GERARDUS MEERMAN.

Quemadmodum duo præcedentes Tomi complexi ſunt FRANC. RAMOS DEL MANZANO & JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES Opera legalia antehac edita, ita hoc ſeptimo ultimoque Volumine exhibemus Tibi eorundem *Tractatus Academicos*, quos reperire potuimus omnes, ad apographa quam diligentiſſime excuſos; innumeris tamen in locis, qui exſcriptorum imperitia miſerrime depravati, ſæpiſſime etiam lectu difficillimi erant, emendatos, qua in re multum operæ inſumſit juvenis doctus, qui correctioni præfuit, cujusque nomen adponerem, niſi id tum ipſius modeſtia vetaret, tum etiam parum gloriæ ex ingratiſſimo hoc labore ipſi acceſſurum crederem. Cæterum Celeb. RAMI *Prælectiones* quod ſpectat, harum pleraſque nactus ſum dono Viri Conſultiſſimi CORNELII HENRICI DE WAEL, cauſarum patroni apud Haganos celeberrimi, quæ ipſæ ex Ill. EHRENCRONII, Sereniſſ. Daniæ Regis ad Regem Catholicum Ablegati, Bibliotheca, Hagæ Comitum A°. MDCCXVIII. diſtracta, provenerant, & a JO. LUCA CORTESIO, Viro doctiſſimo RAMIQUE diſcipulo, magnam partem exaratæ dicuntur. Deinde vir Celeb. GREGORIUS MAJANSIUS nonnullos JCti noſtri *Tractatus* ad me ex Hiſpania miſit, partim duplicatos, (qui ad correctionem ſæpe uſui venere) partim etiam tales, quorum mihi copia nondum erat. Atque hiſce omnibus tanti Viri monumentis fruſtrare Literatum Orbem noluimus, quum multa egregia parumque obvia contineant; etiamſi fatendum ſit, quibusdam ultimam manum haud impoſuiſſe Auctorem. Duo tamen Opuſcula, a nobis promiſſa licet, conſulto ſuppreſſimus, unum *de Legato rei alienæ*, alterumque *de actionum concurſu*, quæ licet RAMI nomen præferant, poſt adcuratius examen tanto JCto adjudicare vix poſſumus; quum nil niſi meras legum antinomias earumque conciliationes contineant, breviſſime tractatas, nulloque ordine diſpoſitas; ut adeo a diſcipulo quodam ex ipſis RAMI prælectionibus in privatos uſus excerpta videantur. RETESII Prælectiones, quæ elegantiſſimæ ſunt, uti omnia politiſſimi hujus JCti ſcripta, acceptas refero eidem Viro Clariſſimo, cujus humanitatem toties expertus ſum, GREGORIO MAJANSIO, nonnullæque earum ab hujus avo materno JOANNE SISCAR, RETESII auditore & admiratore, exceptæ & conſcriptæ erant. Acceſſerunt vero hac in parte, poſt *Conſpectum* hujuſce Collectionis jam emiſſum, nova etiam ſubſidia, videl. *Prælectiones* JCti noſtri *ad l.* 83. *D. de verb. oblig.* item *de dividuis & individuis obligationibus*, & *de fideicommiſſis perpetuo familiæ relictis*, quæ ex Libris D. ALVAREZ DE ABREU, Sereniſſ. Hiſpaniarum Regi a ſupremo Indiarum Conſilio & Camera, provenere. Atque hoſce omnes *Tractatus* excipit Doctoris NIETO, Anteceſſoris Salmanticenſis, *Relectio Academica de Prælegatis*, bene docta, verum cujus Auctor adeo obſcurus, ut ne quidem prænomen ejus notum ſit, quippe in quod fruſtra Valentiæ, Compluti, Vallifoleti, & Salmanticæ inquiſitum fuiſſe MAJANSIUS, qui eam transmiſit, adſeveravit.

De *Specimine* meo *Animadverſionum Criticarum in Caji JCti Inſtitutiones*, quod primum A°. MDCCXLIII. in 8°. lucem adſpexit, hic vero ad auctiorem editionem, (quæ A°. MDCCXLVII. dum Pariſiis eſſem, ea in urbe apud Bibliopolam MERIGOT, typis SEBASTIANI JORRY, prodiit) recuſum datur, neceſſe non eſt, ut in præſenti verba faciam, quum inſtituti mei rationes copioſe expoſuerim in *Præfatione*, huic lucubratiunculæ præmiſſa. Indulgendum vero fuit amicorum quorundam precibus, qui de ſumma raritate hujus juvenilis Opuſculi, cujus pauciſſima exemplaria, nonnulla in membranis, deſcripta fuere, conqueſti, ejus ſibi copiam fieri in hoc *Theſauro* expetiverunt.

Sequuntur JULII PAULI *ſententiarum receptarum ad filium libri quinque*, *cum Notis* PETRI FABRI *JCti Sanjoriani*, *& in Senatu Toloſano Præſidis*, *ejusdemque Obſervationibus in Notas* JACOBI CUJACII *in easdem* PAULI *ſententias*, nunc primum editis. Has vero *Notas* humanitati debeo Viri Celeberrimi, & Anteceſſoris Cervarienſis digniſſimi, JOSEPHI FINESTRESII, qui eas deſcribi curavit ex exemplo *Operum Juridicorum* JACOBI CUJACII cum variis P. FABRI Adnotationibus manuſcriptis, quo olim uſus fuit Cl. FABROTUS in editione Operum JAC. CUJACII (vid. *Præfat.* ante *Paratitla* ſummi Viri *in Cod.* licet nullas FABRI Notulas, niſi ad ſola hæc *Paratitla* ediderit) quodque deinceps pervenit ad MICHAELEM GONSER, Academiæ Cervarienſis Gymnaſiarcham, Virum doctiſſimum, cujus *Tractatus de Jure Aſylorum* penes me eſt ineditum, ſed luce publica dignum. Cæterum hæ Notæ duplici ſigno diſtinctæ ſunt, nempe PETR. FAB. & V. C. quod Cl. FINESTRESIO in *Præfat. ad Jurisprud. Ante-Juſt.* ſuſpicandi occaſionem præbuit, notulas ſiglis V. C. inſignitas forte auctorem habere VINCENTIUM CABOTIUM, qui in patriam Toloſam enitente Senatus Præſide PETRO FABRO fuit revocatus, ut in celebri illa Academia jus utrumque doceret. Deinde tamen Vir Clariſſ. in Literis ad me datis poſtrid. Kal. Decemb. MDCCXLIX. mutavit ſententiam, atque re bene perſpecta utrasque Adnotationes ipſius PETRI FABRI eſſe non dubitavit, tum quia haud ſemel in illis ſub eodem ſegmento conjunguntur PET. FAB. & V. C. tum quia in quibusdam, ubi ſola V. C. ſubjiciuntur, refert ſe *Notarum* Auctor ad ea, quæ ſcripſerat ad *caput* aliquod *Tit. de Reg. Jur.* vel

in

in *libris Semeſtrium*, quæ manifeſto probant eſſe ejusdem Pet. Fabri; adeoque ſingularibus illis literis potius *Vir Clariſſimus* ſignificari credidit. Quidquid ſit, Animadverſiones haſce Eruditis haud ingratas fore ſperandi locus eſt, quum nonnulla bonæ frugis contineant, tametſi paulo breviores ſint. De vita Petri Fabri vero conſulendi ſunt Denis Simon *dans ſa Bibliotheque Hiſtorique des Auteurs de Droit*, *Tom.* I. *pag.* 129. & Ant. Terrasson *dans ſon Hiſtoire de la Juriſprudence Romaine*, *Part.* IV. §. 9. *pag.* 470. Pancula etiam *adnotata* ad Paulum ipſe adjeci, quæ margini exemplaris *Juriſprudentiæ Ante Juſtinianeæ*, a Cl. Schultingio editæ adſcripſeram, quæque maximam partem adlegationes continent meliorum Interpretum, qui in Libris ſuis loca quædam Pauli JCti illuſtrarunt, unde forſan uſui eſſe poterunt Juris ſtudioſis, vel novo cuivis Editori; quod ſi luce parum dignæ judicentur, pro non ſcriptis ut habeantur, per me licet. Contextum vero Pauli inprimi curavi juxta laudatam Schultingii Editionem, utpote reliquis emendatiorem; etſi in eo non pauca corrigi potuiſſent ex Codicibus, quos vidi, Mſſ. uno Bibliothecæ Lugduno-Batavæ, alteroque Viri Ampliſſimi Joannis van Nispen, ſupremæ Curiæ Senatoris, itemque ex Editione principe Alm. Bouchardi, Pariſiis apud Petrum Vidoveum MDXXV. in 4°. excuſa, quam adſervo, Cl. Schultingio inviſa. Hæc vero conſerre hominis eſt otioſi, non autem publicis negotiis, quæ in poſterum magis magisque me ſibi habebunt mancipatum, diſtracti.

Succedunt *Tituli ex Corpore* Domitii Ulpiani XXIX. *cum Notis* laudati Petri Fabri, *ejusdemque Obſervationibus in Notas* Jacobi Cujacii *ad eosdem* Ulpiani *Titulos*. Haſce vero *Notas* jam publicavit Cl. Finestresius in ſua editione *Juriſprudentiæ Ante-Juſtinianeæ*, impreſſa Cervariæ typis Academicis apud Emmanuelem Ibarra A°. MDCCXLIV. in 12°. ex eodem, cujus modo memini, Cujacii *Operum* exemplo; ſed ob raritatem illius editionis Hiſpanicæ noſtris in oris, piaculum fuiſſet eas hic omittere, præſertim quum prolixiores majorisque momenti ſint, quam ad Pauli *Sententias* animadverſiunculæ. Utque huic repetitæ editioni novum ornamentum accederet, non modo varia ſphalmata, quæ in priorem irrepſerant, ſublata ſunt, ſed & Græcorum Auctorum loca, quæ Petrus Faber adſcripſerat, typi vero Cervarienſes ἑλληνικῶς exprimere non potuere, originali lingua ſuis locis inſerta. Varias quoque *Adnotationes* meas hic illic adpoſui, quas adoleſcens admodum, plenaque pubertate vix adimpleta, duodecennio abhinc chartis mandaveram. In animum ſiquidem induxeram meum, integros elaborare *Commentarios ad* Ulpiani *Fragmenta*, in quibus multa deprehendebam accuratiori examine digna, & ab aliis Interpretibus vel plane non vel non ſatis pro dignitate illuſtrata; ſed ab hoc propoſito, poſtquam vix priorem titulum abſolviſſem, aliæ me deinde occupationes abſtraxerunt; unde hæ noſtræ *Obſervationes ad Tit.* 1. quidem, paucisque aliis locis de induſtria ſcriptæ, in ſequentibus vero tumultuariæ ſunt, & Lectorem unice ad celebriores quosdam Interpretes, quorum opiniones ſub examen revocare decreveram, remittunt; quare alii jam debita cum cura hæcce perpendendi lubentiſſime mandabo provinciam. Et tamen haſce quales quales *Animadverſiones* ut domi premerem, a me impetrare non potui, utpote in quibus nonnulla tradidi, quæ legiſſe forte juris ſtudioſos haud pœnitebit, ut puta circa collationem *dicti Tit.* 1. Fragmenti *Ulpianei*, cum Fragmento a Dositheo Grammatico ad poſteros tranſmiſſo; porro *ad* §. 1. *&* 1. A. *ejusd. tit.* de ficto Legis Cinciæ capite ſecundo; *ad* §. 10. de vera ætate Legis Juniæ Norbanæ; *ad* §. 16. de diſtinctione dominii utriusque, in bonis, & ex Jure Quiritium, deque origine & progreſſu juris circa hoc diſcrimen; *ad Tit.* ix. de natura conventionis in manum coemptione, ubi & emendationem propoſui inſignis loci apud Boethium *Lib.* II. *Comm. in Top.* Cic. *pag.* 779. &c. Utinam vero tam felici mihi eſſe contigiſſet, ut publico largiri potuiſſem incomparabilis Viri Petri Pithoei & alterius Anonymi *Notas Mſſ. ad* Ulpiani *Titulos ex editione* Jac. Cujacii, quæ memorantur in *Catalogo Operum Pithœanorum* (quem Jo. Boivin ejus *vitæ atque Elogiis*, Pariſiis apud Franc. Jouenne MDCCXVI. in 4°. editis ſubjecit) *pag.* 88. quæque deinceps pervenere ad Petr. Pithoei pronepotem Claudium le Pelletier, Regni Galliæ adminiſtrum, cui cum aliis Obſervationibus Pithoei Mſſ. Franc. Desmare's hæc vendiderat. Sed hac in parte fortuna æque parum mihi propitia fuit, atque olim Celeb. Schultingio; qui enim haſce in præſenti adſervat Ill. Præſes Ludovicus Pelleterius, & per Doctiſſ. Capperonerium & per me ipſum literis in id compellatus, in Bibliotheca ſua Pariſiis eas invenire non potuit, excurrendi vero in prædium ſuum in Britannia ſitum, ubi eas certo certius inter alias Pithoei reliquias in angulo quodam latere arbitratus eſt, occaſionem non habuit. Contextum autem Ulpiani pariter exhibui ad Editionem Celeb. Schultingii, plerisque tamen in locis emendatum ad Cod. Mſ. Steph. Auredani, quem expreſſit altera Lud. Charondæ Editio Pariſienſis Anni MDLXXVIII. quam nimis ſero poſt abſolutum fere typis Ulpianum viderat laudatiſſimus Schultingius: ſedulo tamen operam navavi, ut emendationum, quas in contextum recepi, Lectorem certiorem facerem.

Proximum locum tenet Gabrielis Catiani *de eo, quod intereſt*, *Syntagma*, editum olim Lugduni apud Seb. Gryphium MDXLII. in 4°. Auctor, patria Brixianus, celeberrimi JCti Andreæ Alciati diſcipulus fuit, & a Præceptore ſuo in amicitiam ſimul & familiaritatem adlectus, uti ex hujus *Epiſtola* commendatoria ad Seb. Gryphium Operi præmiſſa liquet. Fuit vero Catianus juris ac literarum humaniorum, Græcæque lin-

guæ

gnæ cognitione conſpicuus, inque hac lucubratiuncula, quæ uti ſub initium naſcentia Juriſprudentiæ ſcripta, ita eo magis Auctori ſuo laudi eſt, varias veterum Gloſſatorum ſententias profligat, novasque legum ad hanc materiam pertinentium explicationes tradit, univerſum porro argumentum juſto ac debito ordine tractat; tametſi quoad diviſionem *τῦ intereſſe* in *Cap.* IV. vulgari Doctorum opinioni adhæreat, quam primus GABRIEL DE GAST in *Comm. ad Tit. C. de Sent. quæ pro eo, quod inter. profer.* (*Tom.* VI. hujus *Theſauri*) refutavit.

Hoc excipiunt M. TATII ALPINI *ad* WOLPHGANGUM HUNGERUM *Epiſtola de furto per lancem & licium concepto*, edita quondam Baſileæ MDXLV. in 4°. & a JOANNE VAN DE WATER ad calcem ſuæ *Inſtitutionum* editionis recuſa; item VITI AMERPACHII *ad* ANDR. ALCIATUM *Epiſtola* ejusdem argumenti, *ſub cujus initium obiter etiam oſtenditur; quid ſignificare videatur* JUSTINIANUS *per aquam profluentem in Tit. de Rer. Diviſ.* excuſa pariter Baſileæ per JOANNEM OPORINUM, Anno ſalutis humanæ MDXLIX. menſe Aprili, in 8°. quam ad exemplar, quod in Bibliotheca publica Baſilienſi exſtat, deſcriptam ad me miſit Vir Celeb. JO. RUDOLPH ISELIUS, JCtus & in ea Univerſitate Anteceſſor. In priori Epiſtola ALPINUS, ut notum eſt, abſonam illam & ridiculam ſententiam fovit, commiſſa per lancem & licium furta fuiſſe a ſacrorum miniſtris, qui licio amicti ſtipem ad ſacrificia peragenda colligebant, eamque clam ſubſurabantur; quam conjecturam ab Ampliſſ. WATERO *lib.* 2. *obſerv. cap.* I. & ABR. WIELINGIO in *diatr. de furt. per lanc. & lic. conc. cap.* 2. §. 2. merito exploſam ex profeſſo refutandam ſibi ſumſit noſter AMERPACHIUS, TATII alioquin amicus & hoſpitii jure eum eodem conjunctus, ſimulque ANDR. ALCIATI opinioni *lib.* 5. *parerg. cap.* 8. adſtipulatur, qui modum furti per lancem & licium hac ratione explicat; quod is, qui rem furtivam in ædibus alienis perquirebat, licio ſeſe præcingeret, lancemque oculis objiceret, ne qua ex parte matremfamilias mulieresve conſpicari poſſet: & hic tamen nullam inter *quæſitum* furtum & *conceptum* diſtinctionem adhibuiſſe videtur; ſed in re incerta & obſcura conjecturis indulgere nec lubet nec vacat.

Sequitur *ad Leg. Imperium D. de juriſdict.* D. GUILLELMI BARCLAJI JCti *Commentarius*, cui accedunt *ad ſex priores leges ejusdem tituli* JO. MATTHÆI MAGNI JCti *Prælectiones*; quæ curante eorum diſcipulo MAURICIO CALLOËT, Armorico, junctim prodiere Andegavi apud ANTONIUM HERNAULT, Typographum Regium A°. MDCIV. in 8°. perſpicue vero nec indocte conſcriptæ ſunt; tametſi ſuper hoc argumento alia exſtent Doctorum Virorum ſcripta multo magis elaborata, ut in *Præfat. Tom.* II. hujus *Theſauri pag.* 3. *& ſeq.* dixi. Hunc vero libellum rariſſimum una cum duobus ſequentibus ex Bibliotheca Pruſtelliana, quæ Aureliæ eſt, uſibus meis perquam humaniter conceſſit illius Præfectus Vir Rever. LUDOVICUS FABRE, Ordinis Benedictini Monachus. De GUILLELMO BARCLAJO, magni CUJACII auditore, & Anteceſſore Andegavenſi ejusque ſcriptis videndi Rev. NICERON *Tom.* XVII. *des Memoires pour ſervir a l'Hiſtoire des Hommes illuſtres pag.* 277. *ſeq.* aliique auctores ab Ampl. OTTONE in *Præfat. Tom.* III. *Theſ. Jur. Rom. pag.* 54. laudati, qui tamen nullam hujus Opuſculi mentionem fecere. De JO. MATTHÆO MAGNO autem, cujus *Libros duos rationum & differentiarum juris* jam recuſos dedimus, conſule *Addenda ad Præfat. Tomi* III. quæ hancce *Præfat.* excipiunt.

Tranſeo ad FRANCISCI (vel potius FLAVII FRANCISCI) DE HAUTESERE A SALVAIZON *Exercitationes ad Tit. Decretal. de ætate, qualitate & ordine præficiendorum*, excuſas antea Lutetiæ Pariſiorum apud PETRUM LAMY MDCXXXV. in 4°. De Auctore ipſo nonnulla diximus occaſione *Notarum & Animadverſionum* ipſius *ad Indiculos Eccleſiaſticorum Canonum* FULGENTII FERRANDI & CRESCONII AFRI, Tomo primo hujus *Theſauri* recuſarum, in illius Volum. *Præfat. pag.* 8. Hocce vero Opuſculum, licet ingratam occaſionem infelici octo dierum partu effudiſſe ſcribat Auctor, fatendum tamen eſt rara atque inſigni eruditione conſcriptum eſſe, utpote in quo hujus *Tituli* capita ex Eccleſiaſticis monumentis egregie illuſtrantur, ut adeo multum hac in parte præſtet JACOBI DE LA LANDE ad eundem Tit. *Prælectionibus*, quarto hujus *Theſauri* Tomo inſertis. Promiſit quoque alia opera ALTESERRANUS noſter, videl. *Librum ſingularem vitæ Monaſticæ in Oriente & Occidente*, quem *ad cap.* 2. *h. t.* ait ſe paratum habere in manibus; unde fere ſuſpicarer, noſtri fratrem natu majorem ANTONIUM DADINUM, qui Pariſiis A°. MDCLXXIV. (FLAVIO FRANCISCO jam mortuo) apud LUDOVICUM BILLAINE in 4°. publicavit *Aſceticῶn ſive Originum rei Monaſticæ libros decem*, cum forte in ſuos uſus convertiſſe; maxime quum in *Præfat.* avunculi quidem ſui NICOLAI ALBASPINÆ, nullam vero fratris mentionem injiciat. Porro *ad cap.* 4. *h. t.* citat *Commentarium* ſuum ad *cap. majoribus X. de præbend.* qui forte particulam confecit *Commentariorum Juris Canonici*, quorum ad *can.* CRESCONII CCXIX. ſpem fecit: ſed hæc omnia, quod ſciam, lucem nunquam adſpexere.

Agmen ſcriptorum hujus Collectionis claudit OSII AURELII *pactum renunciationis; ſive Diſſertatio de pacto dotalibus inſtrumentis adjecto, ne puella, quam pater aut cognatus elocat, patri vel cognato ſuccedat*; vulgata Aureliis ex officina Typographica MARIÆ PARIS, inclytæ nationis Germanicæ Bibliographi, A°. MDCXLIV. in 4°. Auctor, vero nomine FRANCISCUS ORY, natus fuit in oppido Cenomanorum (*le Mans*) tametſi ſe in urbe *Sablé au Maine* primam lucem vidiſſe adſereret. Patrem habuit JOANNEM ORY, pannarium, matrem MARIAM NEVEU, quæ deinde ſecundas nuptias iniit cum JACOBO

 JOU-

Joubert, in dicta Cenomanorum civitate publico tabellione. Franciscus noſter juvenis admodum Aurelias vocatus fuit cum duabus ſororibus per avunculum ſuum Neveu, Eccleſiæ Aureſſanenſis Canonicum, & Rev. Epiſcopi Albaspinæi magnum Vicarium; primumque Curiæ Pariſienſis Advocatus fuit; deinceps vero, cathedra Juris in Univerſitate Aurelianenſi morte Joannis Matthæi Magni vacante, A°. MDCXXVI. una cum Emundo Moneta & Jo. D'Avezano poſt magnas contentiones Anteceſſor electus fuit, *vid. Præfat. Tom.* IV. *pag.* 2. Obiit A°. MDCLVII. lauto centum & quinquaginta librarum (pro ea ætate) patrimonio relicto. quæ diſcimus ex *Menagianis*, *Tom.* IV. *pag.* 90. *edit. Pariſ. ap.* De Laulne MDCCXV. & Rev. Abbate Goujet in *Supplem. Lexici Moreriani*, impreſſo Pariſ. MDCCXXXV. Art. Ory, ubi plura de JCto noſtro ſingularia. In hac vero *Diſſertatione* elegantiſſima Osius quæſtionem ſibi propoſitam tam in lineæ recta, quam obliqua excutit, eidemque ex jure civili Romanorum, Canonico, & Gallico mirifice lumen accendit. Notus eſt cæteroquin Anteceſſoris noſtri *Diſpunctor ad* Meritlium, Aureliæ A°. MDCXLII. in 8°. editus, jamque *Tomo tertio Theſauri Juris Romani* inſertus, qui genium Auctoris & juris non contemnendam cognitionem oſtendit.

Et tantum quidem de Tractatibus, quibus hocce Volumen, ordine poſtremum, conſtat. Supereſt, ut verbulo indicemus nonnulla opera, quæ promiſſa a nobis licet, attamen conſulto omiſimus, vel etiam omittere coacti fuimus. Francisci ergo de Petris *Feſtivarum Lectionum libri tres, in quibus inſigniora Juris Paradoxa, novo, germano rerum ſenſu, novoque perjucundo dicendi genere pertractantur*, Neapoli ex Typographia Lazari Scorrigii MDCXXII. in 4°. vulgati, titulum præ ſe ferunt, ob quem vadimonium deſereres, & tamen non adeo multum præcipui habent; quatuor forte ultimis *Libri tertii* capitibus exceptis, in quibus comparatio variarum Legum ex Juris Romani corpore cum illuſtrium veterum Poëtarum ſententiis inſtituitur. De Auctore videndus Nicol. Toppi *en Biblioteca Napoletana pag.* 94. Joannis Ludovici Lopez *JCti Cæſar-Auguſtani* (poſtmodum Advocati fiſci in Coronæ Aragonum Conſilio) *Commentarius ad leg.* 12. *Cod. de religioſis & ſumptibus funerum*, *Lib.* III. *Tit.* 44. editus Cæſar-Auguſtæ apud heredes Petri Lanaja et Lamarca MDCLXXV. in 4°. majorem lectionem Auctoris, quam electionem oſtendit, nihilque fere continet, quod non apud Kirchmannum alioſque reperias. Alia JCti ſcripta indicavi in *Conſpectu* hujus *Theſauri Pag.* 48. Laurentii a Santajana et de Bustillo, *Salmanticenſis JCti, & in Cervarienſi Catalauna Academia primarii Juris Civilis Anteceſſoris* (nunc vero Cæſar-Auguſtæ Senatoris Regii) *Senatus Romanus juſtus criminum vindex, ſive de Senatusconſultis Romanis ad Leges publicorum Judiciorum ſpectantibus liber*, excuſus Cervariæ typis Academicis MDCCXXXIII. in 8°. lucernam minime olet, verum jejunus eſt, multaque vulgaria exhibet. Ricardi Viti Basinatoeni *ad Leges Decemvirorum in duodecim Tabulis, Inſtitutiones Juris Civilis in quatuor libris, & primam partem Digeſtorum in quatuor libris Commentarii, & Notæ Juris interpretati*, impreſſi Atrebati ex officina Gulielmi Riverii MDXCVI. in 8°. & a me poſt emiſſum *Conſpectum* ex parte viſi (nam bina, quæ in manibus habui, exemplaria unice *Commentar. ad leges Decemvirales*, & *Orationes* aliquot continebant) nihil habent, quod jure ſibi vindicare poſſit Auctor. Omnia enim aliena ſunt, abſque ullo vel ordine vel ſelectu conſarcinata. Iniquum vero eſſet, ſimile judicium ferre de Nicolai Fernandez de Castro *Exercitationibus Salmanticenſibus, ſive Prælectionibus tribus, ad l.* 1. *C. de capitat. civ. cenſib. eximenda*, *Lib.* XI. *ad l.* 2. *C. de fundo dotali, & ad princ. Inſt. de empt. & vend.* Salmanticæ apud Antoniam Ramirez MDCXXXVI. in 4°. publicatis, quas haud ita pridem a Celeb. Majansio dono accepi. Doctiſſimi enim ſunt, atque egregii hi *Commentarii*, quique multum laboris conſtiterunt Auctori, cujus eruditio ex binis ipſius Opuſculis, quæ *Tomo ſecundo* recuſa dedi, Literato orbi jam innotuit. Verum, quum valde prolixi ſint (continent enim circiter 800. paginas in 4°. ſatis minuto charactere expreſſas) eiſdem locum in hoc *Theſauro*, qui præter modum excrevit, concedere auſus non fui. Atque hac ipſa de cauſa exhibere non potui amici mei Josephi Finestres et de Monsalvo, JCti Barcinonenſis, inque Philippico Cervarienſi Athenæo primarii Legum Anteceſſoris, jam rude donati, *Commentarios* ineditos in Hermogeniani *JCti Epitomarum Juris Libros ſex*; quorum particulam ſolummodo conficiunt *Exercitationes Academicæ* XII. *ad l. ex hoc jure* 5. *Dig. de juſt. & jure, atque altera in l. cum igitur* 2. *Digeſtor. de ſtatu hominum, ex Libro* I. *Epitomarum Juris* Hermogeniani *JCti*, item *Diſſertatio de eodem* Hermogeniano, *& ejus ſcriptis*, ab Auctore antea vulgatæ Cervariæ, typis Academicis, excudente Emmanuele Ibarra, A°. MDCCXLV. in 4°. Hi vero Commentarii quinque Tomis forma quarta conſcripti, ſed qui impreſſi ad duos facile redigi poſſent, tanta eruditione eaque minime vulgari, tantoque cum judicio conſcripti ſunt, ut omnium Eruditorum, quibus eos inſpiciendi copiam dedi, & ſuffragium & admirationem meruerint. Operam itaque navaturus ſum, ut quantocyus prælo committantur, ad quod Typographos quoſcunque exhortatos velim. Quid Antonius Cabreros de Avendanno in *Interpretatione ad Juriſconſultum* Cajum *Lib.* 1. *ad Leges* XII. *Tabul.* Matriti MDCXXXVIII. itemque Joannes de Pareja in *Otio quadrimeſtri, in duas partes diviſo, primam ad Regulæ Coton'anæ, ſecundam ad Legis Juliæ & Papiæ & Caducorum interpretationem ſpectantem*, Salmanticæ apud Joannem et Andream Renaut MDXCI. in 4°. præſtiterint, pro certo definire non auſim, quum hæc ſcripta nunquam oculis luſtrare licuerit; verum

rum ſi ex collatione aliorum operum ab his Auctoribus editorum, quæ penes me ſunt (CABRERI, quidem *Methodica Delineatione de metu*, Madr. ex Typographia FRANCISCI MARTINEZ MDCXXXIV. in ſol. vulgari Pragmaticorum more conſcripta, meramque rapſodiam continente, PAREJÆ vero *Prælectione in cap. in præſentia* 8. X^o. *de probat.* Salmanticæ apud DIDAC. A CUSSIO MDCXX. in 4°. ſimilis commatis) judicium ferre licet, exiſtimaverim nos iiſdem ſine magno diſpendio carere poſſe. PETRI DE VELASCO ET MEDIVILLA, *Caji & Proculi, aliorumque veteris Juris Authorum apertæ rixæ & implacabiles concertationes*, Salmanticæ MDCXXV. in 4°. excuſæ, a MAJANSIO meo, qui olim eas examinandi occaſionem habuit, incaſſum vero deinceps mihi quæſivit, viſæ ſunt absque judicio conſcriptæ, atque nova luce vix dignæ. Reliqua Opuſcula FERMATI, FORGETI, HALLEI, LOGOLLII, MASSONI, QUINTANADUEGNÆ, & JOANNIS RAMOS DEL MANZANO; in *Conſpectu* meo *pag.* 72. *ſeq.* memorata nondum reperire, neque de eorum pretio per alios quidquam reſcire potui; unde levis hæc an magna ſit jactura, juxta ſcio cum ignorantiſſimis. Illud tamen vehementer mihi doluit, FRANCISCI ONNEZII, JCti Hiſpani, *Obſervationum Juris librum ſingularem* nullo modo conſequi me potuiſſe; hujus enim Opuſculi cum laude meminerunt JACOBUS GOTHOFREDUS & CAR. ANN. FABROTUS in Opuſculis *Tom.* III. *Theſauri Jur. Rom.* inſertis (loca vero non ſuccurrunt) hujusque auctoritate etiam utitur JO. SUAREZ DE MENDOZA in *Comm. ad Leg. Aquil. Lib.* II. *cap.* 2. *num.* 5. Verum id oportet jam olim perquam rarum fuerit, quum ONNEZIUS diligentiam ipſius accuratiſſimi Bibliographi NICOLAI ANTONII fugerit; omnemque operam in illo indagando per multos annos ſed fruſtra MAJANSIUS impenderit.

Atque hæc de *Theſauro* noſtro, tandem bonis avibus ad umbilicum perducto, dixiſſe ſufficiat. Jam vero alios Viros doctos, bene de Republica Literaria & cumprimis JCtorum mereri ſtudentes adhortabimur, ut ſi quæ in publicis privatisve Bibliothecis latere ſciant rariora & præſtantiora Opera, ea ne publico diutius invideant. Neque ingratum forte Lectori erit, ſi hoc loco ad illud inſtitutum viam ipſis digito monſtravero, nonnullaque indicavero ſubſidia, e quibus maximum, ſi publici juris fierent, ad omnes Jurisprudentiæ cultores redundare poſſet emolumentum. Et ex editis quidem antehac, jam vero rarioribus meliorum Interpretum Opuſculis pauca admodum ſeſe oculis noſtris ſubſtraxiſſe crediderim; etiamſi plura conſulto prætermiſerim, quæ uti noſtris in oris haud adeo repertu difficilia, ſaltem in curioſorum Bibliothecis, viſa ſunt, aliis forte in regionibus & rariſſima eſſent, & quam maxime expeterentur; ſed relinquendum aliquid hac in parte fuit alienæ curæ atque induſtriæ. Neque operam etiam luderet, ſi quis Diſſertationes Juridicas aliquot lectiſſimas præſertim ab humaniſſimis aliquot JCtis Germanis habitas, una faſce colligeret, ac rediviva luce donaret, quarum inſignem numerum ſuppeditare poſſet Bibliotheca noſtra. Atque iſtiusmodi conſilium Cl. UHLIUM animo pridem agitaſſe, ex Ephemeridibus literariis ante aliquot annos cognovi; quod ut tandem exequatur, per communia noſtra ſacra eum oratum rogatumque volo. Inedita κειμήλια quod ſpectat, ut de ipſis Jurisprudentiæ Græco-Romanæ monumentis, ceu fontibus, primo loco verba faciam, non dubito, quin variæ hic illic deliteſcant reliquiæ, quæ e pulveribus extrahi & a blattis tineisque liberari mererentur: Hunc in finem utriusque Bibliothecæ tam Cæſareæ Vindobonenſis, quam Regiæ Pariſienſis foruli ſi excuterentur, ampliſſimum editori ſuo ſuppeditarent poſt LEUNCLAVII, LABRÆI, FABROTI, & aliorum meſſes ſpicilegium. Verum hæc res Virum bene doctum & ſi fieri poteſt αὐτόπτην deſiderat, ne ſi alioquin magnificis ſæpe titulis in *Catalogo* expreſſis temere nimis multum deferat, idem ipſi eveniat, atque mihi THEODORI HERMOPOLITÆ *Synopſin Codicis Juſtinianæi* expetenti, hoc eſt, ut pro Theſauro carbones accipiat. Inprimis vero, ſi ex fragmentis a FABROTO tum in *Notis ad* THEOPHILUM, tum etiam in *Exercit.* XII. & in *Refut. Epiſt.* SALMASII *de mutuo* (*pag.* 1221. & 1263. *Tom.* III. *Theſ. Jur. Rom.*) adductis de univerſo opere judicium ferre licet, exiſtimarem, laudati HERMOPOLITÆ *Commentarios ad decem priores libros Baſilicῶν*, qui *Tomo* II. *Catal. Manuſcr. Gr. Bibliothecæ Regis Chriſtianiſſimi N.* 1353. & 1358. atque in *Catalogo Bibliothecæ MSS. Græcæ* ANT. AUGUSTINI (jam cum Eſcurialenſi conjunctæ) N. 180. memorantur, dignos eſſe, qui vel integri prodirent, vel ſaltem quatenus plura continent, quam in edito Baſilicorum corpore reperire eſt, qua de re plura REIZIUS noſter in *Epiſtola*, ad calcem Tomi præcedentis edita. Atque ut hoc etiam addam, *Scholia* doctiſſima *JCtorum Græcorum ad Titt. Dig. de poſtulando & de Procuratoribus*, in hoc Theſauro jam vulgata, partem laudati Operis HERMOPOLITÆ conſtituiſſe mihi videntur; nam quod ANT. AUGUSTINUS *Lib. de nomin. propr. Pandect. pag.* 347. *Tom.* I. *Theſ. Jur. Rom.* adducit Scholion *ad Tit. Dig. de poſtulando*, quodque in Editione Fabrotiana fruſtra quæſitum *Tom.* III. *hujus Theſauri pag.* 4. invenias, illud diſertis verbis adſcribit *librorum decem Interpreti*; hic vero alius eſſe non poteſt, quam qui modo laudatum opus ſub nomine HERMOPOLITÆ contexuit, *dict. Num.* 180. *Catal.* AUGUSTINI hoc titulo memoratum: *Baſilicorum* 60. *prima decas, a* THEODORO HERMOPOLITA *interpolata, ſive* THEODORUS *in decem libros primæ partis librorum Baſilicorum*; neque alia *Scholia ad Tit. de poſtulando* habuiſſe AUGUSTINUM, fidem facit modo laudatus *Catalogus* ab ipſo doctiſſimo Epiſcopo multa cum cura confectus editusque Tarracone apud PHILIPPUM MEY MDLXXXVI. in 4°. Verum in eorum, qui foro operam navabant, gratiam, *Commentarii ad* binos *Titt. de poſtulando* & *de procuratoribus* ex dicto opere ex-

cerpti & per librarios ſeparatim deſcripti fuiſſe videntur, quales ſchedas & Bibliotheca Lugduno-Batava adſervat, & ANTON. QUINTANADUEÑAS habuit. Similesque penes ALEX. PETAVIUM Senatorem Pariſienſem fuiſſe memorat FABROTUS in *Reſp. ad Epiſt.* SALMAS. *de mutuo, pag.* 1264. (ubi quædam paulo aliter extat, quam in editione Ruhnkeniana *Tom.* V. *hujus Theſauri pag.* 48. leguntur.) quæ tamen in *Bibliotheca Petaviana*, Hagæ Comitum A°. MDCCXXII. diſtractæ, *Catalogo* fruſtra quæſivi. Nuper vero, ut e diverticulo in viam redeam, ad me ex Libris V. Cl. SIMONIS EMPTINK Amſtelodami divenditis pervenit Codex MS. Græcus, partim in membrana, partim in charta exaratus, continens excerpta varia ex *Paratitlis Græcorum*, EUSTATHII Anteceſſoris *librum de variis temporum in jure civili obſervatione*, *Leges Nauticas*, plurimaque Anonymorum fragmenta, qui olim fuit Viri Illuſtris NICOLAI HEINSII, inde Ampliſſ. JOANNIS DE WITT, urbis Dordracenæ a Secretis. Si quid in eo reperiri poſſit, luce non indignum, Cl. REIZIUS, cujus examini Codicem hunc commiſi, prima quavis occaſione id publici juris faciet. CONSTANTINI HARMENOPULI denique *Promptuarium Juris Civilis* de novo edi eumque Codicibus MSS., quales in Bibliothecis publicis repeiuntur bene multi, accurate conferri meretur, nam in iis & plures tituli, quam in ultima DIONYS. GOTHOFREDI Editione, & Scholia Græca inedita invenire eſt, atque ad illud collationes inſignes atque Animadverſiones Virorum doctorum extant, JAC. CUJACII in Bibliotheca Lipſienſi, ANT. CONTII penes Ampliſſ. COULON Leovardiæ, GERARDI FALCOBURGII in Bibliotheca Lugduno-Batava, CLAUDII SALMASII penes Conſultiſſ. ABRAH. HAVERCAMPUM Medioburgi, & duorum Anonymorum doctiſſimorum penes me; quam provinciam ut ſuſcipere velit Doctiſſ. RUHNKENIUS, qui eximium in hunc Auctorem adparatum collegit, Reipublicæ Literariæ maximopere intereſt.

Inter celebriorum atque hilarioris famæ Interpretum ſcripta inedita non pauca etiam ſuperſunt, digniſſima, quæ e tenebris eruantur. Sed ex Hiſpania quidem non eſt, quod ejusmodi lucubrationes anxie deſideremus, una forte alterave RAMI REPESIIQUE *Prælectione* excepta, quam potiri mihi non licuit. Reliquorum enim Anteceſſorum *tractatus Academici*, quorum ingentem numerum ex dono Cl. MAJANSII adſervo, (de JOAN. BORRULLII & JOS. FINESTRESII ſcriptis doctiſſimis, quæ penes me ſunt, jam non loquor) uti ab obſcuri plerumque nominis Doctoribus profecti ſunt, ita MAJANSII quoque judicio in obſcuro tutiſſime latere poterunt; ſaltem ob unam alteramve melioris notæ obſervatiunculam multis trivialibus intermixtam, integre edi neutiquam merentur; id quod eo minus utile foret, quoniam EMMANUEL GONZALEZ TELLEZ ſua ætate omnes, quascunque invenire potuit, celebriorum Profeſſorum Hiſpanienſium Prælectiones in utroque Jure collegit, easque accommodavit ſuis *Commentariis perpetuis ad Decretales* GREGORII IX. Lugduni A°. MDCXCIII. & ſeqq. quinque voluminibus in fol. editis, quæ cauſa eſt varietatis & inæqualitatis illorum *Commentariorum*; quumque etiam JOANNES PUGA ET FEYOO in ſuis *Tractatibus Academicis*, qui cura Cl. MAJANSII A°. MDCCXXXV. Lugduni apud fratres DEVILLE duobus Tomis in fol. prodiere, uſus fuerit optimorum Anteceſſorum Salmanticenſium Lectionibus. Quid ex Italia, aliisque oris hac in parte exſpectari poſſit, non facile dixerim. Ingeniorum autem altrix & feraciſſima Gallia, quæ maximos ſeculis ſexto ſeptimoque decimo produxit JCtos, plurima etiamnum occluſa habet eorundem monumenta quantivis pretii anecdota; ſed quod dolendum, magna horum pars in ſcriniis adſervatur eorum, qui juſtum iisdem ſtatuere haud norunt pretium, & a quibus nihil hac in parte impetraveris. Utinam vero promiſſis ſuis ſtetiſſet FRANC. DE LAUNAY, qui in *Præfat. ad* JANI A COSTA *Comm. ad Decretales* ſpem eruditis fecerat, ſe *Reliquias* optimorum *JCtorum Gallorum* vulgaturum fore, nihil autem præſtitit. Sed quam exinde jacturam ſenſit Eruditus orbis, hanc abunde reſarcire poſſet Bibliotheca Regia Pariſina, ex cujus *Catalogi MSS. Lat. Tom.* III. coronidis loco nonnullas memorabo lectiſſimorum Anteceſſorum lucubrationes. Extant itaque illic JOANNIS (ſic exiſtimo legendum pro JOSIÆ) MERCERII *Prælectiones ad Tit. C. de uſuris*, ſub *Num.* 4504. porro Doctoris FORNERII (RAOULPHI, ut puto) *Commentarii ad Titt. Dig. de juriſdictione*, *de rebus creditis*, *de jurejurando*, & *de in litem jurando*, ſub *Num.* 4505. ejusdemque RADULPHI FORNERII *Annotationes in Libros* XXVI. & XXVII. *Digeſtorum*, ut & *Prælectiones in plures Titulos Libri* IV. *Codicis Juſtinianei*, ſub *Num.* 4506. & 4551. GULIELMI MARANI ibidem reperiuntur inediti *Commentarii ad Titt. Decretal. de jure patronatus*, & *de præbendis*, ſub *Num.* 4265. Porro JOANNIS MATTHÆI MAGNI *Prælectiones* ad *Tit. Decretal. de probationibus*, & ad *Tit. de Reg. Jur. in* 6°. recenſentur ſub *Num.* 4506. Inſuper HIERONYMI LHULLERII (L'HUILLIER) Viri doctiſſimi variæ in eadem Bibliotheca extant reliquiæ; de quo cum ignorem an aliquid apud Biographos memoriæ proditum ſit, ſaltem nihil ab eo typis commiſſum fuerit, paucula, quæ a Rever. Viro LUDOV. FABRE in Liter. 8. Julii MDCCLII. ex *notitia quadam Anteceſſorum Aurelianenſium MS.* mecum communicata ſuere, memorabo. Fuit igitur electus Doctor Regens in univerſitate Aurelianenſi die 13. Novemb. MDLXXVIII. tantoque cum adplauſu jus civile docuit, ut ipſe ſummus CUJACIUS, poſtquam LHULLERIUM in Scholis docentem audiviſſet, publice teſtimonium dederit, eximiæ ejus atque raræ eruditionis, hiſce verbis, quod eſſet *Sol oriens, qui in orizonte radiis ſuis univerſæ Europæ lumen accenderet.* In animo vero habuerat juris civilis corpus *Notis* illuſtrare, verum hac in parte prævit ipſi DION. GOTHOFREDI induſtria. Cæterum poſt

inde-

indefeſſos labores, ſummoque cum ſtudio navatam Juriſprudentiæ operam, utroque lumine orbatus ſuit A°. MDCXXX. quod tamen non obſtitit, quominus commodo atque utilitati ſtudioſæ juventutis ſemper inſerviens lectiones ſuas continuaverit, usque dum die 5. Febr. MDCXXXIII. vitam cum morte commutavit. Superſunt vero hujus eximii JCti *Commentarii ad Tit. Dig. de ſervitutibus*, ac *de juris & facti ignorantia*, recenſiti ſub *Num.* 4505. item *Annotationes in libros ſeptem* POMPONII *ad* PLANCIUM, atque *Lectiones in libros XV. variarum Lectionum* POMPONII, ſub *Num.* 4506. nec non *Annotationes ad Tit. Dig. de obli*[illegible] *& a*[illegible]. & *ad tres priores titulos Libri* II. *Codicis*, ſub *Num.* 4511. ut & *Prælectiones in Tit. Dig. de bonorum poſſeſſionibus*, atque *Annotationes in* IV. *Libros* SALVII JULIANI *ad* URSEJUM FEROCEM, ſub *Num.* 4551. de quo ejuſdem Auctoris *Prælectiones ad quinquaginta deciſiones Imp.* JUSTINIANI, ſub *Num.* 4559. *A.* quæ omnia cum publico communicari operæ quam maxime pretium foret.

Atque ita vale, Ben. Lector, hisque interea, quas propinamus, deliciis utere ad humanioris, ſolidæque Juriſprudentiæ incrementum. Dab. Roterodami prid. Non. Septemb. MDCCLIII.

ADDENDA
AD
PRÆFATIONES
TOMORUM PRÆCEDENTIUM.

TOM. I.

Pag. 8. *lin.* [illegible] *& ſeqq.* (ubi de FLAVIO FRANCISCO H[illegible]UTERERE A SALVAISON) *delentur verba:* Edi[illegible] quoque no[illegible] &c. [illegible] *que ad*, at in manus [illegible] nondum pervenere: *& le*[illegible]: Plura hujus JCti ſcripta adlegata videre eſt in *Præfat. Tomi* VII. in quo illius *Exercitationes in Tit.* X. *de ætate, qualitate, & ordine præſcienddorum* exhibentur.

Pag. 9. *lin.* [illegible] (ubi de JOANNE FILLEAU) *adde:* Hujusque Advocati Pictavienſis etiam alia ſcripta recen[illegible] JACOBUS LE LONG *dans ſa Bibliotheque hiſtorique de la France*, & LENGLET DU F[illegible]SNOY [illegible]m. IV. *de* [illegible] *Methode pour étudier l'Hiſtoire.*

Pag. [illegible] na in [illegible] me [illegible] COSTÆ ad T[illegible]. *D. de ſervit.*) *adde:* Verum hanc jacturam [illegible] terit Jo. D'[illegible]EZANI *Liber Servitutum*, *Tomo* IV. hujus *Theſauri* inſertus, qu[illegible] pleraque ex hac *Prælect.* in ſuos u[illegible] convertit, & ubi *pag.* 227. quædam habent[illegible], hinc, de [illegible] mutuata.

Ibid. lin. 42. (ubi de reliquis Prælectionibus COSTÆ MSS.) *poſt* ignorantiſſimis *adde:* fruſtraque ea Vir Celeb. JOAN. CAPPERONERIUS, Linguæ Græcæ Profeſſor Regius, Lutetiæ mihi quæſivit.

TOM. II.

Pag. [illegible] *lin.* 24. (ubi de FRANC. CALLETIO) *poſt* pervenere *adde:* Videtur tamen Auctor noſter ipſus [illegible], qui *additiones ſcripſit ad* FULVII PACIANI *Libros de probationibus*, impreſſos Francofurti MDCXXXI. in fol. ubi JCtus Riparolenſis audit.

Ibid. lin. 44. (ubi de NICOLAO FERNANDEZ DE CASTRO) *adde:* Juriſprudentiæ vero JCtus noſter in Academia Salmanticenſi ſub egregiis ea ætate Antecesſoribus operam navavit; laudat enim, ut Præceptorem ſuum, incomparabilem Virum FRANCISCUM RAMOS DEL MANZANO, in *Pr*[illegible], *ad l. unic. C. de capitat. civ. num.* 14. & *ad princ. Inſt. de empt. vend. num.* 118. item *ad* [illegible] *C. de glad*[illegible]*er. num.* 22. porro FERNANDUM ARIAS DE MESA, *ad l.* 2. *C. de fund.* [illegible] & [illegible]RANCISCUM DE AMA[illegible]A, *ad l. unic. C. de* [illegible]*ludiat. num.* 18. & *ad princ.* [illegible] *de em*[illegible] *d. num.* 15. & 209. denique JOANNEM QUEVEDO DE LLANOS, Antecesſorem [illegible]nſ[illegible], inde Romæ pro Regnis Hiſpaniarum ſummum Sacræ Rotæ Senatorem, [illegible]um in Valliſoletano Prætorio Præfectum, *ad princ. Inſt. de empt. vend. num.* 189.

Pag. 5. [illegible] *leantur* [illegible]*ba:* quæ tamen nondum videre contigit.

Ibid. lin. [illegible] (ubi de THOMA PAVILLONIO) *adde:* Confer de auctore Biographum ipſi cognominem Rev. Abb. PAPILLONIUM *dans ſa Bibliotheque des Autheurs de Bourgogne.*

Pag. 7. *lin.* [illegible] *& ſeqq.* egi de numero librorum Baſilicûn a Fabroto integre editorum, quo circa male calculum in[illegible] Vir Cl. Ea vero de re poſtmodum amicus meus GUIL. OTTO REITZIUS in *li*[illegible], [illegible]VIII [illegible]ob. MDCCLII. ſequentia ad me poſt accuratum examen ſcripſit. „ Vir „ [illegible]mus C[illegible] A[illegible]IBAL FABROTUS edidit ſolummodo libros Baſilicorum XXXIX. „ integros; ſcil. [illegible]X. pr[illegible]. (cum particula d[illegible] XX.) porro XXXVIII, XXXIX, „ XL, XLI, & XLII item XLV, XLVI, XLVI[illegible], XL[illegible], & LX; qui junctim conficiunt „ XXXIX. libros. Supplevit vero librum XXX. cum ſeptem ſequentibus, nec non XLIII & „ XLI[illegible] porro a XLIX. usque ad LIX. incluſive, adeoque in univerſum XXI. libros. Scribere [illegible] debuiſſet FABROTUS: *Æquiores autem rerum judices hic monendi ſunt, libros Baſilicûn in libros ſexaginta a* LEONE *Imperatore* (*quo auctore conſerentur Baſilica, antea non conveniebat*) *diviſos integros ad nos non perveniſſe, ſed libros tantum* XXXIX. *Perſerunt autem libri*

XXI;

„ XXI; *ſcil. maxima pars libri* XXX. *cum* XXXI. *usque ad* XXXVIII. (excluſ.) *&* XLIII,
„ XLIV, *& a* XLIX. *usque ad* LX. (excluſ.) *niſi forte in foruilis Bibliothecæ alicujus pre-*
„ *mantur.*"

Ead. pag. 7. *lin.* 17. *pro* MDCCCLVII. *lege* MCCCLVII.

TOM. III.

Pag. 1. *lin.* 15. (ubi de JCtorum Græcorum Scholiis *ad Tit. Dig. & Cod. de poſtulando* & *de procuratoribus*) *adde:* De fonte vero, unde hi Commentarii petiti ſunt, meam ſententiam dico in *Præfat. Tomi* VII. *circa fin.*

Pag. 2. *lin.* 32. (ubi de nova editione utriusque Bibliothecæ Hiſpanæ NICOL. ANTONII) *pro* PETR. JOSEPH. ALPHONS. PADILLA *lege:* FRANCISCUS MANUEL DE MENA. *Hanc tamen Editionem vix eſſe, ut ſperandi locus ſit, poſtmodum per Cl.* MAJANSIUM *non ſine dolore intellexi.*

Pag. 3. *in med.* dixi nonnulla de JOANNE MATTHÆO MAGNO; deinceps vero multo pleniorem atque adcuratiorem hujus JCti notitiam ad me Aurelia miſit Vir Rever. LUDOVICUS FABRE, Ord. Bened. rogavitque, ut eam integram commodo loco exhiberem, quod quidem pro amicitia noſtra recuſare nec potui, nec debui; eſt autem ſequens:

Vie de JEAN MATTHIEU LE GRAND.

JEAN MATTHIEU LE GRAND, *de Gallardon, petite ville du Païs Chartrain, fit ſes humanitez & ſa Philoſophie à Paris ſous ſon Oncle* JEAN LE GRAND, *qui profeſſoit avec éclat dans cette ville.*

D. JEAN LIRON, *Rel. Bened. de la Congregation de S. Maur, dans un de ſes ouvrages, intitulé* Singularites historiques & literaires, à Paris, chez DIDOT MDCCXXXVIII. Tom. I. pag. 324. *parle avec éloge des oraiſons ou diſcours compoſés par* JEAN LE GRAND. *Ces oraiſons ſont au nombre de ſept; les deux premieres ont pour titre:* Orationes duæ, quarum altera eſt de præſtantia Academiæ Pariſienſis, altera de Philoſophia eleganter & Latine tractanda, *imprimées à Paris chez* DAUVET MDLXXXIV. *in* 8°. *Les cinq dernieres ſont* de litterata nobilitate, *imprimées en* MDLXXXVIII. *Dans une petite brochure, intitulée,* Eloges hiſtoriques des hommes illuſtres de la petite province de Thimerais, dans le païs Chartrain, *imprimée à Paris chez* BERTIER MDCCXLIX. *on trouve pag.* 8. un MATTHIEU LE GRAND, *fils du Lieutenant General du Bailliage de Chateau-neuf en Thimerais, & auteur d'un traité intitulé,* de uſuris & fructibus, *imprimé à Paris en* MDLX. *La proximité des lieux, la conformité du nom donnent un juſte fondement d'aſſurer, que notre* JEAN MATTHIEU LE GRAND *étoit de la même famille.*

JEAN MATTHIEU LE GRAND *ayant fait à Paris ſes premieres études, comme nous l'avons dit, vint à Orleans etudier en droit ſous le docteur* JEAN ROBERT, *connu par ſes écrits, & ſur tout par ſes diſputes avec le celebre* CUJAS. *D'ou il alla à Bourges prendre les leçons dudit* CUJAS, *dont il fait mention dans ſon ouvrage* de ration. & differ. jur. Lib. I. cap. 19. & 20. *Il étoit encore en cette ville en* MDLXXXII. *& il y prit le degré de Licentié. Avec cette moiſſon il revint à Paris, y ſuivit pendant quelque temps le barreau, & y enſeigna les Inſtituts de* JUSTINIEN.

Enſuite il ſortit de Paris avec une grande reputation, & vint à Angers. Il y fit des diſputes publiques pendant deux jours entiers, & reçût le titre de Docteur en l'un & l'autre droit avec autant d'honneur, qu'il eut ſçû deſirer. D. J. LIRON Singul. hiſtor. Tom. I. pag. 327. *nous apprend, qu'il dedia ſes Theſes à* PIERRE AYRAULT *(Lieutenant Criminel de cette ville, & celebre par ſes ouvrages) par une belle lettre, qui fait bien de l'honneur à l'un & à l'autre. Or il étoit deja connu à Bourdeaux, lorsqu'il y fut appellé pour y profeſſer. Il avoit pris la reſolution d'accepter cette offre; mais l'hotel de ville & l'univerſité d'Angers le retinrent, & lui conſeillerent de requerir à Angers une chaire de Profeſſeur, dont le nombre de ſix porté par les ſtatuts n'étoit pas rempli. Il accepta ce parti, & ſe preſenta en effet, en ſe ſoumettant a tel examen, que les Docteurs regents voudroient; mais toute l'univerſité legitimement aſſemblée d'une commune voix le tint pour tout approuvé, & jugea, qu'il n'étoit beſoin d'autre diſpute, que celle, qu'il avoit faite quelques jours auparavant. Ainſi il prit poſſeſſion de cette chaire en* MDXCII; *mais il fut troublé dans ſa poſſeſſion par* CLAUDE FOURNIER, *& l'affaire fut portée au Parlement:* CLAUDE FOURNIER *n'attendit pas le jugement; mais comme effrayé quitta non ſeulement ſa pourſuite, mais encore l'univerſité & ſa place de Docteur. Nous apprenons ces circonſtances de la vie de* J. M. LE GRAND, *depuis qu'il fut à Angers, du Playdoier de* JULIEN PELEUS *pour notre Juriſconſulte contre* FOURNIER, *qui fait le* premier du III. livre des actions forenſes *dudit* PELEUS, pag. 191. & ſuiv. de l'édit. de Paris chez NICOLAS BUON MDCIV.

Il paroit, que JEAN MATTHIEU LE GRAND *étoit en grande eſtime dans l'univerſité, puisqu'elle le deputa au Preſident* MOLE' *pour une affaire, qui la regardoit, comme nous l'apprenons de l'Epitre dedicatoire de* LE GRAND *à ce Preſident écrite en* MDCII. *qui ſe trouve à la tête du* Lib. I. ration. & differ. jur. *Cependant quelque temps aprés,* J. M. LE GRAND *reçût un ſi grand mecoutentement de l'univerſité & de la ville d'Angers tout enſemble, qu'il ſe determina a quitter cette ville, & voici, quel en fut le ſujet.*

En MDCIV. GUILLAUME BARCLAY, *Ecoſſois, fut appellé par la ville & par l'univerſité pour remplacer* MARIN LIBERGE, *qui aveit regenté plus de quarante ans. Comme on lui accorda la premiere place,* FRANCOIS DAVY, *Sieur d'Argenté, Doyen, (connu par ſon ouvrage,* Notarum Juris ſelectarum liber, *imprimé à Angers chez* GUILL. CHESNEAU MDCXV. *in* 4°.) *&* J. M. LE GRAND *Sous-doyen appellerent de cette conclnſion; mais on ne ſçait ce que devint cet appel. Ce qui eſt certain, c'eſt, que* BARCLAY *demeura dans la premiere place, & que* DAVY D'ARGENTE' *n'eut, que la ſeconde.* LE GRAND, *qui au jugement de Mouſ.* MENAGE ſur la vie de PIERRE AYRAULT pag. 165. *(comme le raporte* D. LIRON Singul. Hiſtor. Tom. I. pag. 327.) *ne cedoit pas en merite à* BARCLAY, *aima mieux quitter Angers, que de lui ceder, & il alla à Orleans, ou il diſputa une chaire vacante, & il l'emporta. Il continua a profeſſer dans cette univerſité jusqu'en* MDCXXV. *qu'il mourut. On ne peut mettre ſa mort plus tard, puisqu'en* MDCXXVI. *ſa chaire étoit diſputée, comme on le trouve dans un arreſt rapporté par* LE MAIRE, dans ſes antiquités d'Orleans, in 4°. pag. 37.

Les deſcendants de JEAN MATTHIEU LE GRAND *ont toujours demeuré à Orleans, & ils y ont tenu un rang diſtingué, & par leurs charges, & par leurs merites.*

FRANÇOIS LE GRAND, *fils de* JEAN MATTHIEU LE GRAND, *fût Avocat du Roy à Bailliage & Siege preſidial d'Orleans: il eut de ſon mariage, contracté en* MDCXLV. *avec* ANNE BUGY, *deux fils,* FRANÇOIS LE GRAND, & PIERRE LE GRAND.

Ce dernier FRANÇOIS LE GRAND, *marchant ſur les traces de ſon pere, & de ſon ayeul s'addona a* la

la Juriſprudence: il fut Advocat du Roy au Siege Preſidial & Baillage d'Orleans, comme ſon pere, & diſputa une chaire de Docteur regent en l'univerſité d'Orleans, qu'il emporta. Il eut de ſon mariage avec ANNE LE MAIGRE, JACQUES FRANÇOIS LE GRAND, *Procureur du Roy au Baillage & Siege Preſidial d'Orleans, mort ſans alliance le* XXVI. *May* MDCCXXVI.

PIERRE LE GRAND *ſuivit le parti des armes, & devint par ſes ſervices militaires Lieutenant du Roy au gouvernement de Belle-Iſle. De ſon mariage contracté en* MDCLXXX. *avec* ANGELIQUE NOVEL *il a eu* DANIEL FRANÇOIS LE GRAND, *d'abord Procureur du Roy au Baillage & Siege Preſidial d'Orleans, & à preſent Intendant des finances de Monſeigneur* LE DUC D'ORLEANS.

Quand aux écrits de nôtre Juriſconſulte JEAN MATTHIEU LE GRAND, *nous avons de lui ſes* Prælectiones ad ſex priores Leges Tituli Dig. de juriſdictione, *qu'il avoit dicté à Angers au mois d'Octobre de l'an* MDC. MAURICE CALLOET, *ſon diſciple les fit imprimer avec le Commentaire de* GUILLAUME BARCLAY ad leg. imperium Dig. de juriſdict. *à Angers chez* ANTOINE HERNAULT MDCIV. *in* 8°. *& ils ſe trouvent inſerez dans le* VII[e]. *Tome du* novus Theſaurus Juris Civilis & Canonici *de Monſ.* MEERMAN. *Enſuite il a fait imprimer, étant encore à Angers*, Rationum & Differentiarum Juris Civilis liber primus, qui eſt de actionibus arbitrariis, *chez* HERNAULT MDCII. *in* 8°., *le quel a ete reimprimé après avec le livre ſecond* de eo quod intereſt, *à Paris chez* PIERRE BERTAULT MDCV. *in* 8°. *la quelle édition a reparu enſuite, mais uniquement avec changement de frontiſpice, à Orleans chez* SATURNIN HOTOT MDCVII. *in* 8°. *Ces ouvrage ſe trouve auſſi dans le dit Recueil de Monſ.* MEERMAN *au* III[e]. *Tome. On a fait encore ces derniers jours un preſent de quelques Manuſcrits de notre Auteur à la Bibliotheque de feu Monſ.* PROUSTEAU, *au Monaſtere de* NOTRE DAME *de bonne nouvelle à Orleans: ſçavoir des* Paratitles ſur quelques Titres du Digeſte, *mais qui ſont fort ſuccincts, & ne contiennent rien, qui ne ſe trouve partout; comme auſſi des* Paratitles *du même Juriſconſulte* ſur quelques Livres des Decretales. *La Bibliotheque Royale à Paris en contient de pareilles, ſçavoir ſes* Prælectiones ad Tit. Decretal. de probationibus, & ad Tit. de Reg. Jur. in 6°., *comme nous le marque le* Tome III. du Catalogue des Livres Manuſcrits de cette Bibliotheque, Num. 4506.

On a tiré ce qu'on vient de dire ſur JEAN MATTHIEU LE GRAND, *& ſur ſes deſcendants,* 1°. *des* ſupplements do Dictionaire de MORERY de MDCCXXXV. & MDCCXLIX. par M[r]. l'Abbé GOUJET, art. LE GRAND; 2°. *des* ſingularités Hiſtoriques & Litteraires de D. LIRON; 3°. *du* Plaidoier de JUL. PELEUS; 4°. *de* quelques Mémoires MSS.

Pag. 3. *lin.* 44. pro *Lib.* II. *cap.* 19. lege: *Lib.* I. *cap.* 19.

Ibid. lin. 46. dele verba: *& dict. Lib.* II. *cap.* 19.

Ibid. lin. 4. *a fin.* (ubi de GABRIELIS DE GAST ſcriptis) *junge* Præfat. Tomi VI. *ubi hæc Opuſcula* GASTÆI *recuſa dedi.*

Pag. 6. *lin.* 34. *pro* NICOL. FABRE *lege:* LUDOVICO FABRE.

Ibid. lin. 5. *a fin.* (ubi de EDUARDO HENRYSONE) *poſt* refertur *adde:* Alibi tamen huic JCto inter Antecesſores Bituricenſes locum dat idem CATHARINUS, nempe in Opuſculo *le Calviniſme de Berry*, impreſſo XV. Novemb. MDCLXXXIV. *pag.* 4. Adſcribam verba, quoniam hoc opuſculum non minus atque alia Auctoris ſcripta rariſſimum eſt. Ait ergo ad annum MDLIII. *En ce temps lès Profeſſeurs de Bourges etoient fort ſuſpects d'hereſie. Voici leurs noms, avec leurs gages, par curioſité.* FRANÇOIS DUAREN 920. *livres*, FRANÇOIS BALDUIN 350. *livres*, HUGUES DONEAU 230. *livres*, NICOLAS BOUGUIER 100. *livres*, CHARLES GIRARD 150. *livres*, JEAN RABEI (JOANNEM RABIRIUM deſignat, Juris Canonici Profeſſorem, qui obiit MDLXIII) 140. *livres*, ANDRE' LEVESCAT (Jur. Can. Profeſſor, a quo CUJACIUS Antecesſor cooptatus eſt MDLVI. qoique anno ſequenti MDLVII. obiit) 160. *livres*, ANTOINE LE CONTE 45. *livres*, HENRY EDUARD (ſcribere debuit EDOUARD HENRY) *Ecoſſois* 45. *livres. Cette proportion n'eſt point ni Géometrique ni Arithmetique, mais burleſque; parce que le mérite des uns & des autres n'étoit point encore aſſez connu.* Neque minus ſingularia ſunt, quæ paulo poſt ad annum MDLVII. notat: *On diſoit en ce temps des Antecesſeurs de Bourges:* DONELLUS *theologatur*, CUJACIUS *furatur*, (hic reſpici puto ad Baſilicorum opus) CONTIUS *crapulatur*, BOUGUERIUS *ſeratur.*

Pag. 7. *lin.* 3. *a fin.* (ubi de eodem HENRYSONE) *adde:* unde probabile mihi videtur, HENRYSONAM, perinde atque alios iſtius temporis Antecesſores, poſtmodum urbi atque Academiæ Bituricenſi religionis cauſa valedixiſſe, inque patriam ſuam Scotiam reverſum fuiſſe, ubi laudatum opus edidit.

Pag. 9. *quæ poſt* Præfat. *de* JO. MATTH. MAGNO *dicuntur, delenda ſunt, utpote ab errore non immunia, & jam multo plenius in vita Auctoris tradita.*

TOM. IV.

Pag. 7. *lin.* 21. (ubi de Tractatu LALANDÆ *du Ban & Arriere-Ban*) *adde:* Hunc Tractatum deinde adjectum fuiſſe novæ editioni *Commentarii* Auctoris *ad Conſuetudines Aurelianenſes* A. MDCCIV. in fol. reſcivi ex LENGLETO *Tom.* IV. *de ſa Methode pour etudier l'Hiſtoire*, *pag.* 332. ubi & alium Tract. ÆGIDII DE LA ROQUE ejuſdem argumenti adfert.

Ibid. lin. 41. (ubi de *lectionibus* LALANDÆ *MSS. in Librum* IV. *Decretal.*) Dubitandi locus eſt, num hæ tribuendæ ſint noſtro JACOBO DE LA LANDE, quoniam in *dict. Catal.* una cum aliorum Doctorum *Prælectionibus* Sæculo XVI. exaratæ dicuntur, quod cum ætate, qua noſter floruit, haud quadrat; niſi tamen ſcripturæ vitium ſit, & legendum *ſæc.* XVII.

Pag. 8. *lin.* 35. (ubi de VINCENTIO CABOTIO) *poſt verba*, ut paulo poſt ad Aurelianenſem Antecesſuram fuerit ultro vocatus, *adde:* nempe die XVI. Octob. MDLXXXIV. in locum cujuſdam, dicti GODOFREDI. *Debeo hanc notitiam Viro Cl.* ROBERTO POTHIER, *Antecesſori Aurelianenſi celeberrimo, qui eandem in veteri charta MS. invenerat.*

Ibid. lin. 52. (ubi de CABOTII *Politicorum libris*) *poſt* vulgavit *adde:* Toloſæ apud PETRUM BOSC.

Pag. 9. *lin.* 28. (ubi de PETR. BELOIO) *adde:* Plura vero alia ſcripta Auctor evulgavit, ad hiſtoriam Galliæ ſpectantia, memorata a JACOBO LE LONG *dans ſa Bibliotheque hiſtorique de France*, & LENGLETO *Tom.* III. & IV. *de ſa Methode pour étudier l'Hiſtoire.*

INDEX TRACTATUUM.

TOMI VII.

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO, *Tractatus Academici*, nunc primum editi, videlicet,

Opera varia, collecta & emendata, partimque ex Autographis extracta, opera ſtudioque ejus diſcipuli JOS. FERNANDEZ DE RETES, nempe,

α. *De privilegiis rei ruſticæ collectanea, ſive in Pragmaticam Eborenſem in favorem agricolarum emiſſam Anno* MDCXIX. *Recitationes ſollennes.* — — — Pag. 1

β. *ad Tit. C.* de Apochis Publicis, *Lib.* X. *Commentatio Methodica.* — — — 7

γ. *ad Tit. C.* de Navicularius, *Lib.* XI. *breves & dilucidæ Enarrationes.* — — 13

δ. *ad Tit. D.* de Inſtitoria Actione *Commentarius Adverſarius.* — — — 19

Ad leg. 1. §. *ult. D.* Depoſiti *Academica Commentatio.* — — — — — 35

Tractatus de Senatusconſultis & Conſtitutionibus circa moram in fideicommiſſaria libertate factis, ad l. 26. §. 7. l. 28. §. 4. l. 51. §. 4. l. 52. l. 53. D. & l. 15. C. de Fideic. Libert. 39

Ad Tit. D. de Servitutibus *Commentarius.* — — — — — — — 43

Ad l. 38. D. de Condictione Indebiti, *breves & dilucidæ Recitationes.* — — 70

Ad Tit. D. de Adquir. vel Amitt. Poſſeſſ. *Recitationes Novantiquæ.* — — — 78

Curæ ſecundæ ad Tit. D. de Re Judicata, & de effectu ſeotent. & de interlocut. — 115

Recitationes Academicæ ad Tit. D. de Verborum Obligationibus. — — — — 146

Selecta & brevis Commentatio de venditione liberi hominis, ad l. 23. D. de Liber. Cauſſa. 201

Prælectio ad l. 25. D. de Actione Rerum Amotarum. — — — — — 206

Commentarius ad l. 29. D. de Lib. & Poſt. Hered. inſtit. vel exher. — — — 212

Ad l. 83. D. de Adquir. vel Omitt. Hereditate *Commentarius.* — — — — 255

Ad Titulos D. de Legatis & Fideicomm. I. II. & III. *Prælectiones.* — — — 270

Ad Tit. D. de Vulgari & Pupillari Subſtitutione *Prælectiones.* — — — — 321

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES, *Tractatus Academici*, nunc primum editi videlicet,

Repetita Prælectio ad Tit. D. de Verborum Obligationibus. — — — — 375

Prælectio Academica ad Tit. D. de Adquir. vel Amitt. Poſſeſſione. — — — 453

De Interdictis & Remediis Poſſeſſoriis Scholaſtica Relectio. — — — — 495

Ad Tit. D. de Re Judicata *Novi Tractatus Academici.* — — — — — 540

Subciſiva Selectio ad l. 50. D. de Legatis II. — — — — — — 569

Ad l. 83. D. de Verborum Obligationibus *Novantiqua Prælectio.* — — — 576

De dividuis & individuis Obligationibus Commentarius repetitæ Prælectionis Academicæ. 600

De Fideicommiſſis perpetuo Familiæ relictis, ad Titulos D. de Legat. I. II. & III. *Academica Prælectio.* — — — — — — — — — — — 625

DOCTORIS NIETO, *Tractatus Academicus de Prælegatis*, nunc primum editus. — 643

GERARDI MEERMAN, J.C. *Specimen animadverſionum criticarum in* CAJI *Inſtitutiones, ſecundis curis auctius. Accedit* CAJI *Inſtitutionum ſummarium a* PETRO ÆGIDIO ANTVERPIENSI *primum publicè juris factum, nunc vero iterum, & emendatius quidem, in lucem editum.* — — — — — — — — — 669

JULII PAULI *Sententiarum Receptarum ad filium libri* V. *cum notis Cl. V.* PETRI FABRI *nondum antea editis; Ejuſdemque obſervationibus pariter anecdotis in notas* JAC. CUJACII *ad eaſdem* PAULI *Sententias.* — — — — — — 687

Tituli ex Corpore DOMITII ULPIANI XXIX. *cum notis* PETRI FABRI, *Ejuſdemque obſervationibus in notas* JACOBI CUJACII *ad eoſdem* ULPIANI *Titulos, item animadverſionibus nonnullis* GERARDI MEERMAN, J. C. — — — — 739

GABRIELIS CATIANI, *de eo quod intereſt, Syntagma.* — — — — — 775

M. TATII ALPINI, *ad* D. WOLPHGANGUM HUNGERUM, *Epiſtola de furto per lancem & licium concepto. Accedit* VITI AMERPACHII, *ad* ANDREAM ALCIATUM *Epiſtola ejuſdem argumenti.* — — — — — — — — 799

D. GUILLELMI BARCLAJI J. C. *ad* l. *imperium* D. de Juriſdictione *Commentarius. Accedunt* JO. MATTHÆI MAGNI J. C. *ad ſex priores leges ejuſdem Tituli Prælectiones.* 813

FRANCISCI DE HAUTESERE A SALVAISON, *Exercitationes ad Tit. Decretal. de ætate, qualitate & ordine præficiendorum.* — — — — — — 825

OSII AURELII *Diſſertatio de pacto dotalibus inſtrumentis adjecto, ne puella, quam pater aut cognatus elocat, patri vel cognato ſuccedat.* — — — — 839

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

PRIMARII JURIS CIVILIS IN SALMANTICENSI ACADEMIA ANTECESSORIS, POSTEÀQUE MEDIOLANENSIS EXTRAORDINARII ET SUPREMI INDIARUM CONSILII PRÆSIDIS, IN S. CRUCIATÆ CONSILIO ET IN SUMMO CASTELLANO SENATU CAMERÆ ET JUSTITIÆ CONSILIARII, AC FRANCORUM COMITIS,

TRACTATUS ACADEMICI,

NUNC PRIMUM EDITI.

Google

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO, J. C.

EXPRIMARII SALMANTICENSIS, PRÆSIDIS MEDIOLANENSIS, TUNC QUIDEM CATHEDRARUM CANDIDATI.

DE

PRIVILEGIIS REI RUSTICÆ COLLECTANEA;

SIVE

IN PRAGMATICAM EBORENSEM IN FAVOREM AGRICOLARUM EMISSAM ANNO MDCXIX.

Quæ hodie extat l. 28. *Tit.* 21. *Lib.* 4. *Compil.*

RECITATIONES SOLLENNES.

§. I. OPUS inſigne, recens, & adhuc indictum ore alio, auſpice Deo, molimur, interpretationem ſcilicet novæ pragmaticæ in agricolarum favorem, de quo, & eorum conditione, pauca prius dicemus in commune, poſtea ſingula *legis* noſtræ capita ſigillatim expoſituri. Agricolarum igitur, quos ab agri colendi labore nos *Labradores* dicimus *l.* 5. *tit.* 20. *Part.* 2. juncto *proœmio tit. ſeq.* non una eſt conditio. Quippe apud Romanos, quamvis initio rem ruſticam optimus quiſque optime tractaret, ut ait Columella *lib.* 1. *de re ruſt. in præf.* & ipſorum quoque Imperatorum manibus colerentur agri, ut, ſi fas eſt credere, *gauderet terra vomere laureato, & triumphali aratore*, ut ait Plinius *lib.* 18. *nat. hiſt. cap.* 3. poſtea vero, vileſcente ruris diſciplina, per ſervos a dominis in agros relegatos, ergaſtulis alligatos prædia coli cœperunt. *l. quæſitum* 12. §. *Alfenus ff. de. fund. inſtr. l. ex facto* 35. §. *rerum verſ. proinde ff. de her. inſt.* Gulicl. Forner. *lib.* 5. *ſelect. cap.* 10. late Briſſ. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 9. Juſt. Lipſ. *lib.* 2. *elect. cap.* 15. Marcell. Donat. *dilucid. in Suet. in Tib. c.* 8. Connan. *lib.* 2. *comm. c.* 10. *num.* 1. ex his principiis varia agricolarum conditio fluxit, notata in *l. ſervos* 12. *C. de agricol.* quorum alii omnino ſervi, qui juſſu, & fide dominica colunt prædia, quibus ſemper adhærent. *l. ſi quis inquilinos* 112. *de leg.* 1. *l. cum de lanionis* 18. §. *cum de villico* 4. *l. Sejæ* 20. §. 1. *ff. de inſtr. vel inſtr. leg. l.* 3. *l. quemadmodum* 7. *C. de agricol. & cenſ.* alii liberi, qui ſpecialiter *coloni* vocantur. *l.* 1. *C. de præd. tamiac.* qui capitationem non ſolvunt, & duntaxat penſionem certam præſtant domino terræ, a qua diſcedere non poſſunt, quales triginta annorum poſſeſſione quæſiti. *l.* 5. & 6. *l. omnes* 8. *l. ſi colo-ni* 14. *l. litibus* 19. *l. cum ſcimus* 21. §. *illud. l. pent* §. 1. *C. de agric. & cenſ. l.* 1. *C. de colon. Palæſtin. cum tit. ſeq.* alii *cenſiti*, qui cenſi cenſibus ſive libris cenſualibus, quibus perſonarum, & bonorum deſcriptio continetur, ſimul cum prædiis, quibus adhærent, adſcribuntur, & pro capite tributum, ſive capitis cenſum præſtant. *l.* 4. *l. cum ſcimus* 21. *cum ſeq. C. de agricol.* unde & *adſcriptitii*, & *cenſibus obnoxii*, ſive *adſcripti*, & *tributarii* vocantur. *l. ſi quis presbyter* 20. *C. de epiſc. & cleric. l. quicunque* 10. *C. de re milit. l.* 1. *C. de tyron. l. omnes* 6. *l. colonos* 8. *C. de agric. l.* 2. *C. in quib. cauſ. coloni.* ubi poſt Claſſicos Garſ. Connan. *d. lib.* 2. *c.* 10. partite & erudite Cuj. in *rub. C. de agricolis.* Vaſcus *de jur. emphyt. part.* 1. *quæſt.* 37. Donell. *lib.* 2. *comm. c.* 9. ubi Hillig. *lit. V.* P. Greg. *lib.* 18. *ſyntagm. c.* 23. Schiford. *lib.* 3. *ad Fab. tract.* 26. *quæſt.* 6.

§. II. Porro in Hiſpania omiſſis his agricolarum differentiis, quæ ſunt legibus noſtris incognitæ, ut teſtatur Greg. in *l.* 3. *gloſſ.* 1. *tit.* 25. *Part.* 4. ſumma *agricolarum* diviſio in duo genera dividitur, quorum alii *ſuis manibus*, alii *familiæ & domeſticorum opera colunt. l.* 4. *tit.* 20. *Part.* 2. aliter partitur P. Greg. *lib.* 18. *ſyntagm. c.* 23. *n.* 14. Eos autem omnes, quamvis aliena opera colant, ſi non perfunctorie, & pro forma, ut practici loquuntur, agricolæ ſint; privilegiis, quæ hac & alia anteriore pragmatica agricolis tribuuntur, frui debere, probatur aperte ex verbis pragmaticæ, ad quam hæc noſtra pertinet, publicatæ in favorem rei frumentariæ anno 1594. *cap.* 1. (*l.* 25. *tit.* 21. *lib.* 4. *noviſſ. Compil.*) ibi: *que los labradores, que por ſus perſonas, o por ſus criados, y familia labraren*; & legis noſtræ ratio ſuadet, quæ cum agriculturæ conſervationem reſpiciat, ut apparet ex prioribus illis verbis, *por juſtas cauſas convenientes al bien publico, que conſiſte en la conſervacion de la labrança*, æque ad omnes agricolas pertinet, ſive per ſe, ſive per alios colant, id-

idque apud nos in praxi receptum docet Narbona in *l. 25. gloſſ. 1. num. 1. tit. 21. lib. 4. Compil. in 3. quaternuio.* [hodie extat in corpore *noviſſimæ Comp. eodem num.*] utcunque controvertat Collantes in *comm. in favorem rei frum. lib. 1. c. 2. & lib. 2. c. 2.* quo argumento ad operarios quoque mercede conductos, quorum diligenti cultura pretia prædiorum amplíantur *l. 3. §. Divus de jure fiſci*, eadem privilegia pertinere, quamdiu agricolæ ſunt, videntur: nec dubitat Collantes *d. lib. 2. c. 3.* Narbona in *d. l. 23. gloſſ. 12. num. 4.* Ego tamen dubito, quia nec verbis hujus, nec anterioris pragmaticæ continentur, quæ ad eos ſemper referuntur, qui ſua prædia colunt, aut ex alienis penſione domino ſoluta fructus perceptos ſibi reſervant, ut apparet ex *cap. 1.* pragmat. anni 1594. & *cap. 1. noſtræ l. cum ſeq.* Et operarii ruſtici agriculturæ potius inſtrumenta ſunt, quam agricolæ. *l. in inſtrumento 8. l. quæſitum 12. §. Alfenus. l. cum de lanionis 18. § cum de villico. l. exſecutores 7.* juncta *authent. Agricultores C. quæ res pignori* ibi: *Perſonas, boves, & agrorum inſtrumenta, & ſi quid aliud ſit, quod ad agrorum operam ruſticam pertineat.* ut expendit Collantes *lib. 2. c. 1.* Quid quod, ut decretorio argumento utatur, privilegia duabus pragmaticis conceſſa vel verſantur circa fructus ab agricolis perceptos, quod his mercenariis colonis non convenit; vel circa agricolarum fidejuſſiones, & miſſiones in carcerem inhibendas, ut ex legum tenore conſtabit: id autem in his operariis iniquum, & ineptum eſſet, cum plerumque egentiſſimi ſint, ita ut vel fruſtra fidejubeant, vel ſi pro debito in carcerem abduci non poſſent, privilegium his tribui videatur cum injuria creditorum, quæ nec fieri ſolet, nec debet. *l. 2. §. merito, & §. ſi quis a Principe ff. ne quid in loco pub. l. nec avus 4. C. de emancip. liber.* Sed quamvis hæc non inſubtiliter diſputentur, judiciorum tamen uſu obtinuit, operarios ruſticos, quos vulgo *mozos de labranza* dicimus, pragmaticarum agricolarum privilegiis ex earum mente, & ratione potiri, quatenus eis conveniunt, veluti ne pro debito ex cauſſa civili in carcerem mittantur: idque ſequendum eſt, ne cultura impediatur, *arg. ex l. 1. C. de agric. & cenſ.* quemadmodum ad tenuiores agricolas, qui plerumque proprio officio aut artificio dediti, unum aut alterum agellum colunt, & vulgo *ſenareros* vocantur, eadem privilegia pertinere, ſi modo inſtrumenta rei ruſticæ habeant, magis judicibus placere video, mihique probatur ex *l. 4. C. de agric. & cenſ.* nec diſſentit Parladorius in *ſesquicent. diff. 75. c. 1.* circa explicationem pragmaticæ *num. 4.* Narbon. in *d. l. 25. gloſſ. 1. num. 13.*

§. III. Deinde admonendi eſtis, agriculturæ ſtudium, vetuſtate, dignitate, utilitate, quin & voluptate, atque innocentia quæſtus, ſemper adeo excelluiſſe, ut ab antiquis legibus, & a diverſis retro principibus, ſemper ruſticitati conſultum ſit, ut ait Juſtin. in *l. ult. C. de teſtam.* nec immerito, quippe ſine aliis artibus ludicris ſatis olim felices fuere, futuræque ſunt urbes, at ſine agricultoribus nec conſiſtere mortales, nec ali poſſe manifeſtum eſt, ut eleganter Columella *lib. 1. de re ruſt.* conducit text. opt. in *l. 2. ff. de nundin.* junct: *l. 4. tit. 20. P. 2.* illuſtrant de agriculturæ laudibus multis multa admiſcentes Alex. ab Alex. *lib. 3. genial. dier. cap. 11.* Tiraquell. *de nobilit. cap. 32.* Caſſan. in *catal. glor. mund. part. 11. conſ. 37.* J. Lipſ. *cent. 1. miſcell. epiſt. 8.* Bovadilla *lib. 3. pol. cap. 3. num. 61. & lib. 5. cap. 9. num. 1.* Parlador. in *ſesquic. diff. 79. §. 1.* Pichard. in *manud. ad praxin part. 2. præc. 9. num. 76.* Collantes *lib. 1. cap. 1.* Idcirco in agriculturæ conſervatione, ejusque privilegiis publicæ utilitatis favor conſideratur, ut notat Platea in *l. 1. num. 2. C. de agricol.* idque & ego didici ex *l. quicunque 7.* ibi: *ut id conſenſu omnium fiat, quod omnibus profuturum eſt. l. qui agros 8.* ibi: *ad privatum pariter publicumque compendium excolere, C. de omni agro deſerto.* eaque certa, rectaque ratio eſt noſtræ pragmaticæ prioribus illis præfationis verbis expreſſa.

§. IV. Plane ut generali legis ratione cognita ſingula ejusdem capita enarremus, hæc primi verba ſunt: *Mandamos, que lo diſpueſto por otra nueſtra L. que los labradores no puedan ſer executados en ſus ſembrados ſino es en los caſos en ella expreſſados, ſea y ſe entiendra tambien, que no lo puedan ſer, ſino en el pan que coxieren de ſus labores, deſpues de ſegado pueſto en los raſtroxos, ó en las heras; haſta que lo tengan entroxado.* Quibus explicandis ſciendum eſt, inter alia privilegia agricolarum, quæ recenſet ex profeſſo Renat. Choppin. *de priv. ruſtic.* Ripa *de peſte cap. 4. de remed. præſ. num. 106.* ſingulare illud eſſe, ut inſtrumenta ruſtica, veluti boves aratorii, ab executoribus in cauſſam pignoris capi non poſſint ex conſtit. Conſtantini, de qua in *l. exſecutores 7. C. quæ res pign. l. 3. tit. 27. P. 3. l. 43. tit. 4. lib. 3. Comp.* nec expreſſa conventione pignori obligari. *l. 4. tit. 13. P. 5.* etiamſi bona alia deficiant, ut exprimitur in *l. 5. & 6. tit. 17. lib. 5. Comp.* & in pragmatica anni 1594. ibi *cap. 1. aunque no tengan otros bienes.* ne inſtrumentis ſublatis agricultura turbetur, & tributorum illatio retardetur. *d. l. exſecutores* cum *authent.* explicant poſt Claſſicos in his locis, & præter laudatos ab Hillig. ad Donell. *lib. 27. comm. cap. 3. litt. P.* erudite, ut ſolet, Cujac. in *recit. ad tit. C. quæ res pign.* Gilbert. Regius *lib. 2. enantiophanōn cap. 20.* P. Gregor. *lib. 23. ſyntag. cap. 9. num. 10.* Donell. & Gothofr. in *d. l. exſecutores 7.* Balduin. *de pign. cap. 12.* Neguſ. *eod. tract. part. 2. membro 3. num. 49.* Rodriguez multa ex multis deſcribens *de exſecutione cap. 5. num. 62. & ſeq.* Aceved. in *l. 7. num. 46. tit. 21. lib. 4. Compil.* Collantes *d. lib. 1. cap. 3. & ſeq.* Pich. in *manud. ad praxin part. 2. præcepto 9. num. 75.* Narbon. in *d. l. 25. gloſſ. 2. num. 2. & ſeq. & gl. 7.* Gutierrez *lib. 4. pract. quæſt. 12. num 10.* Quemadmodum eadem ratione ab eodem Conſtantino illud notatum paucis, & ad uſum equorum curſualium, quos *poſtas* dicimus, neceſſarium, cautum eſt; ne boves aratorii (addo mulos & cætera animalia aratoria) etiam deficientibus his, qui curſui publico deſtinati ſunt, agricolis abſtrahantur *l. 1. C. Th. de curſ. pub.* juncta *l. 2. C. ne ruſticani ad ullum obſ.* notat Cujac. *lib. 4. obſ. cap. 20.* Et apud Hebræos *Exod. cap. 22.* & a Juſtiniano in *legg. georgicis*, inſtrumentorum rei ruſticæ furta propriis, & gravioribus pœnis punita, ut docet P. Greg. *lib. 37. ſyntagm. cap. 5.* Et apud nos furta hujusmodi rerum reſtituuntur *con el once doblado*, ut ſcriptum eſt in *l. 5. in fin. tit. 17. lib. 5. Comp.* Hæc cum ita eſſent vetere jure Romano & regio, parumque obſervarentur, pragmatica ſanctione data Madriti anno 1594. *cap. 1.* privilegium de agriculturæ inſtrumentis pro exſecutione non capiendis extenſum fuit ad manu ſata, vel novalia, ſive *arvum*, & *ſegetem*, ut vocat Parlador. *d. diff. 79. cap. 1. num. 8.* vulgo *ſembrados y barbechos*; quibus verbis tam fundi frumentarii, quamdiu ſati ſunt, vel ad ſationes aratro proſciſſi, quam ſemina ipſa terræ cohærentia in cauſſam exſecutionis capi prohibentur; quia pendentes fructus fundi pars ſunt. *l. fructus 44. de R. V. l. qui ſcit 25. in princ. §. 1. de uſur. l. ult. §. fructus. quæ in fraud. cred.* late Collantes *d. lib. 1. c. 5.* a quo merito diſſentit Narbon. in *d. l. 25. gloſſ. 4. num. 5.*

§. V. Noviſſime itaque noſtra *l.* jus vetus repetita auctoritate firmatum & præclare ſancitum, ut frumentum ab agricola propria ſatione & induſtria perceptum pro exſecutione pignori non capiatur, quamdiu in area fuerit, donec in horrea referatur; quia cum ad exſecutionem rite peragendam capi, & vendi pignora neceſſe ſit. *l. a D. Pio 5. §. in venditione. de re jud. l. 19. tit. 21. lib. 4. Comp.* frumenti tritura impediretur, & fructuum inutilitas fieret, ut loquitur Juſtin. in *l. ult. §. ult. C. de ſervit.* ubi Bald. Excipiuntur tamen tres caſus anteriori pragmatica comprehenſi. Primus, ſi ob tributa, vel alia fiſco debita agatur, (quod Romano jure non obtinuit, ſi credimus Cujac. ad *tit. C. quæ res pig.*) vel ſi a domino prædii id, quod mutuum

colo-

colono ad culturam dedit, petatur, vel ſi ab eodem propter penſionem fundi debitam agatur. Quibus ex cauſſis tam inſtrumenta agriculturæ, quam frumentum in area poſitum pro exſecutione capi poſſunt, ſi alia bona non extent; cæteroquin ſi extent, perinde in his atque in cæteris caſibus capio inhibetur, ut cavetur in pragmatica anni 1594. *cap.* 1. Sicque explicanda, & conciliand*a* eſt, alioqui ſibi contraria *l.* 5. ubi Matienzo *gloſſ.* 1. *tit.* 17. *lib.* 5. *Compil.* exornat Collant. *d. lib.* 1. *c.* 13. Pich. *d. parte* 2. *præcep.* 2. *num.* 76. Narb. in *d. l.* 25. *gloſſa* 8. *& ſeq.* Sed & domino prædii pro penſione ejuſdem in fructibus ex eo perceptis prælationis jus contra quoſcunque alios creditores tributum eſt *cap.* 3. ejuſdem pragmaticæ. late Parlad. *d. diff.* 79. *c.* 3. Gutierrez *lib.* 4. *pract. quæſt.* 50. *num.* 30. Narbon. in *d. l.* 25. *gl.* 16. etiam contra mulierem pro dote agentem, ut reſolvit Collant. *lib.* 3. *c.* 1. *num.* 4. Narb. *d. gloſſ.* 16. *num.* 42. quamvis aliter cenſeat Felic. *de Cenſib. tit.* 2. *lib.* 3. *c.* 5. *num.* 14.

§. VI. Præterea ſciendum eſt, tribus his caſibus, quos recenſuimus, quartum adjectum eſſe regii ſenatus declaratione data Madriti anno 1594. qua cavetur *c.* 1. ſuperioris pragmaticæ, nihil innovari tam circa decimas ex fructibus perceptis debitas; quoniam earum ſolutio tributorum exactionem præcedit. *c. cum non ſit* 33. *extra de decimis.* quam circa debitum ab agricolis ex cauſſa conductionis redituum eccleſiaſticorum, quorum non minor favor eſt, quam penſionis domino fundi debitæ: ut proinde ex his cauſſis & inſtrumenta agriculturæ, & cæteræ res prohibitæ exſecutionis nomine capi poſſint, ſi modo conductores ad ſolutionem decimarum ſeſe obligaverint cum juramento; ſic enim qualitatem juramenti declarationis verbis expreſſam refert, & exaudit poſt multum hæſitationis æſtum Collantes *lib.* 2. *c.* 15. *num.* 9. melius Narbona in *l.* 16. *gloſſ. unic. num.* 12 *eod. tit.* Cæterum cum incivile, & inauditum eſſet, obligationem juratam requiri, ut pro debito redituum eccleſiaſticorum ſuperiores res capi poſſent, noviſſima regii ſenatus declaratione edita Madriti anno 1614. idem jus quoad noſtram pragmaticam iiſdem omnino verbis renovatum, & verbum *cum juramento* de induſtria, ut ſuſpicor, prætermiſſum eſt. Illud duntaxat addimus, in his quatuor caſibus & in aliis omnibus, quamvis bona alia deficiant, nunquam pro exſecutione auferri poſſe agricultori unum par boum, ſive animalium, quæ arationi deſerviunt, ut apparet ex *cap.* 1. pragmaticæ anni 1594. *l.* 6. *tit.* 17. *lib.* 5. *Compil.* ubi Matienzo & Aceved. Villadiego in *polit. c* 2. *num.* 77. Collant. *lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 10. Curia Philipp. §. 16. *num.* 9.

§. VII. Subjiciuntur in eodem *cap.* 1. noſtræ pragmaticæ verba hæc: *y entonces quando por alguna execution ſe les hubiere de vender algun pan, no ſe les pueda tomar, ni vender a menos precio de la taſſa: y no haviendo comprador, ſe haga pago con ello al acreedor.* Quibus verbis ſingularia duo extra recepti juris tenorem agricolis conceduntur. Quippe cum in venditione pignorum, quæ in venditionis cauſſam capiuntur, nihil aliud requiratur, niſi ut publica ſubhaſtatione pluris licitanti addicantur. *l.* 3. *C. de exſecut. rei judic. l. penes* 4. *C. de vectigal.* frumentum tamen ab agricola proprio ex labore perceptum (de quo dumtaxat hæc verba accipienda, & præcedentium, & æquitatis ratio convincit) tunc etiam cum in horreis jam eſt, nec pro exſecutione capi, nec vendi, ſive addici publice poteſt minori pretio, quam quod noviſſime definitum eſt in *l.* 12. *tit.* 25. *lib.* 5. *Compil.* Deinde cum regulariter, ſi pignora pro exſecutione capta emptorem non inveniant, eo jure utamur, ut eidem creditori vel per ſe vel per ſuppoſitum emptorem, ut plerumque fit, dignum pretium offerenti ſolenniter addicantur. *l* 2. *C. ſi in cauſ. judic.* frumentum tamen pignori captum, ſi poſt ſubhaſtationis ſolennia emptor non exſiſtat, qui definito legibus pretio mercetur, in ſolutum dandum eſt creditori æſtimatum ſcilicet juxta legum noſtrarum taxationem. vide Rodriguez *de exſecutione cap.* 6. *num.* 46. *&* 47. *verſ. ſecundo.* Sic enim legem ſenſiſſe, quamvis non ſatis exprimat, & judiciorum conſuetudo optima judiciorum interpres ſuadet. *l. ſi de interpretatione* 31. *cum ſeq. de legib.* & liquet ex prioribus verbis, quibus frumentum pro exſecutione vendi, aut auferri prohibetur, niſi pro pretio taxato. Atqui creditor, qui in ſolutum accipit, vicem emptoris obtinet in frumento. *l. ſi prædium* 4. *C. de evict.* aut, quod ſaltem negari non poteſt, aufert: ut omittam, poſteriora verba de frumento creditori in ſolutum dando niſi, ut diximus, accipiantur, & ſuperflua & ſine ullo agricolarum privilegio adjecta eſſe, cum id jam communi jure cautum eſſet. *l. a D. Pio* 15. §. *ſi pignora. de re jud. auth. hoc niſi debitor C. de ſolut.* & irritum plerumque prius illud privilegium efficere, cum raro in hac ſaltem provincia emptores exſiſtant, qui pro frumento tantum pretium offerant. ſentit Narb. in *d. l.* 25. *gl.* 4. *num.* 8.

§. VIII. Illud ex his, & ex ſuperioribus noſtræ *l.* verbis recte colligi poſſe videtur, frumentum, quod ſerendi cauſſa agricolis neceſſe eſt, pro exſecutione capi poſſe, quia cum frumentum, quamdiu in area eſt, ſolum excipitur, reliquum omne capi permittitur. *arg.* text. in *l. quæſitum* 12. §. *idem reſpondit* 43. *verſic. denique. de inſtruct. vel inſtr. leg. l. ex eo* 18. *ff. de teſtib.* Me tamen in contrarium movet maſcula juris ratio, quæ docet, inſtrumento fundi frumentum, quod ſerendi cauſſa ſepoſitum eſt, contineri. *l. quæſitum* 12. *in princ. l. item ſi fundi* 9. §. *ſeminarii ff. de uſufruct.* Et ideo, quamvis nominatim non excipitur, agricultori auferri non debere, ſicut cætera rei ruſticæ inſtrumenta. Eoque, ſi dextre expendimus, & exponimus, reſpiciunt *legis* noſtræ illa verba: *alguna parte de el pan,* quæ non ſine myſterio partem duntaxat aliquam frumenti pro exſecutione vendi ſupponunt, quaſi ſemper relinqui agriculæ debeat pars neceſſaria ad ſeminandum. Ita Narbona in *d. l.* 25. *gloſſ.* 4. *num.* 9. & ante hanc pragmaticam ſenſit Collantes *lib.* 1. *cap.* 6. ubi recte ſubjicit, non idem eſſe in frumento, quod ad cibaria agricultorum, & animalium neceſſarium eſt; quia quamvis id legato fundi inſtrumento contineatur. *d. l. quæſitum* 12. *in princip.* & frumentum ad alimenta neceſſaria agricolis relinquatur, etiam quoties urgente publica neceſſitate vendere coguntur, ex *cap.* 7. pragmaticæ anni 1594. ſi tamen proprie loquimur, frumentum ruſticorum & animalium cauſſa paratum, inſtrumentorum potius inſtrumentum eſt, quam ipſius fundi, ſive agriculturæ, ut ego didici ex *d. l. quæſitum* 12. §. *ſed an inſtrumenti* 6. *l. villæ* 16. §. *ult. de inſtr. vel inſtrum. legato.* & ideo pro exſecutione capi poteſt, poſtquam ex area in horrea illatum eſt, quia inſtrumenti vocabulum ſtricte hic accipi debet, ne jus tam ſingulare ad conſequentias producatur. *l. quod vero* 14. *de legib.* expendit in re ſimili Parlad. *d. diff.* 79. *c.* 1. *num.* 9. & in his terminis Narbon. in *d. l.* 25. *gl.* 4. *num.* 16.

§. IX. Sequitur *caput* ſecundum noſtræ pragmaticæ, *que lo que por la dicha ley ſe ordena, que las perſonas de los labradores en los meſes de Jullio, y los ſiguientes, no puedan ſer preſſos por deuda alguna, que no deſcienda de delicto, lo eſtendemos, que tan poco lo puedan ſer en ningun tiempo del año ſi no es, que las deudas ſean contrahidas antes de ſer labradores, y el juez, executor, o acreedor, que contravienen a lo ſuſo dicho incurran en la penas de ella.* Poſtulant ſuo jure hæc verba, ut moneamus, agricultores circa rem ruſticam occupatos, quamdiu ſationibus & fructibus colligendis inſiſtunt, ſemper ſecuros eſſe debere, ut ſcriptum præſcriptumque eſt in *authent. agricultores Cod. quæ res pignor. cap. ult. ex. de treuga, & pace. l.* 25. *tit.* 13. *lib.* 8. *l.* 41. *tit.* 6. *lib.* 3. *Compil.* quia publice expedit, eos nunquam ab opere ruſtico avocari. *l.* 2. *de nundin. l.* 1. *l. colonos* 15. *C. de agricol. & cenſit.* notat Mexia in *pragmat. taxat. panis c.* 1. *num.* 40. adeo ut apud Indos belli tem-

pore inter medios hoſtes ſint ſacroſancti, ut obſervat ex Diodoro Caſſan. in *catal. glor. mund. p.* 11. *conſider.* 37. Petr. Gregor. *lib.* 18. *ſyntagm. cap.* 5. *num.* 2. Bovadill. *lib.* 1. *polit. cap.* 13. *num.* 96. ſed cum hoc jure antiquo non ſatis clare definiretur, neque obſervaretur, ut teſtatur Baldus in *d. auth. agricultores.* Ripa *de peſte cap.* 4. *num.* 215. Parlador. *lib.* 2. *rer. quotid. cap. ult. p.* 5. §. 6. *num.* 25. cautum eſt apud nos regia pragmatica anni 1594. *cap.* 2. ne agricolæ pro debito ex delicto non deſcendenti capiantur, ſive in carcere detineantur ſex menſibus ab ineunte Julio ad finem decembris computandis. notant Bovadill. *lib.* 3. *polit. cap.* 3. *num.* 61. Pich. in *manuduct. ad prax. part.* 2. *præcepto* 9. *num.* 76. auctor curiæ Philippicæ *part.* 2. §. 17. *num.* 21. Villadieg. in *polit. cap.* 2. *num.* 77. Parlador. *differ.* 79. *cap.* 2. *num.* 1. Collantes *lib.* 2. *cap.* 1. Narbona in *d. l.* 25. *gloſſ.* 12. idque adeo obſervandum, ut nec excommunicari his menſibus, & ſi ante in carcerem miſſus ſit ex civili cauſſa, accedente ſemeſtri tempore liberari a vinculis debent, etiamſi pro fiſcali debito, aut aliis primo pragmaticæ *capite* exceptis agatur, quamvis refragari videatur *Lex* 25. *tit.* 13. *lib.* 8. *Compil.* firmat pluribus plura cumulans Collantes *lib.* 2. *cap.* 4. *& ſeq.* quæ non tranſcribo, Narbona in *d. l.* 25. *gloſſ.* 13. *num.* 12.

§. X. Verum huic publicæ utilitati plenius planiusque *Lex* noſtra proſpexit, nullo anni tempore agricolas propter æs alienum in carcerem abduci permittens, quod apud Gallos regia lege ſancitum memorat Gothofr. in *l. exſecutores* 7. *C. quæ res pignori* Hillig. mirum ſibi videri ſcribens ad Donell. *lib.* 27. *comm. cap.* 3. *lit. CC.* quia, cum inſtrumenta ruſticæ rei pro exſecutione auferri non poſſint, abſurdum foret, perſonas his utentes capi poſſe, ut cenſet Diodorus Siculus apud Menoch. *de arbitr. lib.* 2. *cent.* 4. *caſu* 378. *num.* 3. exornat Narbona in *d. l.* 25. *gloſſ.* 12. Duo diligenter notanda ſunt. Primum, hoc & cætera privilegia duabus his pragmaticis conceſſa ad cultores agrorum frumentariorum dumtaxat pertinere, ut liquet ex præfatione pragmaticæ anni 1594. & ideo vinearum cultores his non frui, quia frumenti appellatione non continentur. *l. frugem* 77. *verſ. frumentum de V. S.* notat in ſpecie Parlador. in *ſesquicent. differ.* 79. *cap.* 1. *num.* 1. Collantes *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 4. Plane juris antiqui beneficium, ne agricultores, quamdiu colunt, in carcerem ex civili cauſſa mittantur, vinearum quoque cultores vindemiarum tempore potiri debent, ut poſt Accurſ. in *l.* 1. *verbo frugibus C. de agricol.* docet Gul. Bened in *cap. Raynutius verbo & uxorem num.* 906 *ext. de teſtam* Quibus adjicio, exprimi hoc apud nos in *l.* 25. *tit.* 13. *lib.* 8. *Compil.* & noviſſime definiri regio reſcripto, ſive epiſtolari conſtitutione ad Regni petitionem emiſſa Valli-ſoleti *die* 28. *Auguſti* anno 1603. qua vinearum dominis, & cultoribus, quamdiu millionum extraordinaria penſitatio ex vino, & oleo, aliisque rebus deducenda manebit, conceditur agricolarum privilegium, ne pro exſecutione capiantur, ex dimidiato Septembris ad dimidiatum Novembrem, idemque oliveti cultoribus ab ineunte Novembri ad finem Januarii tribuitur eadem lege, cujus immemores inconſpecte in propoſito loquuntur Parlador. in *ſesquicent. differ.* 79. *cap.* 1. *num.* 1. Collantes *d. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. ſciendum eſt, hujus pragmaticæ novam, & notabilem exceptionem proponi in debitis ab agricultore contractis, antequam agricultor eſſet, quorum nomine in carcerem compelli *lex* noſtra permiſit, & quidem juriſconſultiſſime, quoniam adverſus fraudem reorum & debitorum mutata conditione liberare volentium placuit, contractus aut delicti tempore conditionem eorum ſpectari. *l. Pomponius* 15. *de negot. geſt. l. ſi id quod* 58. §. *ſi filiusfam. pro ſocio. l.* 1. *de pœnis.* adeo ut privilegium ex poſtfacto quæſitum ad ante geſta numquam profu. *l. ſi quis decurio* 21. *Cod. ad leg. Cornel. de falſ. l. ſi quis poſteaquam* 7. *de judiciis.* nili quoties privilegio impetrato, exactio aut exſecutio ad tempus ſuſpenditur, & differtur potius, quam aufertur. *l. ſi reus* 12. *judicatum ſolvi. l. ſi adulterium* 38. §. *ult. ad leg. Jul. de adulter. l. non diſtinguemus* 32. §. *item ſi quis Romæ de recept. arbitr. l. qui autem* 12. ubi Alberic. *ſi quis cautionib.* fuſe Barboſ. in *d. l. ſi quis poſteaquam* 7. *num.* 140. *& ſeq.* & in ſpecie Narbon. alias poſt alios exceptiones explicans in *l.* 25. *gloſſ.* 13. *num.* 6. *tit.* 21. *lib.* 4. *Compil. in* 3. *quaternione.*

§. XI. Illud non prætermittendum, confirmari hac *lege* pœnas judicibus exſecutoribus & creditoribus anteriori pragmatica impoſitas, ſcilicet, ut judex, vel exſecutor, qui primo, aut ſecundo noſtræ *legis* capiti contravenerit, ab officio per annum ſuſpendatur non ipſo jure, ſed poſt ſententiam ſuſpenſionis, ut rectiſſime probat Narbona in *d. l.* 25. *gloſſ.* 14. *num.* 1. creditor vero jus debiti amittat, & quidem ipſo jure, ut pragmaticæ verba oſtendunt, ſi modo agricolam debitorem eſſe publice conſtet, ut agnoſcit Collantes *lib.* 3. *cap.* 10. Narbon. in *d. l.* 25. *gloſſ.* 14. *num* 6. Parlador. in *ſesquicent. differ.* 79. *num.* 3. adeo ut in conſcientiæ quoque foro agricola liberetur, ut reſolvit Parlador. *d cap.* 2. *num* 9.

§. XII. Subjungitur in tertio *capite* noſtræ Pragmaticæ, *que ſin embargo, que por la dicha ley ſe les permitte ſometerſſe a el Correjidor realengo mas certano, y en los lugares eximidos a el de la cabeza des la Juriſdiccion don de ſe eximieron, no puedan de aqui adelante hazer la dicha ſumiſſion, ni otra alguna, ſino que por las deudas, que contraſeron, ayan de ſer convenidos en el fuero de ſu domicilio, y no en otra parte.* quamvis regulariter proprio foro renuntiare, & omnium judicum ſe juriſdictioni ſubjicere quiſque poſſit. *l.* 1. *de judiciis. l. ſi quis in conſcribendo* 29. *C. de pact. l.* 20. *tit.* 21. *lib.* 4. *Compil.* agricolia tamen id nullius debiti nomine permittitur, niſi ſe viciniori Prætori Regio ſubmittant, aut in exemptis oppidis judici ejus oppidi, quod Juriſdictionis caput eſt, a quo cætera exempta ſunt, ut aperte diſponitur *cap.* 4. pragmaticæ anni 1594. notat Parlador. *differ.* 79. *cap.* 4. Collantes *lib.* 3. *cap.* 6. Ignatius del Villar in *ſilva reſponſor. lib.* 2. *reſponſ.* 16. *cap.* 4. ſed id noſtra pragmatica prudenter emendatum eſt, quæ ſubmiſſionem omnem extranei judicis juriſdictioni, etiam in caſibus anteriori lege permiſſis, prohibet in perſona agricolarum, eosque numquam alibi, niſi in foro domicilii, ob debita contracta conveniri poſſe vult, idcirco ſcilicet, ne proſequendæ litis obtentu ab agricultura avocentur. *l.* 1. *l. colonos* 15. *Cod. de agricol. l.* 1. *de feriis.* cum eorum in urbe præſentia ſuperflua, & abſentia ab agris damnoſa ſit, *authent. de quæſtore* §. *ſi vero aliqui in fin. collat.* 6. *difficile enim eſt, dominis abſentibus recreari poſſeſſiones, aut competentem mereri culturam*, ut ait Juſtinian. *conſtitutione* 27. apud Julianum Antecefforem. Plane ex diſertis *legis* noſtræ verbis liquet jam, agricolam, ubicumque contraxerit, etiamſi ibi inveniatur, conveniri tamen non poſſe, niſi in foro domicilii, quamvis communi jure aliud eſſet. *l. heres* 19. §. *proinde de judiciis. cap.* 1. §. *contrahentes de foro compet. in* 6. quippe etſi privilegium indultum quibusdam, ne niſi coram certo judice reſpondeant, non impediat, quominus, ubi contraxerunt, conveniri poſſint. *cap. dilecti* 17. *de foro compet. cap.* 1. *de privileg. in* 6. id tamen non pertinet ad agricultorum prærogativam, ne conveniantur niſi in domicilii foro; hæc enim non ſpeciali eorum favore, ut privilegia illa, quorum mentio in *d. cap. dilecti* 17. & in *d. cap.* 1. *de privil. in* 6. ſed publicæ utilitatis, quæ in agricultura conſideratur, fundamento ſubnixa eſt, & ideo nec tacita, nec expreſſa renunciatione, aut ſubmiſſione amitti poteſt, ut cavetur *cap.* 6. noſtræ pragmaticæ, ubi dicemus, & colligitur ex *cap. ſi diligenti* 12. *de foro compet. l. non dubium* 5. *C. de legib.* ita Narbon. in *d. l.* 25 *gloſſ.* 17. *num.* 10. *tit.* 21. *lib.* 4. *Compil.* quamvis perperam diſſentiat Collantes *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 3. Ceſſat tamen hæc prohibitio in locatione decimarum & redituum Eccleſiaſticorum, quorum nomine conductores agricolæ poſſunt Eccle-

Digitized by Google

ecleſiaſtici judicis ſe juriſdictioni ſubmittere, & coram eo conveniri. *l. 9. 10. & 11. tit. 1. lib 4. Compil.* Idemque erit, ſi juramento ad illarum ſolutionem ſe obligaverint. *arg. cap. ult. de foro compet. in 6.* & utrumque exprimitur Regii ſenatus declaratione, quæ hodie exſtat in *l. 26. tit. 21. lib. 4. Comp. in 3. quaternione*, ubi Narbona *gloſſ. 1. num. 12. cum ſeq.* quamvis in alia noviſſime juramenti mentio omittatur, ut notavimus ſupra §. 5.

§. XIII. Revocat me *legis* noſtræ *caput* quartum: *que el pan, que ſe les preſtare entre año para ſembrar, ó para otras neceſſidades, no ſean obligados à bolver lo en la miſma eſpecie, y cumplan con pagar lo en dinero à la taſſa, ſino es, que à el tiempo de la paga ellos de ſu voluntad eſcojan pagar lo en pan.* Proponitur his verbis nova, & nobilis prærogativa, quia quamvis regulariter aliud pro alio invito creditore ſolvi non poſſit. *l. 2. §. 1. de reb. cred. l. eum a quo 16. C. de ſolut.* agricolæ tamen frumentum, quod ad ſerendum, vel ad alios uſus mutuum acceperint, in eodem genere reddere non coguntur, & liberantur, ſi pecunia æſtimatum juxta legum noſtrarum taxationem reſtituant, ne ſcilicet frumento ad ſementem, quæ in agricultura ſtrenue maxime facienda eſt, ut ait Columella *lib. 11. de re ruſtica*, carere cogantur, quemadmodum circa mutuum agricolis datum ſingulare, nec vulgare illud ſtatutum eſt in *authent. ad hæc C. de uſur.* & *Novella 32. ne quis mutuum dans agricolæ cum duab. ſeq. collat. 4.* ut antichreſis pactio, per quam creditor fructum, uſumque pignoris in vicem uſurarum lucratur, donec pecunia ſolvatur. *l. ſi is qui bona 11. de pignor. l. ſi pecuniam 33. de pignor. action.* in poſſeſſionibus tamen vel mancipiis, aut pecore ab agricola pro credito pignori obligatis non admittatur, & ut pro mutuo frumenti octava duntaxat pars modii in ſingulos modios, quæ centeſima uſura eſt, uſurarum nomine accipi poſſit. *l. 2. C. Theod. de uſur.* & *Novell. 106.* pro pecunia vero in ſingulos ſolidos ſiliqua una quotannis, quæ trientem uſuram efficit, ut definitur *Novell.* Leonis 83. & levior eſt ſemiſſe uſura, quæ tanquam legitima ab aliis omnibus præſtatur ex *l. eos 26. §. 1. verſ. cæteros C. de uſur.* ubi poſt Claſſicos Giphan. Cujac. in *Novell. 32.* & *lib. 3. obſerv. cap. 35.* Contius *lib. 2. ſubſeciv. cap. 2.* Donell. in *d. authent. ad hæc*, & partim diſſentientes Rodriguez *de ann. redd. lib. 3. quæſt. 4. num. 47.* Pancir. *lib. 1. theſ. var. cap. 67. verſ. ſiliqua.* Nec incivile, aut inſolens in agricolis hoc privilegium cenſeri debet, cum in omnibus debitoribus vulgo receptum ſit, ut, ſi propter anni ſterilitatem, ſive annonæ difficultatem frumentum non invenitur, aut non niſi enormi pretio invenitur, juſta æſtimatione ſoluta liberentur. *arg. l. non dubium 14. §. ult. de legat. 3.* docent poſt multos Narbona in *d. l. 25. gloſſ. 10. num. 29. & ſeq.* Zavallos *com. cont. comm. tom. 4. quæſt. 899. num. 97.*

§. XIV. Legimus deinde in quinto *capite* noſtræ pragmaticæ: *que no puedan ſer fiadores, ſino es entre ſi meſmos, unos labradores por otros, y las fianzas, que hicieren por otras perſonas, ſean ningunas*, ſciendum eſt anteriori pragmatica, cujus toties meminimus, *cap. 5.* agricolarum obligationes pro dominis oppidorum, in quibus eorum juriſdictioni ſubjecti degunt, diſtricte prohiberi, ita ut nec tanquam principales, nec tanquam fidejuſſores intercedant, quoniam plerumque metu, & impreſſione dominorum fieri videtur, qui tam impotenter ſe gerunt, ut omnibus ſint terribiles. *l. ne quidquam 9. §. pen. de offic. proc. l. 1. C. ne ruſticani ad ullum obſeq.* maxime hoc tempore, in quo, ut Fulgentii *lib. 1.* verbis utar, *vacat potentibus opprimere, primoribus rapere, privatis perdere, miſeris flere.* explicant Collantes *lib. 3. cap. 9.* Parlador. *differ. 79. cap. 5.* & conducunt tradita ab Heringio *de fidejuſſorib. cap. 7. ex num. 181. & 204.* Cæterum cum publice expediat, homines liberos a debitis liberos eſſe, ut poſt alios notat Narbon. in *d. l. 25. gloſſ. 18. num. 9.* & præſertim agricolas, quos Reipublicæ nervos ac viſcera appellabat Dionyſius Rex Luſitaniæ, teſte Bovadill. *lib. 3. polit. cap. 3. num. 61.* Pichard. in *manuduct. ad prax. part. 2. præcept. 9. num. 76.* In fidejuſſionibus autem rei familiaris noxa præſtanda ſit, ut verum, vetuſque verbum ait, & ex aliis probat Heringius *de fidejuſſor. cap. 1. num. 21. & ſeq.* & *cap. 7. num. 233.* & *cap. 15. ex num. 3.* providentiſſime *lex* noſtra agricolarum pro aliis non agricolis fidejuſſiones inhibet, & infirmat, quantumvis jure communi ruſticos pro civibus poſſe intercedere non dubitet Hering. *de fidejuſſ. cap. 8. num. 106.* Inter ipſos autem agricolarum ſcilicet pro agricolis interceſſiones ſuſtinentur, ne privilegium ipſorum favore comparatum in eorum incommodum producatur. *l. quod favore 6. C. de legib. l. nulla 25. ff. eod.* quia quodammodo commercio eis interdiceretur, nemine cum his contrahente, ſi nec agricolas fidejuſſores dare poſſint, cum alios facile non inveniant. *l. quod ſi minor 24. §. 1. de minorib.* Porro quamvis *lex* noſtra de fidejuſſionibus duntaxat loquatur, exiſtimaverim tamen, eas etiam obligationes prohiberi, quas pro aliis, vel cum aliis agricolæ tanquam rei principales ſuſcipiunt commodo ad alios perveniente. *arg. capit. 5.* pragmaticæ, juncta *l. 4. l. ſi adverſarius 10. Cod. ad SC. Vellej. l. quamvis 8. §. ſi cum eſſem ff. eod.* & quia hoc potiſſimum caſu verum eſt, duos reos debendi vice mutua fidejuſſores intelligi. *l. reos 11. de duobus reis. l. vir uxori 17. §. ult. ad SC. Vellej.* quin facile *legis* noſtræ ſententia ſalvis ejus verbis eluderetur, agricolis aliorum nomine tanquam reis principalibus obligatis, ut plerumque a notariis fit.

§. XV. Ait rurſus *lex* noſtra in ſexto *capite*: *que lo contenido en eſta, y en la dicha ley en favor de los dichos labradores, no ſe pueda renunciar, ni valga la renunciacion, que hicieren della.* Continetur his verbis omnium aliorum capitum appendix, ac veluti privilegiorum fulcrum, ſine quo cætera falſa, aut infirma. Nam cum unicuique liceat juri pro ſe introducto renuntiare. *l. ſi judex 41. de minorib. l. ſi quis in conſcribendo 29. C. de pact.* agricolis id non permittitur in privilegiis hac, & anteriori pragmatica conceſſis, ut apparet ex illius *cap. 5.* juncta *l. 2. in fin. Cod. ne ruſticani. l. 5. tit. 17. lib. 5. Compil.* nempe quoniam omnia publicæ utilitatis, quæ in agricultura conſideratur, viribus fulciuntur, ut notavimus ſupra §. 3. cui privatorum pactis detrahi non poteſt. *l. quod de bonis 15. §. 1. ad leg. Falcid. l. Neratius 20. de relig.* notant Villadiego in *polit. cap. 2. num. 98.* Collantes *lib. 2. cap. 12.* & *lib. 3. cap. 8. num. 9.* Parlador. *differ. 79. cap. 1. num. 11.* Narbon. in *d. l. 25. gloſſ. 2. num. 4.* & præſenſit Ripa *de peſte cap. 4. num. 208.* Barboſa in *l. Lucius 39. num. 21. ſol. matr.* Cæterum, an obligatio agricolæ contra *legis* noſtræ tenorem, ſive renuntiatio privilegii jurejurando confirmetur, quæſtionis eſt; & confirmari affirmat Parlador. in tr. *fidejuſſionis juratæ differ. 79. cap. 5. num. 3.* negat indiſtincte Collantes *lib. 3. cap. 9. num. 7.* & quidem melius, cum quia, quæ publico favore principaliter prohibentur, ſacramenti religione non confirmantur. *l. juris gentium 7. §. & generaliter 16.* juncta *l. jus publicum 38. de pactis. cap. ſi diligenti 12. de foro comp.* qua ratione venditionem colonorum ſine prædiis juramento non ſtabiliri, *arg. l. 2. l. quemadmodum 4. Cod. de agricol. & cenſit.* docet Covarr. in *cap. quamvis pactum part. 2. §. 1. num. 2.* Menoch. *conſ. 89. num. 10. & 85. volum. 1.*

§. XVI. Supereſt ſeptimum *caput* noſtræ pragmaticæ: *que en la venta de el pan de ſu coſecha, no tengan, obligazion à guardar la taſſa, y ſe les dà licencia para que libremente puedan vender en pan cocido lo que fuere de ſu coſecha, y labranza ſin comprar, ni recivir de otras perſonas pan para lo vender por ſuio, ſo las penas pueſtas à los, que venden pan, mas que à la taſſa, y lo compran para revender, con que haſta fin de octubre de cada año ayan de regiſtrar, y regiſtren el dicho pan, que aſſi cojieren ante la Juſticia de los lugares, en cuyo termino lo huvieren cogido, para que ſe pueda averiguar, ſi han, vendido mas, que*

lo, quæ cojieron. Tam conſpicua, & perſpicua eſt *legis* noſtræ in hac parte diſpoſitio, ut interpretem vix deſideret, nos certe properantes immerito moretur; ſed ut pro inſtituto explicemus, memineritis apud Romanos certum propriumque corpus, ſive collegium piſtorum fuiſſe, qui ſub officio Comitis horreorum panificii, ſive panis conficiendi curam agebant, ut liquet ex *l. 1. in fine principii ff. quod cujusque univerſ. l. publicas 5. C. de feriis. l. 1. C. de frumento urbis Conſtantinop. l. 1. C. de piſtor.* ubi Cuj. & *de præſcript. cap.* 13. Petr. Greg. *lib.* 18. *ſyntag. cap.* 26. *num.* 1. Apud nos vero quamvis non tot legibus adſtrictum ſit; tamen proprium eſt piſtorum officium, qui publice frumentum in pane cocto vendere ſolent, præter quos nemini, qui conditione perſonæ piſturam exercere non debet, id permittitur. *l.* 4. *tit.* 25. *lib.* 5. *Comp.* Cum autem agricolis tributum eſſet, ut frumentum reſiduum deducto ad proprios uſus neceſſario in pane cocto vendere poſſent ex *l.* 9. *tit.* 25. *lib.* 5. *Comp. in* 2. *quaternulo*, & id poſtea ademptum *l.* 7. *&* 10. *ejusd. lib. & tit.* Rurſus intra certum modum permiſſum pragmatica anni 1594. *cap.* 6. noviſſime *lege* noſtra plenius cautum eſt, ut frumentum omne propria cultura perceptum in pane cocto vendere poſſent, etiam ultra legitimam taxationem, quam nec in frumento vendito ſervare coguntur, ſi modo quotannis ad finem usque Octobris frumenti quantitatem publicis actis judicis ejus oppidi, in cujus territorio perceperint, inſinuaverint; qua forma omiſſa nihil agitur, ut recte probat Collantes *lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 1. Narbon. in *d. leg.* 25. *gloſſ.* 20. quibus jungendi Ignatius del Villar *lib.* 2. *ſilvæ reſponſ. reſponſ.* 16. *cap.* 6. Parlador. *differ.* 79. *cap.* 6. Quibus adjicio corollarii vice, ſanctione *legis* noſtræ ejus transgreſſoribus quinquaginta mille marapetinorum pœnam imponi, quæ ad eos caſus non pertinet, quibus ipſa lege pœna ſpecialiter addita eſt. *l. ſanctio* 41. *ff. de pœnis.*

F I N I S.

FRAN

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

AD TITULUM COD. DE APOCHIS PUPLICIS, ET DE DESCRIPTIONIBUS CURIALIBUS, ET DE DISTRIBUTIONIBUS CIVILIBUS LIB. X.

Commentatio Methodica,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI RECITATA

ANNO MDCXXIX.

Quæ a me lecta collecta ſelecta in poſteriores tres Juſtinianei Codicis libros publicaturus, ordior merito ab hac tractatione, quam inter plures alias nobis hoc tempore interpretandam Academia proponit, & a me ſuperiori anno in petitione hujus cathedræ, extempora'i relectione comprehenſa, nusquam, quod ſciam, alibi aut hactenus ab Academicis Profeſſoribus diſpoſita aut digeſta. Cum autem omnia, quæ extant, Cæſarum reſcripta in *hoc titulo*, vel ad *deſcriptiones curiales*, vel ad *diſtributiones civiles*, vel ad *apochas publicas* pertineant, ut ſingula commodius intelligantur, de ſingulis ſeparatim dicemus, ac prius quidem breviter de *deſcriptione curiali*, neglecto præpoſtero Rubricæ noſtræ ordine, juxta quem prius de *apocha*, ſeu cautione tributi jam ſoluti, tractandum erat, quam de deſcriptione, quæ ſit tributariæ quantitatis a ſingulis ſolvendæ nomine.

CAPUT PRIMUM.

DE DESCRIPTIONIBUS CURIALIBUS

ad leg. 1. in princ. Cod. hoc Tit.

§. I. Res ut paucis intelligatur, ſciendum eſt, labente Romano imperio, ex ordine Decurionum ſeu Curialium ſuſceptores quotannis creari ſolitos, quorum primum munus fuit ſingulorum patrimonia deſcribere, & modum jugationis poſſeſſorum, & ſpecies ſingulas vel eorum numerum, quantitatemque deſcribere præſentibus defenſoribus civitatium. *l. ſuſceptores* 10. *C. de ſuſceptor.* Deſcribebant autem ſuſceptores non quidem ita, ut pro arbitrio mudum patrimonii, & tributi ipſi definirent, ſed ita potius, ut deſcriptionem jugationum & capitum in ſingulis civitatibus, & quantitatem tributi a ſingulis exigendi cum nominibus debitorum brevi chartula comprehenſis acciperent a tabulariis civitatum, ad quos pertinuit triliutorum omnium, quæ publico debentur, rationales conficere. *l. 1. l. miſſi 7. de exactor. tribut. l. 2. C. de numerar. l. 1. C. de immunit. nemini conced. l. 1. C. de cenſib. & cenſitor.* Hæc autem deſcriptio, quam *cenſum* veteres vocabant, ordinabatur prius a cenſitoribus, qui perſonas & bona cenſendo & æſtimando tributi modum ſingulis competentem in libros publicos referebant, quos deſcribebant tabularii, & ſervabant. *l. forma* 4. & paſſim *ff. de cenſibus. l. ergo* 30. §. *alluvio ff. de adquir. rer. dom. l. immunitates* 9. *C. de agricol. & cenſ.* proinde cum deſcriptionem hanc factam a cenſitoribus, quos hodie *taſſadores y repartidores de tributos* vocamus, tabularii darent ſuſceptoribus, inepta aut ſupervacua videtur illa deſcriptio, quam poſtea a ſuſceptoribus fieri cavetur in *d. l. ſuſceptores* 10. *C. de ſuſceptor.* niſi obſervemus, non fieri hanc tributi ſolvendi nomine, qualis erat deſcriptio, quæ a cenſitoribus, & tabulariis ordinabatur; ſed potius tempore tributi jam ſoluti, ut ex apocha, quam ſuſceptor ſolventi dat, præter quantitatem ſolutam conſtet etiam modus jugerum & capitum, & nomina prædiorum ſeu perſonarum, a quibus tributa ſolventur, ut exprimitur in *Novella* 17. *de mandatis princip.* §. *coges autem collat.* 3. notat poſt Accurſ. Lucas de Penna in *d. l. ſuſceptores* 10. cum aliis, de quibus poſtea opportunius infra. *c.* 3. §. 5.

§. II. Hæc itaque perſonarum & bonorum computatiu, & æſtimatio, & tributariæ quantitatis diſtribuiio publica auctoritate facta, & ſcripta, quam Accurſiani *æſtimum* vel *apretium* & *cataſtrum* ſive *allibrationem* appellant, nos nuncupemus, *padron, recetorias de encabezamientos, o taſſacion de las haviendas para el repartimiento de los tributes*, vocatur in præſenti *deſcriptio*, & in *l. un C. de collatione donatorum. Novell.* Theodoſii *tit.* 33. *de relevatis Novella* 17. *de mandatis princip.* §. *coges autem*, & *Novella* 128. *de collatoribus* §. *pro fiſcalibus collat.* 9. *Curialis* autem *deſcriptio* vocatur, quoniam adhibitis principalibus ex ordine curialium ſeu decurionum conficiebatur, a quibus omnium publicarum diſtributionum forma procedebat. *l. omnis C. Theodoſ. de his quæ adminiſtrantibus*, maxime in extraordinariis penſitationibus, quæ cogentibus diverſis negotiis indicebantur, eoque proprie pertinent *Legis* noſtræ verba illa. *Placuit ut deſcriptiones, ſi quæ per ſingulos ordines cogentibus diverſis negotiis agitentur*, hoc eſt, per ordines decurionum, quorum conſilio deſcriptiunes fiebant, ut explicat Cujac. hic, & poſt Accurſ. *verbo deſcriptiones*, omiſſa alia ejusdem lectura, hanc inſinuant Bart. Platea, Lucas de Penna, & Rebuſ. in præſenti.

§. III. Appellatione *deſcriptionis*, & eorum, a quibus ordinabatur, jam expoſita, ſequitur ſolennitas, quæ *forma cenſualis* vocatur in *l. forma* 4. *ff. de*

cenſibus, nempe quoniam cenſus, ut diximus, publica bonorum & perſonarum deſcriptio & æſtimatio eſt, ut notat Theophilus in §. *ult. inſtit. de libertinis.* Pancirol. *lib.* 2. *theſ. var. c.* 151. unde & pretium, quo res, cum cenſerentur, æſtimatæ ſunt, *formale* vocatur in *l. in lege* 62. §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* exponit poſt Duaren. Hillig. ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 24. *litt. M.* deſcriptionis autem forma hæc eſt jure Romano, ut in recenſendis perſonis, quæ tributo capitis obnoxiæ ſunt, ætas, ſexus, nomen, habitatio, ſtatus & conditio cujuſque ſcribatur, quoniam alii tributo capitis non obligantur propter ætatem, alii propter ſexum minus ſolvunt. *l.* 1. *ff. de cenſib. l. cum antea* 10. *C. de Agricol. & cenſit.* alii omnino non ſolvunt propter habitationem, veluti plebs urbana *l. un. C. de capitat. civ. cenſib. exim.* propter ſtatum, & conditionem perſonæ, veluti Clerici *l. placet* 5. *l. ſacroſancta* 8. *Cod. de ſacroſanctis Eccleſ. l.* 51. *tit.* 6. *Partit.* 1. *l.* 3. & 4. *tit.* 3. *lib.* 1. *Compil.* Viduæ etiam, & Virgines, quamdiu in eodem ſtatu ſunt, & pupilli uſque ad viginti quinque annos, ut ego didici ex *l.* 4. *l. aulla* 6. *C. Theod. de cenſu*, & ex Plutarcho in *Publicola.* in bonis autem cenſendis, ut tributum ſive cenſus ſoli ſolvatur, forma hæc eſt, ut prædiorum nomina & ſitus, jugerum qualitas, & quantitas, colonorum & pecudum numerus, mancipiorum natio, ætas, officium, artificium, totius denique patrimonii modus ſigillatim deſcribatur & æſtimetur *l. forma* 4. *in princ. & §. in ſervis cum ſeq. ff. de cenſib.* juncta *l. ſi quis* 7. *C. de bonis proſcript.* docent poſt Dionyſ. Halicarnaſ. *lib.* 4. Nicolaus Feſtas. in tract. *de æſtimo & collect. parte* 1. *num.* 13. *& ſeq.* Buleng. *de Imperio Romano lib.* 9. *cap.* 12. *& ſeq.* Pancir. *lib.* 2. *var. cap.* 151. Franc. Lucan. in tract. *de fiſco parte* 3. *de collectis num.* 11. *& ſeq.* Flores de Mena *lib.* 2. *quæſt.* 21. §. 2. *num.* 58. *& ſeq.*

§. IV. Æſtimanda autem ſunt, cum deſcribuntur, aut cenſentur, prædia quidem ſecundum reditus aut fructus, *l. pro locis* (ubi Bartol.) *C. de annon. & tribut. l.* 2. *C. de prædiis navicular. l. ſi quos* 16. *C. de reſcind. vend.* cæteræ autem res mobiles, quanti publice vendi poſſunt. *l. ſeptem* 12. *C. de erogat. milit. annonæ. l. pretia* 63. *ff. ad. l. Falc. l. ſpeciebus* 8. *C. de cohortal.* notant poſt alios Pancir. *d. cap.* 151. Avendano *de exſequend. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 15. deſcribenda etiam eſt pecuniæ quantitas mercimonio occupata, & pro modo lucri, quod ex negotiatione percipi ſolet, patrimonium mercatoris æſtimandum. *l. filii* 22. §. *ult. ff. ad. municip.* late Decian. *reſponſ.* 69. *volum.* 3. Roland. a Valle *conſil.* 66. *num.* 18. *volum.* 1. Flores de Mena *lib.* 2. *quæſt.* 21. §. 2. *num.* 60. in agris autem deſcribendis ita jus eſt, ut ſterilia & inculta prædia ſimiliter æſtimentur, compenſatione facta cum fertilibus, quæ ab eodem domino poſſidentur. *l. omne* 4. *C. de cenſib.* Ægid. Thomat. *de collect. part. ult. num.* 12. vel, ſi deſerta ſint, transferantur cum onere deſcriptionis & tributi ad eos, qui ex eadem ſubſtantia opima prædia poſſident, quibus non exiſtentibus, aut fertilia omittentibus, ne ſterilia ſuſcipiant, omnia ſimul civitati, in cujus territorio ſunt, aſſignentur cum immunitate triennii. *l.* 1. *&* 2. *l. qui utilia* 5. *cum ſeq. l. qui fundos* 9. *cum ſeq. l. hac definitione* 12. *C. de omni agro deſerto.* notat Feſtas. ubi ſupra *n.* 27. eleganter Cujac. *lib.* 4. *obſervationum cap.* 30. & in *Novel.* 17. & 128. & 166. & 168. Stephan. Durant. *quæſt. jur. cap.* 18. Denique ſi prædia ſemel deſcripta, & æſtimata, poſtea vel alienentur, vel induſtria poſſeſſoris, aut etiam fortuito meliora facta ſint, aut deteriora, officio cenſitoris congruit, ut quo tempore nova deſcriptio fiat, vitia prioris taxationis emendentur, & habita ratione incrementi aut decrementi tributum imponatur poſſidenti. *l.* 2. *C. de alluvion. l.* 2. *l. forma* 4. *in princ. & §. illam ff. de cenſib. l. ult. C. ſine cenſu.* vel reliqua: quamvis verum ſit, ſterilia prædia non ideo ſeparatim cenſeri, quia meliorata ſunt, ſed perinde atque ante meliorationem, ſimul cum fertilibus compenſatione facta cenſeri, & æſtimari. *l.* 3. *in fin. C. de alluvion.* quam ita accipiunt, & reſolvunt Ægid. Thomat. *de collect. in diſput.* incipiente *retenta proxima diſcuſſione num.* 7. *& ſeq.* Feſtas. ubi ſupra *num.* 30. Pancir. *d. cap.* 151. *verſ. obſervandum.* Aviles in *cap. prætor verbo alivien num.* 30. Flores de Mena *d. quæſt.* 21. §. 3. *num.* 169.

§. V. Deſcriptionis ita ordinatæ primus & primarius effectus eſt, ut juxta perſonarum numerum & patrimoniorum modum diſtribuatur inter cives ſingulos quantitas tributi ab unaquaque civitate ſeu provincia ſolvendi, cujus notitia publicis chartis deſcripta quotannis a præfecto prætorio in diverſas provincias tranſmitti ſolet, & *delegatio* nuncupatur. *l.* 1. *&* 2. *C. de indiction. l. ult. C. de canone largition. tit. l. placet* 8. *l. privatæ* 10. *C. de excuſ. muner. l.* 3. *C. de annon. & tribut. Novel. de collator.* 128. *in princ.* apud nos *cartas de receptoria. l.* 4. & paſſim *tit.* 14. *lib.* 6. *Compil.* Quibus conſequens eſt, ut, quod ad tributariam cauſam attinet, pretium bonorum publica deſcriptione taxatum legitimum cenſeatur, & inter fiſcum & privatos regulariter obſervetur. *l. ult C. de prædiis navicular.* Cæterum extra hanc cauſam in privatis controverſiis vera rei æſtimatio non ſatis plene probatur ex deſcriptione, ut mihi probat ſingularis textus vulgo in hac parte non animadverſus in *d. l. in lege* 62. §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* Feſtas. *de æſtimo parte* 1. *num.* 50. late Genua *de ſcriptura probata lib.* 5. *tit. de lib. æſtimi quæſt.* 4. Maſcard. *de probat. tom.* 1. *concluſ.* 655. unde etiam fit, ut regulariter ex deſcriptione publica ſive æſtimo, quem nos vocamus *Libro del apecheria*, non probetur, bona eſſe illius, cujus nomine deſcripta ſunt, quamvis in ejus favorem qualis qualis dominii præſumptio inducatur. *l. quæ quiſque* 64. *ff. de acquir. rer. dom. l. forma* 4. §. *ſi cum ego ff. de cenſib. l.* 3. *C. ne rei dominicæ.* eleganter Cicero in *orat. pro Lucio Flacco*, ibi *Retulit ad Juriſconſultos: conſtabat inter omnes, ſi aliena cenſendo Decianus ſua facere poſſit, eum maximam habiturum eſſe rerum omnium copiam.* idque receptius eſt, quia, quamvis cenſus & monumenta publica potiora ſint teſtibus, *l. cenſus* 10. *ff. de probat.* id tamen in his cauſis & inter eos, qui deſcriptioni conſenſerunt, receptum eſt, Craveta *conſil.* 3. *num.* 13. *lib.* 1. Lancellot. Galiaul. *conſil.* 112. *num.* 3. *&* 20. *cum ſeq.* Cæterum in aliis, aut inter alios dominium aut poſſeſſionem cum detrimento veri domini transferre non poſſunt in eum, cujus nomine deſcripta bona ſunt. *l. cenſualis* 7. *cum l. ſeq. C. de donat. l. ſolennibus* 25. *C. de rei vindic. l. ſi pater* 8. *C. de act. empt.* docent ita, & diſtinguunt poſt multos Maſcard. *concluſ.* 273. *&* 543. *&* 665. Genua *d. lib.* 5. *quæſt.* 2. *& ſeq.* Cujac. *lib.* 27. *obſ. cap.* 34. Pancir. *d. cap.* 151. *in fine.*

§. VI. Sed ut omiſſis aliis præcipuum illum deſcriptionis finem, & effectum, qui in diſtributione tributorum conſiſtit, jam explicemus, præmonendum paucis eſt, cenſum ſive tributum triplex eſſe, aliud mere *perſonale*, quod pro capite penditur, & *capitatio* vocatur, ſeu *cenſus capitis. l.* 3. *l. ult.* §. *Divus ff. de cenſibus. l. cum antea* 10. *C. de agricol. & cenſit. l.* 1. *C. de colon. Thracenſ.* aliud mere *reale*, quod pro rebus & rebus ipſis imponitur, & *cenſus ſoli*, ſive *jugatio* dicitur. *l. Imperatores* 7. *ff. de publican. l. forma* 4. §. *is vero ff. de cenſibus. l.* 2. *&* 3. *C. ſine cenſu*, vel reliquis. aliud denique *mixtum*, quod perſonis imponitur pro rebus, veluti *indictiones* jure Romano, quas interpretes *collectas* vocant, & apud nos *el pechos*, ut notat Otalora *de nobilitate part.* 2. *cap.* 1. *num.* 2. Quibus ita poſitis, ut, quæ perplexe interpretes, perſpicue interpretemur, diſtinctio adhibenda eſt, nam ſi tributum ſit mere *perſonale*, ut apud nos *la moneda forera. l.* 1. *cum ſequent. tit.* 33. *lib.* 9. *Compil.* æqualiter ab omnibus perſonis deſcriptis ſolvendum eſt, niſi legitimam immunitatem habeant. *l.* 1. *C. de immunit. nem. conced. l. pen. C. Theod. de cenſu.* Flores de Mena *lib.* 2. *var. quæſt.* 21. §. 3. *num.* 188. Sin autem *reale*

aut

aut *mixtum* tributum ſit, imponendum ſingulis eſt, per *ſolidum & libram*, ut Claſſici loquuntur, id eſt, juxta quantitatem patrimonii deſcriptam & æſtimatam, &, ut vulgo loquimur, *or millares. l. 2. C. de immunit. nomin. conced. l. omnes 11. C. de operibus public. l. 1. C. de munerib. patrimon. l. ſancimus* 6. ibi Accurſ. *verbo peræquatio de advoc. diverſ. judicior. l. ult. C. quemadm. civil. munera. l.* 20. ubi Greg. *gloſſ.* 8. *tit.* 32. *Part.* 3. idque obſervandum eſt regulariter in omnibus collectis, ſeu penſitationibus, quæ publica utilitate ſeu neceſſitate exigente indicuntur, nempe, ut, niſi aperte imponantur, per capita diſtribuantur juxta facultates cujusque. *l. indictiones* 2. *C. de annon. & trib.* docent poſt Baldum in *l. etiam num.* 16. *C. de exſecut. rei judic.* Franc. Lucan. *de fiſco part.* 3. *num.* 6. *& ſeqq.* Acevedo in *l.* 3. *num.* 1. *& ſeq. tit.* 14. *lib.* 6. *Compil.* Bovadilla *lib.* 5. *polit. c.* 5. *num.* 25. Flores de Mena *quæſtion. var. lib.* 2. *quæſt.* 21. §. 3. *num.* 109. Morla in *emporio part.* 1. *tit.* 12. *quæſt.* 7. Excipiuntur tamen tributa ſeu collectæ, quæ ſubrogantur in locum muneris perſonalis vel ſordidi, veluti cum pro civibus, quos ex ſingulis oppidis militare oportuit, certa pecuniæ quantitas ſolvi jubetur, aut cum muneris ſordidi ſolvendi neceſſitas pecunia redimitur, aut cum ſalarium Prætori, aut medico municipii ſolvendum a civitate exigitur; in his enim omnibus caſibus, *per capita*, ut ajunt, exceptis his, qui a muneribus ſordidis aut ſimilibus immunes ſunt, diſtributio facienda eſt, ut reſolvunt poſt alios Pet. de Ubaldis in tract. *de collect. num.* 10. Ægid. Thomat. in eodem tractatu *verſic. retenta proxima diſcuſſione num.* 4. Avend. *de exq. l.* 2. *c.* 14. *num.* 12. Acevedo, & Bovad. *ubi proxime*, & ante eos Bart. & Platea in *præſenti num.* 8. Flores de Mena *ubi ſupra num.* 113. *& ſeq.* De vetere autem apud Romanos tributi indicendi forma ex capite aut cenſu vid. Bulenger. *lib.* 9. *de Imperio Rom. cap.* 12. *p.* 708.

§. VII. Illud duntaxat circa deſcriptionis formam, & finem explicandum ſupereſt, quod Conſtitutio noſtra ait, ut *deſcriptiones ita ordinatæ non ſumant ante principium, quam apud acta provinciarum Rectoribus intimentur, & ex eorum fuerint receptæ ſententiis. Inſinuari apud acta deſcriptionem lex* noſtra vult, ut tributariæ quantitatis a ſingulis inferendæ provinciarum Rectores certiores fiant, qui tributorum exactioni præeſſe ſolent. *l.* 1. *C. de exſecutor. & exactor. l. ult. C. de canone largition. titul. Novell. de collator.* 118. *in princ. l. miſſi* 7. *C. de exactor. tributor.* & ut ex actis ſive geſtis judicialibus publica perpetuaque fides deſcriptioni conſtare poſſit, quæ plerumque ex his monumentis petitur & probatur. *l. omnium* 19. *C. de teſtam. l. ult. C. de re jud. l. defenſores* 9. *C. de defenſor. civit.* Confirmari ſeu recipi deſcriptio decreto Prætoris provinciæ debet, ut conſtare ſemper poſſit, an ultra aliquid, quam oportuit, de fortunis provincialium exactum ſit, ut ait Conſtantinus in *l.* 3. *C. Theod. de annon. & tribut. l.* 4. *C. Theod. de extraordinar. muner.* & quæ præcipua hujus inſinuationis & confirmationis requirendæ ratio eſt, ut, ſi quid in deſcriptionis forma, aut effectu in curia omiſſum, aut gratia commiſſum fuerit, id a Rectore provinciæ emendetur, cujus proprium eſt providere, ne tenuiores a potentioribus opprimantur. *l. ne quicquam* 9. §. *ult. ff. de off. Proconſ. l. illicitas* 6. §. *ne potentiores ff. de off. Præſ. l.* 1. *C. ne liceat potentioribus.* Unde explicandum eſt, quod extat in *l.* 2. *C. de numerar. numerarios, ſeu tabularios Rectoris provinciæ nomina debitorum & reliquorum, tributi modum exactoribus dare debere ſub teſtificatione actorum*; cum tamen hæc eadem cura tabulariis civitatum injungatur in *l.* 1. *C. de exactor. tribut. l.* 1. *C. de cenſib. & cenſitor. l.* 1. *C. de immunit. nemin. conced.* ideo nimirum, quoniam eodem fere munere, numerarii apud Præſides provinciæ, & tabularii in civitatibus fungebantur. *l.* 4. *C. de numerar.* probat Joan. Savaro in Sidon. Apoll. *lib.* 1. *epiſt. ult. pag. mihi* 79. Buleng. *lib.* 4. *de Imp. Rom. c.* 6. ut Cujac. in *l. duos* 13. *C. de ſuſceptor.* & quemadmodum tabularii in civitatibus deſcriptionem a cenſitoribus ordinatam ſervabant, & exhibebant. *l. immunitates* 9. *C. de agricol. & cenſit. Novell. de collatorib.* 128. §. *hoc autem.* ita & numerarii deſcriptionem Præſidi intimatam & confirmatam in acta redigebant, & poſtea exactoribus dabant. *d. l.* 2. *C. de numerar.* juncta noſtra *l. in fine* ibi: *quam diſpoſitionem ſi quis judicum, numerariorum, vel curialium*, & deinceps.

§. VIII. Tota hæc itaque intimandæ & confirmandæ deſcriptionis cautio pertinet *ad inferiorum curialium relevandas fortunas, & impreſſionem potentium, & itidem curialium cohibendam*, ut præfatur *lex* noſtra in præſenti. Cum enim tabularii civitatum & principales curiarum ſimul cum cenſitoribus deſcriptiones & diſtributiones ordinarent, ut colligitur ex *l. omnis C. Theod. de his, quæ adminiſtrant. l.* 4. *C. Theod. de extraordinar. muner.* facile ad inferiores curiales potentiorum ſarcinam transferre poterant, &, rem ipſam dicam, transferre ſolebant. *l.* 1. *C. de cenſib. & cenſitor. l.* 1. *C. de immunit. nem. conced.* Symmach. *lib.* 9. *epiſt.* 10. ibi: *principalibus & tabulariis liberum eſt alios a diſpendio vindicare, aliis indebitum munus imponere.* eleganter Salvian. *lib.* 5. *de gubernat. Dei* his verbis: *decernantur novæ indictiones, decernunt potentes, quod ſolvant pauperes; eſtote primi in largitate rerum, qui primi eſtis in libertate verborum; quod pauci jubetis, ſolvamus omnes, gravent nos novis debitis decreta veſtra.* Vetus nimirum eſt, ut nullius non ſæculi malum, inferiores a potentioribus opprimi, maxime in tributaria hac materia, in qua, ut Fulgentii Planciadis verbis utar, *lib.* 1. *Mythol. vacat ſemper potentibus opprimere, primoribus rapere, privatis perdere, miſeris flere*, &, ut belle Plautus in *Ciſtellar. actu* 2. *æqua lege pauperi cum divite non licet*, alia & aliena mitto; quæ circa potentiorum impreſſiones & inferiorum adverſus eos auxilia, &, ut vocant, ſecuritates cumulant antiquiores; in præſenti Lucas de Penna in *l.* 2. *C. ne ruſtican. ad ullum obſeq.* Roland. a Valle *conſ.* 66. *num.* 20. *& ſeq. vol.* 1. Aviles in *c. Prætor. c.* 34. verbo *pobr.* Bovad. *lib.* 2. *pobt. c.* 2. *ex num.* 34.

§. IX. Conjungamus Romano regium jus noſtrum, quod in plerisque circa deſcriptionis formam, & finem cum Cæſareo conſentit. In primis enim apud nos in tributo capitis, quod vocamus *moneda forera*, cenſitores perſonis deſcribendis, & ſuſceptores tributo exigendo, hoc eſt *empadronadores y cogedores*, creantur ex nominatione judicis ordinarii, & decurionum in ſingulis oppidis, quibus non nominantibus, amiſſionis officii illius anni & ducentorum marapetiſorum pœna imponitur, & nominandi jus conducturi hujus regii reditus defertur. *l.* 8. *tit.* 33. *lib.* 9. *Compil.* in aliis autem tributis cum judice & decurionibus ſex alii ex numero eorum, quos *pecheros* dicimus, in ſingulis civitatibus, & ex vicis eidem civitati ſubjectis alii ſex ſimul cum defenſoribus *o ſes meros de la tierra*, & procuratore, quem vocant *del comun*, æſtimandis bonis & dividendo tributo adeſſe debent. *l.* 3. *tit.* 14. *lib.* 6. *Compil.* & generaliter in omnibus indictionibus nullam vel deſcriptionem vel diſtributionem fieri poſſe ſine auctoritate judicis ordinarii, & duorum ſaltem decurionum cujusque civitatis, cautum eſt in *l.* 2. *&* 6. *tit.* 6. *lib.* 7. *Compilat. l.* 4. *tit.* 14. *lib.* 6. *Compil.* ita ut, quemadmodum jure Romano tributorum diviſio, & exactio diſpoſitioni & intentioni Rectoris provinciæ ſubjacebat. *l.* 1. *C. de exſecutor. & exact. Novel.* 128. *de collator. in princ.* ita & hodie judices ordinarii, quos *Prætores* ſeu *Correctores* vocant, in ſingulis oppidis huic rei præeſſe & ſuperintendere debeant. *l.* 25. *tit.* 6. *lib.* 3. *Compilat.* notat Acevedo in *l.* 2. *tit.* 6. *lib.* 7. *Compil.* Bovad. *lib.* 5. *polit. c.* 6. *num.* 35. Narbona in *l.* 7. *tit.* 6. *lib.* 7. *Compil.* Sed &, quemadmodum olim ad tabularios civitatum, ita nunc ad tabelliones conſiſtorii cujusque (non ad alios tabelliones, niſi id eis ſpecialiter concedatur) pertinet deſcriptionem & diſtributionem a cenſitoribus ordinatam in Codices con-

conſiſtorii referre, & eorum copiam ſuo tempore theſaurariis, receptoribus, & conductoribus regiorum redituum exhibere. *l.* 26. *tit.* 25. *lib.* 4. *l.* 9. *tit.* 33. *lib.* 9. *Compil.*

§. X. Rurſus, ut a perſonis deſcribentium ad formam ipſius deſcriptionis progrediamur, eo jure utimur, ut primum quidem præmitti oporteat quantitatis tributariæ, ab unaquaque civitate ſeu provincia ſolvendæ, noticiam deſcriptam publicis chartis, quas vocant *de recetoria*, ut monuimus ſupra §. 5. & ordinatam a tabulario majore *de rentas*, & aliis regiorum redituum miniſtris. *l.* 1. *c.* 34. *tit.* 2. *lib.* 9. *Compil.* & a receptoribus tributariis uniuscujusque metropolis, duobus menſibus ante diem primæ penſionis tributariæ cujusque anni, intimanda eſt conſiſtoriis omnium oppidorum uniuscujusque metropolis, cum ſubſcriptione tabellionis conſiſtorii civitatis metropolitanæ, in qua prius generalis hæc deſcriptio & diſtributio præſentari & publicari debet, nec ante aut aliter exſecutioni mandari poteſt. *l.* 5. & *l.* 13. *tit.* 14. *lib.* 6. *Compil.* quamvis id non practicari perperam affirmet Flores de Mena *var. lib.* 2. *quæſt.* 21. § 3. *num.* 142. ſequitur poſtea ſpecialis deſcriptio in ſingulis oppidis, quæ quidem in tributo capitis ita ordinari jubetur, ut cenſitores per vias publicas fideliter, &, ut lex loquitur, *a calleabita ſinbacer en cubierta*, perſonas omnes deſcribant expreſſo ſingulorum nomine & ſtatu, nobilis & ignobilis, locupletis & pauperis, Clerici & Laici, ita ut ſi fraudem in forma deſcriptionis commiſerint, vel etiam ſi aliquem quaſi bonis carentem deſcripſerint, quo caſu nec tributum capitis ab eo peti poteſt, ut reſolvit Flores de Mena *lib.* 2. *var. quæſt.* 21. §. 3. *num* 129. ſi poſtea duobus teſtibus bona eum habere intra terminum illius oppidi probetur, quamvis ſe id ignoraſſe cenſitor cauſetur, duplum ejus, quod pendere relevatus debuit, conductori ejus tributi ſolvat. *l.* 10. & 11. *tit.* 33. *lib.* 9. *Comp.* in tributis autem mixtis, quæ *pechas* dicimus, ita jus eſt, ut regulariter in *chartis de recetoria*, quantum a civitate, & ejus incolis, quantumque a vicis civitatis territorio unitis vel ſubjectis ſolvi debeat, diſtincte, & ſeparatim exprimatur. *l.* 4. *tit.* 14. *lib.* 6. *Compil.* adde Bulenger. *de Imperio Rom. lib.* 9. *c.* 14. *in fine.* Sed ſi conjunctim quantitas a civitate & ejus villis ſolvenda proponatur, in *chartis de recetoria* tunc a judice ordinario civitatis matricis, & duobus ſaltem civibus ex numero eorum, qui *pecheros* nominantur, & duobus aliis vicanis ejusdem conditionis, diſtributio facienda eſt ejus, quod a civitate & ſuburbiis ſuo nomine, & ab omnibus vicis ſuo nomine conferendum eſt, deinde ab eisdem perſonis & inter cives ſingulos & inter vicos civitati annexos quantitas ſingulis indicta partienda eſt. *l.* 4. *tit* 14. *lib.* 6. *Compil.* fit autem diſtributio, neque in capita duntaxat, neque ſecundum facultates omnino, ſed vel ita, ut duæ partes pro bonis, & una pro capite conferatur, quod vulgo dicitur, *al tres, dos, y as*; vel, quod frequentius eſt, *por canamas, y pecherias*, quæ ſunt bonorum certæ quantitatis taxationes, quarum numerus definitus eſt in ſingulis oppidis, & tributum etiam pro eis indicitur diverſæ quantitatis pro diverſitate regionum, & conſuetudinum; ſic tamen ut, ſi in diſtributionis modo aliqui ſe gravatos eſſe querantur, emendetur res juxta formam *l.* 3. *t.* 14. *lib.* 6. *Comp.* & ut ſemper deſcriptio, & diſtributio ante exactionem ab ordinario judice confirmetur, ut probat Flores de Mena *quæſt.* 21. §. 3. *num.* 138. & generaliter controverſiæ omnes *de Canamas y pecherias* cum ſimilibus ſupremi regis ſenatus cognitioni reſervantur. *l.* 22. *tit.* 5. *lib.* 2. *Comp.* quamvis & in regio conſilio de *contaduria* tractari poſſint. *l.* 1. *cap.* 7. *tit.* 2. *lib.* 9. *Comp.* ſed & plerumque deſcriptio, aut diſtributio neceſſaria non eſt, veluti cum pretium quarundam rerum venalium publica auctoritate augetur, ut ſic ementes contribuant incremento pretii, ſolutione tributi reſervata, quod vocamus *ſiſa*, quod ſervandum eſſe, ubi conſuetudine receptum eſt, cavetur in *d. l.* 4. *tit.* 14. *lib.* 6. *Compil.* notat Molin. *de juſt. & jur. diſput.* 668. *num.* 2.

CAPUT SECUNDUM.

DE DISTRIBUTIONIBUS CIVILIBUS. SEU QUADRIMESTRIBUS BREVIBUS.

Ad leg. 1. *verſ. hoc etiam obſervando hoc Tit.*

§ I. Explicabitur levi opera pars hæc rubricæ noſtræ, quæ de *diſtributionibus civilibus* inſcribitur, ſi referatur ad formam illam diſtributionis tributorum in capita, aut facultates, de qua diximus ſupra *cap.* 1. §. 6. ſed huic expoſitioni, quamvis ex mente aut manu ſit Accurſianorum omnium, non acquieſco, & quia nihil proprie aut aperte propoſitum in hujus tituli Conſtitutionibus invenitur de forma diſtributionis, & capite aut cenſu, & ſi quid eſt, quod huc pertineat, potuit facile intelligi verbo *deſcriptionis curialis*, quæ omnem actum deſcribendi & diſtribuendi complectitur. Quare niſi ſuppoſititia hæc verba ſunt, quæ in quibusdam libris non extare fatetur Accurſ. in hac rubrica, tentari poteſt, *diſtributionum civilium* nomine intelligi *quadrimenſtruos breves*, qui de ſingulis penſionibus tributorum cujusque anni conficiebantur, quorum mentio in *l. un. C. Theod. de quadrimenſtr. brevib. l.* 3. §. *illud C. de canon. largition. titul. l. ne fraude* 27. *C. Theod. de ſuſceptor. l.* 1. *C. de offic. Comit. ſacr. largit.* Cum enim omnis tributorum anni cujusque ſolutio tribus penſionibus diviſa eſſet, quæ quaterno quoque menſe incipiebant, ſcilicet Kalendis Januariis & Kalendis Septembribus, quo indictio deſinebat. *l. ult. C de annonis, & tribut. l. unusquisque* 15. *cum l. ſeq. C. Theod. eod. tit. Novel.* 128. *de collatorib. in princ.* Majoriani Novel. *de indulgent. reliq.* non incommode *diſtributionum civilium* nomine ſignificantur hæ diviſiones penſionum, & quadrimenſtrui breves de his confecti. notat poſt Piſcatorem Garcia in *rubrica hujus tituli. num.* 3.

§. II. Plane, ut progrediamur, *breves* vocamus quaſi epitomen & ſummam ſolutæ penſionis, quo ſenſu ſæpe *breves* & *brevia* in libris noſtris nominantur, ut ex multis probat Briſſon. *de V. S. verbo breves. Quadrimenſtruos* autem dicimus, quoniam *quaternis menſibus expenſarum fidelis notitia dirigebatur*, ut Caſſiodor. loquitur *lib.* 12. *var. epiſt.* 17. ſcribebantur autem & conficiebantur a tabulariis, ſeu numerariis Rectorum provinciæ. *l. ne fraude* 27. *C. Theod. de ſuſceptorib.* qui *chartularii*, & *tractatores* vocantur in *l.* 9. *in princ.* ubi Cujac. & §. *ult. C. de canon. largition. titul.* juncta *l. nullus* 10. *C. de numerar.* illuſtrat Pancir. *lib.* 1. *theſ. var. cap.* 27. Savaro in Sidon. Apoll. *lib.* 4. *epiſt.* 11. *pag. mihi* 253. Buleng. *de Imp. Rom. lib.* 4. *c.* 10. transmittebantur poſtea periculo Rectoris provinciæ, vel ad Comitem ſacrarum largitionum, cujus ſcrinia *Palatina* & *Sacra* vocantur in *l. breves* 13. *C. Theod. de indulgent. debit. l.* 1. *C. de offic. Comit. ſacr. largit. d. l.* 3. §. *ult.* nempe ſi penſio eſt, quadrimenſtruis brevibus comprehenſa eſſet ejus tributi, quod ad largitionum ærarium pertineret. *l. duos* 13. *C. de ſuſceptor. l.* 4. *C. de numer.* vel etiam ad Præfectum prætorio, ſi tributum ad ejus arcam ſit deferendum. *l. unic. C. Theod. de quadrimenſtr. brevib.* Majoriani *Novel. de indulgent. reliquor. l. excellentia* 9. *de erogat. milit. annon. l. breves* 13. *C. Theod. de indulgent. debitor.* & aperte probat *lex* noſtra, quæ ad Anthemium Præfectum prætorio ſcripta, ut ex epigraphe liquet, ita loquitur, *in quadrimeſtribus quoque brevibus, qui ad excellentiæ tuæ officium ſolenniter diriguntur.* unde emendanda eſt eadem noſtra *lex*, quæ extat, Cujacio & aliis nondum viſa, in *l. ad inferiorum* 173. *C. Theod. de decur.* ubi perperam legitur: *qui ab excellentiæ tuæ officio*, cum legendum ſit *ad excellentiæ tuæ officium.* Continebatur autem *brevibus quadrimeſtribus*, & deſcriptionis ordo, & exacti tribu-

ti

Digitized by Google

ti ſumma, & expenſæ ſive erogationes ex eo factæ, & apocharum ſeu ſecuritatum exempla,. quæque *lex* noſtra *celebratæ deſcriptionis diſpunctionem* vocat, & cautum jam erat in *d. l. ne fraude* 27. *C. Theod. de ſuſceptor*. juncta *lege* 24. *C. Theod. de erog. milit. annonæ.*

§. III. Hodie apud nos veſtigia quædam extant Romani juris in receptoribus & conductoribus regiorum redituum ſeu vectigalium, qui intra certum tempus deſcriptionis factæ, & quantitatis exactæ notitiam publica auctoritate ſignata regio conſilio, quod vocant *de contadaria*, mittere debent. *l.* 4. *&* 11. *tit.* 14. *lib.* 6. *Compil. l.* 7. *tit.* 3. juncta *lege* 1. *tit.* 16. *lib.* 9. *Compil.*

CAPUT TERTIUM.

DE APOCHIS PUBLICIS.

Ad leg. Juris 1. *verſ. ſed & aurum. l.* 2. 3. *&* 4. *hoc Tit.*

§. I. De *Apochis publicis* breviter dicturus moneo breviter, *Apocham* vocari cautionem ſolutæ pecuniæ, quam creditor debitori ſolventi dare ſolet, & profitetur, ſe accepiſſe; unde & *Apochæ* verbum a Græco *ἀπέχειν*, quod eſt *recipere*, ut cum veteribus gloſſis derivat Artemidor. *lib.* 4. *de ſomniis interpret. cap.* 82. & probatur in *l. ult.* §. *Titius* ubi Accurſ. *ff. de cond. indebit. l. ſi accepto* 19. §. 1. *ff. de acceptilat. l. qui tabulas* 27. §. *Apocha ff. de furtis. l. Lucius* 46. §. *tutelæ ff. de admin. tutor. l. plures* 19. *C. de fide inſtrument. Antapocha* vero dicitur cautio, quaſi priori contraria, quam debitor ipſe dat creditori, & profitetur, ſe pecuniam debitam ſolviſſe, quod in penſitationibus annuis plerumque utile eſt, ut præſcriptio excludatur. *d. l. ſi plures* 19. *C. de fide inſtrument.* ubi verba illa, *vel Antapocham*, quamvis quaſi irreptitia delenda eſſe contendat Cujac in *rubr. hujus tit.* Hotman. *de verbis jur. verbo apocha*, Ant. Contius in *d. l. ſi plures*, retineri tamen poſſent, ſi dicamus cum Donello in *d. l. plures* 19. *num.* 6. aliud eſſe, exemplum Apochæ a debitore ſubſcriptum creditori dare, id enim ab initio & principaliter debitoris favore conceptum fuit, ut inde ſolutionem probaret, & petitionem creditoris excluderet, aliud vero, *Antapocham ſuſcipere*, quæ principaliter in favorem creditoris fit, ut probare poſſit reditus ſibi ſolutos, & præſcriptionem temporis excludat. notant poſt Claſſicos in *d. l. plures* 19. & in *rubrica hujus tit.* Alciat. *lib.* 1. *prætermiſſor. verbo Apocha.* Briſſon. & cæteri *de verb. ſign. verbo Apocha.* Genua *de ſcriptura privata lib.* 1. *quæſt.* 2. *ex num.* 2. Plane Apocha, quæ *ſolutæ pecuniæ profeſſio* vocatur in *l. pecuniæ* 14. *C. de ſolut.* in novioribus Conſtitutionibus *ſecuritas* dicitur. *l.* 2. *C. de navicular. l.* 2. *C. de diſcurſoribus. l ult. C. ſi certum pet. l. ſi quando* 35. §. *ult. C. de inoffic. teſtam. l.* 1. *cum ſeq. h. tit.* & quidem merito teſtimonium ſolutionis *ſecuritas* dicitur, *de quo non ſolum animus ſed ſubſtantia communitur*, ut eleganter Caſſiodor. *lib.* 11. *var. epiſt.* 8. illuſtrat ex aliis Cujac. ad *hunc tit.* Joan. Savaro in Sidon. Apollin. *lib.* 5. *epiſt.* 13. *pag.* 736. Briſſon. *de ſolut. lib.* 2. *tit. de acceptilat. in fine.* Donel. & Gilken. in *d. l. plures* 19. Pancir. in *notit. Imper. Orient. cap.* 88. *verſ. primis.*

§. II. Cæterum ſermo tituluſque noſter non de *Apochis* omnibus, ſed *publicis* duntaxat, hoc eſt cautionibus tributi ſoluti, quibus ſe functionibus publicis ſatisfeciſſe probant collatores: conficiendarum earum forma proponitur in *l.* 1. *verſ. ſed & aurum h. tit.* Res ut breviter explicetur, meminiſſe oportebit, mentionem illam *auri contribuendi*, & *ſuſceptoris ærarii*, quæ extat in *d. verſ. ſed & aurum*, referri a Cujacio *ibidem* ad *auri coronarii* tributum, quod a decurionibus ſingularum civitatum ſolenniter conferri moris erat. *l.* 2. 3. *&* 4. *C. Theod. de auro coronar.* ſed hæc interpretatio divinatoria pariter & falſa; nec enim ſimplex *auri* mentio reſtringi debet ad *coronarium*, cujus collatio, cum *lex* noſtra lata eſt, in uſu jam non erat, ſublata nempe a Gratiano, Valentiniano, & Theodoſio, quem poſtremum Honorii, noſtræ *legis* auctoris, patrem & Theodoſii junioris avum fuiſſe, ſatis conſtat in *l. un. C. de auro coronar.* quam plena manu exornant Alciatus *lib.* 6. *Parerg. cap.* 4. Joan. Igneus in *l. acceſſario* 5. §. *non alias ſunt part.* 1. *num.* 430. *ff. ad SCtum Syllan.* Lipſ. *lib.* 2. *de magnit. Rom. cap.* 9. Pancir. *lib.* 2. *theſ. var. c.* 246. Buleng. *de Imperio Rom. lib.* 9. *cap.* 27. & in libello *de triumpho cap.* 29. Marcel. Donat. *dilucidat. in Sueton. Neron. cap.* 44. Petr. Gregor. *lib.* 13. *ſyntagmat. cap.* 7. *num.* 5. Gaſpar Ant. Theſſaur. *de augment. monet. part.* 1. *num.* 17. Pater Cerda in Virgil. 8. *Aeneid. verſu* 714. *num.* 23. Paſchal. *de coronis lib.* 8. *cap.* 6. Quare ſupponendum potius eſt, inter alios tributariæ rei miniſtros ſuſceptores apud Romanos fuiſſe ſimiles his, quos hodie *receptores y fieles cogedores* dicimus. *l.* 1. *& l.* 10. *tit* 14. *lib.* 9. *Compil.* qui ſcilicet exigendis tributis, ſive quod idem eſt, recipiendis aut ſuſcipiendis in ſingulis civitatibus creabantur. *l.* 1. *l. ſuſceptores* 3. *l. exactores* 8. *C. de ſuſceptorib. l. jubemus* 9. *C. de defenſor. civit. l.* 3. §. *illud C. de canone largit. tit. l. providendum* 23. *C. de decurion. l. in finalibus* 5. *de exactor. tribut.* docent Budæus in *poſterior. annot. in Pand in l. ult.* §. *qui annonam ff. de muner. & honor.* Cujac. & cæteri ad *tit. C. de ſuſceptor.* Buleng. *lib.* 7. *de Imperio Rom. cap.* 10. *& lib.* 9. *cap* 23. Pancir. *de magiſtr. munic. cap.* 10. Petr. Gregor. *lib.* 3. *ſyntagm. cap* 7. Philip. Berter. *Pithan. diatriba* 1. *cap* 10.

§. III. Sed hæc nota & notata aliis, illud non item, inter ſuſceptores ſuis ſingulos tributis & vectigalibus exigendis præfuiſſe. Fuit enim proprius *ſuſceptor veſtium militarium*, quæ a provincialibus exigebantur. *l. humilioribus* 13. *C. de ſuſceptor* cui jungendus Cujac. *lib.* 2. *obſervat. cap.* 8. Rævard. *lib.* 3. *conjectan. cap.* 8. Pancir. *lib.* 2. *theſ var. cap.* 261. fuit & alter *ſuſceptor frumenti vini & lardi*, cujus mentio in *l. modios* 9. *l. ſecuritates* 13. *C. de ſuſceptorib.* & in *rubr. C. Theod. de ſuariis, pecuariis, & ſuſceptorib. vini*, qui & *ſuſceptores ſpecierum* dicuntur in *l. ſuſceptores* 9. *C. Theod. de ſuſceptor.* fuerunt & duo ſuſceptores, alter *auri largitionalis*, quod ad Præfectum theſaurorum, & ab eo ad Comitem ſacrarum largitionum deferebatur. *l.* 1. *l.* 3. §. *illud C. de canone largit. tit. l. ult. C. de ſuſcept.* Alter *auri prætoriani*, quod ad arcam Præfecti prætorio pertinebat, *l.* 1. *l. duos* 15. *C. de ſuſceptor.* hic autem poſterior eſt; quem Cæſares in *d. verſ. ſed & aurum. ſuſceptorem aurarium* vocant, qui & *ſuſceptor auri* dicitur in *l. unus* 17. *C. Theod. de ſuſceptor.* cuique aurum, quod ex tributo redigitur, conſignari jubent in *d. verſ. ſed & aurum.* hoc eſt, quaſi in maſſam conflatum appendi, non numerari, ita ut ſeptuaginta duobus ſolidis auri libra reſpondeat. *l. quotieſcumque* 5. *C. de ſuſceptor.* & a quo denique ſecuritatem dari poſſeſſori ſolvendi ſignificatur in *l. id quod in titulo* 19. *C. Theod. de annon. & tribut. l.* 4. *C. de collat. fundor. patrimon. l. aurum* 32. *C. Theod. de ſuſceptorib.*

§. IV. In hoc itaque auro ſuſcipiendo, ſicut & in aliis tributis ſic ſecuritates aut Apochæ formari debent, ut in eis *nomen inferentis*, *dies*, *conſul*, *menſis*, *cauſa*, *& ſumma comprehendantur*, ut ſcriptum eſt in *d. l.* 1. *verſ. ſed & aurum.* Quæ ſingula ut ſigillatim intelligamus, ſciendum eſt, priora quidem illa, diem, conſulem, & menſem communia eſſe, & ſolennia publicorum omnium inſtrumentorum, quibus hæc adjici ſemper moris & juris fuit. *l.* 1. §. *editiones. l. ſi quis ex argentariis* 6. §. *ſi initium* ubi Bartol. *ff. de edendo*, juncta *l. cum tabernam* 74. §. 1. *ff. de pignor.* quemadmodum apud nos diem, menſem, & annum exprimi in publicis inſtrumentis cautum eſt in *l.* 111. *tit.* 18. *Part.* 3. *l.* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Compil.* idemque circa ſecuritates exprimitur in *l. placuit* 4. *C. de collat. fundor. patrim.* ibi: *ſecuritatem eodem die pro more percipiant. l.* 4.

C. de navical. ibi: & ſecuritates reporteat, quæ etiam diem illationis edoceant. juncta l. unusquiſque 2. l. comperimus 26. C. Theod. eodem tit. Proſequuntur poſt Accurſ. in l. generali, verbo ſervituti C. de tabular. Bart. in l. 2. C. de conven. fiſci debitor. Oroſcius in d. l ſi quis ex argentariis §. ſi initium una. 29. Covar. in pract. c. 20. num. a. Pius Bartolin. in auctario cap. 70. Hillig. ad Donel. lib. 23. com. c. 6. lit. L. & M.

§. V. Deinde præter nomen ſolventis, quod in Apocha ei danda ſcribendum res ipſa clamat, cauſſam & ſummam comprehendi, lex noſtra jubet in d. verſ. ſed & aurum. quod ſic explicandum eſt, ut in Apocha quantitatem & cauſſam tributi ſoluti adnotare neceſſe ſit, hoc eſt, quid & in qua ſpecie, & ex quibus titulis, & pro qua indictione accipiatur, ut ſcriptum eſt in l. quiſquis 18. C. Theod. de ſuſceptor. ſive, quod idem eſt, ſecuritatem immittere ſub deſignatione titulorum, ut cavetur in l. aurum 32. C. Theod. de ſuſceptor. unde illuſtrandi ſunt textus in l. frumenta 6. C. de ſuſceptor. & in l. id quod in titulis 19. C. Theod. de annon. & trib. in illis verbis: ſecuritates, quæ reddantur cuſtodita ſanctione emiſſæ primitus legis, quo Apocharum vel ſecuritatum, quæ reſtituentur, digeſta ſignatio, cum a ſuſceptoribus dabitur, & formam indictionis teneat, & manifeſtationem ejus, quæ fuerit exacta, præſtationis oſtendat. Reſpicitur nimirum ad aliam legem ab eisdem Cæſaribus præcedenti anno emiſſam, quæ ſuperiora in Apochis exprimi primitus decrevit. d. l. ſi quis 18. C. Theod. de ſuſceptor. ad quam alludi in d. l. id quod in titulis 19. collatis utriusque inſcriptionibus & ſubſcriptionibus ſatis conſtabit: illud non prætermittendum, Conſtitutiones iſtas, & earum formam repetita auctoritate confirmari a Juſtiniano in Novell. 17. de mandat. princ. §. coges autem. & in Novel. 128. de collatoribus § pro fiſcalibus, ubi cavetur, ſuſceptores in ſuis de ſuſcepta, id eſt in Apochis ſeu ſecuritatibus, ut interpretatur Julianus Anteceſſor Novella conſtitut. 21. c. 73. conſtitut. 124. c. 543. Cujac. in Novell. 72. de tutoribus. Calvin. de verbis juris, verbo apocha. & ſolutionis quantitatem, & monetæ aut ſpecierum qualitatem, & jugerum, prædiorum, aut capitum, pro quibus ſolvitur, modum & nomina ſpecialiter deſignare, quod ſemper, inquit Juſtinianus, præcipitur, nunquam autem hactenus cuſtoditur. d. Novell. 17. §. coges autem. juncta lege ſuſceptores 10. C. de ſuſceptor. l. apparitores 5. C. de exactor. tribut. cum notatis ſupra c. 1. §. 1. ad finem.

§. VI. Porro tota hæc conficiendarum Apocharum forma eo pertinet, ut deſcriptionis jam factæ tributi ſolvendi nomine æquitas illuſtretur, & deſcriptus, qui ſcilicet ſolvit, documentis evidentibus fulciatur, d. verſ. ſed & aurum in fine, ubi non deſcriptio legendum eſt, ſed deſcriptus cum vulgatis codicibus, & l. ad inferiorum 173. C. Theod. de decurion. ut agnoſcit poſt Accurſ. Cujac. ibidem. Quo etiam intuitu, ut ignota hæc juris vetuſti myſteria referemus, cautum eſt, ut in quadrimenſtruis brevibus brevis etiam quantitatis tributariæ a ſingulis ſolutæ notitia ſcribatur, & ad competentes magiſtratus transmittatur. d. l. 1. verſ. hoc etiam obſervando. l. 2. l. ſingula 14. C. Theod. de ſuſceptor. l. excellentia 9. C. de erogat. milit. annon. l. unic. C. Theod. de quadrimenſtr. brevib. l. 7. tit. 3. lib. 9. Compil. unde apud Præfectum prætorio numerarii, & apud Comitem ſacrarum largitionum tabularii fuerunt, & in officio Comitis rerum privatarum, primiſcrinius, qui ſecuritatum dicebatur, quoniam eas in proprio ſcrinio ſervabat. l. 2. §. ult. C. de quadriennii præſcript. notat Pancir. in not. Imper. Orient. c. 77. & 88. Cujac. lib. 4. obſ. c. 27. ſed & in provinciis civitatum tabularii & præſidum Apocharum exempla retinebant, & quadrimenſtruis brevibus conjuncta in acta ſive geſta publica referebant. l. ne fraude 27. C. Theod. de ſuſceptor. ubi idcirco ſcriptum eſt: ſi de tributi ſolutione quæſtio ſit, quadrimenſtruos breves publicari a tabulariis, ſive civitatum, ſive Rectorum provinciæ, ut, ſi eisdem conjunctæ ſecuritates ſolutum eſſe oſtendunt, bis idem non exigatur.

§. VII. Quo etiam pertinet elegans textus in l. 2. C. de diſcuſſor. ubi docemur, ſecuritates ſemel a tributorum exactoribus datas ſolventibus, & ratiociniis ſive geſtis publicis inſinuatas, iterum per injuriam peti non debere, nempe a diſcuſſoribus & aliis apparitoribus, tributa extra ordinem exigentibus, quibus ſi liceret apochas publico ſcrinio comprehenſas inde auferre, unde earum exempla peti ſolent. l. 1. §. ult. C. de quadrien. præſcrip. l. 2. C. de conven. fiſci debitor. poſſent interdum tributum jam ſolutum denuo extorquere ab eo, qui Apocham ſibi datam amiſit, ut apertius ſignificatur in l. 2. C. Theod. de diſcuſſor. ubi acta hæc publica vocantur polyptica, ut & in l. placuit 13. C. Theod. de indulgent. debit. explicat Cujac. lib. 4. obſervat. c. 27. Franc. Modius in epiſt. notis ejus ad Vegetium ſubjuncta pag. mihi 345. adde l. ſi apud 28. C. Theod. de ſuſceptor. Denique huc etiam referendum eſt, quod legimus in l. ſecuritates 11. C. de ſuſceptor. Apochas nimirum ſemel publicatas ſive geſtis publicis comprehenſas imputari debere vini ſuſceptoribus. ſive ita legamus cum Cujac. ibidem, ut in rubr. C. Theod. de ſuariis, & pecuar. & ſuſceptorib. vini, ſive cum Ant. Cont. in notis in d. l. ſecuritates 11. binis ſuſceptoribus emendemus, ut in l. ſecuritates 26. C. Theod. de ſuſceptor. & intelligamus de duobus illis auri ſuſceptoribus, quorum mentio in l. duos 13. C. de ſuſceptor. utcumque enim ſit, ſententia d. l. ſecuritates 11. ea eſt, ut in ratione tributi exacti, quam magiſtratibus majoribus reddunt ſuſceptores, imputare & acceptam ſibi facere debeant quantitatem comprehenſam Apochis publicis, quarum tam prærogata auctoritas & fides, ut nec exceptio non numeratæ pecuniæ contra eas opponi poſſit. l. ult. h. tit.

§. VIII. Poſtremo, ut ſingularia quædam circa Apocharum publicarum effectum adnotemus, primum & ſuperioribus proximum eſt, ut quamvis regulariter non numeratæ pecuniæ exceptio ei, qui Apocham oſtendit, opponi poſſit, contra Apochas tamen, quæ functionibus publicis ſatisfactum eſſe probant, omnimodo ceſſet. l. ult. hoc tit. l. in contractibus 14. §. ſed quoniam C. de non num. pecun. notat poſt ordinarios Eſcobar de ratione, c. 23. num. 44. ſecundum & quidem inprimis celebre eſt, ut, cum probatio tributariæ ſolutionis ab aliquo exigitur, ſi trium cohærentium ſibi annorum apochas oſtendit, ſuperioribus annis illos, quorum apochas habet, præcedentibus ſolviſſe præſumatur, nec præteriti temporis nomine conveniri poſſit, niſi ab apparitore aut alio tributorum exactore eum non ſolviſſe illis annis, quorum apochas non habet, probetur. l. quicumque 3. in fine h. t. quam fuſe exornant poſt alios Jaſo in l. 1. num. 33. ff. de offic. ejus. Gomez. in l. 68. Tauri num. 5. & Thom. var. c. 3. num. 13. Menoch. de præſumpt. lib. 3. præſ. 139. Fachin. lib. 13. controv. c. 89. Parlador. lib. 2. rer. quotid. c. fin. part. 7. §. 11. num. 33. Card. Tuſchus practic. concluſ. tom. 7. verbo ſolutio concl. 346. Padilla in l. 1. ſi probaveris num. 9. & ſeq. C. de fideicom. Gutierrez conſil. 19. num. 4. & 19. tertium eſt, ſecuritatem ſemel & ſollenniter datam ab alio judice, retractari non poſſe. l. 2. h. tit.

F I N I S.

FRAN-

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO J.C.

AD

TITULUM CODICIS

DE

NAVICULARIIS LIB. XI.

Juncto *Tit.* 10. *Lib.* 7. *Regiæ Compilationis*,

BREVES ET DILUCIDÆ ENARRATIONES.

DICTATÆ IN ACADEMIA SALMANTICENSI

ANNO MDCXXIX.

§. I. CONTINENTUR his titulis *Naviculariorum* privilegia, & pœnæ, & in ſingulis *legibus* electa & ſingularia multa, ſubtilia & fructuoſa non pauca, quæ nos, qua ſumma poſſumus, perſpicuitate & brevitate explicabimus. Imprimis autem quaſi pro præfatione attingenda eſt poſtrema rubricæ noſtræ pars, quæ ſic habet, *& de tollenda luſtralis auri collatione*; & omiſſa expoſitione Accurſii in *rubr. ſup. de indictionibus.* quem ſequuntur Garcia Toletanus *ibid. num* 5. *& ſeq.* Platea in *præſenti.* Marcel. Donat. in *dilucidat. in Sueton. Neron. c.* 44. dicendum eſt, *luſtralis auri collationem* proprium negotiatorum tributum, de quo accipiendi ſunt & conjungendi textus in *l. negotiatores* 5. *C. Theod de luſtrali collat. l* 1. *C. de Epiſcop. aud. l.* 1. *C. de commerciis.* ubi obſervat Cujac. in *recitatione*, quamvis aliter explicet Duarenus. *lib.* 1. *diſp c.* 57. hoc itaque tributi genus, quia in auro ſolvebatur, *aurum negotiatorium*, & *auraria functio* ſeu *penſitatio* vocatur. *l. ſinguli* 13 *l. omnes* 19. *C. Theod. de luſtrali collat.* Theod. *Novel. de negotiator.* probant præter eos, quos laudavimus, in *extemporanea commentatione ad l.* 2. *C. num* 14. *de excuſat. muner.* Cujac. in *præſenti*, Briſſon. *de V S verbo aurarius.* & quia quarto quoque anno ſolvebatur, non cœpto ſed impleto, & quinto jam ineunte, ut obſervat Joſeph. Scaliger *lib* 2. *Auſonian. lect. c.* 23. *in fine*; *luſtralis auri collatio* dicitur. *l & ſi omnes* 11. *l. omnes* 8 *C. Theod. de luſtrali collat.* notat Cujac. *lib.* 16. *obſervat. c* 23. Briſſon. *de V. S. verbo luſtrale* Pacius in *Iſagocicis* & Giphan. in *Oeconomia C. in præſenti.* Buleng. *de Imperio Rom. lib.* 9. *c.* 45. eſt enim luſtrum, vel tempus quinquennii ex recepta ſententia, quam poſt Lucam de Penna in *præſenti* defendunt Garcia in *rubr. C. de indict. num.* 6. Budæus in *annotat. priorib. ad l.* 4. *ff. de rebus cred.* Cornel. Vitellius *annotat. in Merulam c.* 58. Briſſon. *de V. S verbo luſtrum.* Caſtalio *var. lect. c.* 19. vel tempus quadriennii, ut poſt Cujac. & Scalig. agnoſcit Joannes Savaro in Sidon. Apoll. *lib.* 9. *epiſt.* 16. *pag. mihi* 589. Nebriſſenſ. in *quinquagena* 3. *c.* 24. utcunque ſit; certum eſt, ſublatam eſſe hanc collationem ab Anaſtaſio, cujus Conſtitutiones duas, quæ in *hoc tit.* non extabant, propoſuit, & expoſuit Cujac. *hic.* Bulenger. *lib.* 9. *de Imper. Rom. c.* 45.

§. II. His ita breviter, ne poſtea nos impedirent, expeditis, perſequamur jam primam & primariam rubricæ noſtræ partem, quæ ſic concipitur: *de Naviculariis ſeu Naucleris publicas ſpecies transportantibus*; ſunt autem *Navicularii* navium domini & rectores, qui naves agunt, ducunt, exercent, & Græco verbo Ναύκληροι vocantur. *l.* 1. *& ſeq h. t. l. un. C. de littor. & itiner. cuſtod.* interdum *Navarchi*, quia navibus præſunt. *l.* 6. *h. tit. l. un. § item Navarchos ff. de bonor. poſſeſ. ex teſtam. mil.* hodie apud nos dicuntur *pilotos, Patrones maeſtros y de la nave. l.* 1. *tit.* 9. *l.* 13. *tit.* 8. *Part.* 5. *l.* 5. *tit.* 24. *Part.* 2. eoque ſenſu Navicularios, & Naucleros accipi in *hoc tit.* docent de his & aliis nautarum appellationibus multa congerentes poſt Accurſ. Bartol. & Plateam, Garcia ad *hunc tit. num.* 9. Budæus in *annot priorib ad l.* 1. *§ qui ſunt ff. nautæ caupones.* Straccha *de mercat. part.* 1. *num.* 62. & tractatu *de nautis part.* 1. *per totum.* Cujac. *lib.* 27. *obſervat. c.* 31. & in *l.* 3. *C. de naufragiis.* Briſſon & cæteri *de Verb. Signif. verbo Navicularii.* Stewech. in *commentar. ad Veget. lib.* 5. *c.* 13. Marcell. Donat. *dilucid. in Vopiſc. in Aureliano pag. mihi* 1025. Buleng. *lib.* 6. *de Imperio Rom. c.* 7. Acevedo in *l.* 3. *tit.* 10. *lib.* 7. *Compil* Bolanno in *commercio terreſtri lib.* 3. *c.* 4. ex quibus apparet, dictionem *ſeu*, quæ in rubrica noſtra inter Navicularios & Naucleros ponitur, non eos quaſi diverſos diſtinguere; ſed potius tanquam eoſdem conjungere, & quamvis disjunctiva

ſit, pro conjuncta tamen hic uſurpari rei explicandæ & ampliandæ cauſa, quod plerunque fit. *l. ſæpe* 53. ibi Rebuff. *ff. de verborum ſign.* notant poſt Bart. & Plateam, *hic.* Felin. in *c. inter cæteras* 4. *num.* 3. *x. de referend.* Gratian. *diſcept. forenſ. c.* 218. *num.* 24. & exemplum nobile extat in *l. ſi quis ita* 30. *ff. de auro & argento leg.* de cujus intellectu Cujac. *lib.* 26. *obſerv. c.* 34. & in *l. hæc verba* 124. *ff. de V. S.* Covar. *lib.* 2. *var. c.* 3. *num.* 10. Madera *animadv. c.* 22. Donell. in *l. ſi ita quis* 63. *num.* 6. *ff. de V. O.* Fachin. *lib.* 5. *contr. c.* 68.

§. III. Illud monendi eſtis, in *hoc tit.* proprie magis & ſpecialiter tractari de his Naviculariis, qui publicas ſpecies, veluti vinum oleum frumentum, & alia pleraque ad annonam civium aut militum neceſſaria ex provinciis transportant, ut ſignificatur in *l.* 4. *cum ſeq. h. t.* & utrobique notant Bartol. in *rubr. & l.* 1. *l.* 2. Platea, & Lucas de Penna. Veluti *Schapharii Romuleæ*, ſive *Hiſpalis*, quorum mentio apud Morales *lib.* 9. *chron. cap.* 35. Horum Naviculariorum proprium corpus ſeu collegium fuit. *l.* 1. *§.* 1. *ff. quod cujuſque univerſ. l. ſemper* 5. *§ licet*, *& §. ult. ff. de jure immun. l.* 1. *C. de heredit. decur.* & ſingulorum patrimonia muneri tranſportandæ annonæ & aliis neceſſitatibus publicis obnoxia erant. *l.* 1. & paſſim *Cod. de prædiis & omnibus rebus Navicul.* Unde & eorum munus, ſive functio *Navicularia* dicitur. *l.* 3. *in fine de cohortalibus. l.* 1. *ff. de muner. & honor.* & ipſi quaſi per excellentiam Navicularii vocantur. *l. un. C. Theod. de his qui veniam ætat. impetr. l. ſemper* 5. *§. negotiatores ff. de jure immunitat.* probat ex vetere gloſſario Briſſon. *de V. S. verbo Navicularii.* Buleng. *lib.* 6. *de Imperio Rom. c.* 7. quo argumento primus forſan obſervo, privilegia Navicularii concceſſa, quorum in *hoc tit.* mentio, & alia pleraque ad eos duntaxat pertinere, *qui publicis ſpeciebus transportandis deſerviunt*, ut exprimitur in *d. l. ſemper* 5. *§. negotiatores*, *& § Divus. l. pro commoditate* 7. *l. veneranda* 30. *h. t. in C. Theod. l. his qui naves* 3. *ff. de vacat. muner.* quales ſunt apud nos Navicularii *de las flotas de Indias*, in quibus & aliis publicas ſpecies vel frumentum atque alia ad annonam regni aut alicujus oppidi neceſſaria transportantibus privilegia hæc hodie obſervari æquiſſimum eſt, *cum ſalutem publicam & ſpiritum populi ſui reportent*, ut Quintilianus loquitur *declamat.* 12. unde *remuneranda pericula eorum*, *quin etiam & hortanda præmiis merito placuit*, ut ſcriptum eſt in *d. §. negotiatores.* Cæterum extendenda non ſunt ad eos, qui vel armatis claſſibus vel privatorum navibus ſerviunt, in quibus non tam propria, &, ut ſic dicam, immediata publicæ utilitatis ratio eſt, quamvis ſuis etiam privilegiis fruantur, propter generalem illam rationem, quæ docet *navium exercitionem ad ſummam Remp. pertinere*, ut Ulpianus loquitur in *l.* 1. *§. licet ff. de exercitor. act.* illuſtrat Cujac. *lib.* 12. *obſervat. cap.* 22. Briſſon. *lib.* 2. *de formul. pag. mihi* 184. *verſ. de republica.* & de utilitate navigationis multa Narbona in *l.* 12. *tit.* 10. *lib.* 7. *Compil.* Camil. Borrel. *de præſtantia Regis Catholici c.* 8. *& c.* 19. *num.* 78. late noſter Solorcano *de jure Indiar. lib.* 1. *c.* 8. *num.* 8. *& ſeq.* & Freytas. *de juſto Imp. Aſiatico c.* 11. *num.* 32. idem Soloro. *lib.* 1, *de Ind. jur. c.* 16. *num.* 12. *& ſeq.* conducit textus elegans in *l.* 1. *tit.* 10. *lib.* 7. *Compil.* de quo poſtea [& de privilegiis, quæ Themiſtocles Navicularis deferenda cenſuit, vid. Diod. Sic. lib. 11.

§. IV. Sed ut pergamus, ex ſuperiori Naviculariorum publicas ſpecies transportantium favore deſcendunt privilegia multa eis conceſſa, inter quæ, ut ab antiquioribus & antiquatis jam incipiamus, primum fuit ex Edicto Claudii Imperatoris, qui naves mercaturæ cauſſa fabricantibus præmia multa propoſuit, teſte Suetonio in *Claudio*, *c.* 18. *&* 19. veluti, ut ſi liberti latini eſſent, juxta *§. ult. Inſtit. de libertin.* civitatem Romanam acciperent, *ſi non minorem, quam decem millia modiorum navem fabricaſſent, & Romam ſex annis frumentum portaſſent*, ut ait Ulpian. in *fragm. tit.* 3. *in fine.* notat Petrus Fab. *lib.* 1. *ſemeſtr. c. ult.* Cujac. *lib.* 19. *reſponſ. Papin.* in *l.* 3. *ff. ad legem Rhodiam de jactu.* ſin autem fœmina latina eſſet, jus quatuor liberorum haberet, ſine quo filio ſuo legitima heres non erat jure veteri. *§.* 1. *inſtit. de SC. Tertyll. l.* 2. *C. de jure liberorum.* eaque genuina mens eſt Suetonii *d. c.* 19. quam parum capiunt Petr. Greg. *lib.* 45. *ſyntagm. c.* 9. *num.* 5. Pichard. in *princip. inſt. num.* 4. Balduin. *num.* 3. *de SC. Tertyll.* denique, ut ſi cives Romani eſſent, & navem ad annonam fabricaſſent, vacationem legis Papiæ Poppeæ conſequerentur, ut ait Sueton. *d. c.* 19. quod confirmatum eſt in *l. pro commoditate* 7. *h. t. in C. Theod.* nimirum ut, quoniam per legem Papiam conjuges liberis carentes decimam duntaxat partem ex teſtamento alterius conjugis capere poterant matrimonii nomine, & reliquum fiſco vindicabatur auctore Ulp. in *fragm. tit.* 5. *l. qui uxori* 18. *ff. de aur. & arg. leg. l.* 2. *C. de infirmand. pœnis cœlibat. l. ult. ff. de his quæ ut indignis. l. un. C. unde vir & uxor. l. un. C. de his qui ſe deferunt.* Si tamen eſſent Navicularii, ſolidum inter ſe capere poſſent, etiam nullis intervenientibus liberis, ut legendum eſſe in *d. l. pro commoditate* 7. notat Cujac. ad Ulpian. *d. tit.* 15. & ad *tit. C. de infirmand. pœnis cœlibat. in fine.*

§. V. Deinde Navicularis annonæ tranſportandæ ſervientibus conceſſa vacatio eſt a publicis muneribus. *l. ſemper* 5. *§. negotiatores ff. de jure immunit.* dummodo in corpore Naviculariorum ſint, non in fraudem publicorum munerum, & ut eis ſe ſubducant, ſed quoniam actu ipſo annonæ ſerviunt, & majorem patrimonii partem in eam rem contulerunt, ut colligitur ex *d. l. ſemper* 5. *§. licet cum duobus ſeq.* ubi Accurſ. *verbo annonæ. l. Navicularii* 5. *ff. de muner. & honor. l. delatam* 16. *h. tit. in C. Theod.* Eſt autem huic immunitati certa forma præſcripta, ut ad filios & libertos naviculariorum non extendatur *d. l. ſemper* 5. *§. immunitati.* & naviculariis ipſis duntaxat competat, quamdiu actu ipſo reipublicæ ſerviunt. *d. §. negotiatores.* Neque contrarius eſt Scævola in *l. Navicularii* 5. *ff. de muner. & honor.* ubi Navicularius muneris publici vacationem dare videtur intra quinquennium, nempe poſtquam in actu navigationis eſſe deſierint, quia, quamdiu in actu ſunt, inepta aut inconſpecta eſt quinquennii præfinitio. Eſt enim intelligendus Scævola cum Accurſio *ibidem* de vacatione munerum perſonalium, & extraordinariorum, quæ plerumque appellatione *vacationis* dari intelligitur. *l. un. C. de vacat. publ. muner. l. cui muneris* 17. *ff. de muner. & honor. l. hi qui* 6. *l. in honoribus* 8. *§ qui muneris ff. de vacat. muner.* & ideo datur Navicularis intra quinquennium, poſtquam in actu eſſe deſierint, quamvis immunitas munerum patrimonialium eis non detur, niſi quamdiu in actu ſunt. *d. §. negotiatores.* quia parcius hæc & paucis conceditur. *l.* 3. *C. de muner. patrim. l. ab his honoribus* 10. *cum. l. ſeq ff. de vacat. muner.* quamvis aliter Gothofr. in *d. l. Navicularii* 5. Accurſ. in *d. §. negotiatores*, *verbo annonæ in fine.*

§. VI. Sed adhuc ſuperioribus obſtat idem Scævola in *l.* 3. *ff. de vacat. muner.* quatenus ultra conditiones ſupra ſcriptas circa immunitatem Naviculariorum illud amplius requirit, ut non minorem navem fabricaverint, quam quinquaginta millium modiorum, aut plures ſingulas non minores decem millium modiorum, quaſi ſcilicet non ſufficiat, majorem partem patrimonii in naves annonarias contuliſſe, ut requiritur in *d. l. ſemper* 5. *§. licet cum ſeq.* ſi tam capaces naves non ſint, ut exprimitur in *d. l.* 3. ſed reſpondendum eſt, non tractari in *d. l.* 3. de Navicularis, qui propter qualitatem collegii, in quo ſunt, neceſſario annonæ ſerviunt, & tanquam Navicularii immunitatem habent, de quibus in *d. §. negotiatores cum ſeq.* ſed de his potius, qui, cum ipſi non eſſent ex numero aut corpore Naviculariorum, ſua ſponte naves maritimas fabricarunt, & ad annonam præbuerunt, quibus

cib-

immunitas datur propter naves, ſed ita demum, ſi & maritimæ naves ſint juxta textum ſic accipiendum in *d. l. ſemper §. Divus Hadrianus*. & non minores his, quæ deſcribuntur in *d. l.* 3. ne alioquin locupletes homines modica pecunia comparatis navibus muneribus publicis ſe ſubducant. *d. l. ſemper* 5. *§ negotiatio*, *&* *§. penult.* excipiuntur autem in *d. l.* 3. Senatores, ad quos hæc immunitas non pertinet, quia navem eis habere non licet, ſicuti nec Rectoribus provinciarum in provincia, in qua adminiſtrant. *l. aufertur* 46. *§. quod a Præſide ff. de jure fiſci.* ubi exornat Cujac. & *lib. 6. obſervat. c.* 38. Lazarus Baiſius *de re navali pag. mihi.* 84. Petrus Greg. *lib.* 29. *ſyntagm. c.* 10. *num.* 5. Straccha *de mercat. tract. de navibus part.* 2. *num.* 2. Bolanno in *commerc. terreſtri c.* 2. *lib.* 3. *num.* 2. Puteus *de ſyndicatu verbo ſyndicantur* 8. *num.* 10. *pag. mihi* 36. Hodie moribus noſtris, cum nec ſit proprium corpus Naviculariorum, nec navium magnitudo certa legibus definita, omnes Navicularii ſpecies publicas, vel ad fiſcum, vel ad annonam regni aut alicujus oppidi neceſſarias, tranſportantes immunitate ſupra ſcripta gaudere debent, ut notat Bolanno in *commercio terreſtri lib.* 3. *c.* 4. *num.* 60.

§. VII. Plane, cum omnia munera publica vel ſint *perſonalia*, quæ ſola perſonæ opera expediuntur ſine patrimonii ſumtu, vel *patrimonialia*, quæ ſolius patrimonii ſumtu exercentur, vel *civilia* ſeu *mixta*. quæ perſonæ laborem & patrimonii ſumtum ſimul requirunt. *l.* 1. *& l. ult. ff. de muner. & hon.* immunitas Naviculariis data liberat eos imprimis a muneribus perſonalibus, quamdiu in actu ſunt, & poſtea intra quinquennium. *d. §. negotiatores d. l. Navicularius* 5. *ff. de muner. & honor.* unde & a tutela aut cura excuſantur, niſi ex eorum numero aut corpore pupillus ſit. *l. pen. C. de excuſat. tutor. l. pro commoditate* 7. *h. t. in C. Theod.* conducit *lex* 2. *tit.* 17. *Part.* 6. Neque contrarium eſt, quod dicitur in *l. non tantum* 17. *§. domini ff. de excuſat. tuter.* dominos navium, quos Navicularios eſſe diximus ſupra §. 2. non haberi inter privilegiatos, ut a tutelis excuſentur, quia vel fatendum eſt, exſtare ibi veſtigium juris veteris, quod obtinuit ante Conſtitutionem *d. l. penult. C. de excuſat. tutor.* quum Navicularii, quamvis a cæteris publicis muneribus immunitatem haberent, a tutelis tamen non excuſabantur, quia nulla Conſtitutione id eis privilegium datum erat ſpecialiter, quod neceſſe eſt, ut a tutela quis excuſetur. *d. l. non tantum* 17. *§. non omnia ff. de excuſat. tutor.* vel etiam dici poteſt ea mente Juſtiniani, non tractari in *d. §. domini* de Naviculariis annonæ ſervientibus, quorum corpori excuſatio indulgetur in *d. l. penult.* ſed generaliter de dominis navium, qui eas commercii cauſſa exercent, vel etiam ſponte ad annonam præbent, quo caſu, quamvis immunitatem etiam habeant juxta formam *d. l.* 3. *ff. de vacat. muner.* a tutelis tamen non excuſantur, quia id ſpecialiter eis datum non eſt. *d. §. non omnia.*

§. VIII. Cum autem inter munera perſonalia quædam ſint honoribus connexa & cohærentia, ad quæ vacatio munerum ſimpliciter conceſſa extendi non ſolet. *l. cui muneris* 12. *ff. de muner. & honor. l.* 2. *§. numerus. l. in honoribus* 8. *ff. de vacat. muner.* Navicularii tamen, quamdiu annonæ ſerviunt, etiam ab honoribus, quibus onus annexum eſt, immunitatem habent. *d. l. pro commoditate* 7. *l. omnes* 17. *hoc tit. in C. Theod.* unde cum decurionatus honor ſit, cui multa onera muneraque convincta jure Romano. *l. non tantum* 11. *cum l. ſeq. ff. de decurionibus. l. a decurionatu* 5. *ff. de vacat. muner.* Navicularios ab eo excuſari placuit. *l. Severus* 9. *in fine ff. de decurion. l. delatam* 16. juncta *l.* 19. *&* 25. *hoc tit. in C. Theodoſ.* adeo ut etiam, ſi ex decurionum corpore Navicularius aſſumptus ſit, perinde immunitate fruatur juxta textum ſic intelligendum in *l.* 5. juncta *l.* 14. *hoc tit. in C. Theod.* cui obſtat *l. curiales* 149. *de decurion. in eodem Cod.* ex converſo, ſi Navicularius honorem decurionatus ſponte ſuſceperit, quaſi tacita renuntiatione immunitatem amittit. *d. l. ſemper* 5. *§ ult. ff. de jure immunitatis. l.* 1. *cum ſeq. C. de his qui ſponte publ. muner. ſubier.* quia, quamvis hæc immunitas & cætera privilegia Naviculariorum publicæ utilitatis favore ſubnixa ſint, quæ in tranſportanda annona verſatur, ut notavimus ſupra §. 3. & ideo eis privato facto aut pacto renuntiari non poſſit. *l. quod de bonis* 15. *§.* 1. *ff. ad l. Falcid. l. Neratius* 20. *ff. de religioſ. l.* 2. *C. ne ruſticani ad ullum obſeq. c. ſi diligenti* 12. *ext. de foro competenti.* unde privilegio fori, quo Navicularii gaudebant, ut apud Præfectum annonæ convenirentur, renuntiare non poterant. *l. ſi quis* 12. *h. t. in C. Theod.* juncta *l. un. de his qui ven. ætat. impetr. in eodem C. l.* 1. *§. ſed ex contrario ff. de exercitor. act.* in decurionibus tamen propria & perelegans ratio eſt, quia cum decurionatus honor ſit, cui totius reipublicæ adminiſtratio & civilium munerum diſtributio commiſſa eſt, ut in *Authent.* 38. *de decurion. in princ.* Majoriani *Novell.* 1. *de curialibus.* adeo ut inter cætera publica munera, annonam etiam curare, & frumentum publico ſumtu, quod hodie vocamus *pan del poſito*, in ſingulis civitatibus comparare & diſtribuere ipſis incumbat. *l. non debere* 8. *ff. ad municip. l. decuriones* 5. *de adminiſtr. rer. ad civit. pertin. l.* 3. *ff. ad leg. Jul. de annona l.* 9. *tit.* 5. *lib.* 7. *Compil.* notat Berter. Πιθανῶν *diatr. c.* 10. Buleng. *lib.* 7. *de Imperio Rom. c.* 5. Bovad. *lib.* 3. *polit. cap.* 3. *num.* 64. *in fine & num.* 79. quoties Navicularius decurionatum agnoſcit, non tam privata ipſius renuntiatio, quam publica alia utilitas, per quam decurio factus multis civilibus muneribus ad annonam etiam pertinentibus ſubjicitur, & immunitatem adimit.

§. IX. Præterea hæc immunitas Naviculariorum ad munera omnia patrimonialia & mixta pertinet. *d. l. ſemper* 5. *§. negotiatores.* ubi Accurſ. *verbo liberentur. l.* 5. *l. omnes* 17. *h. t. in C. Theod.* & ideo non ſolum a muneribus, & præſtationibus, quæ in ſingulis civitatibus, earum utilitate vel neceſſitate exigente patrimoniis imponuntur, ſed etiam ab ordinariis collationibus & tributis immunes ſunt, quamdiu annonæ ſerviunt. *d. l.* 5. *d. l. omnes* 17. & ex Tacito *lib.* 13. *annal.* probat Petrus Faber *lib.* 1. *ſemeſtr. c.* 25. inde & a luſtralis auri collatione, de qua ſupra §. 1. Navicularii mercatores excuſabantur juxta textum, quem ſic interpretor in *l. ſolos* 23. juncta *l. ſeq. l. delatam* 16. *h. t. in C. Theod.* & iſta forſitan occaſione de Naviculariis, & luſtrali collatione rubrica noſtra ſimul inſcribitur. Denique huc etiam pertinet regium jus noſtrum, quo cautum eſt, Navicularios exteros frumentum ex tranſmarinis provinciis Hiſpalim apportantes & vendentes, a ſolutione vectigalis, quod *decimam venditionis* vocamus, ſive *al cavala*, immunes eſſe. *l.* 36. *tit.* 18. *lib.* 9. *Compil.* Cujus argumento duo in praxi colligimus; primum eſt, immunitatem hanc a gabella intra limites perſonarum & loci, de quibus in *d. l.* 36. coarctandam eſſe, & ideo nec ad alios tranſmarini frumenti venditores aut portitores pertinet præter exteros Navicularios, nec ad eos quidem, niſi in venditione frumenti per mare Hiſpalim transvecti, non ſi aliunde, aut ad alium portum attulerint, ut notant Laſſarte *de Decima vend. cap.* 20. *num.* 64. Gutierrez *de gabell. cap.* 78. *num.* 9. Bovad. *lib.* 3. *politic. cap.* 3. *num.* 58. Azevedo in *d. l.* 36. ſecundum eſt, hodie navicularios, quamdiu annonæ ſerviunt, excuſari quidem a muneribus perſonalibus, ut diximus ſupra §. 7. & patrimonialibus & mixtis illis, quæ populorum ipſa utilitas vel neceſſitas inter cives ſingulos juxta patrimonii modum diſtribui ſuadet, qualia ſunt, quæ referuntur in *l. ſi pendentes* 27. *§. ſi quis cloacarii ff. de uſufructu.* cui jungendus Briſſon. *lib.* 3. *ſelectar. antiq. cap.* 11. non tamen a tributis & vectigalibus regiis, niſi quando id ſpecialiter conceditur, ut in *d. l.* 36. Cujus deciſio otioſa, aut vitioſa eſ-

ſet, ſi generaliter Navicularii a tributis immunes forent.

§. X. Sed ſuperioribus opponi poteſt elegans Conſtitutio, quæ extat in l. 4. C. h. t. Cujus hæc ſit conciſa magis quam concinna paraphraſis: Navariorum ſeu Naviculariorum orientis cœtus ſive Collegium, cujus mentio in l. pro commoditate 7. l. juxta 14. h. t. in C. Theod. impediebatur in orientalibus provinciis inopia navium, quibus ex Ægypto quotannis frumenti canonem a Conſtantino Imperatore aſſignatum Conſtantinopolim transportare ſolebat. l. 1. & 2. C. de frumento urbis Conſtantinop. illuſtrant ex aliis Dempſter. ad Roſin. lib. 7. antiq. Rom. c. 38. Buleng. lib. 6. de Imperio Rom. c. 15. Lipſius lib. 1. Electer. c. 8. & ex eo Franciſcus Modius in notis ad Livium lib. 2. poſt princ. Cum autem hi Navicularii circa Orientalium inſularum portus detinerentur, & occuparentur inquirendis claſſibus ad annonam transportandam deſignatis, de quibus præter laudatos ubi proxime multa Buleng. lib. 6. c. 6. Stewechius ad Veget. lib. 5. de re milit. c. 2. & ſeq. & dilato interim effectu transportationis frumenti timeretur indignatio judicum, hoc eſt Præfectorum Prætorio, & aliorum, a quibus Navicolariorum mora ſeu culpa puniri ſolet. l. 2. cum ſeq. C. de naufrag. & l. 1. C. de canone frument. urbis Romæ. providentiſſime huic periculo ſubventum eſt ab Anthemio tunc Præfecto Prætorio Orientis, ad quem Conſtitutio d. l. 4. dirigitur, & ſub cujus diſpoſitione orientales omnes claſſes erant. l. un. ubi Cujac. de Claſſicis. & l. 2. C. de annon. civilib. l. ult. C. de off. Præfect. Prætor. Orient. obſervat Panciroll. in notit. Imper. Orient. c. 7. Hic igitur adhibito in conſilium Præfecto Auguſtali, ſive Ægypti, qui pro officio etiam frumentarii canonis transvectionem ex Ægypto curare debuit ex Edicto 13. Juſtiniani in princip. & c. 4. §. 1. & ſeq. juncta l. 1. ff. & C. de off. Præfecti Auguſt. & vocato ſimiliter Præſide inſularum Aſiæ adjacentium, cujus mentio in l. civitas 6. C. de officio Rectoris provin. Authentic. ut judices 8. §. aſpectabili circa finem. & Authent. de relevatione tributor. 163. §. remittimus. exornat Cujac. in Novell. 41. & lib. 16. obſerv. c. 6. Pancir. ubi ſupra c. 102. Briſſon. de V. S. verbo inſulas. adduxit ſimul ſummates ſeu primates, & principales Naucleros claſſis Alexandrinæ, de quibus in l. 1. C. de frum. Alexandr. l. un. C. de Alexandr. primat. & Navicularios Claſſis Carpathiæ, ſic nominatæ a Carpathia, (hodie Eſcarpanto) inſula marique circa Ægyptum, ubi oberrabat, ut notant poſt alios Alciat. in d. l. 4. Stewech. ad Veget. d. lib. 5. c. 2. Pancir. d. c. 7. Cerda in Virgil. lib. 4. Georg. ibi eſt in carpathio Neptuni gurgite vates. add. Inſcriptio apud Rod. Carum in ſua Hiſpali lib. 1. c. 22. pag. 38. quibus & aliis ejusdem profeſſionis Naviculariis frumentum transportandum commiſit præſtito ſalario ex immunitate tributorum, vel ex eo, quod vocatur φιλικὸν, græco verbo, hoc eſt amicale, ſeu, quod amica manu & affectu præmium datur, ut exponunt Cujac. & Gothofr. in d. l. 4. quamvis aliter legat & intelligat ibidem.

§. XI. Illud certe ex impedito d. l. 4. contextu expedite probari videtur, Navicularios nempe ordinariam immunitatem a tributis non habere, ut dicebamus ſupra §. 9. tum quia hæc immunitatis conceſſio quaſi novum remedium extra ordinem ab Anthemio excogitatum repentinæ inopiæ navium & difficultati transportationis ſublevandæ laudatur, & imitandum proponitur in l. cum Navarchorum 32. h. t. in C. Theod. & in d. l. 4. Ut agnoſcunt omnes interpretes ibi, tum etiam, quia quaſi arbitrio magiſtratuum relinquitur, an ex immunitate vel ex eo, quod vocatur φιλικὸν, Naviculariis ſalarium præſtetur, ac proinde innuitur, nec ordinario jure nec præciſe aut omnino iis immunitatem concedi, ut præſentit Accurſ. in d. l. 9. verbo immunitate. Sed reſpondendum eſt, non tractari in d. l. 9. de Navicularis illis, qui propter conditionem perſonæ & corporis, in quo ſunt, annonæ ſervire ſolent & debent, quibus plena & ordinaria immunitas a tributis conceditur in d. l. 5. l. omnes 17. hoc tit. in C. Th. ſed de aliis Naviculariis claſſium militarium, quibus extra ordinem, deficiente claſſi frumentaria, annonæ transportatio committitur; & ideo quamvis militaribus privilegiis fruantur, nec ordinaria, nec omnino aut præciſe eis immunitas datur; ſed ita, ſi immunitatem potius, quam aliud amicale præmium pro ſalario præſtari expedierit, ut ſcriptum eſt in d. l. 4. quibus adjicio, ita ſimiliter remiges, & alios nautas, qui navigandi cauſſa in navi ſunt, habere privilegium teſtandi jure militari, perinde ac Navarchos, quia quamvis apud Romanos navales milites viliores eſſent, ut probat Lipſ. de milit. Rom. lib. 1. dial. 2. circa finem, add. Leo de bellica apparat. c. 19. num. 8. 9. 13. & 18. milites tamen omnes erant. l. unic. §. item Navarchos ubi Cujac. ff. de bonor. poſſ. ex teſtam. milit. notat Coraſius in l. frater a fratre de cond. indeb. num. 10. Julius Ferret. de re navali lib. 14. num. 27. Hevia Bolanno in commerc. terreſtri lib. 3. c. 3. num. 22. Et quamvis navis agendæ, hoc eſt pellendæ, atque incitandæ cauſſa in navi ſint, veluti remiges, immunitatem non habent; quoniam hæc ſolis Naviculariis, hoc eſt dominis & rectoribus navium annonæ ſervientibus conceſſa eſt. l. 1. ff. de jure immun. quam ita poſt Accurſ. ibi verbo agendis ſolutione 1. interpretatur Pet. Faber lib. 1. ſemeſtr. cap. 25. quamvis aliter cum eodem Accurſ. Bart. & Alberic. ibidem.

§. XII. Rurſus, ut progrediamur, inter privilegia conceſſa Naviculariis recenſendum eſt, quod proponitur in l. 1. C. h. t. l. nullam. 9. eod. tit. in Cod. Theod. ut quamdiu ſpecies annonarias, vel alias publicas ſeu fiſcales ſoæ fidei delegatas, ſeu commiſſas transportant, plena ſecuritate potiantur, nec concuſſiones aut aliud genus incommodi patiantur, in quo propria, & præcipua quædam Naviculariorum prærogativa verſatur; quia, quamvis communi jure omne genus vis privatæ vel publicæ, & concuſſionis graviter coërceatur. l. 1. & 2. de concuſſione. l. quoniam 6. & paſſim C. ad leg. Jul. de vi publ. in Naviculariis tamen ſingulari animadverſione prohibetur, & plectitur propter ſecuritatem navigationis. l. 1. in fine ad leg. Jul. de vi privata. l. unic. in fin. C. de littor. & itiner. cuſtod. & quamvis vis, & concuſſionis pœna arbitraria ſit, & ideo plerumque levior, ut notat poſt multos Menoch. de arbitrar. caſu 342. num. 12. & caſu 394. in princ. ſi tamen Naviculariis inferatur, capitalis pœna fuit cum publicatione bonorum ex l. 9. l. delatam 10. cum l. ſeq. h. tit. in C. Theod. & tandem in d. l. 1. h. tit. mulcta ſtatuitur decem librarum auri, ut in ſimili re in l. ſi quis naviculam 9. C. de murilegulis. Ad quam mulctam reſpiciunt l. 30. & 36. h. tit. in C. Theod. Quæ autem ſit, & fuerit nova, vetusque libræ auri æſtimatio, diſces ex l. quotiescumque 5. C. de ſuſceptorib. junctis traditis a Covarr. in collatione veter. numiſm. cap. 3. & lib. 1. var. cap. 11. num. 3. Cuj. lib. 17. obſerv. cap. 9. Petr. Gregor. lib. 28. ſyntagm. cap. 13. num. 7. Pancir. in not. Imper. Orient. cap. 74. verſ. procuratores monetarum. & lib. 1. theſ. var. cap. 66. & 70. Bulengero de Imper. Rom. lib. 2. cap. 15. circa finem. Contio lib. 2. ſubſeciv. cap. 2. num. 8. & cap. 20. num. 6. Quibus omnino proximum eſt, quod exſtat in l. ab his 3. C. h. t. ut, quamvis regulariter in quadruplo, quo raptores puniuntur, & ſimplum, id eſt, æſtimatio rei ablatæ contineatur. pr. inſt. de vi bonor. raptor. ab eis tamen, qui per vim de Naviculariis rapinam egerint, præter mulctam decem librarum auri fiſco inferendam, ut ſentiunt poſt Accurſ. Bart. Platea, & Cujac. in d. l. 1. & præter rei ablatæ perſecutionem, per quam Navicularii commodo fit ſatis, quadruplum eidem pœnæ nomine ſolvendum ſit, ut probatur in l. deprehenſæ 29. h. tit. in C. Theod. notat Cuj. in d. l. 3. quamvis aliter ibid. Bart. Platea, & Andr. de Barulo.

§. XIII.

Digitized by Google

§. XIII. Porro ex ſententia *d. l. 1.* in primis deducunt Bart. & Rebuffus *ibid.* Navicularios ſpecies publicas tranſportantes nulla civili, aut criminali actione pulſari, aut detineri poſſe prætextu delicti aut obligationis contractæ, ut ſignificatur in *d. l.* 3. *verſu nec aliquod genus incommodi*, & *verſu omni ſecuritate potiri*, & tandem verſu *his, qui eos inquietare tentaverint*, junctis aliis, quæ recte expendit Platea *ibidem num.* 1. cui enim magis incommodatur, aut cujus ſecuritas gravius inquietatur, aut læditur, quam ejus, qui, dum navigat, litigare cogitur. *l. minoribus* 6. *de minorib. l.* 4. §. 1. *de alienat. jud. mut. cauſſa facta.* Hac autem ſecuritate fruuntur Navicularii euntes, & remeantes, ut exprimitur in *d. l.* 3. ubi Claſſici. *l.* 4. *h. tit. in C. Theod. l.* 4. ubi Gregor. *gloſſ.* 5. *tit.* 7. *P.* 5. ne ſcilicet, ſi litigare cogantur, impediatur publica utilitas, quæ in tranſportatione annonæ conſiſtit, *arg. l.* 1. §. *legatis de judiciis.* quo exemplo urgente annonæ neceſſitate mercatoribus cibaria afferentibus eamdem ſecuritatem ab ordinariis oppidorum judicibus promitti, & præſtari poſſe, docet ex aliis Bovad. *lib.* 3. *polit. cap* 4. *num.* 81. Illud extra vulgarem captum obſervo, hodie apud nos privilegium hoc ceſſare in exteris Naviculariis cibaria aut alias merces importantibus, quorum perſonæ in portibus noſtris detineri, & bona pignori capi poſſunt proprii debiti nomine, aut ejus, pro quo fidejuſſerunt, ſive fiſco debeant, ſive privato regnicolæ. *l.* 11. *tit.* 17. *lib.* 5. *Compil.* juncta *leg.* 18. ubi Gregor. *gloſſ.* 2. *tit.* 18. *P.* 3. non tamen pro eo, quod aliis exteris ſuæ, vel alterius provinciæ debent, ut adjicitur in *leg.* 12. *tit.* 17. *lib.* 5. *Compil.* ubi rejectis Matienzi & Azevedi opinationibus ſic & legenda & intelligenda ſunt verba illa: *por ningunas deudas, que deban a aquellos, deciva tierra ſon:* quia quamvis leges noſtræ exteris etiam mercatoribus & Naviculariis ſecuritatem promittant. *l.* 4. *tit.* 7. *Part.* 5. & in eorum perſona, & bonis pignorationes pro alienis debitis, quas vulgo *repreſſalias* vocant, prohibitæ ſint. *l. unic. C. ut nullus ex vicaneis. cap. unic. de injuriis lib.* 6. *l.* 15. *tit.* 10. *Part.* 7. *l.* 1. 2. 3. & 10. *cum ſeq. tit.* 17. *lib.* 5. *Compil.* regnicolis tamen contra exteros Navicularios pro eo, quod ipſi eiſdem debent, jus pignorationis concedi, æquiſſimum eſt, ne in alieno regno cum vexatione, & ſumptu, ac plerumque ſub infeſtis judicibus litigare cogantur.

§. XIV. Deinde ex verbis illis *d. l.* 1. *nec aliquod genus incommodi* colligunt Bart. Rebuffus, & Platea *ibid.* Navicularios, dum ſpecies publicas tranſportant, detineri non poſſe nomine vectigalium, quæ pro tranſvectione rerum venalium in portu, aut littore ſolvi ſolent, qualia ſunt portoria, & ſimilia. *l. inter* 17. §. 1. *de V. S. l. cum in plures* 60. §. *vehiculum locati. l. ſi quis* 21. *de donat. int. V. & U.* Hæc autem vectigalia Navicularii non præſtant non ſolum pro ſpeciebus publicis, ſive fiſcalibus vel etiam eis, quas ad uſum ſuum tranſportant, quæ ſuo jure immunes ſunt. *l. locatio* 9. §. *ult. de publican. l. univerſi* 5. *C. de vectigalib. l. in lege* 103. *de V. S. l.* 5. *tit.* 7. *Part.* 5. ſed nec etiam mercibus, quas propriæ negotiationis cauſſa deferunt. *l. omnium* 6. *in fin. C. de vectigalib. leg. unic. C. de littor. & itiner. cuſtod. l.* 5. *l. delatam* 16. *cum ſeq. l. ne qua* 24. *h. tit. in C. Theod.* notat Cujac. ad *tit. C. de vectigalib. in princ.* Cæterum hæc immunitas Romano Regioque jure ſolis Naviculariis ſpecies publicas tranſportantibus conceſſa eſt, & ideo præter illos omnes Navicularii pro rebus, quas important vel exportant mercaturæ cauſſa, etiamſi ſpecies annonariæ ſint, præſtant hæc vectigalia, quæ apud nos vocantur *portazgos, y almo jarifazgos. l.* 1. & 2. *tit.* 22. *l.* 5. *tit.* 23. *l.* 1. *tit.* 26. *cum l. ſeq. l.* 1. *cum ſeq. tit.* 29. *lib.* 5. *Compil.* juncta *l. locatis* 6. §. *ult. de publicanis.* docet Bart. in *l. cum proponas num.* 6. *C. de nautico fœnore.* Bertachin. *de gabell. quæſt.* 7. *princip. num.* 3. & *ſeq.* niſi vi tempeſtatis, aut piratarum metu in portum ſe receperint, quo caſu, ſi nihil venale expoſuerint, vectigalia non ſolvunt, ut *arg. l. Cæſar* 15. *l. ult.* §. *ſi propter neceſſitatem de publicanis* reſolvit poſt alios Straccha *de mercatorib. in tract. de navib. part.* 2. *num.* 26. hodie autem obſervanda eſt forma propoſita in *l.* 3. §. *pero tit.* 22. *l.* 4. & 8. *tit.* 29. *lib.* 2. *Compil.*

§. XV. Denique poſt hæc & alia antiquiora Naviculariorum privilegia, quale illud fuit, ut dignitatem equeſtris ordinis obtinerent, & ideo corporali injuria a judicibus pulſari non poſſent. *l. delatam* 16. *h tit. in C. Theod.* juncta *l. unic. de equeſtri dignitat. in eod. Cod.* porro Regio noſtrati jure tria præcipua Naviculariis conceſſa ſunt. Primum eſt, ut quamvis navis fabricandæ, aut habendæ jus inter Regalia connumeretur, quæ ſoli Regi aut Principi ſupremo competunt. *cap.* 1. *quæ ſint regalia in uſib. feudor. l.* 1. *tit* 10. *lib.* 7. *Compilation.* docet Borrellus *de præſtant. Regis Catholic. cap.* 6. & 19. *num.* 50. & *ſeq.* liceat tamen privatis hominibus naves habere, & exercere. *l.* 1. *C. de navib. non excuſ.* adeo ut ſi maritimis navibus fabricatis ex hoſtibus aut piratis prædas egerint, quintam partem prædæ, quæ regulariter ad Regem pertinet, pro præmio conſequantur. *l.* 21. *tit.* 4. *lib.* 6. *Compil.* & *leg.* 12. *tit.* 10. *lib.* 7. ubi Narbona. Borrellus *ubi ſupra cap.* 8. Secundum eſt, ut naves certæ magnitudinis fabricantibus pro capacitate cujusque certa pecuniæ quantitas ex Regio ærario præſtetur, quæ vocatur *acoſtamento l.* 7. *tit.* 10. *lib.* 6. quales olim forſitan erant centeſimæ Naviculariis ſolvendæ, quarum mentio in *l. pro commoditate* 7. *l. tributa* 36. *l. ult. h. tit. in C. Theod. l.* 3. *de naufragiis in eod. Cod.* vid. Ferret. *de re navali lib.* 9. *num.* 14. & *lib.* 11. *num.* 1. & *ſeq.* Tertium eſt, ut in tranſportatione mercium, aut cibariorum ad alias provincias, noſtrates Navicularii præferantur exteris, quorum naves onerandæ non ſunt, niſi ob defectum regnicolarum. *l.* 1. *tit.* 13. *lib.* 3. & *l.* 3. 4. & 8. *tit.* 10. *lib.* 7. *Compil.* ita tamen, ut inter navigia plura regnicolarum vel plura exterorum majora minoribus præferantur. *l.* 5. quam ſic accipio *tit.* 10. *lib.* 7. *Compil.* videndus Bolanno in *commercio terreſtri lib.* 3. *cap.* 2. *in princ.* & *cap.* 5. *num.* 3. & *ſeq.*

§. XVI. Tandem ut, quæ de pœnis Naviculariorum ſub *hoc titulo* Tribonianus nobis propoſuit, breviter exponamus, ſciendum eſt, Navicularios, qui publicas vel fiſcales ſpecies tranſportandas ſuſceperint, ſi per inſueta ac devia littora navigantes eas avertendi animo diſtraxerint, capitali pœna puniri. *l. qui fiſcales* 5. *h. tit. l.* 33. *eod. tit. in C. Theod.* tum quia Navicularii, quamvis a vectigalibus & portoriis immunes ſint, ut diximus ſupra §. 14. merces tamen, quas deferunt, profiteri ſolenniter apud publicanos, ſive exactores vectigalium debent. *l. ſi publicanus* 4. §. 1. *l. ult.* §. *quoties*, & §. *Divus de Publican.* ut conſtet, an aliquæ res transferantur, quæ vel portorium debeant, vel importari, aut exportari non poſſint: & ideo ſi profeſſiones, aut portorii fraudandi cauſſa omiſſa via, aut portu, ubi vectigal ſolvitur, per inſueta littora, & itinera commeaverint, incidunt in pœnam commiſſi, id eſt, amiſſiones mercium, quas deferunt. *d. l. ult.* §. *quoties*, & §. *Divus. l.* 5. & 6. *tit.* 7. *Part.* 5. juncta *leg. ſi quis* 5. *C. de curſu publ.* Proſequuntur poſt multos Horat. Lucius *de privilegiis ſcholaſtic. cap.* 54. Gilkenius in *authentic. habita num.* 40. *C. ne filius pro patre.* Aceved. in *l.* 7. *tit.* 11. *lib.* 6. *Compil.* Bovad. *lib.* 4. *polit. cap.* 5. *num.* 8. & *ſeq.* Farinac. in *praxi crim. tom.* 2. *part.* 1. *quæſt.* 37. *num.* 137. tum etiam, quia pernicioſi exempli eſt, publicas vel fiſcales ſpecies in proprios uſus convertere, & emendo, aut vendendo invertere, & ideo capitali pœna coercetur. *l. pen.* & *ult. C. quæ res vendi non poſſ. l. unic. C. de crimine peculat. l.* 18. *tit.* 14. *Part.* 2. junct. *l.* 1. & 2. *C. de his, qui ex public.*

Digitized by Google

ratiocin. Hæc autem pœna capitis, quamvis Romano jure in quadrupli pœnam mutata ſit ex *Novella* Leonis 62. apud nos tamen obſervanda eſt contra omnes, qui publicas res, ſeu fiſcales contrectandi animo retinuerint, vel diſtraxerint: explicant poſt Gregor. in *d. l.* 18. Ripa *de peſte cap.* 4. *de remediis ad conſervandam ubertatem num.* 16. Avendanno de *exeq. lib.* 2. *cap.* 24. *num.* 2. Poſtremo, ſi Navicularii ſpecies publicas transportantes fraudulenter, cum opportunitas navigandi eſſet, ſub prætextu hyemis in portubus immorentur, deportationis pœna coercentur, & judices, aut decuriones, qui eos immorari permiſerint, bonorum confiſcationem patiuntur. *l. ult. h. t. l. judices* 34. *eod. tit. in C. Theod.* & quidem merito, quia navigandi certo tempore & opportunitate non obſervatis naufragia ſæpe certa ſunt, *arg. l.* 2. §. *ſi quis tamen ff. ſi quis cautionib. l. civitas* 6. *Cod. de officio Rector. provinc.* exornant Cujac. *lib.* 16. *obſerv. cap.* 6. Ferret. *de re navali lib.* 9. *num.* 14. *& ſeq. & lib.* 11. *ex num.* 1.

F I N I S.

FRAN-

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

EXPRIMARII SALMANTICENSIS, PRÆSIDIS MEDIOLANENSIS,

A D

TIT. D. DE INSTITORIA ACTIONE

COMMENTARIUS ADVERSARIUS,

MULTO DIU ELABORATUS, NONDUM DIGESTUS

ANNO MDCXLV.

OMNIA fere Juris auctorum in hoc tractatu fragmenta duobus quaſi præcipuis continentur capitibus. Primum eſt de *Inſtitoris* definitione, ut hæc actio exerceri poſſit. Secundum eſt, quatenus Inſtitoris officium morte vel revocatione præponentis exſpiret. Extra hæc, ſi quidquam eſt, quod huc referri non poſſit, non nimis dignum eſt referri, ut doctis liquebit.

CAPUT PRIMUM.

Quid ſit Inſtitor.

§. I. Ut inſtitoria actio contra præponentem deferatur, neceſſe eſt praepoſitum inſtitorem eſſe. *Inſtitorem* ex eo appellamus, *quod negotio gerendo inſtet. l. 3. h. tit.* ſeu, *quod mercaturam inſtet.* ut loquitur vetus Poëta Nonius in *Atellana; inſtot mercaturam, credo rem faciat. frugi eſt homo.* notat Scaliger in *Commentar. ad catal. vet. Poët. pag.* 204. hæc nominis notatio deducta ab *inſtantia*, ut Pliniano utar verbo, hoc eſt, aſſiduitate & continua intentione, qua ſeduli mercatores lucro & negotiationi ſolent inſiſtere; alluſit eleganter Prudentius *hymno matutino.* ibi:

> *Hæc hora cunctis utilis,*
> *Qua quisque, quod ſtudet, gerat,*
> *Miles, togatus, navita,*
> *Opifex, arator, inſtitor.*
> *Illum forenſis gloria,*
> *Hunc triſte raptat claſſicum,*
> *Mercator hinc, ac ruſticus*
> *Avara ſuſpirant lucra.*

Hinc *Inſtitoris* vox pro cujusvis mercis mangone & venditore; unde *Inſtitor eloquentiæ* apud Quintil. *lib.* 11. *Inſt. Orat. cap.* 1. & *inſtitrix ancilla* apud Plautum. Sed de vocis etymo ſatis: rem propius attingamus.

§. II. *Inſtitor eſt, qui tabernæ, locove ad emendum, vendendumve præponitur, quique ſine loco ad eundem actum præponitur. l. inſtitor* 18. *ff. h. tit.* belle magis ac vere definitur in §. *eadem inſt. quod cum eo qui in al. pot.* &c. ibi: *ideo autem inſtitoria appellatur, quia, qui negotiationibus præponuntur, inſtitores vocantur.* Græci ἐργαστηριακὸν nuncupant, & gloſſæ veteres verborum juris, quæ in Baſilicis, ſic efferunt: Ἰνστίτωρες οἱ κάπηλοι ἐργαστηριακοί, & gloſſarium: *Inſtiter* ὁ προϊστάμενος ἐργαστηρίου, id eſt, *præpoſitus Tabernæ* ſive *Officinæ.* illuſtrat Briſſonius *lib.* 6. *de V. S. pag.* 603. unde Ulpianus *lib.* 28. *ad Edictum* inſtitoris appellationem exponens in *l.* 3. *ff. h. tit. Tabernæ* etiam nomen ſimul explicuit. *l. tabernæ* 183. *l. inſtructam* 185. *de V. S.* ſicut & Paulus in *l.* 4. *ff. h. t.* & in *l.* 184. *de V. S.* quæ ſunt ex *Lib.* 30. Pauli *ad Edictum.* notat Cuj. *ibidem* in *d. l.* 4. & Græci ἐργαστηριάρχην vocant *inſtitorem* ſeu *tabernarium. Tabernæ* enim nomine quamvis omne utile ad habitandum ædificium contineatur. *d. l. tabernæ* 183. proprie tamen & ſtricte magis *tabernæ humiles domus ſunt a validioribus trabibus dictæ, quibus ſuperiora ſuſpenduntur*, ut ait Donatus in *Ter. adelph.* unde & *Tabernariæ* ſecunda ſpecies togatarum comœdiarum, ab humilitate perſonarum & ſimilitudine argumentorum nomen ſortitæ, ut ex Diomede probat Gutherius *de jure manium lib.* 1. *cap.* 21. Crebrius tamen *Taberna* pro domo hominibus & rebus ad negotiationem inſtructa accipitur. *l. inſtructam* 185. *de V. S.* unde *Taberna caſearia* in *l. ſicut* §. *Ariſto ff. ſi ſervit. vind. ferraria* in *l. penult.* §. *quisquis de leg.* 2. *Taberna negotiatoria.* vide Briſſ. *de V. S. verbo Taberna.*

§. III. Illud ex definitione *d. l. inſtitor* 18. *h tit.* in primus colligitur; nempe, ut inſtitor ſit quis, non requiri, ut tabernæ certove loco ad emendum vendendumve præponatur; ſed ſufficere, ſi negotiationi quæſtuariæ præpoſitus ſit, quamvis ſine certo loco, ut exprimitur in *l.* 3. *h tit.* plerumque enim ſunt advenæ mercatores, qui cum delicatarum mercium ciſta per provincias commeant, & ad honeſtos viros adferunt, ibique vendunt. *l.* 4. *ff. h. tit. l. heres* 19. §. *proinde ff. de judiciis.* ibi: *nam ubi ſic venit, ut confeſtim diſcedat, quaſi a viatore emptis, vel eo, qui transvehebatur, vel eo qui* παραπλεῖ, *id eſt, prænavigat* &c. Et quemadmodum Pompejus ajebat, *Rempublicam non eſſe in parietibus*, ita *negotiatio non circumſcribitur muris tabernæ*, ut ait Fab. in *d. l.* 4. neque enim mutat cauſſam locus emendi vendendique, ut ait Paullus in *d. l.* 4. quamvis quod ad hoc, ut in contractus loco conveniri poſſit, multum interſit: mercator enim, qui tabernam aut pergulam venum exponendis mercibus conduxit & diſpoſuit, conveniri ibi poteſt, quamvis non jure domicilii; is vero, qui in tranſitu vendidit, non item. *l. heres* 19. §. *proinde ff. de judiciis.* docent poſt alios Salicetus ad *l. un. C. de nundinis.* Barboſa in *d.* §. *proinde in princ. interpret. num.* 100. Stracca in tract. *de Mercat. tit. quomodo in cauſa mercat. num* 2.

eleganter Cuj. *lib.* 11. *obſ. cap.* 13. nec obſtat huic diſtinctioni *l. un. C. de nundinis.* de qua Barboſ. *ubi ſupra num.* 110.

§. IV. Unde explicandum eſt, quod legimus in *l. cuicunque* §. 5. *ſed etiam eos h. tit.* ubi docemur, eos, quibus veſtiarii vel lintearii dant veſtem circumferendam & vendendam, *inſtitores* proprie vocari, atque eorum nomine inſtitoriam competere; ideo ſcilicet, quia ſine taberna negotiationi præponuntur; *nec enim mutat cauſſam* &c. *d. l.* 4. juncta illatione noſtra ad *pragmaticam taxationum num.* 7. quin potius apud purioris linguæ ſcriptores veſtium & delicatarum rerum venditores, qui eas peregre advectas circumferunt, nec in taberna venum exponunt, *inſtitores* vocari ſolent. Ovidius *lib.* 1. *de arte amandi vſ.* 421.

Inſtitor ad dominam veniet diſcinctus emacem:
Expediet merces, teque ſedente, ſuas.

Horat. *lib.* 3. *ode* 6. *vſ.* 29.

Sed juſſa coram non ſine conſcio
Surgit marito, ſeu venit inſtitor,
Seu navis Hiſpanæ magiſter
Dedecorum pretioſus emptor.

Propertius *lib.* 3. *eleg.* 2. *vſ.* 37.

Suppetat hoc, piſces calamo prædabor, & ibo
Mundus demiſſis inſtitor in tunicis.

Rectiſſime itaque generali negotiatorum nomine inſtitores vocantur; nempe, ut inſtitoria actio locum habere poſſit, cujus uſum dilatari publice expedit, ut ait Fab. in *d.* §. *etiam eos*; quamvis proprie magis & ſpecialiter dicantur *circuitores*, qui veſtes circumferunt, quemadmodum *circitores* in re militari, qui vigilias circumibant, ſi qua culpa emerſiſſet, & renunciabant. Vegetius *lib.* 3. *de re militari cap.* 8. ubi notat Godeſchal. Stewech.

§. V. Deinde ex hac definitione convincitur, quod poſt Accurſ. in *l. liberto* 31. *ff. de negotiis geſtis.* & in *l. Julianus* 13. §. *ſi procurator. de act. empti.* & alios docent Jaſ. in *l. ſi inſtitorem* 29. *de reb. cred.* Alex. *conſ.* 44. *num.* 4. *lib.* 1. Weſemb. in *parat h. tit. num.* 1. & 5. Pich. in §. *eadem num.* 17. *inſt. quod cum eo.* nempe inſtitorem proprie dici, qui univerſali quæſtuariæ negotiationi præponitur, & conſequenter eum, qui vel certo generi negotiationis, vel certæ tabernæ præponitur, inſtitorem minus proprie vocari: utrumque, quod infertur, falſum eſt, & antiquioribus non expreſſum, ſed a neotericis Weſemb. & Pich. perperam poſitum, ut agnoſcit ex mente Bart. & aliorum Becius in *l. ſi inſtitorem* 29. Bart. enim *conſ.* 79. *lib.* 1. & cæteri ſolum negant, eum, qui ad unum actum præponitur, inſtitorem eſſe, fatentur tamen, ſi certo generi negotiationis præponatur. Tuſch. *pract. litt. i. concluſ.* 224. quis enim inficiabitur, eum, qui certo loco nempe tabernæ præponitur, ut ibi quæſtuariam negotiationem exerceat, inſtitorem proprie eſſe. *l.* 3. *cum ſeq. l. habebat* 13. §. *ult. l.* 5. §. *ſed & cum fullo. l. inſtitor* 18. *l. in eum* 19. §. *tabernæ ff. h. tit. l. tabernæ* 13. *l. ſi ita* 15. *ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* §. *eadem inſt. quod cum eo. l. ſervus* 20. *ff. de uſu, & habit. l. prædiis* 91. §. *pater ff. de leg.* 3. *l.* 1. *C. de exercitor.* ibi *officii* verbo officinam intelligit, ſive tabernam Cuj. in *recit. C. h tit.* aut quid certius, quam inſtitorem etiam eſſe, qui certo mercis vel negotiationis quæſtuariæ generi præponitur. *d. l.* 3. ibi: *nec multum facit*, (id eſt nihil refert, ut explicat Fulgoſ. ibi.) *tabernæ ſit præpoſitus, an cuilibet alii negotiationi. l. cuicunque* 5. *in pr. ff. h. tit.* ibi: *cuicunque igitur negotio præpoſitus ſit, inſtitor recte appellabitur. l.* 1. §. *caupones ff. nautæ caupones. l. prædiis* 91. §. *pater de leg.* 3. cum aliis. & apud Juvenal. *Satyr.* 7. *vſ.* 221.

Inſtitor hibernæ tegetis niveique caduci.

Seneca *lib.* 6 *de beneficiis cap.* 38. *inſtitores delicatarum mercium juventus corrupta locupletat.*

§. VI. Obſtat *l. ſi cum villico* 16. *ff. h. tit.* ubi ſcriptum eſt, ex contractu cum villico non dari in dominum inſtitoriam, niſi diſtrahendis quoque mercibus præpoſitus ſit, quo caſu ad exemplum inſtitoriæ agitur, & conſequenter utili non directa inſtitoria. Ergo qui venditioni mercis præponitur, non eſt proprie inſtitor. Et primum quidem explicatu facile: idcirco enim ex villici contractu inſtitoria non eſt, quia villicus non propter quæſtum, qui ex negotiatione percipi ſolet. *l. coiri* 7. *cum duabus ſeqq. pro ſocio. l. venditor* 21. *ff. de hered vel act. vendit.* & ut Baſilica efferunt; οὐκ ἀπ ἐμπορίας κερδαίνων; ſed propter fructus percipiendos præponitur, ut ratiocinatur Paulus in *d. l. ſi cum villico* 16. & ita villicum a negotiatore diſtinguit Auſonius elegantiſſima *Epiſt. ad Paulinum* 22. & pro Philone villico ſuo ibi:

Hic ſæpe falſus meſſibus vegrandibus,
Nomen peroſus villici,
Semente ſera, ſive multum præcoqua,
Et ſiderali inſcitia,
Cælum laceſſens, ſeque culpæ ſubtrahens,
Reos peregit cælites.
Non cultor inſtans, non arator gnaruris:
Promuſque, quam condus magis.
Terram infidelem nec feracem criminans,
Negotiari maluit.
Mercaturit * *quoquo foro venalium.*
Mutuatur ad Græcam fidem.

Eſt enim villicus, qui univerſo ruſtico operi præponitur, & villæ gubernationi. *l. in inſtrumento* 8. *ff. de inſtruct. vel inſtrum. l. filio* 31. *de adimendis vel transf. leg.* Eleganter Sidonius Apoll. *lib.* 4. *Epiſt.* 11. *habes in eo procuratorem in negotiis, villicum in prædiis, tabularium in tributis.* unde villicorum appellatio ad Præfectos quoslibet transfertur, ut apud Juvenal. *Sat.* 4. *vſ.* 77. ubi de Pegaſo JCto.

Pegaſus attonitæ poſitus modo villicus urbi
Anne aliud? —— —— ——

Et in veteri Patavino epigrammatio, quod Tibullo adſcribitur, & extat inter *Priapeia.*

Villicus ærarii, quondam nunc cultor agelli.

Notat Cuj. *lib.* 10. *obſer. cap.* 37. Joſeph. Scalig. *Comment. in veter. Poëtar. catal. pag.* 205. & Duaren. in paraphraſi ad *hunc tit. cap.* 1. & ex eo Faber *d. l. ſi cum villico* 16. ubi Cuj. *lib.* 23. *Pauli ad Edict.* hæc ſic explicant. Illud non item, cur, cum & mercibus diſtrahendis villicus præponitur, inſtitoria directa non competat; dicendum tamen eſt omiſſo Caſtro & Alberico *ibi*, qui ita ad exemplum non percipiunt, interdum villicum non tantum operi, ſed etiam rationibus ruſticis præponi. *d. l. filio* 31. *ff. de adim. vel transf. leg. l. urbana familia* 166. *ff. de V. S.* quo ſenſu villici diſtinguuntur a colonis in *l. Sejæ* 20. §. *prædia ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* & apud Martial. *lib.* 2. *Epigr.* 11.

Nihil colonus Villicuſque decoxit.
Mœroris igitur cauſſa quæ eſt? Domi cœnat.

Quia quamvis villicus colonus ſit, proprie tamen magis coloni vocantur, qui non fide dominica, ſed mercede ut extranei coloni fundum colunt. *l. quæſitum* 12. §. *quæritur* 3. *l. cum de lanionis* 18. § *cum de villico. l. Sejæ* 20. §. *liberto ff. de inſtruct. vel inſtrum.* de quarum expoſitione & compoſitione videndi Connanus *lib.* 2. *Comm. cap.* 10. *num.* 1. Cuj. *lib.* 26. *obſ. cap.* 28. Petrus Greg. *lib.* 18. *ſyntagm. cap.* 23. *num.* 11. ſolet itaque villicus rationibus ruſticis præponi, & condendis, ſive, ut Cuj. ait, coëmendis, vendendiſque frugibus, ut Paulus ait *lib.* 2. *ſentent. tit.* 8. §. *ſi quis.* quod cum ſit, quæſtuariam negotiationem ab eo exerceri dubium non eſt; nec tamen inſtitoria directa datur, quo-

* Ita legit uterque Scaliger *lib.* 2. *lectionum Auſonian. cap.* 9.

quoniam hoc mandatum diſtrahendorum fructuum acceſſio quædam eſt prioris præpoſitionis, & conſequentia villicationis. *arg. l. 4. in fine ff. nautæ caupones. l. 2. ff. de rivis.* & cum in eandem perſonam villici & inſtitoris officia concurrant, ejus officio cedit, in quo principaliter verſatur. *l. legatis 65. §. ſi onus. de leg. 3.* exornat Straccha *de mercatura part. 1. num. 9. & ſeq.* ac proinde potius villicus, quam inſtitor cenſetur, & ideo utilis duntaxat inſtitoria contra dominum datur, ut aliis pleriſque caſibus. ita Fab. in *d. l. ſi cum villico* 16. Donell. ad *tit. Cod. de exercitoria num.* 16.

§. VII. Unde explicanda eſt *l. cuicunque 5. §. Labeo h. tit.* ubi ſcribitur, eum, qui pecuniis fœnerandis, agris colendis, mercaturis, redempturiſque faciendis præpoſitus ſit, in ſolidum obligare præponentem; cum tamen colere agrum villici ſit non inſtitoris. Sed tamen id accipiendum ſic; aliter Fulgoſ. in *l. 3. h. tit.* qui conjunctim hæc accipienda ait, ut, cum quis mercaturæ ſimul & aliis omnibus negotiis generaliter ſit præpoſitus, & inſtitor proprie ſit, & directa inſtitoria competat, quamvis inter cætera etiam agrum colat. aliter Bart. in *d. l. 5.* qui de alienis agris quæſtus cauſſa cultis intelligit eo caſu, quo præter agri culturam frugum etiam diſtractio velut in conſequentiam permiſſa eſt, tunc enim utili inſtitoria dominus tenebitur in ſolidum, quemadmodum cum pecuniis fœnerandis ſervum præpoſuit. *l. in eum 19. ff. h. tit.* idque conſequens eſt ei, quod ex Servio Ulpianus docuerat, teneri dominum in ſolidum, ſi quid geſtum ſit cum eo, quem ædificio præpoſuerat, vel cum inſulario, cui ſcilicet inſulæ (ſive quod idem eſt, ut Feſtus definit, domus non communibus parietibus cum vicinis junctæ, ſed circuitu publico aut privato cinctæ) cuſtodia committitur & tuitio. *l. ſi ita 16. §. 1. de uſu & hab. l. ult. de off. Præf. vigil. l. urbana 166. l. in lege 203. de V. S.* Petron. in *Satyr. cap. 95. Interim coctores inſulariique mulcant excluſum.* Joſeſ. Scalig. in *catal. veter. Poet. pag.* 238. quamvis inſularium pro deportato in inſulam accipiat perperam Alex. ab Alex. *lib. 3. dierum gen. cap. 25. in fine:* cum is enim, ſi quid ad cauſſam præpoſitionis pertinens contractum ſit, veluti ad refectionem inſulæ, vel ſi ei locatio inſulæ per partes commiſſa ſit, ut inde quæſtum faceret, & eo nomine contraxerit, conveniri dominus in ſolidum poteſt, non tamen directa ſed utili inſtitoria actione, quemadmodum villicus. notat Ant. Fab. in *Rationalib. d. l. cuicunque 5.*

§. VIII. Huc etiam pertinet elegans & obſcura quæſtio *d. l. cuicunque 5. §. idem ait 8. ff. h. tit. ſi libitinarius, inquit, quos Græci νεκροθάπτας vocant, ſervum pollinctorem habuerit. Libitinarius*, omiſſis Accurſii nugis, hic eſt funerum curator, ſic dictus a Libitina Dea apud Romanos jam inde a Numæ temporibus Romæ conſecrata, cujus in templo, ut Acron vetus Horatii interpres teſtatur, verſabantur, qui efferenda corpora conducebant, & funeribus neceſſaria præbebant, de quo & Plutarch. in *Numa & problem.* 22. Hos græca gloſſ. νεκροθάπτας vocant, ut Florentiæ legitur in *d. §. idem ait.* & tuetur Stewech. ad Apul. *lib. 1. Florid. pag. mihi 391. ἀπὸ τοῦ θάπτειν τοὺς νεκρούς.* hoc eſt, a cadaveribus ſepeliendis. Sed apud Ulpianum in *d. §. idem ait.* alii Codices habent ταφέα, alii νεκροφόρον alii ἐνταφιαστήν, quod poſtremum frequentius gloſſæ veteres agnoſcunt, & hæc ſingula recta eſſe, ex Heſychio & Jul. Polluce probat Joannes Brodæus *lib. 4. Varior.* Jacob. Guther. *lib. 1. de jure man. cap.* 25. apud quos de Libitina & Libitinariis: plura alia Budæus *annot. prior. in Pandect. in d. §. idem ait.* Lambin. ad illud Horat. *lib. 3. ode. ult. non omnis moriar, multaque pars mei vitabit libitinam.* Lipſ. ad Senec. *lib. 6. de Benef cap.* 38. Beroald. in *comm.* ad Propert. *lib. 4. eleg. 2. vſ.* 38. Brechæus in *l. cum in teſtamento num.* 202. *num.* 6. *de V. S.* Tiraq. in *l. connub. 15. gloſſ. 1. part. 15. num.* 29. Anton. Aug. *lib. 4. emend.* [de Libitina coronata Durant. *lib. 1. var. cap.* 19. Pithœus *lib.* 2. *adverſ. cap.* 15.] Marcell. Don. *dilucid. in Sueton. in Neron. cap.* 39. Joannes Savaro in Sidon. Apoll. *lib. 2. epiſt. 8. pag.* 131. Kirchman. *de funeribus lib. 1. cap.* 9. nos illud, quod res poſtulat, annotamus, libitinarios ſcilicet in venditandis funeri neceſſariis, & cadaverum elatione curanda, quamvis ominoſum proprium tamen genus exercuiſſe negotiationis & quæſtus, ut vel indicat illud Horatii *lib. 2. Satyr.* 6.

Autumnusque gravis Libitinæ quæſtus acerbæ.

Senec. *lib. 6. de Benef. cap. 38. an tu Arruntium & Aterium cæteroſque, qui captandorum teſtamentorum artem profeſſi ſunt, non putas eadem habere, quæ deſignatores & libitinarios, vota?* Valer. Max. *lib. 5. cap. 2. Marco Cornuto Prætore funus Hirtii & Panſæ juſſu Senatus locante, qui tunc libitinam exercebant, cum rerum ſuarum uſum tum miniſterium ſuum gratuitum polliciti ſunt, quæſtumque contempſerunt.* ſed de libitinariis iſta ſatis. de libitinenſi porta male Calvin. *de verbis juris, verbo libitinarius.* & Gothofr. in *d. §. idem ait.* quos notat Donat. *dilucid. in Suetonium in Neron. cap.* 39.

§. IX. Pollinctores fuerunt inter alios libitinariorum ſubadjuvæ, & adminiſtri, & ex eorum plerumque familia, quorum munus cadavera lavare, ungere, curare, unde *funerarii* ſeu *funerum curatores* dicuntur. Jul. Firmic. *lib. 2. cap. 5. Mercurius cum Saturno ab Oroſcopo pariter conſtitutus pollinctores faciet, ac funerarios mortuorum cadaverum cuſtodes &c.* Fulgent. *de priſco ſermone: pollinctores, qui funera morientium accurant.* Plautus in *Pœnulo: quia mihi pollinctor dixit, qui eum pollinxerat.* dicti *Pollinctores* quaſi pollutorum unctores. Jul. Firm. *lib. 4. cap. 6. Pollinctores, qui ſepeliendorum hominum curam cunctorum judicio conſenſuque ſuſcipiunt.* hos Græci perinde ac libitinarios νεκροθάπτας vocant, & ἐνταφιαστάς, Latini cum veſpilionibus confundunt, & Pollinctores vocant vel a *pollincere*, quod eſt ungere, ut vult Fulgent. vel quia os mortui polline oblinebant ex Servio ad Virg. *l. 4. Æneidos.* multa de his Budæus *annotat. prior. in Pandect. in d. §. idem ait.* Pius Antonius Brandolinus in *Auctario cap.* 5. Brechæus in *l. cum in teſtamento* 202. *num. 6. de V. S.* Marcell. Donat. *dilucid. in Sueton. Neronem cap.* 39. Savaro in Sidon. Apoll. *lib. 3. epiſt. 13. pag.* 202. Alex. ab Alex. *lib. 13. dierum gen. cap. 7. pag.* 316. Jacobus Guther. *de jure man. lib. 1. cap.* 15. ex queis illud notandum, perperam in vulgatis Codicibus in *d. §. idem ait.* legi *Pollicitatorem*, cum legendum ſit *Pollinctorem*. ut in Florentino Codice, & adnotat nominatim Pius Brandol. in *Auctar. cap.* 5. Cotta in *memor. verbo pollinctor.* Rævardus ad *l. duodecim tab. cap.* 15. Calderin. & Merula in Martial. *lib. 10. epigram.* 97. Beroald. ad Propertium *lib. 4. eleg.* 2. Ezechielis *cap. 39. donec ſepeliant illud pollinctores in valle multitudinis Gog.* [Alciatus in *l. maximarum 12. C. de excuſat. munerum.* qui tamen perperam pollinctores exaudit de his, qui cœnas in funere parabant, Salmaſ. in Vopiſcum in *Aureliano pag.* 348.] quamvis & *pollicitatoris* verbum ad eos, qui corpora defunctorum ordinant, ad ſepulturam referat Albericus in *d. §. idem ait.* ſane de pollinctoribus præter Plautum in *Aſinaria* & *Pœnulo* & in *Sticho*, electi & elegantes loci ſunt Apuleji *lib. 4. Florid. Jam miſeri illius membra omnia aromatis perſperſa, jam os ipſius unguine odoro delibutum; jam eum pollinctum.* Martial. *lib. 10. epigr.* 97.

Jam ſcrobe jam lecto jam pollinctore parato
Heredem ſcripſit me Numa: convaluit.

Sidon. Apoll. *lib. 3. epiſt. 13. enim vero illa ſordidior eſt atque deformior cadavere regali, quod facibus admotis, ſemicombuſtum, moxque ſidente ſtrue torrium devolutum, reddere pyræ jam faſtidioſus pollinctor exhorret.* Tertull. *adverſus Gnoſticos cap. 7. ſi noſter quoque Deus propriæ beſtiæ nomine martyria ſibi de-*

poſtu-

poſtulaſſet, quis illi exprobraſſet funeſtam religionem, & lugubres ritus, & aram rogum, & pollinctorem ſacerdotem, & non beatum amplius reputaſſet; quem Deus comediſſet. Hæc quia non capiunt, corrigunt novatores, Frederic. Lindenbroch. *ubi ſupra* inverſa verba ſic reſtituit: & *aram ſacerdotis & rogum pollinctoris*; quaſi incongruum aram rogo & pollinctorem ſacerdoti conjugere. Jacob. Guther *lib.* 1. *cap.* 15. ſacerdotem pollinctorem vocari ait, & a Tertull. deridente Paganorum ſacerdotes, qui tanquam pollinctores, vileſque ſervi mortuos curabant, quos pro Diis colebant, quorumque imagines minio & polline inungebant. ſed deridenda hæc nudis dentibus ſibilo excipienda non plauſu. Arnob. *lib.* 1. *adverſus gentes.* ubi Chriſtum Deum hominem fuiſſe probat inter alia his verbis: *unus fuit e nobis, qui redire in corpora jamdudum animas præcipiebat efflatas, prodire ab aggeribus conditos? & poſt diem funeris tertium pollinctorum voluminibus expedire?* alludit nempe ad reſurrectionem Lazari, quem faſciis ſepulchralibus involutum dominus ſuſcitavit. Joan. *cap.* 12. & has faſcias *volumina pollinctorum* vocat, quomodo apud Arnob. legendum ex vetuſtis membranis docet Deſiderius Heraldus *ibi:* Ludovicus Carrio *lib.* 2. *emendationum cap.* 13. clara enim mens Tertull. qui ſcite ait, ſi Deus tanquam hoſtia martyrio gauderet, exprobrari illud potuiſſe, quod quaſi funeſta & ferali religione gauderet; ut pote cum pro ultima mortem & funus poſceret & lugubres ritus, & aram, ubi hoſtia immolatur, in rogum verteret, & ſacerdotem, qui ſacris præeſſe ſolet, mutaret pollinctore, qui funeri; quæ ſingula exprobrat idem Tertull. Diis Gentium in *apologet. cap.* 13. ubi gemella verba ſunt rei explicandæ. *Quid omnino ad honorandos eos facitis, quod non etiam mortuis veſtris conferatis? Ædes proinde, aras proinde. Idem habitus & inſignia in ſtatuis. Ut ætas, ut ars, ut negotium mortui fuit, ita Deus eſt. Quo differt ab epulo Jovis ſilicernium, a ſimpulo obba, ab aruſpice pollinctor? nam & aruſpex mortuis apparet.*

§. X. Sed ut ad quæſtionem *d.* §. *idem ait* regrediamur, quæſitum eſt, ſi libitinarius ſervum Pollinctorem habuerit, & is mortuum ſpoliaverit, an inſtitoria competat contra libitinarium; fuit enim genus hoc hominum furtis maxime obnoxium, & ſpoliatione cadaverum infame, unde in veſpillonibus, (qui mortuos efferebant ad ſepulturam, poſtea *Copiatæ* dicti & *decani collegiati*, de quibus Cuj. *Nov.* 43. & 59. Buleng. *de Imperio Rom. lib.* 9. *cap.* 78. Briſſ. *de V. S.* in *copiatæ* & *decani.* dicti & *lecticarii* ab uſu mortuos efferendi lectica, de quo Lipſius 1. *elect. c.* 19. Kirchman. *de funer. lib.* 2. *c.* 9.) & plerumque pollinctoribus, frequens & utilis fuit ſtipulatio, *furem non eſſe, veſpillonem non eſſe. l. ſi ita quis* 31. *ff. de evict.* juncta *l. ſed ſciendum* 7. *ff. ad S. C. Treb. l. qui decem* 72. §. *qui hominem ff. de ſolution.* poſt multos Amaya *lib.* 3. *obſ. cap.* 13. *num.* 24. Guther. *de jure manium. lib.* 1. *cap.* 15. ſed dubitandi ratio ex eo, quia, quamvis libitinarium negotiatorem quodammodo fuiſſe ſatis conſtet, ut patet ex iis, quæ notavimus ſupra §. 8. & huc commode transferri poſſunt, pollinctorem tamen nihil commune cum inſtitore habere perpetuum eſt; hujus enim munus cadavera lavare, ungere, pollincere, non emere aut vendere. Deinde quoniam in pollinctorem & extra ordinem animadverti poteſt tanquam in violatorem cadaveris. *l.* 3. §. *adverſus. de ſepulchro violato.* & furti atque injuriarum actio competit, quæ civiles & ordinariæ actiones ſunt, ergo non eſt danda inſtitoria, quæ prætoria eſt. *l.* 1. *ff. de Public.* ſed nihilominus Ulpianus ait, inſtitoriam contra libitinarium competere: eſt enim inſtitor, cum non ſolum artem operamque ſuam pretio locet, ſed etiam unguenta; quæ quamvis Lege XII. Tabb. prohibita, admiſſa poſtea malo more. *l. funeris* 37. *de religioſis: l. & ideo* 7. §. *plane ff. de in rem verſo.* aromata & reliqua id genus cadaveris neceſſaria venditet, & vili hoc artificio quæſtum faciat, quo ſenſu Seneca *lib.* 6. *de Benef. cap.* 17. inſtitores opifices vocat his verbis: *ſordidiſſimorum quoque artificiorum inſtitoribus ſupra conſtitutum aliquid adjicimus, ſi nobis opera illorum enixior viſa eſt; & gubernatori & opifici viliſſimæ mercis, & in diem ſe locanti collarium adſperſimus.* & tamen, quia pollinctor proprie inſtitor non eſt, cum ejus præcipuum munus ſit pollincere, non venditare, ſicuti villici fructus percipere, non diſtrahere, quo vel uno refellitur ſatis Fab. qui in *d.* §. *idem ait.* directam inſtitoriam competituram, ſi nihil aliud obſtaret, perperam ponit, quaſi pollinctor proprie inſtitor ſit, quod omnino falſum, nec enim artifices mercatores ſunt, quamvis operam ſuam vendant. *cap. ejiciens* 88. *diſt.* 1. *l. legatis* 65. §. *ſi & officio. de legatis* 3. Straccha *de mercatura parte* 1. *num.* 23. dixit in *comm. prag. tex. num.* 6. utrumque directa inſtitoria non obligat. *d. l. ſi cum villico* 16. *d.* §. *idem ait.* ubi ſcite Ulpianus ait. *dandam in eum quaſi inſtitoriam actionem.* ut illud *quaſi* non expreſſivum ſit veritatis, ſed improprietatis & ſimilitudinis, quod probare magis videtur Alb. in *d.* §. *idem ait* ſcribens, utilem inſtitoriam dandam eſſe, quod confirmatur eleganti exemplo *l. idemque* 10. §. *idem Papinianus ff. mandati.* ubi & Papiniano proponitur in eum, qui procuratorem mutuo accipiendo præpoſuit, utilem actionem quaſi inſtitoriam dandam, quæ alibi ab eodem Papiniano in eadem quæſtione vocatur utilis actio ad exemplum inſtitoriæ. *l. liberto* 31. *ff. de negotiis geſtis. l. in eum* 19. *ff. h. tit. l. Julianus* 13. §. *ſi procurator ff. de act. empti.*

§. XI. Illud difficile eſt, qua ratione actione furti & injuriarum competente, quæ civiles ſunt, utilis actio & honoraria quaſi inſtitoria detur contra *l.* 1. *ff. de Publicia.* Deinde, quo jure inſtitoria actio ex furto ſervi pollinctoris contra libitinarium detur, cum hæc ex contractu inſtitorum non etiam ex delicto præſtari ſoleat. *l.* 1. *ff. h. tit. l.* 1. §. *Magiſtratum* 1. & 2. *ff. de exercit. act.* Poſtremo nec injuriarum quidem aut furti actio competere poſſe videtur, primum quoniam cadaverum ſpoliatores aut capite plectuntur, aut in metallum dantur. *l.* 7. §. *adverſus ff. de ſepulchro violato.* ſecundo quoniam, qui veſtes aut ornamenta cum cadavere condi voluit, & in funus impendi, quodammodo pro derelicto habuit, & quamvis officii genus ſit ineptum & improbatum jure Romano. *l. & ſi quis* 14. §. *impenſa ff. de religioſ. l. ult.* §. *ult. ff. de auro & argento legato. l. filiusfamil.* 114. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. filiusfamilias* 19. *ff. de in rem verſo.* poſſeſſionem tamen amittit ejus, quod impendit. *argum. l.* 1. §. *ſi vir uxori. l. ſi quis vi* 17. §. 1. *ff. de adquirend. vel amitt. poſſ. l.* 1. *ff. pro derelicto.* cum autem mortui nec uſu nec dominio nec poſſeſſione proprie res eſſe poſſint, conſequens eſt, furtum non fieri ab eo, qui mortuum ſpoliavit. *l.* 1. §. *Scævola ff. ſi is qui teſtam. lib.* nec invito domino fieri dici poteſt, cum mortui nulla voluntas ſit. *l.* 4. *ff. locati.* nec ad rem pertinet, quod hereditas domina ſit, ei enim furtum non fit. *l.* 1. *ff. expilatæ hereditatis. l. hereditariæ* 69. *ff. de furtis.*

His objectionibus ut ordine occurras, ad primam dices, actione furti & injuriarum competente adhuc inſtitoriam dari, quoniam illæ noxales ſunt & pœnales, non enim ex delicto ſervi pollinctoris condictione teneri poteſt libitinarius, cum nec fur ipſe ſit nec furis heres. *l.* 3. *ff. de condict. furt.* & quamvis vindicatio, & ad exhibendum actio competat, neceſſe tamen erit probare, libitinarium ſpolia poſſidere, aut dolo feciſſe, quo minus poſſideret, proinde utilior & expeditior eſt inſtitoria, qua res obtinebitur ab eo, qui Pollinctorem præpoſuit, ut conſiderat Fab. in *d.* §. *idem ait.*

Ad ſecundam reſpondebis, Inſtitoriam in hac ſpecie optimo jure dari, quamvis ex delicto, quoniam id admiſſum cohæret cauſſæ ſive negotio, cui pollinctor præpoſitus eſt, & occaſione cadaveris mandandi, abluendi, ungendi, veſtimenta ſubtracta ſunt, quo caſu dolus inſtitoris nocet ei, qui talem præpo-

poſuit, ut inſtitoria teneatur. *l. ſed & ſi* 11. §. *præſcribere in fine ff. h. tit. l.* 5. § *actoris ff. de dolo mal. & met. except.* de qua Cujac. *lib.* 1. *obſerv.* notat Bart. *conſ.* 79. *num.* 3. *lib.* 1. quamvis paulo aliter Faber in *d.* §. *idem ait.*

Ad tertiam dici poteſt, ſupponendum eſſe, adiiſſe heredem, antequam defunctus funeretur, nec habuiſſe pro derelicto veſtimenta, donec conderentur aut cremarentur cum corpore, & ideo interim ei furtum fieri, quod voluiſſe videtur Fulgos. in *d.* §. *idem ait.* Plenius tamen & planius reſpondebis, contra cadaverum ſpoliatores extra ordinem pœnam capitis aut metalli proponi, ſi maxime in itinere, dum corpus effertur, aut in ſepulchro ſpoliaverint. *l.* 3. §. *adverſus de ſepulchro viol.* quam ita intelligit Guther. *de jure man. lib.* 2. *cap.* 32. & *lib.* 3. *cap.* 22. & civiliter ac pecuniariter agi poſſe injuriarum ab herede, cui quodammodo injuria fit, quæ cadaveri irrogatur. *l.* 1. §. *& ſi forte*, & §. *quoties ff. de injuriis.* vel furti, quia, quamvis poſſeſſio veſtimentorum vere & proprie nullius ſit, neque hereditatis, quæ non poſſidet, neque heredis, qui pro derelicto habuit, ad defunctum tamen naturaliter quodammodo videtur pertinere, cui in memoriam humanæ conditionis vel id ex bonis ſuis relinqui ratio ſuadet, quod corpori condendo & funeri parando ſufficiat, qua ratione locum ſepulchri naturaliter ad defunctum pertinere ſcriptum eſt in *l. ſcriptus* 4. *de relig.*

§. XII. Proximum eſt, quod ſequitur in *d. l. cuicunque* 5. §. *idem Labeo ff. h. tit.* piſtorem, cujus ſervus pani vendendo præpoſitus, accepta præſenti pecunia ab eis, quibus panem dare ſolebat, ut in dies ſingulos daret, conturbavit, teneri inſtitoria, ſi ita ſervo dari pecuniam permiſerit. eſt tamen dubitandi ratio ex eo, quia, qui conturbat, non contrahit, ſed diſſipat, prodigit, & intervertit, id enim eſt *conturbare*, decoquere, & cum rationibus paria non facere, ſolvendo eſſe deſinere, & nomina expedire, aut exſolvere non poſſe. *l. quidam* 16. *ff. de in rem verſo.* Petron. in *Satyr. qui, poſtquam conturbavit, in libidinis ſuæ ſolum vertit.* notat ex Adriano Cardinali Budæus in *annot. prior. in d. l.* 5. §. *idem Labeo ff. h. tit.* Briſſon. de *V. S. verbo conturbare.* Proinde inſtitoria danda non videbatur, quæ ex contractu inſtitoris competit, non ex delicto. Sed decidendi ratio eſt, quia admiſſum ſervi ad cauſſam præpoſitionis pertinuit, cum ei piſtor panem vendere, & præſentem pecuniam accipere, ut per dies ſingulos panem daret, permiſerit, & ideo fraus ſervi, qui conturbavit & decoxit, præponenti nocere debet. *d. l.* 5. §. *idem ait. l. ſed pupillus* 11. §. *proſcribere in fine ff. h. t.* permiſiſſe autem piſtor videtur, ſi ſciebat præſentem pecuniam dari, nec prohibuit, ut notat Bart. & Fulg. in *d.* §. *idem* dubio argumento ex *l. ult. ff. quod cum eo. l. ſed & ſi pupillus* 11. §. 1. *ff. h. tit.*

§. XIII. Ex ſuperioribus etiam pendet, quod proditum eſt in *d. l. cuicunque* 5. §. *ſed & muliones cum ſeq. ff. h. t.* muliones, item fullonum aut ſarcinatorum, aut cauponæ vel ſtabulo præpoſitos loco inſtitorum habendos eſſe, nempe ut inſtitoria ex eorum contractu præponens teneatur, quia opifices omnes, cum & operam ſuam pretio locent, & ſimul merces opificio neceſſarias emant vendant, quodammodo inſtitores ſunt, ut notavimus ſupra §. 10. idque in præpoſitis quodammodo cauponæ aut ſtabulo expeditum eſt, cum eorum munus ſit obſonia vendere viatoribus. *l.* 1. §. *caupones.* ibi: *inſtitoriſve eorum ff. nautæ caupones.* ſed in mulionibus valde novum; ſunt enim Muliones, qui mulis agendis operam ſuam adhibent. *l.* 1. §. *itaque* 4. *ff. ſi quadrupes paup. l. idem* 8. *l. ita vulneratus* §. *in clivo ff. ad l. Aquil. l. cum plures* 60. §. *ſervum ff. locati. l. ſervis* 99. §. *muliones. de leg.* 3. eorum officium eleganter deſcribit Virg. Epigrammate in Ventidium Baſſum, qui ex mulione poſt multa ſtipendia Prætor & Conſul factus eſt, ut hæc in illum famoſa oſtendunt.

Concurrite omnes Augures, Aruſpices
Portentum inuſitatum conflatum eſt recens.
nam mulos qui fricabat, Conſul factus eſt.

Extat inter *catalecta* Virgilii epigramma hoc de Sabino *pag.* 89. ibi:

Sabinus ille, quem videtis hoſpites,
Ait fuiſſe Mulio celerrimus:

Et paulo poſt:

Tua ſtetiſſe dicit in voragine,
Tua in palude depoſuiſſe ſarcinas,
Et inde ter per orbitoſa millia
Jugum taliſſe: læva, ſive dextera
Strigare mulas, ſive utrumque cœperat. &c.

Nulla itaque ratio eſt, ob quam muliones negotiatores dicantur, adeo quidem ut eos etiam, qui equos locant, mercatores non eſſe contendat Abbas Siçul. in *cap.* 1. *in fine ff. de Judiciis.* ſed nihilominus, quod ad inſtitoriam attinet, mulis agendis præpoſiti (ſic enim hic muliones accipio) negotiationem quæſtuariam exercere dici poſſunt. *argum. l. legatis* 65. *ff. de leg.* 3. cujus argumento idem docent de equorum locatoribus Bart. *ibi* cum aliis, & Straccha *de mercatura part.* 1. *num.* 38.

§. XIV. Cæterum circa præpoſitos ſtabulo aut cauponæ obſtant, quo minus inſtitores dici poſſint. Primum eſt, quod legato tabernæ cauponiæ inſtitores non continentur. *l. tabernæ* 13. *ff. de inſtruct. vel inſtrum.* Secundum eſt, quod obſonatores, qui obſoniis emendis vendendis ut caupones præponuntur, non continentur appellatione negotiatorum. *l. legans* 65. *de leg.* 3. Ad primum reſponde, in *d. l. tabernæ* 13. differentiam proponi, quæ alio pertinet, nam ſi tabernæ cauponiæ inſtrumentum legetur, ſcriptum eſt, inſtitores, qui tabernam exercent, non contineri, quia negotiationis inſtrumenta non ſunt tabernæ, cujus propria proprie ſunt dolia, vaſa &c. homines autem veluti inſtitores loci id eſt tabernæ inſtrumenta dici non debent. *argum. l. cum de lanionis* 18. §. 1. *ff. de inſtructo vel inſtr. leg.* niſi nominatim legentur. *l. prædiis* 91. *ff. de leg.* 3. cæterum ſi cauponæ inſtrumentum legetur, cum caupona negotiatio ſit, cui præponuntur inſtitores, eos etiam legato contineri certum eſt. *d. l. tabernæ* 13. *l. ſi ita* 15. *ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* Ad ſecundum reſponde, obſonatores vocari, omiſſis Accurſii deliriis, ſervos, quos dominus obſoniis ad eſum familiæ emendis præponit, ut probat ex multis Briſſ. *de V. S. verbo obſonator.* Straccha *de mercatura part.* 1. *num.* 47. Beroaldus *annot. cap.* 103. Martial. *lib.* 14. *epigr.* 217.

Dic quotus, & quanti cupias cœnare; nec unum
Addideris verbum: cœna parata tibi eſt.

Hos itaque negotiatores non eſſe rectiſſime ait *d. l.* 65. nec enim, qui ad uſum ſuum emunt, negotiantur, quamvis poſtea mutato conſilio vendant. *l. univerſi* 5. *C. de vectig. l. cætera* 41. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 1. §. *unde quæris. de exercitoria actione.* dixi in *pragmat. taxat. num.* 10.

§. XV. His etiam cohæret, quod Ulpianus ait in *d. l. cuicunque* 5. §. *ſed & eum fullo ff. h. tit.* eum, qui a fullone peregre proficiſcente rogatus eſt, ut diſcipulis tabernæ imperaret, ſi poſtea veſtimentis acceptis fugeret, obligari fullonem inſtitoria, ſi quaſi inſtitor, non item ſi quaſi procurator fuit relictus; atqui ex delicto dominus non tenetur, ut adnotat Coſta in *d.* §. *ſed & cum fullo.* quamvis videri poſſit, eum qui tabernæ præpoſitus eſt, & ut diſcipulis imperaret, non niſi inſtitorem eſſe poſſe, quæ dubitandi ratio fortior, quoniam perinde procuratoris atque inſtitoris munus eſt, vice domini diſcipulis imperare; in dubio autem procuratorem eſſe dicimus, quod & favorabilius eſt, ne præponens obligetur. *l. Arrianus* 46. *de O. & A. l. ſemper in dubio* 55. *ff. de R. J.* & accommodatius rei ipſi, cum imputari

 con-

Digitized by Google

contrahenti poſſit, cur non inquiſiveris, utrum inſtitor eſſet, cum id ei probare neceſſe ſit. *l. 2. de probationibus.* Obſcurius eſt, quod ſequitur in *d. §. ſed & cum fullo.* nempe ex locato non inſtitoria teneri eum, qui affirmavit, recte me credere operariis ſuis, quod ſane accipiendum eſt de domino fullone, non de eo, quem relinquit fullo, ut diſcipulis imperaret, & inconſpecte Fab. exaudit; in eo enim dubitari non poſſet, an inſtitoria ipſe teneretur, cum inſtitoria non contra præpoſitum, ſed contra præponentem detur, nec rurſus in præponente dici poteſt, ex locato eum teneri propter affirmationem ejus, quem relinquit; quoniam, ſi tanquam inſtitor fuit relictus, inſtitoria potius competeret, ſi tanquam procurator, nec inſtitoria, nec ex locato; quia perſona utraque eſt, & perſonam procuratoris, qui affirmavit, non egreditur. *l. procurator 67. ff. de procurat.* fatendum itaque eſt contra Fabrum, exponendum cum Accurſ. *verbo affirmaverit.* in ſpecie *d. §. ſed & cum fullo verſ. plane* fullonem affirmaſſe mihi, recte me credere operariis ſuis, quo caſu ait Ulpianus, inſtitoriam non competere; nec enim, qui hoc affirmat, aliquem ex diſcipulis quæſtuariæ negotiationi in univerſum præponit, nec mandati aut de dolo agetur, quamvis interdum in ſimili ſpecie actiones hæ competant. *l. & eleganter 7. §. ult. cum l. ſeq. ff. de dolo. l. ſi vero 12. §. ſi quis mandaverit ff. mandati. l. in cauſſa 13. §. in ſumma ff. de minoribus.* quoniam hic nullus dolus fullonis detegitur, & adfirmatio hæc conſilii & commendationis eſt non mandati. *l. ſi vero 12. §. cum quidam ff. mandati.* nec qui hoc affirmat, eis credi mandat, & ideo Ulpianus ait, agendum potius eſſe ex locato, quod tamen ſingulare valde eſt, ut eleganter adnotant Alb. & Fulg. in *d. § ſed & cum fullo.* cum in hac affirmatione certa merces non intervenerit, ac proinde nec locatio ulla ſit. *princ. inſt. de locat. & conduct.* ſed res facile expediri poteſt, ſi advertamus, actionem hanc ex locato non quidem naſci ex affirmatione aut negotio geſto inter fullonem & eum, qui affirmavit; ſed potius ex contractu locationis, quæ interceſſit, cum poſt adfirmationem fullonis ejus diſcipulis veſtimenta polienda data ſunt; tunc enim, ſi aliquis ex iis veſtimenta ſubripuerit, placet actionem ex locato contra fullonem dari, quæ cum bonæ fidei ſit, hujus etiam caſum complectitur, ne, qui fulloni affirmanti fidem habuit, circumſcribatur.

§. XVI. Sed obſtat Pauli locus *lib. 2. ſentent. tit. 8. §. ult.* ubi ait, ex contractu cum diſcipulis eorum, qui tabernæ vel officinæ præſunt, in magiſtros vel inſtitores in ſolidum dari actionem, ſcilicet inſtitoriam, de qua Paulus *illo tit.* quod ſi verum eſt, fatendum eſt cum Accurſ. in *d. §. ſed cum fullo.* verba illa *non inſtitoria, ſed ex locato* ſic exaudienda eſſe, ut non ſolum inſtitoria, ſed etiam ex locato teneatur: inſtitores enim quodammodo ſunt diſcipuli ſive operarii, quos tabernæ fullonicæ dominus præponit. Plerumque autem in libris noſtris accipitur *non* pro non ſolum, ut in *l. invitum 4. ff. de ſervitutibus præd. urb. l. non enim 38. ff. ad S. C. Treb.* exemplis rem confirmat præter laudatos ab Hilligero ad Donell. *lib. 3. comm. cap. 16. lit. b.* Accurſ. in *l. ob eam ff. de præſcriptis verbis.* Anton. Auguſt. *lib. 2. emend. cap. 1.* Briſſ. *de V. S. verbo non.* & exempla adhuc invulgata in *l. ſi procurator 14. ff. de cond. cauſſa data.* ubi notat Fulgos. *num. 14.* Caſtrenſ. laudatus ab Alex. *ibi num. 12.* alia in *l. cum pupillus 21. ff. de tutel. & rat. diſtrah. l. ult. §. ult. ff. de ædilitio edicto.* ubi Cuj. *lib. 8. obſ. cap. 9.* Poteſt tamen Paulus accipi de eo caſu, quo officinæ ſeu navi aut tabernæ ſeu negotiationi liber homo præpoſitus eſt, tanquam magiſter navis aut inſtitor negotiationis; hic enim ſi ex aliis diſcipulis ſive operariis utatur, & cum illis contrahi permittat, tenetur ex eorum contractu in ſolidum ipſe, quaſi eos præpoſuerit, non tamen tenebitur dominus mercis aut navis. *l. 1. §. magiſtrum 1. & 2. ff. de exercitoria act.*

§. XVII. Adtexamus quaſi laciniam huic veſti exempla, quæ ſuperſunt non pauca, in quibus quoniam, qui contrahit alieno nomine, inſtitor proprie dici non poteſt, utilis inſtitoria datur non directa, primum ſit in eo, qui mutuis accipiendis pecuniis præpoſitus fuit; hic inſtitor proprie dici non poteſt, quia non præponitur negotiationi quæſtuariæ; nec enim, qui mutuum accipit, & magis propter neceſſitatem dominici negotii quaſi procurator præponitur, quæſtui faciendo, ſed negotio præponitur non negotiationi, ut ait Donell. in *tab. C. h. tit. num. 16.* quamvis contra Fulgos. in *d. l. in eum 19.* ut poſt Accurſ. docent Angel. Caſtrenſ. & Cujac. *lib. 3. reſpon. Papin.* in *l. eum 19. ff. h. tit.* Bald. in *l 1. C. h. tit.* quemadmodum & qui mutuum dant ſimpliciter, nec inſtitores, nec negotiatores dici poſſunt. *l. Principalibus 33. ff. de rebus creditis. l. in eum 19. ff. h. tit.* ita Bart. in *l. legatis 65. de leg. 3.* Straccha tract. *de mercatura parte 1. num. 40. & ſeq.* & tamen quia, qui præpoſito mutuis pecuniis accipiendis credit, perinde domini præponentis fidem ſequitur, atque qui cum inſtitore contrahit, placuit utilem actionem ad exemplum inſtitoriæ dari oportere in eum, qui præpoſuit. *d. l. in eum 19. ff. h. tit. l. liberto 31. ff. de negotiis geſtis. l. ſi mutuam 5. C. de inſtitoria & exercitoria. l. idemque 10. §. idem Papinianus ff. mandati.* ubi ratio hujus ſententiæ hæc traditur, *quia & hic quaſi præpoſuiſſe eum mutuæ pecuniæ accipiendæ videatur.* notat Donell. ad *hunc tit. in C. num. 16.* competet ſane directa inſtitoria, ſi inſtitori certæ negotiationi vel tabernæ præpoſito ad cauſſam præpoſitionis mutua pecunia data ſit, veluti ad merces emendas, quia quamvis aliud ſit tabernæ, aliud mutuo accipiendo præponi. *l. habebat 13. ff. h. tit.* mutui tamen acceptio ad merces emendas eſt ſequela quædam & appendix præpoſitionis, & qui tabernæ præponitur, mutuum tamen accipere ad cauſſam negotiationis poteſt, & directa inſtitoria dominum obligat. *l. cuicunque 5. §. ſed ſi pecuniam 13.* (ubi Caſtrenſ. *num. 3.* Coſtal. *num. 6.*) *cum ſeq. ff. h. tit. l. 1. C. h. tit.* ubi quod ſcriptum eſt, non aliter dominum inſtitoria obligari, & mutuo ab inſtitore accepto, quam ſi nominatim ei permiſerit mutuum accipere, cum eum officio ſive officinæ præpoſuit, vel negotiationi, intelligendum eſt de mutuo accepto ad aliam cauſſam, quæ ad negotiationem non pertineat, in quo neceſſe eſt nominatim permitti, ut inſtitoria competat: cæterum ſi ad cauſſam tabernæ mutuum acceptum ſit, ſemper directa inſtitoria competit; quia id tacite & in conſequentiam præpoſitionis permiſſum videtur. *l. 5. §. non tamen cum ſeq. ff. h. tit. l. 1. §. non autem. de exercitoria act. l. item ſi filiusfamilias 7. §. 10. & 11. ff. ad S. C. Maced.*

§. XVIII. Nec obſtat tunc text. in *l. In eum 19. §. tabernæ ff. h. tit.* ubi mutuo accepto a filio inſtitore, & mercium cauſſa, & patre fidejubente inſtitoriam competere, Papinianus ait propter patris fidejuſſionem, cum acceptæ pecuniæ ſpeciem pater fidejubendo negotio tabernæ miſcuerit, ergo accipere ad cauſſam mercis non ſufficit, ut inſtitoria competat. Reſpondendum eſt omiſſa expoſitione Fab. *ibidem.* poſt Jacob. de Aretio laudatum a Fulgos. *ibidem.* & approbatum ab Alberico, cujus interpunctio verba hæc jungens: *tabernæ præpoſitus a patre filius mercium cauſſa.* indignam Papiniano repetionem admittit; quid enim eſt aliud tabernæ præponi, quam mercium cauſſa præponi? *l. inſtitor 18. l. 3. ff. h. tit.* omiſſis etiam aliis Alberici cogitationibus, verba illa *cum acceptæ* ſic exaudientis, *quamvis acceptæ*, ut quodammodo rationem dubitandi contineant, dicendum potius eſt; ſi ponamus, ut cum Accurſ. Caſt. Fulg. & Cujac. ponunt & exponunt, mercium cauſſa mutuam pecuniam acceptam, dubitari hic potuiſſe, an inſtitoria pater teneretur etiam, hoc eſt, an & inſtitoria & ex fidejuſſione teneatur: dubitandi ratio duplex; tum quia fidejubendo quaſi novaſſe principalem obligationem inſtitoria videbatur. *l. habebat 13. §. meminiſſe ff. h. tit.* tum quia cum principali inſti-

inſtitoria obligatio acceſſoria & fidejuſſione non concurrit, ſed exſtinguitur, quia pro ſe nemo fidejubet. *l. heres a debitore* 21. *§. ſervo ff. de fidejuſſ.* utrique autem dubitandi rationi Papinianus occurrit affirmans, patrem etiam inſtitoria teneri, hoc eſt, & ex fidejuſſione & ex præpoſitione, quoniam acceptæ pecuniæ ſpeciem, id eſt, creditum fidejubendo miſcuit negotio tabernæ, id eſt, non exſtinxit obligationem & mutuum, quo principaliter tenebatur propter præpoſitionem; ſed miſcuit eam negotio tabernæ fidejubendo, hoc eſt, non transtulit obligationem novando, ſed adjecit fidejubendo, ut alibi loquitur. *l. ſi eum* 5. *§. item ſi ſervus ff. hoc tit.* recte Cujac. *lib.* 3. *reſponſ. Papin.* in *d. §. tabernæ.* & obligatio fidejuſſoria non exſtinguit principalem ſed accedit, ut Caſtrenſ. in *d. §. tabernæ.* nec rurſus concurſus obligationis inſtitoriæ in perſona patris facit, ut inanis ſit fidejuſſio; non enim fidejubet pater pro ſe, quamvis directo ipſe jam teneatur, ſed pro filio, qui principalis debitor eſt. *l. ſi domina* 25. *ff. ad S. C. Vell. l.* 1. *§. quid ergo ff. quod juſſu. l. item ſi filius* 7. *§. interdum verſ. quamquam ff. de S. C. Maced* notat Fulgoſ. Alber. Caſtr. & Coſtal. in *d. §. tabernæ.* ac proinde pater fidejubendo miſcet ſive adjicit obligationem negotio tabernæ, non tollit; ſubtilius tamen, ut opinor, quam verius: rectius ſi quis cum Fulgoſ. tentaverit, etiam in pecunia mutua accepta mercium cauſſa dubitari potuiſſe, an inſtitoria pater teneretur, quia non ſatis eſt creditori, oſtendere, mercium cauſſa ſe credidiſſe, niſi & neceſſariam mutui dationem fuiſſe probaverit, ut in *l. ult. de exercitoria actione.* ſed cum pater pro filio fidejuſſiſſet, eleganter Papinianus ait, etiam inſtitoriam competituram, quoniam pater fidejubendo mutui dationem miſcuit negotio tabernæ, hoc eſt, tacite oſtendit neceſſariam pecuniam fuiſſe ad negotiationem. *argum. l. exceptione* 22. *C. de evict.* nec movemur ex *l.* 1. *§. quid ergo ff. quod juſſu.* ibi dominus, qui pro ſervo fidejuſſit, nec quod juſſu tenetur, quaſi nihil ratum habeat fidejubendo: exploſa enim interpretatione Caſtrenſis, qui ideo non teneri quod juſſu ait, quia tenetur ex fidejuſſione, cui repugnant illa verba: *neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex cauſſa fidejuſſionis.* dicendum eſt, dominum fidejubentem non teneri quod juſſu, quia, quamvis fidejubendo jubeat, non tamen quaſi dominus, ſed quaſi extraneus intervenit, ut ait JCtus: non ideo dicimus, honoraria actione quod juſſu non teneri, quia civiliter ex fidejuſſione tenetur, ut perperam ratiocinabatur Caſtrenſ. in *d. §. tabernæ.* ſed potius ideo, quoniam aliud eſt jubere tanquam dominum, aliud fidejubere tanquam extraneum, & ideo ſive teneatur ex fidejuſſione, ut regulariter tenetur. *d. l. ſi domina* 25. *ff. ad S. C. Vell. d. §. tabernæ. l. ſi mandator* 8. *C. quod cum eo.* ſive non teneatur, quia inutiliter interceſſit, nunquam tenebitur quod juſſu. *d. l.* 1. *§. quid ergo.* ubi Fab. in *Rational.* aliud in ſpecie *d. §. tabernæ.* ubi, quia juſſus patris, cum filium tabernæ præpoſuit, præceſſerat, ſufficiebat poſtea fidejuſſio, ut oſtendat, cum mutui dationem negotio tabernæ acceptam ferre, ut explicant poſt Accurſ. Alber. & Fulgoſ. in *d. §. tabernæ.*

§. XIX. Ex eorum filo pendet, quod monemur in *l. habebat* 13. *ff. hoc tit.* eum, qui ſervo merci oleariæ præpoſito mutuam pecuniam dedit, ſi inſtitoriam directam intenderit, nec probare potuerit, mercis gratia mutuum acceptum eſſe, poſſe adhuc inſtitoria experiri. locus eſt, ſi quis alius, in hoc tractatu impeditus, & interpretationum, quas Lecturas vocant, varietate difficilis. Joannes Vitus Gloſſographus ait, creditorem prius egiſſe certa illa cauſſa in libello expreſſa, quod ſcilicet mercis gratia crediderat, & ideo cum non probaſſet, abſolutum fuiſſe dominum, quia, quod quis intentione ſua complexus eſt ſpecialiter, niſi probat, ſuccumbit *l.* 4. *§. doceri ff. de vi bonor. rapt. l. denuntiaſſe* 17. *§. quid tamen ff. ad leg. Jul. de adult. l.* 1. *§. ſi menſor falſum modum dixerit. cap. examinata extra de judiciis.* ubi Claſſici. *cap. abbate ſane de ſententiis & re Judicata lib.* 6. ubi diſerte definitur, ſuccumbere eum, qui petiit ſpeciali expreſſa cauſſa, ſi eam non probet, quamvis aliam ſupervenientem oſtendat; de quo & quatenus in eodem vel alio judicio res tractari poſſit aut debeat, & an judex hodie ex cauſſa probata, quamvis a principio alia exprimeretur, pronuntiare ſecundum petitorem poſſit, vel ei jus ſuum integrum ſervare, ut poſtea legitime intendat, diſputant & diſſentiunt Greg. in *l.* 16. *tit.* 22. *Part.* 3. *gloſſ. Mogaa.* Azevedo in *l.* 10. *num.* 119. *tit.* 27. *lib.* 4. *Compil.* & in *rub. num.* 16. *tit.* 2. *lib.* 4. *Comp.* Parlad. *lib.* 2. *rerum quotidianarum cap.* 10. *num.* 3. Pinell. in *l.* 2. *parte* 3. *num.* 28. *C. de reſcindenda venditione. in cap.* 5. apud quem ex *num.* 31. pleraque circa interpretationem *d. l. habebat* 13. cui conſentit Duaren. ad *hunc tit. cap.* 4. Pacius *cent.* 4. *quæſt.* 54. & Alber. in *l. habebat* 13. *in fine.* aliter cum Baldo Padilla in *l. error* 6. *num.* 51 *C. de Juris & facti ignorantia.* Menoch. de *arbitrata lib.* 1. *quæſt* 31. ſubtilius & uberius neſcio, an verius rem expendit Ant. Fab. in *Ration. d. l. habebat* 13.

§. XX. Nos in hac parte, ut aliqua non dicta non ſcripta proferamus, ita ſpeciem *d. l. habebat* 13. fingimus: Dominus ſervum oleariæ negotiationi præpoſuerat Arelatæ, quæ Galliæ Narbonenſis civitas eſt, & *Gallula Roma* vocata ab Auſonio *de claris urbibus*, cujus mentio in *l. Codicillis* 34. *de uſuf. leg.* multa de ea re Briſſon. *de V. S. verbo Arelate.* Gothofr. in *d. l. habebat* 13. Savaro in Sidon. Apoll. *lib.* 1. *epiſt.* 11. *pag.* 80. Scaliger *lib.* 1. *Auſonianarum lect. cap.* 24. & 25. ubi Urbis Romanæ emporium fuiſſe poſt Strabonem *lib.* 4. (de Metropolitano Arelatenſi & aliis ad eam urbem vid. Scaliger in *Opuſculo epiſt. ad Carol. Labbæum pag.* 440. *& epiſt. ſeq.*) probat ex Auſonii carminibus *de claris Urbibus*, ubi de Arelate inter alias ſic inquit.

Per quem Romani commercia ſuſcipis orbis,
Nec cohibes: populoſque alios, & mœnia ditas:
Gallia queis fruitur, gremioque Aquitania lato.

§. XXI. Arelatæ itaque merci oleariæ præpoſitus erat idem, & mutuis pecuniis accipiendis accepit mutuam pecuniam, creditor exiſtimans ad merces eum accepiſſe egit *propoſita actione*, hoc eſt, directa inſtitoria, quæ propoſita actio dicitur, quoniam ejus formula in albo ſive Edicto Prætoris publice propoſita exſtabat, ut & aliæ ſolemnes formulæ. *l.* 1. *ff. de edendo. l.* 1. *C. de interdictis. l.* 1. *C. de liberis exhib. l. ult. C. de luitione pign. §. namque ſi qui inſt. de action.* de quo multa Briſſ. *de V. S. verbo proponere.* directa autem inſtitoria creditor agebat in hac ſpecie, quoniam putabat, ad merces aſſumptam eſſe pecuniam, quo caſu directa competit, ut probavimus ſupra §. 17. ex *l. cuicunque* 5. *§. non tamen verſ. ſcripſi pecuniam cum ſeq. ff. h. t. l. item ſi filiusfam.* 7. *§. interdum verſ. quanquam ff. ad S. C. Maced.* plane cum non probaverit, mercium cauſſa pecuniam acceptam, conſumpta actio eſt ait Ulpianus, *nec amplius agere poterit, quaſi pecuniis quoque mutuis accipiendis eſſet præpoſitus.* Quibus verbis utramque actionem complectitur, & inſtitoriam directam, quæ ex mutuo mercis cauſſa accepto, & utilem, quæ ex mutuo ſimpliciter accepto datur juxta *d. l. in eum* 19. *cum d. l.* 5. *§. non tamen verſ. ſed ſi pecuniam ff. h. tit.* priora enim illa, *licet conſumpta eſt actio*, aperte referuntur ad directam, quæ propoſita actio dicta fuerat, poſteriora vero, *nec amplius agere poterit quaſi pecuniis quoque mutuis*, utili duntaxat accommodari poſſunt, quæ & pecunia mutua accepta, quamvis non ad merces, competit; directa non item. *d. l. in eum* 19. utraque ita conſumpta eſt, directa quidem, quoniam ejus formula ſemel impetrata & exercita eſt inepte, quod ſufficit, ut conſumatur. *l. ſi ſtipulatus* 133. *de V. O.* & quamvis fateamur, directam in hac ſpecie non competiiſſe, quia pecunia ad oleum emendum ac-

Digitized by Google

cepta non erat, & proinde nec conſumi poſſe videtur, quæ non competiit. *argum. l. unic. §. ult. ff. quando dies uſusfr. leg. cedat.* conſumpta tamen dici poteſt, quoniam ſemel impetrata & exercita eſt, & probationis defectus non facit, ut per eam res in judicium deducta non videatur. *l. 4. §. ult. l. ſi ſervus 22. §. ult. ff. de noxal. act.* ſed potius facit, ut non qua lege & cauſſa debuit, ſeu non, quemadmodum oportuit, egerit, ac pruinde cauſſa cecidiſſe dicatur. *§. ſi quis agens 33. inſt. de act.* Varro *lib. 2. de invent. ita jus civile habemus conſtitutum, ut cauſſa cadat is, qui non, quemadmodum oportuit, egerit.* Quintil. *lib. 3. cap. 8. in omnibus fere cauſſis, quibus cecidiſſe quis cauſſa dicitur, hæ ſunt quæſtiones, an huic an cum hoc, an hac lege, an apud hunc, an hoc tempore liceat agere.* ſed & utilis actio, quæ ex præpoſitione ad mutuum accipiendum competeret, conſumpta eſt, quoniam impetrata & inſtituta actione directa, tota res in judicium deducta & finita eſt, & actione inepte propoſita amittitur etiam ex ea cauſſa, ex qua competeret, quamvis ex alia cauſſa exerceatur. *l. 4. §. ult. l. ſi ſervus 22. §. ult. de noxal. act.*

§. XXII. Nec ad rem pertinet, quod omnes inepte objiciunt ex *l. ſi mater 11. §. eandem & ſeq. l. & an eadem 14. l. ſi eum argentum 21. §. ſi fundum de except. rei judicatæ.* ubi probatur, ſi ex alia cauſſa agatur, quam prius perperam actum ſit, & reus abſolutus, exceptionem rei judicatæ non obſtare; id enim in actionibus perſonalibus (ut reales interim omittam) toties certum, quoties cauſſa, quæ nunc proponitur, alii obligationi & actioni diſtinctæ ab ea, qua judicatum eſt, initium & originem præſtat; tunc enim verum eſt, in actionibus in perſonam ſingulas obligationes ſingulas cauſſas ſequi, nec unius petitione aliam vitiari, quia ſæpius eadem res deberi mihi poteſt, amplius quam ſemel mea eſſe non poteſt. *l. & an eadem 14. §. actiones de exceptione rei judicatæ.* veluti cum inſtitoria perperam actum eſt, tributoria ſupereſt. *l. ſed ſi pupillus 11. §. ſi inſtitoria ff. h. t.* juncta *l. Bæbius 30. in fine ff. de pact. dotal. cap. examinata de judiciis.* Hillig. ad Donell. *lib. 22. cap. 15. litt. V.* ſed cum eadem actio proponitur, quamvis nunc ex alia cauſſa, obſtat ſummo jure rei judicatæ exceptio; nec enim intereſt, qua ratione quis eam cauſſam actionis competere ſibi exiſtimet. *l. cum de hoc 27. ff. de exceptione rei judicatæ.* & ſingulis controverſiis ſingulas actiones unumque judicati finem ſufficere probabili ratione placuit. *l. ſingulis 6. de exceptione rei judicatæ.* idcirco recte Ulpianus ait in *d. l. qui habebat 13.* actionem conſumptam eſſe abſolute, nempe ut directam & utilem comprehendat, quoniam utraque inſtitoria eſt, ſive certi condictio ex mutuo cum qualitate inſtitoriæ. vide Fulgos. in *d. l. habebat 13.* quamvis ipſe diſſentiat, & vide etiam Bartol. & Alber. in *fine ibidem.* & quamvis alia utilis alia directa, utraque tamen ejusdem poteſtatis, & effectus. *l. actio 47. de negot. geſt.* concludit tamen Ulpianus ex Juliani ſententia in *d. l. habebat 13.* adhuc utilem actionem competituram creditori, quia nova cauſſa in prius judicium non deducta originem petitioni præbet, præpoſitio ſcilicet ad mutuas pecunias accipiendas, quæ parit utilem actionem. *d. l. in eum 19. ff. h. tit.* iniquum eſſet, inepta impetratione formulæ directæ inſtitoriæ utilem actionem conſumi, quæ ex alia cauſſa datur, & in qua formularum conceptio non obſervatur. *d. l. actio 47. ff. de negotiis geſtis.* ut proinde appareat, nec beneficium in integrum reſtitutionis, ut Bart. putabat, nec ex æquitate utilem ſubſidiariam actionem, quam ante non haberet, accommodari venditori, ut omnes fere hactenus exiſtimarunt; ſed potius utilem inſtitoriam, quæ ex præpoſitione ad mutuum accipiendum nata jam erat, quamvis ſummo jure, inepta exercitione directæ inſtitoriæ conſumpta, videretur conſervari tamen creditori in *d. l. habebat 13.* ex ratione, quam inſinuavimus.

§. XXIII. Sed ut inchoatam de præpoſito ad mutuas accipiendas pecunias diſputationem in *d. l. in eum 19.* quam expoſitio *d. l. habebat 13.* abrumpere coëgit, jam perſequamur: duo namque obſervanda ſunt. Primum eſt, pugnare ſecum Papinianum videri in hac quæſtione circa genus actionis, quo præponens conveniendus, quoniam in *d. l. in eum 19.* utilem inſtitoriam tribuit; convenit *l. ſi mutuam 5. C. de inſtitoria & exercitor. act. l. liberto 31. ff. de negotiis geſtis.* negotiorum geſtorum actionem ad exemplum inſtitoriæ largitur. rurſus in *d. l. idemque 10. §. idem Papinianus ff. mandati.* quamvis utilem inſtitoriam tribuat, ratio tamen, qua utitur, & ſpecies, quam tractat, præpoſito mandati actionem competere ſuadet: tractat enim de fidejuſſore, qui ideo fidejuſſit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, quo caſu fidejuſſori utilem quaſi inſtitoriam dari ait; quia & hic quaſi præpoſuiſſe dominus eum videtur mutuis accipiendis pecuniis. Hæc autem omnia probant dilucide, & fidejuſſorem contemplatione mandati, quod dominus procuratori dederat, interceſſiſſe, ac proinde mandati actione dominum teneri, non utili inſtitoria aut negotiorum geſtorum, ut & probari aperte videtur in *l. ſi literas 7. C. mandati.* quid enim aliud eſt præponere mutuis accipiendis pecuniis, niſi quodammodo mandare, ut credantur. *argum. l. qui hominem 34. §. ſi Titium ff. de ſolution.* denique in *l. cuicunque 5. §. item fidejuſſori ff. h. tit.* ſcriptum eſt, fidejuſſori, qui pro inſtitore intervenit, competere inſtitoriam, & quidem abſolute: ergo directa inſtitoria, non utilis ad exemplum inſtitoriæ. Hæc quamvis non omnia ſinguli expendunt, tamen partim Fulg. in *d. l. liberto 31.* & in *d. §. idem Papinianus.* qui utilem inſtitoriam Prætoriam natam ex contractu geſto cum inſtitore, & utilem negotiorum geſtorum competere in eum fidejuſſori & creditori affirmat, & quidem perperam; nec enim utilis actio datur, niſi cum deficit alia. *l. quia actionum 11. de præſcriptis verbis.* aliter Ant. Faber, qui negotiorum geſtorum actionem ab utili inſtitoria ſic diſtinguit, ut illa competat fidejuſſori in ſpecie *d. l. liberto 31.* ubi contemplatione negotii dominici fidejuſſit; hæc autem in *d. §. idem Papinianus,* ubi contemplatione mandati, ſicut & in *d. l. in eum 19.* ubi Papiniani ſententia extat, relata etiam in *d. §. idem Papinianus.* ibi: *quia dominus procuratori mandaverat, ut mutuam pecuniam acciperet:* Certum quidem, neutro caſu mandati actionem competere vel creditori vel fidejuſſori, quia dominus mandavit quidem procuratori, ut mutuum acciperet, non tamen creditori, ut crederet, aut fidejuſſori, ut intercederet. *l. ex mandato 20. §. 1. ff. mandati.* aliud eſt in *l. ſi litteras 7. C. mandati.* ubi mandati agit creditor, quia mandavit ei dominus, ut procuratori ſuo numeraret; nec ad rem etiam pertinet, quod extat in *l. qui hominem 34. §. ſi Titium ff. de ſolut.* ubi mandaſſe dominus videtur debitoribus, ut procuratori ſolvant, quoniam, cum a procuratore cogi poſſent, ut ſolverent, iniquum eſſet, ſolvendo ei non liberari, cui ſolvere coguntur. Non autem liberarentur, niſi mandatu domini ſolvere intelligerentur: ceſſat autem hæc ratio in mutuantibus aut fidejubentibus, quia utrumque voluntatis eſt, ſolvere autem neceſſitatis. explicant hæc Caſtrenſis in *d. l. liberto 31.* Cuj. *lib. 2. reſponſ. Papiniani.* Fulgos. *ibidem.* quamvis poſtremum hoc ex *d. §. ſi Titium* non ſatis faciant, & præcipue Fulg. qui in *d. §. idem Papinianus.* utilem inſtitoriam mandati fidejuſſori tribuit, ſcilicet ex contractu procuratoris ſive inſtitoris mandantis fidejuſſori, ut intercedat. Sed hoc omnino falſum; intercedit enim in *d. §. idem Papinianus* fidejuſſor, quia dominus procuratori mandaverat, ut mutuum acciperet, non quia ipſe procurator mandat, ut fidejubeat, quæ valde diverſa ſunt; nam ſi fidem procuratoris ſequeretur fidejuſſor, principaliter dominum inſtitoria non obligaret. *l. 1. ff. de inſtitor. act.* & eadem ratinne creditor, ſi contemplatione ipſius pro-

procuratoris mutuam pecuniam daret, obligatum eum haberet certi condictione; contra dominum autem inſtitoria uti non poſſet. *l. eum qui C. ſi certum petatur.* & rurſus, ſi domini eontemplatione, contra eum utili inſtitoria negotiorum geſtorum experiretur, contra procuratorem ex mutuo non ageret, quia nec ei mutuum dedit, cum domini contemplatione dederit, nec dominus rurſus mutuavit, quoniam ipſe nihil numeravit, ac proinde obligatio re contrahi non potuit, ut conſiderat Cuj. in *l. eum qui.* & *lib. 2. reſp. Papinian.* in *d. l. liberto* 31. in quo peccat multa Fulgos. in *d. l. liberto* 31.

§. XXIV. Quare fatendum eſt, in hac ſpecie fidejuſſori quidem ſemper utilem negotiorum geſtorum actionem inſtitoriam dari, de qua intelligenda eſt *d. l. liberto* 31. *d. §. idem Papinianus.* ubi ſie poſt Accurſ. Cuj. in *d. l. liberto* 31. utilis datur, non directa, quia præpoſitus mutuis accipiendis pecuniis non eſt proprie inſtitor; alioquin directa inſtitoria daretur fidejuſſori. *d. l. cuicunque* 5. *§. item fidejuſſoris ff. h.* tit ſentit Caſt. in *d. l. liberto* 31. Alberic. in *d. §. idem Papinianus.* negotiorum geſtorum agitur, quia qui contemplatione mandati, quod habet procurator, a domino fidejubet, cum ipſi nihil mandatum ſit, in rem & negotium domini intercedere videtur, cujus adminiſtratio procuratori mandatur. *l. 1. §. 1. de procurator.* & ideo, quamvis poſtea in rem domini non vertatur, negotiorum geſtorum agitur initio inſpecto. *d. l. liberto* 31. ibi, quoad hoc, videndus Fab. datur autem hæc actio negotiorum geſtorum ad exemplum inſtitoriæ, quoniam alioquin & negorio geſto cum procuratore in ſolidum abſentem dominum teneri falſum non eſſet. *l. 1. ff. de inſtit. act.* cum autem inſtitoria actio propria non ſit, ſed adjectio quædam & qualitas aliarum actionum, veluti inſtitoria ex empto. *l. Julianus* 13. *§. ſi procurator. de act. emptl.* mirum non eſt, negotiorum geſtorum actionem ad exemplum inſtitoriæ accommodatam utilem inſtitoriam vocari. Rurſus in creditore, qui præpoſito ad mutuum accipiendum credidit, diſtinguendum eſt, nam ſi contemplarione domini negotii credidit, veluti ut ea pecunia pignus liberet, negotiorum geſtorum utilis inſtitoria ei dabitur. *l. ſi pupilli* 6. *§. 1. l. liberto* 31. *ff. de negotiis geſtis.* ſin autem contemplatione ſola ipſius domini & quaſi mutuans, ut ad eum pecunia perveniat, utilem certi condictionem ex mutuo habebit, non directam, quoniam ei non numeravit; ſed ad exemplum inſtitoriæ, quoniam ipſius fidem ſecutus procuratori dedit. *l. ult. ff. quod cum eo. l. ult. ff. quod juſſu.* utraque autem actio vocatur utilis inſtitoria in *d. l. in eum* 19. & in *d. l. ſi mutuam* 5. *C. eodem.* quæ ad utramque referendæ ſunt. vide notata infra *num.* 30.

§. XXV. Secundo obſervandum eſt circa *d. l. in eum* 19. differentiam nobilem extare inter actionem, quæ creditori contra dominum datur, & illam, quæ domino datur eontra eum, qui cum inſtitore contraxit. *l. 1. ff. h. tit. l. Julianus* 13. *§. ſi procurator. de act. empti.* ereditor enim utiliter contra dominum agit inſtitoria, etiamſi procurator ſolvendo ſit, & ab eo creditum ſervare poſſit. *d. l. in eum* 19. *l. ſi pupilli* 6. *§. 1. ff. de negotiis geſtis.* veluti ſi ſtipulatus ſit a procuratore, hæc enim ſtipulatio ex abundanti interponitur; atque ita priorem obligationem contra dominum, quæ principalis fuit, non novat. *d. l. pupilli* 6. *§. 1. l. pater* 20. *§. ult. ff. de in rem verſo.* e eontrario dominus contra creditorem, qui cum inſtitore eontraxit, non experitur, ſi inſtitor ſolvendo ſit, quoniam hunc principaliter obligatum habet, ut exprimitur in *d. l. 1. ff. h. tit.* & ideo ei duntaxat in ſubſidium contraria inſtitoria actio datur contra eos, qui cum inſtitore contraxerunt, ſi rem aliter ſervare non poſſit. *l. 2. ff. h. tit. l. in omnibus* 5. *ff. de Prætoriis ſtipul.* juncta *l. 1. §. ſed e contrario. de exercitor. act.* Cuj. *lib. 3. reſponſorum Papiniani* in *d. l. eum* 19. & per partes *lib. 48. Pauli ad Edict.* in *d. l. in omnibus* 5. & *lib. 2. reſponſ. Papin.* in *d. l. liberto* 31. Weſembec. ad *hunc tit. num.* 7. Duarenus ad *huuc tit. cap* 4. late Fab. in *d. l. 1. h. tit* qui tamen in *d. l. in eum* 19. cœcutit adeo circa interpretationem verſiculi *quod æque*, ut ejus ſententiam & referre pudeat, nedum & refellere.

§. XXVI. Obſtat propoſitis text. in *l. Julianus* 13. *§. ſi procurator ff. de act emp.* ubi ex venditione facta a procuratore quaſi inſtitore utilis actio ex empto domino datur, & quidem abſolute, quemadmodum e contrario adverſus dominum, in quo & refragatur *d. l. 2. ff. h. tit.* quæ non niſi in ſubſidium domino actionem dat adverſus contrahentes cum inſtitore, & Papinianus in *l. poſſeſſio* 49. *§. ult. ff. de adquir. vel amitt. poſſ.* ubi domino ex venditione procuratoris actio non datur, niſi cedatur a procuratore. Reſpondendum eſt, aliud in procuratore ſimplici, de quo in *l. poſſeſſio* 49. *§. ult.* & in procuratore ad litem, de quo in *l. ſi procurator meus §. ult. de procuratoribus.* Cui junge Cuj. *lib.* 30. *Pauli ad Edictum* in *l. ſi quis* 17. *ff. h. tit.* aliud in procuratore quaſi inſtitore, qualis eſt, qui ad rem vendendam præponitur, qui, quamvis proprie inſtitor non ſit, quia uni duntaxat negotio præponitur, quaſi inſtitor tamen eſt, quia propter quæſtum præponitur, ut carius vendat, & ideo utili inſtitoria ex empto dominus tenetur, & utili etiam convenire poteſt emptorem, ſed in ſubſidium, ac ita demum, ſi procurator inſtitor ſolvendo non ſit, cum quo temperamento intelligit *d. §. ſi procurator* poſt primam gloſſam *ibi* Gothofredus & Rayner. Alberic. in *l. 1. C. per quas perſonas*, & in *d. §. ſi procurator.* ubi & Cuj. *lib. 3. reſponſorum Papin.* & Fulgos *num.* 2. qui ita ſibi videri ſcribit, quamvis diſſentiat Caſtrenſ. *ibi num.* 2. contendens cum aliis, utilem ibi domino competere, etiam ſi procurator ſolvendo ſit, quoniam ex re domini contraxit. *l. quod procurator* 68. *ff. de procurat.* juncta *l. ſervis* 20. *ff. de uſu & habitatione.* illud eum Cuj. notandum, actionem, quæ domino datur, qui vendidit, ex empto vocari in *d. §. ſi procurator*, & in *l. un. C. ſi ſervus extero ſe emi mand.* imperfecto genere loquendi, cum perfecta oratio ſit, ex vendito empto, vel potius, quia plerumque actio ex empto vocatur ex vendito, & contra. *l. veteres* 19. *ff. de act. emp.* ſicut actio ex conducto dicitur ex locato. *l. 1. § ſed e contrario. l. 5. in princ.* ubi Fab. *ff. de exercit. act.* niſi malis aliter interpretari cum Fab. in *d. §. ſi procurator.* qui utramque antiquorum interpretationem ſic componit, ut conjurare amice videantur; & ſane probabilis ejus expoſitio eſt.

§. XXVII. Sed ut ad exempla, in quibus, quia proprie inſtitor quis non eſt, utilis inſtitoria competit, ut notavimus ſupra §. 17. jam regrediamur. Secundum exemplum ſit in eo, qui mutuis pecuniis dandis ſub fœnore præponitur, nam ſi ſine fœnore & gratuito mutuo dentur, res diſtat adeo a genere negotiationis, & quæſtus, ut nec improprie quidem inſtitor dici poſſit, qui ſic mutuat. *l. principalibus* 33. *ff. de rebus creditis.* ae proinde nec utilis inſtitoria competat, ut reſolvit Straccha *de mercatura part.* 1. *num.* 42. Aliis tamen inſtitoria datur, ſi eonveniat inſtitorem invicem aliqua ex cauſſa obligari. ut in *l. ult. C. quod cum eo.* ambigua & anceps quæſtio eſt in fœneratoribus, qui proprie mercatorum aut negotiatorum appellatione eontineri non videntur. *arg. d. l. principalibus* 33. *l. cuicunque* 5. *§. Labeo. ff. h. tit. l. quæſitum* 12. *§ idem reſpondit domo inſtructa* 43. *verſ. ſed & ipſe ff. de inſt. vel inſtrum. legat.* ubi fœneratores a mercatoribus & negotiatoribus diſtinguuntur, & ſane mercatores non eſſe ſatis certum eſt. *d. §. idem reſpondit. d. §. Labeo.* nihil enim mercantur, nihil enim emunt, aut vendunt, quod ſi facerent, quamvis ſupra modum moremque legitimum mercatores dicerentur. *cap. ejiciens* 88. *diſt.* ſed nec negotiatores proprie ſunt. *d. l. principalibus* 33. negotiatio enim eſt, ex qua ultro citroque obligatio naſcitur. *l. legatis* 65. *ff. de leg.* 3. idque in hoc tractatu exploratum, ut notat Bart. in *d. l. lega-*

is 65. *num.* 2. quem ſequuntur laudati a Straccha *de mercatura part.* 1. *num.* 46. Donell. ad *hunc tit. num.* 14. qui autem fœnebrem pecuniam dat, accipientem obligat ipſe, non obligatur, & ideo nec mercator eſt, nec negotiator, ut docet Caſt. & Ang. in *d. l. in eum* 19. Bart. in *d. l. legatis* 65. Rom. *Conſ.* 92. *num.* 4. Straccha *de mercatura part.* 1. *num.* 27. & 30. Nec ad rem pertinet text. in *d. l. cuicunque* 5. §. *Labeo.* ex quo colligunt, directam inſtitoriam dari contra eum, qui fœnerandis pecuniis præpoſuit, & conſequenter fœneratorem proprie negotiatorem eſſe. Accurſ. & Alberic. in *d. l. in eum* 19. Straccha ſibi contrarius *d. part.* 1. *num.* 43. & *num.* 40. Tuſchus *practic. concluſ. litt.* 1. *concluſ.* 224. *num.* 9. verius eſt enim, tractari in *d.* §. *Labeo.* de utili inſtitoria, qua in ſolidum tenetur, qui fœnerandis pecuniis præpoſuit, quia quodammodo negotiator eſt, qui fœneratur, cum negotium quæſtuarium exerceat; ſicut in aliis exemplis, quæ extant in *d.* §. *Labeo.* expoſuimus ſupra §. 7.

§. XXVIII. Pertinet ad hanc quæſtionem præpoſiti fœnerandis pecuniis elegans Papiniani locus in *l. in eum* 19. §. *ult. ff. h. tit.* quem recte interpretantur poſt Accurſ. *verbo quod autem* Bart. Caſt. & Fulgos. *ibi.* expeditius tamen, & videndi omnino Alber. Fab. & Cuj. *lib.* 3. *reſponſ. Papinian.* ſententia *legis* hæc. Servus præpoſitus fœnerandis pecuniis, ſi per interceſſionem novandi animo alienum debitum in ſe ſuſcipiat, aut quaſi fidejuſſor pro alio obligetur ut inſtitor, dominum non obligat actione inſtitoria, quia non præpoſitus eſt, ut intercederet, ſed ut fœneraret. *l.* 5. §. *non tamen ff. h. tit.* ſed ſi, cum Titio pecuniam fœneraret, & is ſe accepiſſe chirographo teſtatus ſit, juſſu ejus, ſive eo delegante, creditori ipſius eandem promiſerit, quamvis ita quoque debitum alienum ſuſcipiat, dominum inſtitoria obſtrictum relinquit, quoniam fidejuſſio hæc appendix & ſequela eſt fœnerationis. *l.* 5. §. *item fidejuſſori ff. h. tit.* & pecuniam Titius fœneri accepiſſe videtur, dum eo delegante creditori ipſius promittitor.

§. XXIX. Sed obſtare videtur decretum, quod extat in *l. ult. ff. quod cum eo.* ubi ſervus præpoſitus mutuis pecuniis dandis & pignoribus accipiendis apud negotiatores hordei, qui ſcilicet hordeum vendebant, pro emptore debitum ſuſcepit, hoc eſt, fidem ſuam adſtrinxit, cum ſervus inſtitor fugiſſet, quæſitum eſt, an dominus inſtitoria teneatur ei, cui ſervus inſtitor pretium hordei pro emptore promiſerat, & videtur non teneri, quia præpoſitus erat, ut mutuaretur, non ut intercederet. *d. l.* 5. §. *non tamen.* pro emptore pretium promiſit, quaſi fidejuſſor cenſendus eſt, cum pro alio ſolveret debitum. *cum pro alio ſolveret debitum*, inquit Paulus, hoc eſt, cum per interceſſionem pro alio ejus debitum & æs alienum quaſi a ſe debitum ſolvat, non autem per delegationem ejus, cui mutuatur debitum, ſuſcipiat, ut diſtinguit Papinianus in *d. l. in eum* 19. §. *ult.* quamvis melius ſit, ſi inverſum verborum ordinem dicamus, & ſic legamus; *quaſi fidejuſſionem eſſe videri, cum pro alio ſuſciperet debitum, non pro aliis ſolveret debitum.* ut emendat Cuj. *lib.* 13. *obſ. cap.* 35. *in fine.* ex fidejuſſione autem in dominum actio dari non ſolet. *d.* §. *ult. l. ſi ſervus* 19. *ff. de fidej. l.* 3. §. *ſi filiusfam. ff. de peculio.* pronuntiavit tamen annonæ Præfectus, dominum teneri, & ſententiam confirmavit, ſeu potius *conſervavit*, ut Florentiæ legitur, & defendit Cuj. *lib.* 17. *obſ. cap.* 20. Imperator: ſed ſingularis ratio eſt ducta & ex conſuetudine domini & ſervi, qui ſolebat æs alienum pro emptoribus hordei ſuſcipere, & ex tacita voluntate domini, quo ſciente ita ſervus negotiabatur, unde non tantum mutuo dando, ſed & omnibus aliis eum ſuo nomine ſubſtituiſſe dominus creditur. *d. l. ult.* ubi poſt Bart. Fulgoſ. Caſt. & Alb. & Ant. Fab. qui optime concludit, præpoſitum certæ rei, ſi in aliis pleriſque ſciente & patiente domino negotiatur, pro generali inſtitore habendum eſſe. *argum. l. item ſi filius* 7. §. *quanquam ff. de S. C. Maced. l. univerſorum* 12. *ff. de pignoratitia act.* de quo tacito inſtitore Bart. *quæſt.* 79. Jaſo in *l. ſi inſtitorem* 29. *num.* 2. Tuſchus *pract. litt.* 1. *concluſ.* 224. *num.* 5. & *ſeq.* Nec repugnat *l.* 1. §. *magiſtrum* 5. *verſ.* & *facilius ff. de exercit. act.* referendus eſt ille verſiculus ad præcedentia, non ad proximum, ita ut ſenſus ſit, exercitorem teneri ex geſtis magiſtri, & ejus, quem magiſter ſibi ſubſtituit; dominus autem non item ex contractu ejus, quem inſtitor præpoſuit, quia major publica utilitas verſatur in exercitoria, quam inſtitoria, ut explicat Fab. in *d.* §. *magiſtrum.*

§. XXX. Cæterum circa præpoſitum mutuis accipiendis pecuniis duo me præteriiſſe video, connexa ſuperioribus & cohærentia; retraham tamen & retractabo levi manu. dixi §. 24. *ad finem.* utilem inſtitoriam dari ei, qui credidit præpoſito mutuis accipiendis pecuniis, ita ut ſi contemplatione negotii, quod dominus inſtitori mandavit, mutuum datum ſit, utili inſtitoria negotiorum geſtorum agatur; ſin autem contemplatione ipſius domini & quaſi ipſi credens, agatur certi condictione utili inſtitoria. Hæc ideo, quia præpoſitus mutuo accipiendo inſtitor proprie non eſt: cæterum ſi tractetur de vero inſtitore certæ negotiationi præpoſito, & is in eam rem mutuum accipiat, ſi contemplatione domini detur, cum ipſo contrahi videtur. *l. heres* 19. §. *apud ff. de Judiciis.* cujus ſententiam illuſtrat late Barboſ. *ibi.* & inſtitoria actione & directa certi condictione experiri creditor poteſt. *l. ſi inſtitorem* 29. *ff. de rebus creditis. l. ult. ff. quod juſſu. l. ult. ff. pro ſocio. l. ſi quis mancipiis* 17. §. *ult. ff. h. tit.* §. *ult. inſt. quod cum eo.* de quorum jurium expoſitione & compoſitione cum his, quæ diſſeruimus §. 23. & 24. fateor mihi non ſatis liquere, & diludia poſci, ut deliberem. Interim conferenda ſcripta a Fulgos. in *d. l. ſi inſtitorem* 29. & *d. l. ſi quis* 17. §. *ult.* ubi Alber. Fab. in *d. l.* 29. & *d.* §. *ult.* & *d. l. ult. quod juſſu.* & *d. l. ult. pro ſocio.* Donell. in *d. l. ſi inſtitorem* 29. Barboſ. *d. l. poſt dotem* 41. *num.* 21. *ff. ſoluto matrim.* Cuj. *lib.* 30. *Pauli ad Edictum* in *d. l.* 17. §. *ult.*

§. XXXI. Re altius conſiderata ſic paucis habendum, ex contractu ſervi aut filii inſtitoris directa actio civilis ſive condictio in dominum vel patrem datur. *l. ſi quis* 17. §. *ult. ff. h. tit.* nempe cum ſic contrahitur, non quaſi negotium præponentis geratur, tunc enim competeret negotiorum geſtorum actio. *l* 6. §. 1. *l. liberto* 31. *ff. de negotiis geſt.* ſed quaſi cum ipſo præponente contrahatur, quia tunc perinde eſt, ac ſi juſſu ejus contraheretur, ut ſcribit ex Juliani ſententia Paulus *l.* 4. *ad Plautium* in *l. ſi inſtitorem* 29. *ff. de rebus cred.* cum autem juſſu patris dominive contrahitur, principaliter cum ipſo contrahi videtur, ut exprimitur in §. *ult. inſt. quod cum eo.* juncta *l.* 1. *ff. quod juſſu. l. ſi quis* 41. §. 1. *ff. de rei vindicat. l. ſi ſervus* 14. *ff. de adquir. vel amitt. poſſ.* ita ſentit Fulgos. in *d. l. ſi quis* 17. §. *ult.* ubi Faber, Hotman. in *Epitome h. tit. num.* 3. Nec tamen ideo ſuperflua actio inſtitoria, ut Alber. argumentatur in *d. l. ſi quis* 17. §. *ult.* quippe ſi liber homo vel alienus ſervus inſtitor ſit, non videtur cum ipſo præponente contractum. *l.* 1. *ff. h. tit. l. quæcunque* 11. *de oblig.* & *act.* & ideo tunc neceſſaria eſt inſtitoria, niſi in mutuo. *l. certi* 9. §. *ſi numos ff. de rebus cred. l.* 2. *C. per quas perſon. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus ff. de V. O.* deinde etiam, ſi ſervus proprius vel inſtitor ſit, intereſt plures actiones habere, & accedit ſive adjicitur civili inſtitoria vel exercitoria. *l.* 5. §. 1. *ff. de exercit. act.* notat Hotm. ad *tit. de exercit. num.* 4. maxime cum veriſimile ſit, non ſatis conſtitiſſe inter veteres, an directo & civiliter præponens teneretur. *d. l. ſi inſtitorem* 29. ibi: *poſſe dici Julianus ait. l. ult. ff. quod juſſu.* ubi Paulus *lib.* 4. *ad Plautium*, ex quo excepta eſt *d. l. ſi inſtitorem* 29. ait, ſi dominus vel pater mutuum accepturus juſſerit filio aut ſervo numerari, nullam quæſtionem eſſe, quin ei condici poſſit,

qua-

quaſi ſcilicet in illa ſpecie *d. l. ſi inſtitorem* dubitabilior quæſtio eſſet, & ſubjungit: *immo hoc caſu de juſſu actio non competit.* quaſi ſcilicet in caſu *d. l. ſi inſtitorem* 29. aliud eſſet, quia juſſu præponentis contrahi videtur, ratio autem *d. l. ult. quod juſſu* ea eſt, quia nudo miniſterio filii vel ſervi uti, & ipſe pater aut dominus contrahere videtur, eademque ratio eſt *l. ult. ff. pro ſocio.*

§. XXXII. Extat aliud exemplum utilis inſtitoriæ in *l. ſed ſi pupillus* 11. *§. ult. cum l. & ideo* 12. *ff. h. tit.* cujus ſpeciem involutam & intricatam valde evolvere inter antiquiores conatus eſt Alber. *ibi.* extricarunt belle Cuj. *lib.* 11. *Pand. Juliani* in *d. l. & ideo* 12. & Ant. Fab. *ibidem.* illud notandum, utilem inſtitoriam dari in *d. l. & ideo* 12. non quia vicarius ſervus alterius domini proprie meus inſtitor eſſe non poſſit, poteſt enim. *l. ſi quis* 7. *§.* 1. *l. idem erit* 14. *l. ſi quis mancipiis* 17. *ff. h. tit.* ſed quia, cum inſtitoria adjectio quædam ſit actionis ex contractu cum inſtitore competentis. *l.* 5. *§.* 1. *ff. de exercit. act. l.* 1. *ff. h. tit.* emptio autem inter dominum & ſervum contracta inefficax fuerit jure civili, nec actionem ullam pepererit. *l. ſi venditor* 14. *§. ſed & ſi pupillus ff. de in diem addictione.* ſatis eſt, ſi a Prætore utili inſtitoria ad æquitatem accommodata adjuvetur, quo argumento utilem etiam exercitoriam eſſe adfirmo, quæ tribuitur in eadem ſpecie *l.* 5. *ff. de exerc. act.*

§. XXXIII. Sed ut primum hunc de inſtitoris definitione & deſcriptione terminemus excurſum, duo advertenda ſuperſunt. Primum, quinam inſtitores præponere aut præponi poſſint. Secundum, an menſæ numulariæ præpoſitus inſtitor ſit; priorem diſquiſitionem tractat ex profeſſo Ulpianus in *l. ſed & ſi quis* 7. *ff. h. tit.* ubi in §. 1. ait: *parvi refert, quis ſit inſtitor: maſculus an fœmina; liber an ſervus, proprius vel alienus,* & deinceps: ſingula ut ſingillatim luſtremus, dicimus tam maſculos quam fœminas, ſi præponantur negotiationi, inſtitores eſſe poſſe, & ideo ſi filiafamilias aut ancilla præpoſita ſit, inſtitoria actione, qui præpoſuit, tenebitur. *l. ſed & ſi quis* 7. *§.* 1. *in fine.* plerique puellas etiam tabernis præponunt, ut ait Cajus in *l. plerique* 8. *ff. h. tit.* & ſolent fœminæ vel in taberna aut caupona obſequio famulari ſervili, & potantibus miniſterium præbere, ut loquitur *l. quæ adulterium* 29. *C. ad l. Jul. de adulteriis. l.* 1. *C. Theodoſ. eodem tit.* vel artificium aliquod vulgare exercere propter quæſtum, veluti ſi ſarcinatrices ſint, aut textrices. *l. & ancillarum* 27. *ff. de peculio.* vel denique incerto mercis genere negotiari. *l. procuratoris* 5. *§. ſed & ſi ancilla ff. de tributoria act.* quo caſu proprie inſtitrices fœminæ ſunt, quamvis non eo ſenſu, quo Plautus alibi inſtitricem vocat ancillam pro domina negotiantem, qualis Chryſis illa apud Petronium, quæ dominæ hilaritatem curabat, & tribunatum ejus voluptatum gerebat.

§. XXXIV. Sed & liber an ſervus ſit inſtitor, nihil intereſt; nam & ſi liber homo ſit, qui negotiationi aut navi præponitur, inſtitoria aut exercitoria præponens tenebitur. *l. ſed & ſi quis* 7. *§.* 1. *ff. h. tit. l.* 1. *§. cujus* 4. *ff. de exercit. act.* nam quamvis ex contractu liberi hominis obligatio alteri adquiri, aut in alium transferri non ſoleat. *l.* 1. *C. per quas perſ. l. ſolutum* 11. *§. per liberam ff. de pignor. act. l. ea quæ civiliter* 53. *ff. de adquirend. rerum dom. l. quæcunque* 11. *ff. de O. & A.* in inſtitoribus tamen & magiſtris publica utilitas, quæ in conſervatione commercii & in exercitione navium verſatur, perſuaſit, ut a Prætore actio daretur in eos, qui liberum hominem præpoſuiſſent, cum æquum etiam ſit, ex eorum contractibus nos obligari, ex quorum actu locupletamur. *l.* 1. *ff. h. tit.* ubi Fab. *l.* 1. *de exercit. act.* eleganter Donell. ad *tit C. de inſtitoria num.* 21. *& ſeq.* unde ſive liber homo paterfamilias ſit, ſive filiusfamilias, & rurſus ſive in poteſtate præponentis ſit, ſive ſub alterius poteſtate, inſtitoriæ & exercitoriæ locus eſt. *l.* 5. *in principio de exercitoria. l. item ſi filiusfamilias* 7. *§. interdum ff. de S. C. Maced.* illud tamen adnotandum eſt, filiumfamilias inſtitorem, ſi a patre ſuo, cujus in poteſtate eſt, præponatur, & mutuum acceperit, exceptione Macedoniani SCti non uſurum, quia ceſſat hoc caſu SCtum, aliter atque ſi ab extraneo præponatur, & mutuum acceperit, quia tunc habebit ipſe Macedoniani SCti exceptionem, quamvis utroque caſu perinde præponens inſtitoria teneatur. Exprimitur hæc differentia in *d. l. item ſi filiusfamilias* 7. *§. interdum de SCto Maced.*

§. XXXV. Denique ſive proprius ſervus ſit, ſive alienus, perinde inſtitoria competit. *d. l. ſed & ſi quis* 7. *§.* 1. *l. idem* 14. *l. ſi quis* 17. *§.* 1. *ff. h. tit.* idemque in exercitoria juris eſt. *l.* 1. *§. cujus* 4. *ff. de exercitoria actione.* quamvis in aliis cauſſis ex alieni ſervi facto aliter, quam ex proprii teneamur. *l. ult. in princ & §. hac actione ff. nautæ caupones.* id tamen eſt in delictis, quorum alia ratio eſt quam contractuum. *l.* 1. *§. ſed ſi cum quolibet* 2. *ff. de exercit.* in contractibus enim eadem publica utilitas & fides præpoſitionis evincit, æque ex contractu ſervi alieni aut liberi hominis inſtitoris aut magiſtri præponentem teneri, ac ſi ſervum proprium præpoſuiſſet, ut conſiderat Fab. in *d. l.* 1. *§. cujus* 4. illa tamen differentia inter ſervum proprium aut alienum aut liberum hominem navi aut negotiationi præpoſitos adhuc ſupereſt; nam ex contractu ſervi proprii domino recto jure actiones adquiruntur; ac proinde Prætoris auxilio non eget contra eos, qui cum ſervo contraxerunt; at ex contractu ſervi alieni aut liberi hominis contra eos, qui cum eo contraxerunt, actionem præponens non habet; hæc enim ei per eum, qui in ſua poteſtate non eſt, adquiri non poteſt. *l.* 1. *&* 2. *C. per quas perſ. l. ea quæ civiliter* 53. *ff. de adquir. rerum dominio. l. quæcunque* 11. *ff. de obl. & act.* & ideo, quamvis adverſus ipſum liberum hominem, aut contra dominum ſervi, quem præpoſuit, mandati aut negotiorum geſtorum actione agere poſſit, ſi tamen illi ſolvendo non ſint, Prætor æquitate rei motus actionem præponenti pollicetur contra eos, qui cum præpoſito contraxerunt. *l.* 1. *&* 2. *ff. h. tit. l.* 1. *§. e contrario ff. de exercit. l. in omnibus* 5. *ff. de prætoriis ſtipul.*

§. XXXVI. Sed ſi pupillus inſtitor ſit, ex ejus contractibus inſtitoria dominus tenebitur, nihil enim refert, cujus ætatis ſit inſtitor vel exercitor. *l.* 1. *§. cujus de exercit. d. l. ſed & ſi quis* 7. *§. ult. ff. h. tit.* & quamvis ipſe pupillus non obligetur præponenti, niſi tutore auctore præponatur. *l. obligari* 9. *ff. de auct. tut.* præponens tamen obligabitur his, qui cum pupillo contraxerunt, nec nova hæc inæqualitas in perſona pupilli. *l. Julianus* 13. *§. ſi quis a pupillo ff. de act. empti.* imputare enim ſibi debet, qui pupillum præpoſuit. *d. l. ſed & ſi quis* 7. *§. ult.* ut qui parum diligenti amico rem cuſtodiendam tradit, non ei ſed ſuæ facilitati id imputare debet. *§. præterea inſt. quibus mod. re contr. oblig.* & qui parum diligentem ſocium ſibi aſſumſit, de ſe queri ſibique hoc imputare debet. *§. ult. inſt. de societ.* & qui minori viginti & quinque annis negotia mandat, imputare ſibi debet, quod tale commiſit. *l. cum mandatu* 23. *in fine ff. de min.* explicat poſt Fab. in *d. l. ſed & ſi quis* 7. *§. ult.* & in *d. l.* 1. *§. cujus* 4. Carol. Labbæus in *obſerv. in Synopſ. Baſilic. lib.* 18. *pag. mihi* 41. Cuj. in *l.* 3. *§. ult. de minor.* unde fit, ut ex perſona minoris inſtitoris vel procuratoris dominus major viginti & quinque annis in integrum reſtitui non poſſit, quoniam voluntate ejus geſtum videtur, & ſibi imputare debet, cur minori rem commiſerit. *l.* 3. *§. ult. l.* 4. *l. cum mandatu* 23. *ff. de minor.* Jul. Paulus *lib.* 1. *ſenten. tit.* 9. §. 2. excipitur ille caſus, cum ſcilicet, quod procurator minor ſolverit, a domino ſervari non poteſt, tum enim dominus reſtituitur ex ejus perſona, quoniam ipſius intereſt reſtitui. *d. l. cum mandata* 23. *ff. de minoribus.* proſequitur Cuj. *lib.* 11. *Pauli ad Edictum ibi:* & in *d. l.* 3. *§. ult.* & in *tractatu ad Africanum* in *d. l.* 4. *ff. de minor.* Donell. *lib.* 21. *comm. c.* 7.

Digitized by Google

§. XXXVII. Dixi, quinam inſtitores præponi poſſint, videamus, qui præponere queant: & ſane Ulpianus in *d. l. ſed & ſi quis* 7. §. 1. ait, nihil intereſſe, quis præponat, unde quemadmodum in præpoſito ita in præponente adfirmamus, parvi refert maſculus ſit, an fœmina, nam & ſi fœmina præponat, inſtitoria tenebitur exemplo exercitoriæ actionis, ut Ulpianus ait in *d.* §. 1. nam & mulier, quæ navem exercet, ſi Magiſtrum ei præpoſuerit, exercitoria tenebitur. *l.* 1. §. *parvi refert* 16. *ff. de exercit.* idque e contrario ad ſimilitudinem inſtitoriæ fieri, ſcriptum in *l.* 4. *C. de inſtitoria.* nimirum quoniam eadem in hac parte utriusque actionis æquitas & ratio eſt. §. *eadem inſt. quod cum eo.* notat Fab. in *d. l.* 7. §. 1. & in *d. l.* 1. §. *parvi refert* 16. nec ad rem pertinet, quod ex perſona alterins obligari mulier videtur, ac proinde SCto Vellejano locus eſt. *l.* 2. & paſſim *ff. ad S. C. Vellej.* mulier enim præponendo rem ſuam potius gerit, quam alienam, & in rem ſuam obligatur, ideoque non intercedit, *argum. l. ſi mulieri* 22. *ad S. C. Vellej.* docet Accurſ. in *d. l.* 4. *C. de inſtit.* Duaren. ad *hunc tit. cap.* 2. Cuj. in *recit C. h. tit.* in *princ.* nec alienam obligationem ſuſcipit, ſed ſuo nomine tenetur, quoniam contraxiſſe ipſa videtur, cum juſſu ejus contrahatur. *l. ſi inſtitorem* 29. *ff. de rebus creditis. l. ult. ff. quod juſſu. l. heres* 19. §. *apud ff. de judiciis.* explicat eleganter Synopſis Baſilicôn *lib.* 53. *cap.* 39. his verbis: *nec enim illi contractus alieni ſunt, ſed ipſius mulieris, nam quæ pro alio interceſſit mulier, non tenetur; nec enim mulieres nomine contractuum alienorum obligari oportet.* Videndus Carolus Labbæus *ibi pag. mihi* 172.

§. XXXVIII. Vindicant ſibi hunc locum ſuo jure electæ & elegantes differentiæ inter actionem inſtitoriam & exercitoriam circa præpoſiti & præponentis perſonam, quas ut ſtricto ſobrioque ſtilo circumſcribamus, prima illa ſit, quæ paulo ante poſitis cohæret: fœmina nimirum & negotiationi præponere & præponi poteſt, & utroque caſu inſtitoriæ locus eſt. *d. l. ſed & ſi quis* 7. §. 1. at navis exercitioni præponere quidem poteſt magiſtrum, & exercitoria tunc tenebitur. *l.* 1. §. *parvi refert* 16. *l.* 4. *C. hoc tit.* ipſa autem præponi, ut magiſterio fungatur, non poteſt, quia, cum magiſtrum navi præponit, & per eum exercet, nihil contra ſexus verecundiam facit, cum autem ipſa præponitur, & navigantium ſe negotiis miſcet, & pudicitiam violat ſexui congruentem, & utilitatem, quæ verſatur in navium exercitione. *l.* 1. *in princip.* & §. *licet autem ff. de exercit.* ideoque arcetur ab hoc munere. *l.* 1. *ff. ad S. C. Vell. l.* 2. *ff. de R. J.* idemque in impuberibus recte cenſet Fab. in *d. l.* 7. §. 1. ut, quod ſcriptum eſt in *d. l.* 1. §. *cujus* 4. nihil referre, cujus ætatis ſit magiſter, intelligatur de minoribus viginti quinque annis puberibus tamen, & ideo conſulto Conſultus, ſi quid ego ſapio, in *d. l. ſed & ſi quis* 7. §. 1. ait: *ſi mulier præpoſuit, competet inſtitoria, exemplo exercitoriæ actionis; & ſi mulier præpoſita ſit, tenebitur etiam ipſa.* nec exemplum exercitoriæ, quo in muliere præponente uſus fuerat, in præpoſita refert aut repetit, ſcilicet quia mulier negotiationi præponi poteſt & ſolet, & inſtitoria competit, navi autem nec ſolet nec poteſt; & conſequenter exercitoriæ locus non eſt, & inepte aut inconſpecte Græci verborum juris interpretes, qui verba *d. l. ſed & ſi* 7. §. 1. *verſ. nam & ſi mulier* ita vertunt aut exprimunt, *lib.* 18. *Baſilicor. pag.* 177. *tit. de ſervis & filiis, qui ſunt in poteſtate*, apud Labbæum in Synopſi *pag.* 40. καὶ γυνὴ γὰρ ἐὰν προστήσῃ ἢ προσταθῇ, ἐνέχεται ὡς ἐπὶ τῆς ἀγωγῆς τῆς καλουμένης κατὰ τοῦ προστήσαντος τὸν ἴδιον δοῦλον μαγίστορα τοῦ ἰδίου πλοίου. quæ ſi verbum verbo reddas, ſic habent: *nam ſi mulier præpoſuerit, aut præpoſita fuerit, tenetur exemplo exercitoriæ actionis, qua convenitur is, qui ſervum ſuum magiſtrum navi præpoſuit.* Duo in hac verſione vitia; nam verba ſic concipiuntur, ut mulierem præpoſitam teneri ſignificent exemplo exercitoriæ, quod ineptum; nec enim unquam exercitoria contra præpoſitum ſcilicet magiſtrum, ſed contra præponentem nempe exercitorem competit, & quamvis contra præpoſitum daretur, id in muliere non admitteretur, quia præponi navi non poteſt, ac proinde perperam exemplum exercitoriæ ſic adducitur, ut ad mulierem etiam præpoſitam pertineat.

§. XXXIX. Differentia ſecunda hæc eſto: dominus ex contractu inſtitoris ab inſtitore ſuo præpoſito non tenetur; præpoſuerat enim eum dominus, ut negotiaretur, non ut alium præponeret, quod ſi fecit, legem præpoſitionis egreſſus eſt; & ideo dominum non obligabit. *l.* 5. §. *non tamen. l. ſed ſi pupillus* 11. §. *conditio ff. h. tit.* ſed ſi procurator vel curator minoris aut tutor inſtitorem præpoſuerint, tenebitur ex ejus contractu dominus. *l.* 5. §. *ult. ff. h. tit.* quia, quod a procuratore fit, dominus ipſe feciſſe videtur. *l.* 1. §. *ult. ff. quod juſſu. l. ſi quis* 7. §. *ult. ff. de juriſdict.* idemque in curatore juris eſt. *l.* 1. *ff. quod juſſu.* quin & ipſe procurator tenetur. *l. ſed &* 6. *ff. h. tit.* ubi conditio illa, ſi omnium rerum procurator eſt, referenda eſt ad illud, quod veriſimile eſt, Paulum ſimul dixiſſe, nempe dominum teneri ex contractu inſtitoris præpoſiti a procuratore, ſi ſcilicet generalis ſit, quia hic pene dominus eſt, & alieni juris vicarius, ut loquitur Cicero in *orat. pro Cæcina.* & explicat poſt Accurſ. in *d. l.* 6. Cuj. *lib.* 30. *Paul. ad Edict.* ibi: *idemque erit, quoties ab eo, qui negotia mea gerebat, præpoſitus quis ſit, & ego ratum habuero, nam teneor inſtitoria. l. ſed & ſi quis* 7. *ff. h. tit.* quæ ratihabitio mandato comparatur. *l. ult. C. ad S. C. Maced.* e contrario exercitor ex contractu ejus, quem magiſter ab eo præpoſitus ſubſtituit ſibi, ſive eo ſciente ſive ignorante, tenetur exercitoria, & quod magis eſt, etiamſi nominatim prohibuiſſet alium præponere. *l.* 1. §. *magiſtrum* 5. *ff. de exercit.* id autem facilius admiſſum eſt in magiſtro quam in inſtitore, ut ſcriptum eſt in *d.* §. *magiſtrum.* propter utilitatem, quia, quamvis utraque actio publicæ utilitatis cauſſam agat, inſtitoria commercii terreſtris. *l. ſi quis* 17. §. *ſi impubes ff. h. tit.* exercitoria maritimi, major tamen utilitas & neceſſitas eſt exercitoriæ, ut probatur in *l.* 1. *ff. de exercit.* exornant differentiam hanc Caſtrenſ. *num.* 6. & Fab. in *d.* §. *magiſtrum.* Duarenus ad *tit. ff. de exercitoria cap.* 2. *in princ.* Cuj. in *recit. C. h. tit.* quamvis idem in inſtitore hoc caſu ſervandum perperam contendat Accurſ. in *d.* §. *magiſtrum.* cui non favet *l.* 5. §. *ſed & ſi ancilla ff. de tributoria.* illa enim exæquatio geſti cum ſervo vel cum inſtitore ejus pertinet ad actionem tributoriam, ut dicemus §. 40. *in fine.*

§. XL. Tertia differentia ſit: filiusfamilias & ſervus, ſi navem exerceant voluntate patris dominive, ei magiſtrum præponere poſſunt, & ex geſto eum magiſtro dominus paterve in ſolidum actione exercitoria tenentur. *l.* 1. *ff. de exercit.* in §. *ſi quis navem cum* §. *ſeq.* & §. *quamquam.* vel etiam de recepto, ſi quid filius ſervusve receperit. *l.* 3. §. *ſi filiusfam. ff. nautæ caup.* Paulus *lib.* 2. *ſent. tit.* 6. quæ tamen actio de recepto datur etiam, ſi ſervus voluntate domini cauponam vel ſtabulum exerceat. *l. ult.* §. *ult. ff. nautæ caup.* niſi ſcientia ſola patris dominive ſine alia voluntate interceſſerit; hæc enim eos in ſolidum non obligat, ſed duntaxat in tributum vocantur actione tributoria, vel de peculio; ſi pater dominusve ignoraverint, ut docet Ulpianus ex Pomponii ſententia ſic referenda eum Fab. in *d. l.* 1. §. *licet* 20. *in fine. l. ſi ſervus* 6. *ff. de exercit.* cæterum ſi ſervus aut filius in merce peculiari negotientur, quamvis eorum voluntate, in ſolidum non tenentur, ſed duntaxat in tributum vocantur. *d. l.* 1. §. *licet* 20. differentiæ ratio ex eo, *quia ad ſummam Rempub. navium exercitio pertinet*, ut legendum eſſe in *d.* §. *licet* docet Cuj. *lib.* 12. *obſ. cap.* 32. & conſentiunt Pandectæ Florentini, & text. in *l. municipes* 14. ibi: *quibus ſumma Reipublicæ commiſſa eſt, ff. ad municipal.* Gell. *lib.* 18.

Nectium

Noctium Atticar. cap. 3. *Populus Lacedæmonius de ſumma Republica ſua deliberabat.* Cicero *lib.* 2. *de inventione. Senatum conſuluit de ſumma Republica.* Sueton. in *Julio cap.* 28. *Marcus Claudius Marcellus conſul edicto præfatus, de ſumma ſe Republica acturum.* eamque ſolemnem conſulendi Senatus formulam fuiſſe probat Briſſ. *lib.* 2. *de formulis pag. mihi* 184. *verſ. de Republica.* Publica itaque utilitas, quæ in exercitione navium verſatur, ut agnoſcit Ariſtotel. *lib.* 7. *politic. cap.* 26. facit, ut pater vel dominus, quorum voluntate filius aut ſervus navem exercuit, in ſolidum teneatur, *at inſtitorum non idem uſus eſt*, in *d.* §. *licet.* hoc eſt, non eadem publica utilitas, & ideo tributoria duntaxat dominus teneatur, cujus voluntate ſervus in peculiari merce negotiatus eſt.

§. XLI. Neque in hoc caſu ex voluntate patris quod juſſu actio contra eum naſcitur juxta regulam *l.* 1. *ff. quod juſſu.* quoniam quod juſſu actio non competit, niſi cum pater ſpecialiter juſſit cum aliquo contrahi, ut vult Barboſ. in *l. poſt dotem* 41. *num.* 21. *ff. ſoluto matr.* vel com juſſit certum contractum interponi, ut vult Bart. Caſt. & Alb. in *d.* §. *ſi is qui navem.* Duaren. ad *tit. ff. de exercit. cap.* 2. quamvis diſſentiat Alex. *num* 11. in *l. poſt dotem* 40. *ff. ſoluto matrim.* Fulg. in *d.* §. *ſi is qui navem.* ubi perſpicue cætera explicant Caſt. & Anton. Fab. Duaren. *ubi ſupra.* Cuj. in *recit. C. h. tit.* illud non item, cur inſtitoria non teneatur is, cujus voluntate ſervus negotiatus eſt, cum ſola voluntas tacita ſeu patientia inſtitoriam producere ſoleat. *l. ult. ff. quod cum eo. l. ult. C. de inſtit.* Reſpondendum eſt, improprie, ut Accurſ. & cæteri agnoſcunt, inſtitores ſervos vocari in *d.* §. *licet.* tum quia nulla ſolemnis præpoſitio præceſſerat, ſine qua ſola domini patientia non facit inſtitorem. *d. l. ult. ff. quod cum eo.* tum quod merx peculiaris erat, in qua voluntas domini facit, ut tributoria teneatur, non inſtitoria, quæ in merce dominica locum habet: ut notat Barboſ. in *d. l. poſt dotem* 40. *num.* 21. & ego didici ex *l. ſed ſi pupillus* 11. §. *ſi inſtitoria ff. hoc tit.* eoque reſpicit *l.* 7. §. *interdum verſ. quamquam ff. de S. C. Maced. l. ult. C. eodem tit.* ubi directa inſtitoria non datur, ſed utilis, quia unius contractus negotio præpoſitus ſervus fuit, non negotiationi. *l.* 3. *ff. h. tit.* quamvis aliter Barb. *d. num.* 21. ubi recte advertit differentiam, quæ in *d.* §. *licet* requiritur, ut ſcilicet ſupponatur ſervum navem exercuiſſe ex cauſſa peculiari, ſicut & mercem, alioquin termini pares non erunt. Hæc ita, niſi quis malit cum Fulg. in *d.* §. 1. *ſi is qui navem*, & in *d. l.* 1. *num.* 2. *ff. de tributoria.* ideo actionem non dari quod juſſu contra eum, cujus ſervus vel filius negotiatur eo volente, quia non agitur de contractu ipſius ſervi aut filii, ſed de geſtis inſtitoris, quem filius ſervusve præpoſuit, ad quem caſum juſſus non extenditur, quamvis quoad hoc, ut tributoria dominus paterve teneatur, nihil interſit, cum ipſo ſervo contrahatur, an cum inſtitore ejus. textus ſic accipiendus in *l.* 5. §. *ſed & ſi ancilla ff. de tributoria.* ubi tentat etiam Fulg. nec inſtitoria, nec quod juſſu agi poſſe in *d.* §. *ſi is qui navem.* quia merx peculiaris erat, in qua ſola tributoria competit. *d. l. ſed & ſi pupillus* 11. §. *ſi inſtitoria.*

§. XLII. Pertexamus ex perſona præponentis telam, cujus ſtamen & ſubtegmen ſuperiores differentiæ abtuperunt: ergo pupillus, quamvis ipſe negotiationi præpoſitus inſtitoria obliget præponentem. *l. ſed & ſi quis* 7. §. *ult. cum l. ſeq. ff. h. tit. l.* 1. §. *cujus ff. de exercit. l.* 3. §. *ult. cum l. ſeq. ff. de minor.* alium tamen præponere non poteſt ſine tutoris auctoritate, quia ſine ea non obligatur. *l. utrum* 9. *ff. h. tit.* idemque in exercitoria juris eſt. *l.* 1. §. *parvi refert* 16. *ff. de exercitor.* juncta *l. obligari* 9. *ff. de auct. tut. l.* 2. *ff. quod juſſu.* niſi locupletior factus ſit; hactenus enim inſtitoria dabitur. *l. eatenus* 10. *ff. h. tit.* Pichard. in §. *eadem num.* 29. *inſt. quod cum eo.* unde cum ex contractu cum pupillo poſſideri ex Edicto bona ejus a creditoribus poſſint, ſi non defendatur, non tamen vendi usque ad pubertatem. *l.* 3. §. 1. *l. Fulcinius* 7. §. *adeo* 10. *& ſeq. l. ſi pupillus* 10. *ff. quibus ex cauſſis in poſſ. eat.* ex contractu vero paterno & poſſideri & vendi. *l.* 3. §. 1. & §. *ult. ff. quibus ex cauſ. in poſſ. eat.* notat Cuj. *lib.* 20. *obſ. cap.* 31. Donell. *lib.* 23. *comm. cap.* 11. & *cap.* 13. eleganter Ulpianus ait in *d. l.* 3. §. *contractum.* contractum cum pupillo videri, ſi cum ſervo ejus contrahatur, ita ut de peculio agi poſſit, vel de in rem verſo, vel quod juſſu, vel inſtitoria, quæ duo poſteriora actionum exempla ſic explicanda ſunt, ut cum tutoris auctoritate pupillum juſſiſſe aut inſtitorem præpoſuiſſe ſupponatur, aut ex actu inſtitoris locupletiorem eſſe; alioquin cum eo nec inſtitoria, nec quod juſſu agi poteſt. Sed & ſi minor viginti & quinque annis inſtitorem præpoſuerit, auxilio ætatis utetur, hoc eſt, in integrum reſtitui poterit cauſſa cognita, ut ſcriptum eſt in *l. ſed ſi pupillus* 11. §. 1. *ff. h. tit.* hoc eſt, ut Græci vertunt *lib.* 18. Synopſis Baſilic. *οὐ χωρὶς αἰτίας εὐλόγου, non ſine juſta cauſſa;* id enim ſolum in cauſſæ cognitione verſabitur, an juſta cauſſa ſit reſtitutionis impetrandæ, hoc eſt, an in integrum reſtitui poterit cauſſa cognita (ut ſcriptum eſt in *l. ſed ſi pupillus* 11. §. 1. *ff. h. tit.*) minor, ſi ſua facilitate læſus ſit in præponendo inſtitore. *l. verum* 11. §. *ſciendum eſt. l. quod ſi minor* 24. §. *non ſemper*, & §. *ult. l. non omnia* 44. *ff. de min. l. neceſſariis* 57. *ff. de adquir. hered.* notat Duaren. ad *hunc tit. cap.* 2. Ant. Fab. in *d. l. ſed ſi pupillus* 11. §. 1. niſi malis, verba illa *cauſſa cognita* reſpicere ad id, quod traditur in *l. cum mandatu* 23. *in fine ff. de min.* quod mihi hodie probabilius videtur.

CAPUT SECUNDUM.

Quibus modis quis Inſtitor eſſe deſinat.

§. I. Peregimus penſi noſtri priorem partem de perſona inſtitoris. Revocat nos alia non minus impedita in hoc tractatu quæſtio, quatenus inſtitoris officium exſpiret: in qua non religioſe nimis ordine ſervato, ſed ut quisque ſe locus obtulerit, progrediemur. Quid refert? adverſaria hæc ſunt, quibus non aliter brevitatis & verbi ratio conſtabit, quam ſi nulla ordinis.

In primis revocatione domini præponentis inſtitoris officium exſtingui certum eſt; præpoſitio enim mandatum eſt, quod regulariter exſtinguitur revocatione mandantis. §. *ult. inſt. de mandato.* ſolennis autem, & vulgaris removendi inſtitoris ratio ea eſt, ſi palam proſcribatur, ne cum eo contrahatur. Deinceps enim præpoſiti loco non habebitur. *l. ſed ſi pupillus* 11. §. *de quo palam ff. h. t. l. item ſi filiusfam.* §. *quamquam verſ. interdum in fine ff. de S. C. Macedoniano.* & ſi contractum ſit, inſtitoria ceſſat, quamvis de peculio agi poſſit. *l. ſi quis ſervum* 29. *in fine l. quoties* 47. *ff. de peculio.* Nec ad rem pertinet, quod publica hac proſcriptione liberi & ingenui inſtitoris fides ſugillari videtur, quod iniquum. *l. diffamari* 5. *C. de ingen. manum. l. iſti quidem* 8. *in fine ff. quod metus cauſſa. l. Quintus* 48. *ff. mand. l. quæ omnia* 25. *ff. de procuratoribus.* Quoniam poterit inſtitor, ſi velit, impetrare, ut inſtitoris officio ſalva exiſtimatione careat. *d. l. quæ omnia* 25. nec adimenda domino eſt facoltas revocandi, quem præpoſuit, *arg. l.* 4. *in princ. l. quam Tuberonis* 7. §. *pupillum ff. de pecul. l. ſi in teſtamento* 22. *in fine ff. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt.* & neceſſaria proſcriptio eſt, non ſolum ne dominus ex præpoſitione teneatur, ſed etiam ne alii cum eo contrahentes decipiantur, ut eleganter Faber in *d.* §. *de quo palam.*

§. II. Porro in hac publica proſcriptione conditiones hæ requiruntur, ut claris litteris, unde de plano recte legi poſſit, ante tabernam vel locum, in quo negotiatio exerceetur, non in loco remoto, &

evidenti idiomate eo loen ſreqnentius uſitato proſcribatur, & ut perpetuo proſcriptum maneat, non obſcuratum aut ſublatum. Quæ ſingula fuſius exponuotur in *d. l. ſed ſi pupillus* 11. §. *proſcribere*, & §. *ſequenti*. nbi in tranſitu notanda eſt formula illa, *unde de plano recte legi poſſit*. Quam ſingularibus litteris his, *U. D. P. R. L. P.* ſignificaſſe veteres, teſtatur Valer. Probus in *notis Juris*. erat autem hæc vulgaris conditio Legum, Edictorum, & aliorum publice proſcribeodorum, nempe ut nec demiſſo nimis nec edito loco ponerentur, ſed unde recte legi poſſent, *de plano*, hoc eſt, *de terra*, ut Accurſ. & Accurſiani loquuntur in *d. §. proſcribere*, & Duaren. ad *hunc tit. c.* 2. vel de æquo loco non edito, ut in *l. ſi ut certo* 5. §. *ſed interdum* 7. *ff. commod. l. nec quidquam* 9. §. *de plano ff. de officio Procons.* ſive χαμόθεν, ut ſcriptum eſt in *l. ſcire* 13. §. *oportet* 10. ubi Cujac. *ff. de excuſat.* ſive ἐξ ἰσοπέδου, ut loquitur Joſeph. *lib.* XIX. *Antiquit. Judaic. c.* 19. & Synopſ. Baſil. *lib.* 18. *pag. mihi* 42. multa de his verbis Briſſon. *de V. S. verbo planum*. Cæterum formulæ noſtræ veſtigia inſignia extant in fragmento legis veteris, quod ex Bibliotheca Regia Francorum profert Cujac. *lib.* 7. *obſ. c.* 29. cujus hæc verba: Apud forum palam, unde recte de plano legi poſſitur, proscriptam habuerint. Auſon. in *gratiarum actione pro Conſulatu*. *Has ego litteras tuas ſi in omnibus pilis atque porticibus, unde de plano legi poſſint, inſtar Edicti pendere mandavero; nonne tot ſtatuis honorabor, quot fuerint paginæ libellorum?* idcirco culpatum merito Cajum Cæſarem Caligulam ait Sueton. in ejus *vita c.* 41. quod legem quamdam de vectigalibus, cum per ignorantiam litterarum multa commiſſa fierent, flagitante Populo Romano propoſuit quidem, ſed minutiſſimis litteris, & anguſtiſſimo loco, uti ne cui deſcribere liceret: plura Briſſon. *de formul. pag.* 309. & 362. Cujac. *d. lib.* 7. *obſervat. cap.* 29. Plane tota hæc proſcriptio eo pertinet, ut omnibus negotiatoribus revocatio inſtitoris innoteſcat, ne, ſi cum eo contraxerint, ignoratiooem revocationis obtendant, ſeu cauſſentur, cum omnes ſcire præſumantur, quod publica proclamatione, ſeu programmate multi ſciunt, *argum. l. regula* 9. §. *ſed facti* 2. *ff. de jur. & fact. ign. l. ult. ff. de decret. ab ordin. fac. cap.* 1. *de poſtulatione prælat. c.* 2. *de conſtitutione.* de quo multa Fulgoſ. Caſtrenſ. & Alber. in *d. §. proſcribere.* Tuſch. *practic. concl.* 3. *litt. i. concl.* 224. *num.* 52.

§. III. Cæterum propriam removendi generaliter inſtitoris formulam hanc fuiſſe ſuſpicor: Cum Januario servo meo geri negotium veto. *l. quoties* 47. *ff. de pecul.* ubi hac prohibitione conſecuturum dominum, ne inſtitoria teneatur, Paulus ſcribit; cæterum de peculio tenebitur. *l. ſi quis ſervum* 29. *in fine ff. de pecul. l. ſi quis mancipiis* 17. §. *Proculus ff. h. tit. l.* 1. *C. eod. tit.* ubi verba illa, *actione in eam rem propoſita*, ſic explicant de peculio deque verſo in rem domini Græci in Synopſ. Baſil. *lib.* 18. *c.* 13. τὴν περὶ πεκουλίου ἀγωγὴν, καὶ τὴν ἀναλωθέντων τῶν ἐν ἰδίοις πράγμασι τῷ δεσπότῃ. Sed poſtremum hoc de actione de peculio difficile eſt, non ſolum ideo, quia tota æquitas actionis de peculio contra patrem, dominumve dantem naſcitur ex tacita voluntate ejus, qui peculio dato intra ejus quantitatem contrahi permittere videtur, quæ voluntas ceſſat, quoties aperte prohibet cum ſervo ſuo contrahi, ut expendit Faber in *d. l. ſi quis ſervum* 29. §. 1. ſed etiam manifeſtum eſt, dominum vetantem cum ſervo contrahi, nolle ex ejus contractu obligari, ac proinde velle id omne, quod præcedere neceſſe eſt, ne obligetur: vult igitur peculium ſervo adimere, quo non adempto tenebitur, quodque adimere nuda voluntate poteſt. *l.* 4. *in princ. l. non ſtatim* 8. *l. peculium naſcitur* 40. *ff. de pecul. l.* 1. §. 1. *ff. de in rem verſo.* igitur vel ademptio peculii facit, ut nec de peculio teneatur. Hac conſideratione victus Fulgos. in *d. l. quoties* 47. cogitandum relinquit. Sed dici poteſt, dominum vetantem cum ſervo inſtitore contrahi, velle dumtaxat ejus præpoſitionem revocare, ne in ſolidum ex ejus contractu obligetur, reſpiciunt enim verba prohibitionem contractus, non ademptionem peculii, ad quam extendenda non eſt prohibitio contrahendi, cum directo ſuum effectum ſortiatur, ſi dominus in ſolidum non obligetur ex contractibus inſtitoris, de quo accipienda eſt *d. l. ſi quis mancipiis* 17. §. *Proculus*, & *d. l. quoties* 47. ubi conſtat tractari de revocatiooe inſtitoris, ex proſcriptione facta in taberna, & *d. l. ſi quis ſervum* 29. §. 1. quæ eſt ex Caji *lib.* 9. *ad Edictum provinciale*, in quo ille multa de inſtitoribus. *l.* 2. *l. nam & plerique* 8. *l. eatenus* 10. *ff. de inſtitor.* & diverſa ſemper cauſſa eſt actionis de peculio, & inſtitoriæ, & ideo, ſi alienum ſervum inſtitorem habeam, ego inſtitoria, dominus ex inferioribus edictis de peculio, aut in rem verſo tenebitur, & ſi ego prohibuero cum eo contrahi, ego inſtitoria non tenebor, & de peculio agi contra dominum poterit. *l. ſi quis mancipiis* 17. §. 1. ubi Fab. *ff. h. tit.* & hæc, opinor, meliora his, quæ in hac re affert Faber in *d. l. ſi quis ſervum* 29. §. 1. & in *d. l. quoties* 47. nam ſi fateremur, ut ille fatetur, & ponit, dominum vetantem cum ſervo contrahi, velle ex ejus contractu omnioo non teneri, ne quidem de peculio, vel ſi ita expreſſe voluiſſe poneretur, procul dubio dicendum eſſet, non teneri nequidem de peculio, quia id ademtum videtur, cum nuda voluntate poſſit, quæ in hoc caſu manifeſta eſſet, in quo alia ratio eſt actionis de in rem verſo, qua, quia non ex voluntate domini pendet, ſed ex naturali æquitate, quæ ſuadet in rem meam verſum ſolvi, etiamſi dominus millies expreſſiſſet, ſe teneri nolle, teneretur. *d. l. ſi quis mancipiis* 17. §. *Proculus.* ubi Fab.

§. IV. Sed hæc ita, quoties generalis fuit prohibitio contrahendi cum inſtitore, deſinit enim haberi pro præpoſito, & magis cuſtodis loco in taberna manet. *l. ſed ſi pupillus* 11. §. *ſed ſi in totum ff. hoc tit.* ſed ſi ſpecialis fuit prohibitio, veluti ſi certam perſonam, aut certum genus negotiatorum, aut in certo genere mercis contrahi vetuerit, ut in *d. l. ſed ſi pupillus* 11. §. *conditio verſ. ſed & ſi denunciavit.* inſtitor nihilominus manet, unde etiam, ſi ab eo, cui denunciatum fuit, ne contraheret, pecunia credita ſit inſtitori, ipſo jure inſtitoria agere poterit, quamvis propter denuntiationem exceptio domino detur, quæ tamen replicatione elidetur doli; ſi vel peculium ſit, vel in rem ejus verſum, & utraque concipietur per conditionalem particulam *ſi*, vel *niſi*, ut notat Duaren. ad *hunc tit. c.* 2. quia dolo facit dominus, qui occaſionem juris ad ſuum trahit compendium, & ex aliena jactura locupletior fieri vult. *l.* 1. *ff. de doli except. l. ult. C. pro emptore. l. nam hoc* 14. *ff. de condict. indeb.* nec ad actionem de peculio, vel in rem verſo retrocurrere neceſſe eſt, cum æquitas replicationis doli mali etiam in ſtricti juris judiciis vim ſuam exerceat. *princ. inſtit. de replicat.* quod in generali prohibitione contrahendi cum inſtitore diverſum eſt, hæc enim efficit, ne inſtitoria competat. *d. l. quoties* 47. hoc eſt, ut ne ipſo jure competat, quia in totum prohibitus inſtitor non eſt. *d. l. ſed ſi pupillus* 11. §. *de quo palam*, & §. *ſi in totum.* ac proinde tractari non poteſt in hac ſpecie de viribus exceptionis, aut replicationis, ſed de peculio, aut de in rem verſo agendum eſt.

§. V. Revocationi ſimillima eſt manumiſſio, quæ tacita quodammodo revocatio eſt, & ideo, ſi ſervus præpoſitus fœnerandis pecuniis manumittatur, ſi ipſe a debitoribus, quibus in ſervitute crediderat, manumiſſus exigat, furti tenebitur. *l. ſi is, qui rem pignori* 66. §. *Julianus ff. de furtis.* & debitores, ſi manumiſſo ſolvant, non liberantur, niſi ignoraverint manumiſſum. *l. ſi quis ſervo* 18. *ff. de ſolut.* §. *recte in fine inſtit. de mandat. l. quod ſervus* 19. *ff. depoſiti.* Nec obſtat textus in *l. quod ſervus* 35. *ff. de ſolut.* ubi cum Alfenus dixiſſet, debitores peculiares ſervo manumiſſo recte ſolvere poſſe, ſubjicit, idem juris eſſe in eo, cui pecuniam dominicam ſervus juſſu domini fœneraſſet. Atqui in peculiari de-

debitore certum eſt, eum manumiſſo ſolventem liberari, etiamſi ſciat manumiſſum, ſi peculium ademptum ignoret. *d. l. ſi quis ſervo* 18. ergo & in debitoribus aliis idem eſt, ac proinde manumiſſio ſervi pecuniis fœnerandis præpoſiti non eſt revocatio. Reſpondendum eſt, debitores dominicum & peculiarem manumiſſo ſolventes comparari ab Alfeno in eo, quod uterque liberabitur, niſi aliqua cauſſa interciderit, ex qua intelligi poſſit, invito eo, cujus tum is ſervus fuiſſet, ei ſolvi. Sed hæc cauſſa erit in peculiari debitore, ſi ſciat peculium ademptum. *d. l. ſi quis ſervo* 18. in dominico autem, ſi ſciat alienatum, vel manumiſſum, ut ſentire videtur Accurſ. in *d. l. quod ſervus* 35. quamvis Caſtr. Alber. Cuman. & alii non percipiant.

§. VI. Sed refragatur Papinianus in *l. in eam* 19. § *ſi dominus ff. h. tit.* ubi ſervus menſæ præpoſitus, manumiſſus manet inſtitor. lubrica quæſtio eſt, in qua Bart. Alber. & Fulgos. *ibidem* ſecure ſentiunt, manumiſſione inſtitoris non revocari ejus præpoſitionem. Caſtrenſ. & Cujac. *lib.* 3. *reſponſor. Papin.* in *d. §. ſi dominus.* inſtitorem, & præpoſitum menſæ diſtinguunt ab eo, qui pecuniis exigendis, ſeu fœnerandis præponitur: in illis publica commerciorum utilitas poſtulare videtur, ne manumiſſione præpoſitio extinguatur, ſicut nec morte. *l. ſi quis mancipiis* 17. §. *ſi impubes ff. h. t.* in his nempe diſpenſatoribus Kalendario præpoſitis, & pecuniis exigendis, ſeu fœnerandis, non eadem promiſcui uſus utilitas eſt, quia nec proprie inſtitores ſunt, ut notavimus ſupra *cap.* 1. §. 27. & ideo manumiſſio diſpenſatoris efficit, ut diſpenſator eſſe deſinat. *l. ſi is, qui rem* 66. §. *Julianus ff. de furtis. l. ſi quis ſervo* 18. *ff de ſolut. l. penult. ff. de reb. cred. l. quod ſervus* 11. *ff depoſ. §. item ſi adhuc inſtit. de mand.* Verum hæc omnia mihi parum ſolida, aut firma videntur. Exiſtimo enim, ſola manumiſſione inſtitoris, aut præpoſiti menſæ argentariæ ſeu numulariæ, officium ejus extingui, ſicuti diſpenſatoris, nec in hac parte unum ab altero diſtingui video, quia potiùs Papinianus vulgo non animadverſus in *l. tutorem* 37. §. 1. *ff. de admin. tut.* aperte conjungit, & confer in illis verbis. *Secundum quam ſententiam ſervus inſtitor dominicæ mercis, vel præpoſitus debitis exigendis, ſi liber factus in eodem actu perſeverat.* Quæ verba juncta cum ſequentibus evincunt, inſtitorem manumiſſum ipſo jure eſſe deſiiſſe, nec priorem præpoſitionem, aut mandatum durare, quia ſi maneret, teneretur utique de poſtea geſtis actione mandati contraria in *l. cum actum* 17. *ff. de negotiis geſt.* non vero negotiorum geſtorum, ut ait Papinianus in *d. l tutorem* 37. hæc enim regulariter contra inſtitorem non datur, niſi in caſu *l.* 1. *ff. de inſtitor.* ubi explicat Faber. Deinde hoc idem probatur in *d. l. in eum* 19. §. *ſi dominus.* ubi Papinianus non abſolute ait, mutatione ſtatus non mutari periculi cauſſam, ſed ſub conditione illa, ſi dominus, qui ſervum inſtitorem apud menſam pecuniis accipiendis habuit, poſt libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, ut ſenſit Cuman. in *l. ſi quis ſervo* 18. *ff. de ſolut.* hoc eſt, ſi nova voluntate dominus præpoſitionem extinctam redintegraverit; quemadmodum ſi filiusfamilias, qui ſocietatem inierat, emancipetur, & poſt emancipationem ſocii in ſocietate duraverint, non aliam ſed eandem ſocietatem eſſe dicitur in *l. ſi id, quod* 56. § *ſi filiusf. ff. pro ſocio.* hæc autem ideo, quia tota ratio præpoſitionis extinguendæ per manumiſſionem pendet ex præſumptione tacitæ voluntatis domini, qui non creditur velle ſervum ſuum jam liberum inſtitorem habere, cum manumiſſione novus & alius homo quodammodo fit. *l. ſi ſervus* 27. *in fine ff. de adim. vel transf. leg. l. ſi Pamphilo* 10. *ff. de opt. leg. l.* 3. §. *ult. cum lege ſeq. ff. de cap. min. l. qui res* 98. §. *aream ff. de ſolut.* Ceſſat autem hæc præſumptio, quoties recenti judicio, cum idem per libertum exercetur negotium, præpoſitio, quæ defeciſſe videbatur, rediiſſe intelligitur, ut alibi Papinianus in *l. pen.* §. *teſtamento ff. de bonor. poſſeſſ. ſec. tab.* Nec ad rem pertinet, quod expendit Faber in *d. l. in eum* 19. §. *ſi dominus.* ſervo inſtitore manumiſſo eandem ejus fidem, & induſtriam manere, propter quam electus eſt, ac proinde revocatam præpoſitionem præſumi non debere; quia hæc non omnino certa, cum accidiſſe poſſit, ut, qui sub herili imperio fidus & induſtrius, poſtea ſui juris, & arbitrii, aut perfidus, aut negligens evadat, & facilius a ſervo ſuo dominus jure poteſtatis conſequeretur, ſi quid ex negotiatione amoviſſet, quam a libero jam, & ſui juris: exemplum ſane mortis præponentis, per quam inſtitor quis eſſe non deſinit, diſpenſator deſinit. *d. l. pen. ff de reb. cred. d. l. ſi quis* 17. §. *ſi impubes.* quoque maxime Caſtr. & Cujac. moti videntur, me parum movet: id enim jus ſingulare eſt, propter utilitatem promiſcui uſus introductum, nec producendum eſt ad conſequentias; præſertim cum inter mortem & manumiſſionem elegans differentiæ ratio animadverti poſſit; nam, cum præponens moritur, deficit quidem voluntas, quia jam amplius nihil velle poteſt, ſed nec nolle. *l.* 4. *ff. locati.* ac proinde nulla cauſſa eſt, cur credamus, morientem maluiſſe inſtitorem in officio non manere, quam manere; & ideo publica utilitas ei officium conſervat. in manumiſſione alia ratio eſt, velle enim dominus videtur, quem ad libertatem perducit, non in eo officio manere, quod in ſervitute habuit.

§. VII. Sequitur mors præponentis, quæ vel præcipua revocandi inſtitoris ratio videbitur, ſi juris rationem intuearis. Præpoſitio enim inſtitoris quid quæſo eſt, niſi mandatum, quod re integra morte mandantis extingui vulgo ſcitum eſt, & protritum. *l. mandatum C. mandati. §. recte inſtit. eod. tit.* ſed in præpoſitione inſtitoris contra obtinuit *propter utilitatem promiſcui uſus*, ut ſcriptum eſt in *l. ſi quis* 17. § *ſi impubes ff. h. t.* id eſt, quoniam commercii, & negotiationis, cui præponuntur inſtitores, bonum, & promiſcui, ſive indifferentis emendi vendendique uſus utilitas juſti prope mater, & æqui ſuadet, inſtitorem manere, quamdiu expreſſe non revocatur, mors autem ceſſationem voluntatis inducit, non revocationem. *l.* 4. *ff. locati.* Bened. Pinel. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 16. *num.* 12. Commercium eſt promiſcuus mercandi invicem uſus, qui & mutuus uſus; Livius. *lib.* 34. *commercio Græcorum Hiſpani gaudebant, hujus mutui uſus deſiderium, ut Hiſpana Urbs Græcis pateret, faciebat.* & *lib.* 38. *id oppidum multarum gentium fines contingit, quarum commercium in eum maxime locum mutui uſus contraxere.* ſive ut Ulpianus ait in *fragm. tit.* 20. *Commercium eſt emendi vendendique invicem jus.* multa Briſſ. *de V. S verbo commercium* unde fit, ut mortuo præponente, etiam ſi pupillus, aut furioſus heres inſtitutus ſit, & ſimiliter mortuo tutore, cujus auctoritate pupillus inſtitorem præpoſuerat, inſtitoris officium duret, & ſi quid cum eo contractum ſit, ſive ab ignorante mortem præponentis, ut ex abundanti ponitur in *l.* 5. §. *ult. ff hoc tit.* ſive a ſciente, ſive poſt aditam hereditatem, ſive ante aditam, ſemper inſtitoria actio contra heredem præponentis detur, quamdiu ab eo expreſſe non removetur. *d. l.* 5. §. *ult. l. ſed ſi pupillus* 11. *in princ. d. l. ſi quis* 17. §. *ſi impubes cum ſeq.* ubi pro verbo, *ſciens*, legendum eſſe, *neſciens*, contendit Faber *lib.* 2. *conject. c.* 11. & in *l. ejus qui* 41. *de reb. cred.* quaſi ad obligandum pupillum non locupletiorem ex geſto inſtitoris, poſt mortem præponentis neceſſe ſit, contrahentem cum inſtitore merci præpoſito ignoraſſe mortem præponentis, ſed hæc parum firma. Hæc enim ignoratio requiri videtur ad obligandum quemcumque heredem in *d. l.* 5. §. *ult.* & quemadmodum ibi vel ex abundanti, ut ſentit Duaren. ad *hunc tit. c.* 2. vel ad comprehendendum omnem inſtitorem ignorationis mentionem fieri dicendum eſt, ita & in *d. §. ſi impubes in fine* ſcientiæ contrahentis fit mentio, ut intelligamus eo etiam caſu, quo dubitari maxime poterat, utilitatem commer-

cii facere, ut ei, qui ſciens præponentem deceſſiſſe contraxit cum inſtitore, actio contra pupillum detur, quaſi nihil ei imputari debeat, qui rem ad ſummam Reip. pertinentem morte unius non perire exiſtimaverit.

§. VIII. Sed obſtat *l. ejus qui in provincia* 41. *ff. de rebus creditis.* Reſponde, diſpenſatoris Kalendario præpoſiti munus morte domini exſtingui, & ideo debitores ei ſolventes non liberari, niſi ignari mortis ſolverint: aliud in inſtitore mercem exercente, de quo in *d. l. ſi quis* 17. §. *ſi impubes.* quia, quamvis diſpenſator quodammodo ſit inſtitor ut notavimus ſupra *cap.* 1. §. 27. ſtricte tamen & proprie alia eſt cauſſa fœnerationis, quæ publico malo, & pernicioſo exemplo exercetur; alia vero negotiationis & commercii, quod ad ſummam Reipub. utilitatem pertinet, & quemadmodum exercitor ab inſtitore in multis diſtinguitur, ut apud Horat. *lib.* 3. *od.* 6. *vſ.* 31.

—— —— Seu vocat inſtitor,
Seu navis Hiſpanæ magiſter
Dedecoram pretioſus emptor.

Et tamen uterque negotiationem exercet, hic terreſtrem, ille maritimam, ita diſpenſator ab inſtitore, quamvis uterque inſtitor, ille fœnerandi, hic emendi, vendendique; ita poſt Accurſ. Cujac. *tract.* 8. *ad Afric.* in *d. l. ejus qui* 41. *de reb. cred.* Pichard. in §. *eadem num.* 21. *inſtit. quod cum eo.* Duaren. ad *hunc tit. c.* 2. Weſemb. ad *hunc tit. num.* 4. Donell. in *d. l. ejus qui* 41. ubi Fulgos. *num.* 3. reprehenſus immerito a Jaſone *ibidem verſ. aliam & quintam.* quamvis aliter poſt Bart. Pichard. in §. *recte num.* 12. *inſt. de mand.* Caſtr. Alberic. & cæteri in *d. l. ejus qui* 41. & in *d.* §. *ſi impubes.* & alii relati a Jaſone in *d. l. ejus qui* 41. §. *quas vero ex num.* 2. aliter Fulgos. in *d.* §. *ſi impubes.* aliter Fab. in *d. l. ejus qui* 41. & in *d.* §. *ſi impubes.*

§. IX. Sed ut nihil in hoc titulo indelibatum maneat, duo attingenda ſunt, quibus expoſitis claudemus hujus diſputationis rivos. Primum eſt circa *l. alt. h. tit.* cujus ſpeciem, & nominum tricas expediunt Pancir. *lib.* 2. *theſaur. var. c.* 35. Onizos *obſerv. cap.* 61. Sententia autem eſt, inſtitorem ex ſcriptura ad fidem menſæ proteſtandam emiſſa, veluti ſi fateatur, penes menſam domini centum eſſe, quæ numeraturus eſt, non obligari, quamvis, ſi inſtitor non eſſet, obligaretur, *l. quidam* 26. *ff. de conſtit. pecun.* & ita *d. l. ult.* accipiunt Bart. Caſtr. Fulgos. Bald. & Coſtal. *ibi.* Duaren. ad *hunc tit. c.* 4. Coſtal. in *l. Plautius* 46. *ff. de procurator.* qui recte docent, ex contractu, quamvis inſtitor quaſi inſtitor eum interpoſuerit, conveniri eum poſſe, & manente officio & finito. *l. procurator qui pro evictione* 66. ubi Doctores, *ff. de procuratoribus. l. ſervum* 49. *ff. mand. l. item ſi filiusfam.* 7. §. *quamquam verſ. interdum ff. de S. C. Maced. l.* 1. §. *eſt autem. l.* 5. §. *ult. ff. de exercitor.* verum in praxi contra receptum eſt, nempe ut inſtitor ex eo, quod tanquam inſtitor geſſit, & ad cauſſam præpoſitionis pertinuit, teneatur quidem finito etiam officio, ſi aliqua actio ipſi quæſita ſit, veluti cum ultro, citroque obligatio naſcitur, ſed, ſi nulla actio quæſita ipſi ſit, veluti in mutuo, quod ipſe accepit ad negotiationem, non teneatur finito officio, quo de caſu intelligunt *d. l. ult.* Bart. & Alber. *ibi.* Pancir. *lib.* 2. *theſ. var. c.* 35. id quod regio jure probatur in *l.* 2. ubi Gregor. *tit.* 1. *Partit.* 5. & multa de hac concluſione ad praxin Tuſchus *tom.* 3. *pract. concluſione* 224. *litt.* i. *num.* 12. *& ſeqq.*

§. X. Neque huic receptæ in praxi ſententiæ, ſi quis eam contrariæ, quæ bene fundatæ juris rationi congruentior eſt, propter auctoritatem judiciorum præferat, & tueri malit, obſtat nimis in *d. l. item ſi filiusfam.* 7. §. *interdum. ff. de S. C. Mac.* ubi filiusfamilias inſtitor ex mutuo accepto ideo ipſo jure tenetur, quia ſupponendum eſt, conveniri eum, quamdiu inſtitor eſt, quo tempore teneri inſtitorem non negant Pragmatici, ut advertit Greg. in *d. l.* 7. *tit.* 1. *Part.* 5. Cæterum in *d.* §. *interdum* duo notanda. Primum eſt voculam *tamen*, quam recte interpungit Cujac. *lib.* 1. *obſ. c.* 14. iterari non ſine exemplo in *d.* §. *interdum.* ut notavimus ad *l. illud* 77. *ff. de adquir. vel omitt. hered.* Secundum, emendanda eſſe poſtrema verba *d.* §. *interdum.* ibi: *ſi non nominatim prohibuit merces accipere.* inconcinna hæc exceptio, & non de regula; regula enim erat, præpoſitum merci, aut peculiarem rem exercentem, patre patiente, eum obligare, & Macedoniano SCto locum non eſſe; exceptio autem ponit, prohibitum merces accipere non poſſe mutuo accepto patrem obligare, ita ut ceſſet SCtum Macedonianum, quæ in alio caſu contraria ſuperiori regula eſt, non exceptio de regula. Nec video, quam vim habeat prohibitio hæc merces accipiendi, aut cur prohibitus videatur mutuum accipere, qui merces accipere prohibetur. Poteſt enim quis præponi mutuo accipiendo, non merci, poteſt & merci, non mutuo. *d. l.* 1. *C. de exercitor.* itaque auſim dicere legendum eſſe, *ſi non nominatim prohibuit mutuum accipere.* errore forſan ex notis nato, quod ſingulari *M.* mutuum & merces ſignificabant.

§. XI. Alterum, quod pro coronide ſpondemus, eſt circa interpretationem *l. habebat* 13. §. *ult. l. idem* 14. *ff. h. t.*

HACTENUS IN AUTOGRAPHO.

FRAN-

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

ANTECESSORIS SALMANTICENSIS

AD

LEG. I. §. ULT. D. DEPOSITI.

ACADEMICA COMMENTATIO

PUBLICE RECITATA ANNO MDCXXVII.

§. I. SCHOLASTICAS, & forenſes diſputationes, ex multis in præterito a lectionibus otio ſelectas, aliquot publici ſaporis alternatim facturus, ordior merito ab illa, quæ apud Ulpianum extat in hoc §. *ult.* interpretationis pariter, & interpretis indigenti, cum & obſcuriſſima ſit, & ex tot Claſſicis, & neotericis præter Caſtrenſem aut Fabrum unus, aut alter rem, niſi tribus lineis, attigerit, quare, ut pro inſtituto paucis pauca præmittamus, monendi eſtis, Lege XII. Tabularum ex depoſiti cauſſa in duplum actionem contra depoſitarium inficiantem dari, ut liquet ex collatione legum Moſaicarum, & Romanarum *tit.* 10. *verſ. ex cauſſa.* & conſentit Paulus *lib. 1. ſententiarum tit. 19. in princ.* ſi pro *depenſi* verbo legatur *depoſiti*, uti probabiliter emendat Cujacius *ibi.* & *lib. 9. reſponſ. Papiniani* in *l. ſervo* 58. *ff. de condict. indeb.* quamvis *depenſi* retineat Fornerius *lib. 2. ſelectarum cap.* 14. *in fine.* Pithœus in *notis ad collect. leg. Moſ. & Rom. tit. 10. verſ. ex cauſſa.* poſtea vero Prætoris Edictores ita temperatum eſt, ut regulariter contra depoſitarium, & ejus heredem in ſimplum actio eſſet, niſi de eo, quod tumultus, incendii, ruinæ & naufragii periculo imminente depoſitum ſit, quibus ex cauſſis in duplum actio in inficiantes datur. *l.* 1. §. 1. *l. de eo* 18. *ff. hoc tit.* §. *rei perſequendæ*, §. *in duplum*, & §. *ſed furti inſt. de action. l. 8. tit. 13. Part.* 5. quamvis fidem, & amicum in depoſito fallere turpiſſimum ſemper ſit. Levitici *cap.* 6. illuſtrant Hilligerus ad Donellum *lib. 18. commentar. c. 8. lit. N.* Annæus Robertus *tomo 2. rerum judicatarum cap.* 10. creſcit enim perfidiæ crimen; cum exigente neceſſitate depoſitum non redditur, quum Reipublicæ potiſſimum intereſt, & hujusmodi caſibus fidem ſervari. *l. 1. de incendio, & ruina. d. l. 1. §. hæc autem* 4. *hoc tit.* Cujacius *lib.* 31. *Pauli ad edictum* in *l. ſi quis inficiatus* 13. *hoc tit.* Connanus *lib. 7. commentar. c. 4. num.* 15. Duarenus ad *hunc tit. cap.* 4. Hotomanus in *epitomatis ad hunc tit. cap.* 8. & 25. Pichardus in §. *præterea num. 15. inſt. quibus modis re contrahitur obligatio*, & in §. *actionum quæſt.* 20. *num. 24. inſt. de actionibus.*

§. II. Quapropter hoc crimen, ut in *d. l. 1. §. hæc autem* ſubjicitur, publica utilitate coërcendum vindicandæ Reipublicæ cauſſa; eſt enim inutile, id eſt, pernicioſum in hujusmodi cauſſis fidem frangere. *d. §. hæc autem.* ubi ſic cum vulgatis codicibus legendum, & exponendum docent Coſtal. & Faber *Part. 4. Ration. ibi.* Connanus *d. cap. 4. num.* 15. Duarenus *lib. 1. diſputationum cap.* 11. Joannes Robertus *lib. 2. recept. lection. cap.* 31. & *lib. 2. animadverſ. & notat. cap.* 26. niſi malis cum Cujacio *lib. 16. obſ. cap.* 39. & in *Mercatore lib. 2. cap.* 26. pro verbis illis *publica utilitas coërcenda eſt*, quæ in Florentinis extant in *d. §.* 1. legere *inutilitas*, ſive, ut nos aliquando conjectabamur, *publica vilitas*, quia ſæpe in his verbis erratur, & *utilitas*, pro *vilitate* ponitur, ut in *l. 2. Cod. de fide & jure haſtæ fiscalis.* ubi legendum eſt *pretii vilitate*, quamvis vulgo legatur *utilitate*, ut obſervat Faber *de error. Pragm. decade* 10. *errore 9. num.* 5. & in *l. 2. C. de conſul.* pro *ceſſante ergo iſta ſpargendi utilitate* legendum *vilitate* cum Gothofredo, & apud Plinium *lib. 9. epiſtola* 6. ibi: *ea honorum utilitas erat illorum etiam, quos Pallas non indignabatur.* Salvianum *lib. 4. de gubernat.* ibi: *deformantes ſancti connubii honorem per degeneris contubernii utilitatem.* Apulejum *lib. 1. Florid.* in editione Lugdunenſi anni 1614. ibi: *qua enim facilior res, quam linguæ rabies, & utilitas morum.* & paulo poſt: *tantum habet utilitas excuſationis, quantum dignitas difficultatis.* quibus omnibus locis pro *utilitate vilitas* reponendum. adde Petrum Fabrum *lib. 1. semeſtr. cap.* 10. *l. 3. Cod. de murilegulis.* Conſtantini *panegyr. pag.* 148. Ennod. *in panegyr.* Theodorus *pag.* 701. Zenonem apud Herald. in Arnob. *lib. 2. pag. 158. num.* 92. Ammian. Marcellin. *lib. 22. hiſtoriæ* ibi: *utilitati ſtudebat venalium rerum.* legendum *vilitati.* & *l. 3. §. ult. ad L. Jul. de annona. l. 2. Cod. de agentib. in reb.* Franc. Mod. *novantiq. lect. epiſt.* 26. Plinium *lib. 4. epiſtola* 6. & ibi Catanæum. Salvianum *lib. 7. de gubernat.* ibi: *auferat auctoritatem* (ſive ut in aliis libris *utilitatem*) legendum *adferat vilitatem.* notat Gebhard. *crepundior. lib. 1. cap. 17. in fine. l. 1. Cod. Theod. ad legem Juliam de adulteriis.* ibi *pro utilitate, quæ in reatum deducitur*, lege *pro vilitate* ex *l. quæ adulterium 29. C. ad legem Jul. de adulteriis.* Arnob. *lib. 2. adverſus gentes.* ubi Herald. in *notis pag.* 158.

§. III. Deinde ſciendum eſt, depoſiti hanc doctrinam in heredem depoſitarii in ſolidum dari ex dolo defuncti, ſicuti commodati; & cæteras ex con-

Digitized by Google

contractu actiones. *l. ſi hominem* 7. §. 1. *hoc tit. l. ex depoſiti* 12. *l. ex contractibus* 49. *de oblig. & action. l. ad ea* 157. §. *ult. de reg. juris. l.* 5. *tit.* 3. P. 5. quamquam de dolo actio in heredes dari non ſoleat; niſi quatenus ad eos ex defuncti dolo pervenerit, quia pœnalis eſt, & ex maleficio deſcendit. *l. in heredem* 26. *de dolo* aliud tamen eſt in actionibus, quæ ex contractu naſcuntur, & rei perſecutionem continent, qualis eſt depoſiti, quæ non ex dolo naſcitur, etiamſi propter dolum duntaxat detur. *l.* 1. §. *ſi veſtimenta* 8. §. *conducto* 10. §. *eſt autem* 12. *l. ſi hominem* 7. §. 1. *hoc tit.* ubi ſic in affectu poſt Claſſicos Faber *de erroribus Pragm. decade* 76. *errore* 4. Salicetus in *l. unica num.* 10. *Cod. ex delictis defunct.* Duaren. ad *hunc tit. cap.* 4. Hotomanus *lib.* 14. *obſerv. cap.* 22. Pichardus in §. *actionum quæſt.* 20. *num.* 20. *inſt. de action.* Donellus *l. ſi quis* 8. *num.* 1. *Cod. hoc tit.* Cujacius in *d. l. ex contractibus* 49. quamvis idem *lib.* 11. *quæſtion. Papiniani* in *l. viva* 9. *rerum amotarum.* perperam diſſentiat notatus a Fabro *de erroribus Pragm. decade* 20. *errore* 5.

§. IV. Ex ſuperioribus facile manuducimur ad propriam hujus §. quæſtionem, ſcilicet ſi apud Titium rem depoſuerim, & eo mortuo heres ejus ignarus, cum depoſitum teſtatoris eſſe exiſtimaret, rem depoſitam quaſi hereditariam vendiderit, an mihi teneatur, & teneri quidem probare videtur id, quod diximus depoſiti actionem, ut pote rei perſecutoriam in heredem depoſitarii in ſolidum dari. *l. ſi hominem* 7. §. 1. *hoc tit.* rurſus heredem non teneri in hac ſpecie, ſuademur ex eo, quod ſupra quoque inſinuavimus, actionem hanc, quamvis ex depoſiti contractu naſcatur, non tamen dari, niſi propter dolum depoſitarii, qui duntaxat in hanc actionem venit, ut ait Ulpianus noſter *hic.* dolo autem caret heres, qui rem depoſitam ignorans vendidit. *l. qui in alterius* 42. *de regulis juris.* tam contrariis rationibus coactus Ulpianus noſter rem ita temperat, ut de re quidem vendita heres depoſiti non teneatur, quia neque defuncti dolus præceſſit, qui non vendidit, neque heredis, qui rem depoſitam ignorabat. *l.* 1. *C. hoc tit.* de pretio vero, quod ex venditione rei heres conſequutus eſt, depoſiti tenetur, quia, quamvis dolo non fecerit cum vendidit, dolo tamen nunc facit, dum pretium, quod ad ſe pervenit, non reddit, & ex jactura deponentis fit locupletior. *l.* 1. §. *eſt autem. hoc tit l. jure* 206. *de reg. juris.*

§. V. Hæc §. noſtri ſententia Bartolo, Baldo, Fulgoſio, Caſtrenſi, Coſtalio, & Fabro hic viſa potius quam trita, in qua tamen, ne diſſimulem, valde me offendit, etſi de induſtria hactenus neque expenſum, neque expoſitum, quod Ulpianus noſter æque de re commodata, ac depoſita loquitur, & in utraque reſpondit, heredem non teneri, quia dolo non fecit; hæc autem ratio recta, & in depoſito, in quo, cum ſolius deponentis utilitas verſatur ſine depoſitarii commodo, merito dolus tantum præſtatur; in commodato vero falſa, & inepta, in quo commodatarius de dolo, & culpa quamvis leviſſima obligatur, quia in ejus gratiam contractus fit, ut docemur in *l.* 5. §. *nunc videndum eſt. l. in rebus* 18. *commodati. l. ſi ſervus* 61. §. *circa de furti.* §. *item is inſt. quib. modis re contrah. oblig.* quorſum igitur commodatæ rei mentio in ea quæſtione, quam Ulpianus ideo exorditur, quia dolus duntaxat in actionem depoſiti venit, nec faciet mihi ſatis, qui dixerit, intelligendum eſſe Ulpianum de commodato commodantis cauſſa facto, ut interdum accidit, in quo dolus tantum præſtatur. *d. l.* 5. §. *interdum l. ſi mei* 18. *ff. commodati.* hæc enim interpretatio divinat, & omiſſo eo, quod frequentius fit, ad caſum in commodato ſpecialem generalem Ulpiani ſententiam reſtringit perperam *arg. l. non ad ea. de legibus.*

§. VI. Quare in tam alto interpretum ſilentio, niſi confidentiæ notam verear, auſim dicere mendoſum locum eſſe; & pro verbo *commodatam*, quod bis apud Ulpianum extat, legendum ſemper *commendatam*, quod quæſtionis inſtitutæ proprium; nihil enim aliud eſt, traditam rem commendare, quam deponere. *l. Lucius* 24. *ff. hoc tit. l. commendare* 186. ubi Rebuffus, & Cujacius, *ff. de V. S.* Connanus *lib.* 7. *commentar. cap.* 4. *num.* 2. Pacius *de contractibus tract.* 3. *de depoſito cap.* 1. *in fine.* Caſaub. ad Spart. in *Nigro pag.* 278. eleganter Donellus in *rubrica Cod. hoc tit. num.* 7. & *lib.* 14. *commentar. cap.* 2. ubi Hilligerus *lit. H.* Gratianus *diſceptation. forenſ tomo* 1. *cap.* 174. *num.* 4. eoque ſenſu commendandi verbum extat in *l. penes quem* 6. *l. cum hereditas* 9. *C. hoc tit. l. publica* 26. *ff. hoc tit. cap. ne quis arbitratur* 22. *quæſt.* 2. *cap.* 1. *extra de depoſito.* unde & in *l. etſi quis* 14. §. *impenſa* 4. *de relig. & ſumpt. fun.* & apud Paulum in *ſententiarum fragmenta* relato a Cujacio *lib.* 21. *obſerv. cap.* 13. *commendare corpus* nihil aliud eſt, niſi ad tempus deponere, donec juſtæ ſepulturæ tradatur. *l. ſi quis* 40. *de relig. & ſumptibus fun.* ubi Cujacius *lib.* 13. *quæſtionum Pauli*, & *lib.* 2. *obſ. cap.* 17. & *lib.* 11. *cap.* 11. Hotomanus *lib.* 4. *obſ. cap.* 14. Fornerius *lib.* 3. *rerum quotidianarum cap.* 6. Savaro in notis ad Sidon. Apoll. *lib.* 2. *epiſt.* 8. Guther. *lib.* 3. *de jure manium cap.* 25. nec novum eſt, deponendi, & commendandi verba conjungi, ut apud Ambroſium de Tobia *cap.* 20. ibi: *commendatum autem, & depoſitum, quod cuſtodiatur cauſſa alicujus commiſſi*, & in collatione legum Moſaic. & Rom. *tit.* 10. *de depoſito, vel commodato.* ubi non ſemel hoc mendum extat, teſte Pithœo in *notis ibidem.* & quod nos paſſim *tit. de las caſas encomendadas lib.* 3. *Feri.* neque infrequens in tranſmutandis commodati, & commendati verbis erratum, ſed innumeris locis commiſſum, ſi credimus Cujacio *lib.* 9. *quæſtion. Pauli* in *l. Lucius* 24. *hoc tit.* veluti in *c. jus naturale* 1. *diſtinct.* ubi legendum eſſe *depoſitæ, vel commendatæ pecuniæ reſtitutio* recte per gloſſam monet Pichardus in §. *præterea num.* 12. *inſtit. quibus modis re contrahitur obligatio.* quamvis vulgo legatur *depoſitæ rei, & commodatæ pecuniæ.* defendente Bellameta in *d. cap. jus naturale num.* 6. ſic & in *l. ſi res* 8. *C. ad exhibendum.*

§. VII. Quo exemplo magnus ille Cujacius *lib.* 9. *obſ. cap.* 37. & in *recitat. ad tit. Cod. commodati.* exiſtimat, Conſtitutionem *legis ult. Cod. commodati.* ubi ſcriptum eſt *prætextu debiti reſtitutio commodati*, corruptam eſſe in verbo *commodati*, cum legendum ſit *commendati*, ſicque emendari a compoſitoribus debuiſſe, & collocari ſub *tit. depoſiti*, in quo ſolo verum eſt, prætextu compenſationis reſtitutionem commendati differri non poſſe. *l. ult. C. de compenſation. l. penult. C. hoc tit.* §. *in bonæ fidei inſtit. de actionibus.* in commodato vero falſum, ut patet ex *l. in rebus* 18. §. *ult. ff. commodati.* ſed huic emendationi merito poſt alios repugnant Hilligerus ad Donellum *lib.* 16. *comment. cap.* 15. *lit. A.* Pichardus in §. *in bonæ fidei num.* 38. Donellus & Giphanius in *d. l. ult.* quocirca omiſſis eorum traditionibus, quos laudant Genua in *conciliatione legum ad l. ult. Cod. de commodato.* Barboſa in *l. divortio* §. *ob donationes num.* 4. *ff. ſoluto matrim.* Schifordegherus ad Fabrum *lib.* 1. *tract.* 1. *quæſt.* 4. breviter ſtatuo, compenſationem in commodato, ſi nihil extrinſecus impediat, ſemper admitti ex natura actionis, veluti, ſi re omiſſa, aut deteriorata æſtimationem debeat commodatarius, & compenſare velit cum impenſis, quas in rem fecit. *d. l. rebus* 18. §. *ult.* Cæterum commodari non poſſunt res, quæ ipſo uſu conſumuntur, ſed ſpecies duntaxat, ſive corpora. *l.* 3. §. *ult. commodati.* quorum cum pecuniario debito nulla compenſatio eſt. *l. ſi convenerit* 18. *de pigneratitia act. l.* 4. *C. de compenſationibus. l.* 21. *tit.* 14. *P.* 5. non ex natura actionis, ut in depoſito, ſed extrinſecus evenit, quod dicimus, ipſius rei commodatæ reſtitutionem non impediri prætextu compenſationis, aut retentionis. *d. l. ult. l. ult. tit.* 16. *lib.* 3. *Fori l. ult. tit.* 2. *Part.* 5. ubi recte excipitur, quod ex cauſſa commodati commodatario debetur, veluti impenſas, ob quas retinere

nere commodatum poteſt. *l. creditoris 15. §. ult. l. ſi is, qui 59. ff. de furtis. l. ſi quis 20. de adquir. vel am. poſſ.* explicant Donell. Hilligerus, & Pichardus *ubi proxime.* ſentiunt Caſtillo *lib. 3. controverſ. cap. 16. num. 11.* Molina de *juſtitia diſp. 297. num. 8.* & poſt multos Genua *ubi ſup. num. 9.*

§. VIII. Si quis etiam delicatioris ſtomachi novam noſtramque lectionem faſtidiat, quæ mihi quidem non diſplicet, fortaſſis dixerim, Ulpianum in præſentiarum & occaſionem diſputandi ac dubitandi, & rationem decidendi, ideo ad dolum, qui in depoſito ſolus præſtatur, retuliſſe, quoniam hic ejus præcipuus tractatus erat, *lib. 3. ad Edictum.* ut apparet ex *l. 1. l. & apud quem 5. l. ſi hominem 7. hoc tit. l. commendare 186. de V. S.* nec tamen ideo inepta quærendi, aut reſpondendi ratio in commodato, quia, cum dixit heredem de re non teneri, quia dolo non fecit, docuit quoque vi ipſa, neque culpa heredem feciſſe; utrumque enim fit ex eadem cauſſa, ab Ulpiano jam expreſſa, nempe ex ignoratione heredis, quæ quemadmodum dolo eum carere oſtendit. *l. ſed ſi lege 25. §. ſcire de petit. hereditatis. §. ſed tamen inſtit. de uſucap.* ita culpam omnem excludit, quia juſta, & probabilis ignorantia eſt. *l. qui in alterius 42. de reg. Juris.*

§. IX. Sed ut hoc obice remoto, qui nos diu ſiſtere coegit, apertis jam carceribus in explicanda Ulpiani ſententia progrediamur, illud in prima quæſtionis parte primaria cura dignum occurrit, quod ſæpius diximus, in actionem depoſiti dolum duntaxat venire, & a depoſitario præſtari, quia nulla utilitas ejus verſatur, apud quem ponitur. *d. l. 5. §. nunc videndum ff. commodati. l. 1. §. ſi veſtimenta 8. §. in conductio 10. §. eſt autem 22. hoc tit. l. 1. §. is quoque 5. de obligat. & actionib. l. contractus 23. de regulis Juris. §. præterea inſtit. quibus modis re contrahitur obligatio. cap. ult. extra depoſiti. l. 3. & 4. tit. 9. Part. 5.* exornant Cagnolus in *d. l. contractus num 1.* ubi Igneus *num. 11.* Caroc. *de depoſito parte 1. tit. de dolo num. 1.* Connanus *lib. 7. commentariorum cap. 8.* Trentacinquius *lib. 3. variarum tit. de depoſito reſolut. 1. num. 1.* Molina *de juſtitia diſp. 257. num. 1.* Mantica *de tacitis lib. 10. tit. 9. num. 7.* Farinac. *quæſt. 169. num. 17.* Donellus *lib. 16. comment. cap. 17.* Pichardus in *d. §. præterea num. 29.* ſed hæc ita, niſi lata culpa interceſſerit, quæ quia, ſi menſor falſum modum dixerit. *l. quaſtum 8. §. cum quoque ff. de precario.* & a depoſitario præſtatur. *l. 1. C. hoc tit.* ubi verba illa, *& latam culpam ſi non illud ſpecialiter convenit.* a Triboniano adjecta ſunt, cum antea non extarent in Codice Gregoriano, ut apparet ex collatione legum Moſaicarum & Rom. *tit. 10. §. Gregorianus.* ſed & interdum ultra dolum omnis culpa lata, levis, & leviſſima a depoſitario exhibetur, ut apud Hebræos in depoſito animalium Exodi *cap. 22.* notat Connanus *d. cap. 4. num. 15. in fine.* & apud nos, ſi quis ſe depoſito obtulerit, vel ſi ita convenerit. *d. l. 5. §. nunc videndum. l. 1. §. ſi convenit, & §. ſæpe hoc tit. cap. ult. extra de depoſito.* aut ſi aliquid pro cuſtodia receperit, quo etiam caſu de levi tamen culpa tenetur. *d. §. ſi veſtimenta 8.* explicant jam laudati, quos non tranſcribo, quia ſelectiora ſcribo non manualia.

§. X. Cohæret ſuperioribus in foro nobilis differentia inter actionem hanc, & illam, quæ ex Edicto Prætoris in ſimplum datur adverſus nautas, caupones, & ſtabularios, ut rem, quarum cuſtodiam receperint, reſtituant, quippe actione depoſiti conventi dolum duntaxat præſtarent, ex illo vero Edicto omnimodo tenentur, etiam ſi res apud eos depoſitæ, gratisque ſuſceptæ ſine culpa eorum levi perierint, aut ſurreptæ ſint, ſive ſaltem leviſſima intervenerit. *l. 3. §. 1. ff. nautæ caupones. l. 26. tit. 8. Part. 1.* notant Cujac. *lib. 27. obſ. cap. 31.* & ad *tit. C. depoſiti in princ.* Donellus *lib. 15. comment. cap. 42.* Molina *de Juſtitia diſp. 527. num. 3.* Azevedo in *l. 6. num. 18. tit. 10. lib. 7. Compilationis.* & ideo ſtabulario ſubreptis rebus, quas ſervandas recepit, furti actio competit, quoniam ejus intereſt res ſalvas eſſe. *l. 4. ff. nautæ caupones.* ut pote cum de culpa teneatur, ſine qua furtum committi non ſolet. *l. cum duobus 52. §. damna ff. pro ſocio.* depoſitario vero non competit, quid enim ejus intereſt, ſi dolo careat. *l. cum qui 14. §. is autem 3. ff. de furtis. §. ſed is apud quem inſt. de obligation quæ ex delicto naſcuntur. l. 12. tit. 14. Part. 7.* plane ſi depoſitarii intersit, rem depoſitam raptam non eſſe, furti actio ei datur. *l. 2. §. & generaliter 23. ff. vi bonor. rapt. nam & furti actionem habeo, ſi in re depoſita culpam quoque repromiſi, vel pretium depoſitionis non quaſi mercedem accepi.* ſic enim ibi interpungendum eſſe ſuadetur ex *§. finali inſt. de vi bonorum raptorum.* ubi obſervat, qui multa, Cujacius in *notis prioribus.* quamvis id non præceperint Crotus in *rubrica num. 34. ff. de oper. novi nuntiat.* Pithœus in *notis ad collat. leg. Moſ. & Rom. tit. 10. verſ. reſpondit.* Pichardus in *§. ſed is apud quem num. 6. & ſeqq. inſtit. de obligationibus, quæ ex delicto naſcuntur.*

§. XI. Ex eodem filo pendet, quod ſcriptum eſt in *l. ſi ego 9. §. ult. de jure dotium.* pro rebus præter dotem marito traditis, quarum cuſtodiam ipſe repromiſit, depoſiti actionem uxori competere, idcirco ſcilicet, quia, quamvis depoſiti actio propter dolum duntaxat detur, & turpis, ac famoſa ſit. *l. 1. de his, qui notantur infamia. §. ex quibusdam. de pœna temere litig.* famoſæ autem actiones inter conjuges denegantur. *l. 2. ff. de actione rerum amotarum. l. 2. C. eodem.* tamen, cum maritus cuſtodiam ſpecialiter repromiſit, de culpa quoque ſe obligaſſe cenſetur. arg. *l. quod ſæpe 35. §. ſi res. de contrahenda empt.* & ideo non poteſt actio depoſiti eſſe famoſa, veluti ſi maritus ob culpam damnetur. *§. ſuſpectus 6. inſtit. de ſuſpectis tutor.* cæterum ſi propter dolum mariti agatur, temperanda erit actio depoſiti propter honorem matrimonii, ut ait Cujacius ad *tit. C. rerum amotarum in fine.* & *lib. 11. quæſtion. Papiniani* in *l. viva 5. ff. rerum amotarum.* quamvis aliter nec male Faber *de erroribus Pragm. decade 8. errore 9.*

§. XII. Illud non prætermittendum, ſingularem, ac pene paradoxum eſſe caſum, quo ſine dolo, & culpa depoſitarii fidejuſſor ejus tenetur, ut præſtet id, quod depoſiti actione præſtatur, ſcilicet ut res reſtituatur, veluti ſi res apud eum ſit, nec tamen reddere poſſit, quia vel furere cœpit, vel pupillus eſt, qui depoſitario ſucceſſit, vel is deceſſit ſine ullo ſucceſſore. *l. 1. §. idem Pomponius 14. verſ. plane ff. hoc tit.* ideo nimirum, quia quamvis condemnatio ex actione depoſiti propter dolum duntaxat ſequi ſoleat, adeo ut, qui depoſitum ſine dolo malo reſtituit, non tam liberari ab obligatione, quæ ante dolum efficax non eſt, quam in eam non incidere videatur, ut ait Pomponius in *l. ſi ſtipulatus 81.* ubi Claſſici *§. 1. ff de ſolution.* obligatio tamen ſtatim ex depoſiti contractu naſcitur, & rei perſecutionem, & reſtitutionem reſpicit. *l. 1. §. eſt autem 22. l. ſi hominem §. 1. hoc tit.* qua cum depoſitarius famoſus, vel ejus heres, aut hereditas teneatur, æquum eſt, etiam fidejuſſorem teneri, ut id præſtet, quod depoſiti actione præſtari a depoſitario deberet. *d. l. 1. §. Pomponius verſ. plane.* quam ita accipio; nec obſtat huic ſententiæ *l. 2. de fidejuſſoribus.* accipienda enim eſt de eo caſu, quo res apud depoſitarium non extat ſine dolo ejus, cum Caſtrenſ. in *d §. idem Pomponius verſ. plane.* omiſſa interpretatione Fabri in *Rationalib. ibi in verſ quid enim.* & commentitia diſtinctione duplicis firmationis, quam firmat Fulgoſius *ibidem num. 2.* Accurſius, Bartolus, & Albericus in *d. l. ſi ſtipulatus 81. §. 1.*

§. XIII. Verum & ultimam quoque quæſtionis noſtræ partem breviter attingamus. diximus heredem depoſitarii de pretio, quod ad eum pervenit, teneri, ut reddat, & quidem actione depoſiti; & recte contra Fulgoſium in *l. 1. §. ſi apud num. 6. hoc tit.* docet Caſtrenſis *hic num. 2.* quia quamvis pretium depoſitum non ſit, ſed res vendita, in cujus locum pretium non ſubrogatur, ita ut actione ſingula-

gulari; quæ ad rem competierit, peti poſſit. *l. venditur 21. de hered. vel actione vendita. l. qui vas 48. §. ult. de furtis. l. idemque 2. §. ult. qui potiores in pign. habent.* tametſi in univerſali judicio, veluti petitione hereditatis contra ſit. *l. ſi & rem 22. de petit. hered.* ſive, ut vulgo additur, in univerſalibus pretium rei loco ſuccedat, in particularibus non item. explicant præter laudatos a Barboſa in *rubr. part. 3. ex num. 23. ff. ſoluto matrim.* eleganter Cujacius *tractatu 2. ad Africanum* in *l. ſi eum 23. ff. de rebus creditis.* Gratianus *diſcept. forenſium tom. 1. c. 25. num. 10. & ſeqq.* Hilligerus ad Donellum *lib 19. c. 13. lit. B.* in actione tamen depoſiti ſingulare, ut ait Caſtrenſis, mirabile eſt, pretium omnimodo peti poſſe propter bonam fidem, quæ in hoc contractu maxime excellit. *l. bona fides 31. hoc tit.* & ſingularia multa introduxit, quale illud eſt in praxi frequens, ut depoſitarius exſequente judice ſeculari cogi poſſit depoſitum reddere. *l. ult. §. ſin autem C. de bonis auct. jud. poſſid.* notat poſt plures Bovadilla *lib. 2. polit. c. 18. num.* 130. Riccius *deciſ. part. 4. collect.* 1054. hæc itaque bonæ fidei amplitudo ſuadet, dolum omnem in actionem depoſiti venire, & pretium ab herede, qui vendidit, extorqueri cum hoc ipſum dolo faciat, quod illud non reddit, & ea re alterius ſit locupletior. *arg. d. l. ſi eum 23. de rebus creditis. l. quod ſi in diem 16. §. idem Julianus: de petitione hereditat.* notant Caſtrenſis, & Faber *hic.* quibus adjicio, pretium omnimodo peti poſſe in hac ſpecie, ſive res extet, ſive non extet, nam etſi condictione ſine cauſſa, quæ ex bono & æquo proficiſcitur, non petatur pretium ab eo, qui rem mihi legatam vendidit, niſi re vendita perempta. *d. l. ſi eum 23. de rebus creditis.* aliud tamen eſt, quoties venditor cauſſam habuit a deponente, ut argumento hujus loci docet poſt alios Jaſon in *d. l. ſi eum 23. num. 3. in fine.* Coſtal. in *l. Julianus 17. de rei vindicatione.* Cujacius *lib. 31. Pauli ad Edictum* in *l. 2. hoc tit.*

§. XIV. Superioribus conſequens eſt, quod ex Paulo ſubjicitur in *l. 2. hoc tit.* heredem, qui pretium nondum exegit, aut vendidit minoris dimidia juſti pretii parte, ita ut actio ex vendito eo nomine ei competat, (ſic enim concipiendam ſpeciem contendit Cujacius *lib. 3. Pauli ad Edictum* in *d. l. 2.* quaſi remedium *legis 2. C. de reſc. vendit.* jam JCtorum tempore obtinuerit, quod probabilius negant Pinell. in *d. l. 7. part. 1. c. 1. C. de reſcindenda venditione.* Giphanius *ibi quæſt. 2.* Caſtillo *controverſ. c. 8. num. 1.*) inde duntaxat depoſiti teneri, ut actiones contra emptorem cedat deponenti. *d. l. quod ſi in diem 16. §. idem Julianus. l. quod ſi poſſeſſor 31. ff. de hereditatis petitione.* plane ſi rem depoſitam nolit redimere, & poſſit, veluti ſi vendiderit ſub pacto de retrovendendo. *l. 2. C. de pact. inter emptorem & venditorem.* in id depoſiti tenetur; hoc enim ipſo dolo facit. *l. dolus 44. ff. mandati.* ſive, ut lenius ſcriptum eſt in *l. plane 3. hoc tit.* non caret culpa lata, ſcilicet, quæ dolo proxima eſt, & ſimpliciter culpa appellatur, ut in *l. quod ſervus 11.* ubi Fulgos. *hoc tit.* ſed etſi res depoſita, vel redemptione, vel alia ratione in heredis poteſtatem pervenerit, & nolit reddere, depoſiti actione cogetur, qua quamvis ante non tenebatur, quia bona fide vendiderat, tenebitur nunc, quia dolo malo retinet. *d. l. plane 3.* cujus hæc eſt ſententia, non uſque adeo vulgo intellecta, ut ait Fulgoſius in *l. penult. num. 4. C. hoc tit.* Barboſa in *l. ſi alienam 12. num. 26. ff. ſoluto matrim.* eſt enim illud in actione depoſiti ſingulare, ut, quamvis re ſine dolo depoſitarii amiſſa ceſſare actio videatur, ſuſcitetur tamen, ſi res ad depoſitarium redierit, quaſi tacite renovato depoſito propter bonam fidem. *l. 1. §. ſi rede ſcribit. l. ſi ſine 20. hoc tit.* cum tamen in aliis actionibus ſit, in quibus cautio a debitore poſtulatur, quia, quamvis res ad eum redierit, non tenetur veteri actione. *l. ſi procuratorem 8. §. ult. ff. mandati. l. 5. §. item ſi quis de condict. cauſſa data.* notant Cujacius *lib. 22. obſervationum c. 30.* & *lib. 18. Pauli ad Edictum* in *d. l. ſi ſine 20.* ubi poſt Claſſicos Faber, & in *d. l. ſi procuratorem 8. §. ult.* quibus & aliud ſingulare quoque cum Cujacio *ubi proxime* conjungimus, ut quamvis in ſervum depoſitarium ob dolum in ſervitute admiſſum depoſiti actio poſt manumiſſionem non detur. *l. 1. §. ſi apud ſervum ff. hoc tit.* quoniam ex contractu actio manumiſſum non ſequitur. *l. 1. & 2. C. an ſervus pro ſuo facto.* ſi tamen poſt libertatem rem teneat, nec reddat, depoſito obligabitur, quaſi depoſito tacite reſervato ob dolum præſentem actio ſuſcitetur. *l. ſi apud 21. ff. hoc tit.* ubi ſic exponit Faber. ſentit Donellus in *l. 1. num. 8. C. an ſervus pro ſuo facto.* Fulgoſius in *l. Pomponius 15. de negotiis geſtis.* Cujacius *lib. 60. Pauli ad Edictum ibidem.* quamvis aliter poſt Bartolum Pacius *cent. 4. quæſt. 76.* Pichardus in *§. actionum quæſt. 20. num. 17. inſtit. de actionibus.*

F I N I S.

FRAN-

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO.

ANTECESSORIS SALMANTICENSIS

TRACTATUS

DE SENATUSCONSULTIS

ET CONSTITUTIONIBUS CIRCA MORAM IN FIDEICOMMISSARIA LIBERTATE FACTIS

Ad textum in L. cum vero 26. §. ſubventum 7. L. ſi eum 28. §. ſi quis ſervum 4. L. non tantum 51. §. SCto 4. cum L. ſequenti. L. ſi quis rogatus 53. D. de fideicom. libertatib. L. ancillam. 17. C. eodem tit.

IN ACADEMIA SALMANTICENSI DICTATUS.

§. I. Ex Foro ad Scholam veluti poſtliminio redimus, & poſt pragmaticam Agricultorum commentationem ſubtiliorem aliam ſcribimus ad eas leges, quæ paucis lectæ aut intellectæ. Monemus itaque breviter, libertatem per fideicommiſſum relictam ab eo, qui rogatus eſt manumittere, præſtari debere. *§. libertas inſt. de ſi. g. reb. per fideic. l. libertates* 16. *l. Paulus* 39. *h. t.* cum autem fideicommiſſariis libertatibus favor quoque exhiberi ſoleat & debeat, ne deſtinatæ intercidant, vel impedimentum patiantur. *l. cum vero* 26. *in fine princ. & §. ſi pro non ſcripto h. t.* juncta *l. pœnales* 32. *§. ult. ad leg. Falc.* maxime adverſus moram & fruſtrationem eorum, qui rogati ſunt, ſine quorum facto præſtari non poſſunt. *l.* 1. *l. ſi ſervus* 11. *C. h. t.* facta hac de cauſſa SCta ſunt ad fideicommiſſarias libertates pertinentia, quæ ſignificantur in *l. apud Julianum* 20. *h. t.* & in *l. qui ſe dicit* 67. *in fin. de judic.* recenſet Accurſ. *ibi.* & in *d. l. ſi ſervus* 11. *C. h. t.* Gothofred. *p.* 7. *de S. C. Rubriano.* Placentinus *lib.* 5. *de S. C.* Ant. Aug. *eodem tract.* Cujac. in *recitationibus ad hunc tit.* & *lib.* 11. *quæſt. Papin.* in *l. ſi impuberi* 18. *de tutor. dat. ab his.*

§. II. Inter hæc autem SCta primum & primarium eſt *Rubrianum*, factum Rubrio Gallo & Cælio Hiſpone conſulibus (non ordinariis ſcilicet, ſed ſuffectis, ut cenſet Ant. Aug. *de SCtis verbo Rubrianum*) Imperatoris Trajani temporibus; ejus verba hæc fuerunt: *ſi hi, a quibus libertatem præſtari oportet, evocati a Prætore adeſſe noluiſſent, ſi cauſſa cognita Prætor pronunciaſſet, libertatem his deberi: eodem jure ſtatum ſervari ac ſi directo eſſent manumiſſi. l. cum vero* 26. *§. ſubventum* 7. *h. tit.* notant præter laudatos *ubi proxime.* Placentinus & Hotom. *verbo Rubrianum.* Connan. *lib.* 2. *com. cap.* 4. *num.* 6. Coſtan. *quæſt. jur. cap.* 2. *num.* 10. Cujac. *tract.* 9. *ad Afric:* in *l. ſi is cui* 44. *h. t.* Donell. *lib.* 2. *com. cap* 12. Giphan. in *l.* 4. *C. h. t.* Sed ut SCti verba luſtrando illuſtremus, in primis prænotandum eſt, id ad directas libertates non pertinere, quæ non præſtantur nec petuntur, ſed competunt. *l. pen. §.* 1. *h. t.* ſed ad fideicommiſſarias, quas deberi aut præſtari oportere proprie dicimus, & ideo ſi non debeantur, quamvis Prætor per obreptionem deceptus pronunciaverit, deberi ex SCto, non competunt, quia decretum nullum eſt. *l.* 1. *§. hæc verba. ne vis fiat ei. l. magis §. pen. de reb. eor. d. l. cum vero* 16. *§ hoc S. C. Rubriano* 8. ubi poſt Alber. Bart. & Gothofred. *p.* 7. *de S. C. Rubriano verſ. illud autem.* Gratian. *diſcept. for. tom.* 1. *cap.* 122. *num.* 8. ſed ſi libertas ſub conditione dandi aut faciendi ſervo hereditario data ſit, & per eum non ſtet, quominus impleatur, herede latitante ſervus ad libertatem directam ex Rubriano SCto perveniet. *l. ſi pater* 47. *§ ſi Stichum in fine h. t.* ubi Cuj. *lib.* 47. *Pand. Julian.* juncta *l. libertate* 55. *de manum. teſtam.* nec refert, in dando aut in faciendo conditio conſiſtat, an in aliquo caſu ſcilicet voluntario, ut loquitur *l.* 4. *C. de inſt. & ſubſt.* cui heres impedimentum facit, quomodo ſubaudiendum eſt in *l. ſi filius* 33. *§.* 1. *h. t.*

§. III. Rurſus hæc verba, *a quibus libertatem præſtari oportet*, omnes complectuntur, qui fideicommiſſariam libertatem debent, heredes legatarios & fideicommiſſarios. *d. l. cum vero §. SCtum* 10. *l. ſi is cui* 49. *h. t.* unde ſi legatarius rogatus manumittere præſens ſit, heres autem poſt hereditatem aditam latitet, deficit SCtum, quia præſens eſt, qui manumittere debet; ſed pone legatarium nondum dominium ſervi nactum eſſe, veluti ſi ei per damnationem legatus eſt, quo caſu non eſt ejus dominus, antequam ab herede accipiat, ut docet Cajus *lib.* 7. *inſtit. tit. de legat.* & ideo manumittere non poteſt. *d. l. cum vero* 26. *§ ult.* quam ſic expono ex jure vetere, cujus ignorantia fluctuat Accurſ. & Alber. prænotavit Morla in *empor. tit.* 8. *quæſt.* 3. *num.* 14. *in fin.* cum autem hoc caſu Principem adeundum eſſe, ut libertati ſubveniret, ſcripſiſſet Paulus in *l. itaque* 27 *h. t.* Fab. *lib.* 18. *conject. cap.* 12. *in fin.* ſive Prætorem, ut vult Merill. in 50. *deciſ.* in *l. ult.*

num. 6. C. h. t. ubi Juſtinianus conſtituit, poſt duos menſes litis cum herede conteſtatæ legati nomine ſervum perinde liberum fieri, ac ſi manumiſſus eſſet a legatario, cui patronatus jus integrum reſervatur. l. ult. C. h. t. notat Cujac. de diverſ. præſcript. cap. 13. & in recitation. C. h. t. in fine. Merill. ubi ſupra. quibus jungendi Fab. de error. Pragm. decad. 98. error. 4. & laudati ab Hillig. ad Don. lib. 2. cap. 4.

§. IV. His conſequens eſt, ut ſi heres, quem manumittere rogatus eſt, vendiderit & præſens ſit, cum libertas petitur, emptor autem latitet, Rubriano SCto locus ſit, quia abeſt is, a quo libertatem præſtari oportet. ut ſcriptum eſt in l. ſi eum 28. h. t. Cujac. lib. 18. obſ. cap. 19. quamvis ſervus, cui fideicommiſſaria libertas relicta eſt, interim ab herede vendi poſſit, venditur enim cum ſua cauſſa, ſive cum ſuo onere præſtandæ libertatis ab emptore, *ſi hoc maluit is cui rogatus eſt*; ſic enim legendum eſt. l. generaliter 24. § ult. verſ cogetur h. t. in quo errat Alciat. lib. 1. diſpunct. cap. 14. ſervi enim, cui rogatus eſt heres libertatem dare, electio eſt an ab emptore vel herede manumittatur. d. l. generaliter 24. §. ult. l. non tantum 51. §. is cui per fideicommiſſum h. t. l. Titius 43. de act. empt. ubi Cujac. lib. 5. quæſt. Pauli, & tract. 8. ad Afric. in l. cum & forte 44. de act. emp. Plane ſi ab herede vult manumitti, Marcellus ait in l. quidam 10. §. 1. h. t. *non eſſe interveniendum ei*, (hoc eſt contradicendum, ut Accurſ. ibi explicat, quo ſenſu Prætor intervenire dicitur, cum fieri impedit aut compellit. l. quædam 9. de edendo. l. ſi noxale 27. de noxalibus.) *cui heres præſens erit, emptor latitavit: quoniam poterat uti SCto* (Rubriano), *ut quaſi ex teſtamento ad* (directam) *libertatem perveniat*. d. l. quidam 10. §. 1. cujus verba ita exponenda & componenda ſunt, niſi, ut ſuſpicor, altius mendum habeant.

§. V. Illud eadem ratione fit, ut heres rogatus manumittere, qui hereditatem ex Trebelliano SCto reſtituit, adhuc cogatur manumittere, quia ſervus reſtitui fideicommiſſario non debuit, & ideo latitante herede proprie Rubriano SCto locus ſit, vel aliis SCtis, de quibus nos poſtea, ſi ex juſta cauſſa abſit. l. apud Julianum 20. h. t. Si tamen fideicommiſſarius traditum per errorem ſervum *ſuſceperit*, quomodo ſcriptum & ſcribendum eſt in d. l. apud Julianum 20. non *uſuceperit*, ut perperam emendant Forner. lib. 3. ſelect. cap. 11. Cujac. lib. 13. obſervat. cap. 16. poterit ſervus eligere, an ab eo vel herede manumittatur, & fideicommiſſario latitante ad libertatem ex Rubriano SCto perveniet exemplo emptoris. d. l. apud Julianum 20. notat Cujac. lib. 9. reſp. Pap. in l. fideicommiſſaria 25. §. 1. h. t.

§. VI. Ait rurſus SCtum: *evocati a Prætore, adeſſe noluiſſent; ſi cauſſa cognita Prætor pronunciaſſet, libertatem his deberi*: quibus ex verbis duo breviter notanda. Primum, ut ex Rubriano SCto libertas competat, neceſſe eſſe eos, qui libertatem debent, evocari denunciationibus, aut litteris, aut edictis. d. l. cum vero 26. §. evocari h. t. illuſtrant Gothofred. part. 7. de S. C. Rubriano. verſ. quinto. Rævardus protribun. cap. 3. Hillig. ad Don. lib. 23. cap. 2. Litt. F. & evocatos adeſſe nolle, dum vel latitant vel venire contemnunt. l. ſi eum 28. §. 1. ubi Alber. h. t. Alex. in l. ſi finita 15. § Julianus num. 58. de damno infecto. Ideoque juſte impediti, quominus veniant, SCto Rubriano non continentur. l. neque 36. ff. h. t. de qua poſtea opportunius. Secundum eſt, quamvis regulariter non conteſtata lite contra abſentem nec cognoſci nec pronunciari definitive poſſit. l. ult. §. ult. C. de tempor. appellat. cap. 1. x. ut lite non conteſtata. de libertate tamen fideicommiſſaria, ſi evocati latitent, cognoſcet Prætor, & ſi deberi conſtiterit, pronunciabit deberi. l. ſi ſervus 11. C. h. t. l. qui ſe 67. in fin. de judic. l. 5. tit. 16. Part. 3. l. ſi eum 28. §. ult. h. t. Rævard. protribun. cap. 2. idemque eſt, quoties de ſtatu aut libertate hominis ſive eccleſiæ agitur. l. juſta 40. C. de liber. cauſ. cap. cum olim 34. de teſtib. & atteſtat. docet Bart. num. 41. in d. l. ſi finita 15. §. Julianus. Alex. ibidem num. 89. Greg. in d. l. 5. gloſſ. 2. Paz in praxi tom. 2. cap. unic. num. 14. utcumque controvertant Bolognet. num. 150. & ſeq. Michael Ureuzzo num. 195. in d. §. Julianus.

§. VII. His itaque concurrentibus, vult Rubrianum SCtum, ſervis *eodem jure ſtatum conſervari, ac ſi directo manumiſſi eſſent*. quibus verbis ſicut ſervorum libertati pleniſſime ſubvenit, quibus directam competere voluit non fideicommiſſariam libertatem, uti SCta Juncianum aut Dafumianum, de quibus poſtea; unde plerumque SCti verbo in hoc tractatu Rubrianum ſignificatur & intelligitur. l. quidam 10. §. 1. h. t. l. 4. ubi Giphan. C. h. t. l. filium 27. §. 1. quando dies legat. cedat. Cujac. lib. 18. obſ. cap. 19. & 20. & lib. 26. cap. 31. ita eos, qui fideicommiſſariæ libertati moram fecerunt, pœnam pati voluit. l. ſi filius 33. §. 1. h. t. & quidem juſtiſſimam, quia, quemadmodum *præcipuum amicorum munus eſt, quæ defunctus voluerit, exſequi, & quæ mandaverit, meminiſſe*, ut ajebat Germanicus apud Tacitum lib. 2. Annal. ita inimici heredis nihil magis impium eſt, *quam teſtatoris differre voluntatem, maxime cum ad libertatem reſpiciat*, ut inquit Juſtinianus in l. ancillam 15. C. h. t. & ideo Rubrianum SCtum directam libertatem competere voluit, ut teſtatoris libertus fieret, quaſi teſtamento manumiſſus, non facto heredis, qui ſi manumiſiſſet, eum haberet. d. l. ſi filius 33. §. 1. §. qui autem inſt. de ſingulis reb. Igitur libertus Orcinus fit. l. ſi is cui 49. h. t. l. 1. §. plene de legat. tut. d. §. qui autem. hoc eſt libertus defuncti, qui jam *in peculio Proſerpinæ & Orci familia numeratur*, ut Apulejus loquitur lib. 3. de aſin. ubi vide Beroald. Cujac. tract. 9. ad Afric. in d. l. ſi is cui 49. poſt alios Pich. in d. §. qui autem. Hillig. ad Donel. lib. 2. cap. 12. litt. B. Sic *orcini Senatores* apud Suetonium, qui mortuo Cæſare in curiam irruperant. Victor. lib. 16. Var. Lect. cap. 76. Palmer. in Spicileg. ad Plautum pag. 664. Connan. lib. 2. cap. 4. num. 5. & idcirco, quamvis proprie nullius libertus dicatur, quia defunctum patronum habet. l. 4. de bon. libert. ad familiam tamen defuncti pertinet, cujus quodammodo libertus eſt. d. l. 3. §. plane. l. unic. §. ſed & ſi ſub conditione C. de latina liber. toll. Cujac. lib. 3. obſ. cap. 23. & lib. 10. quæſt. Pap. in l. ſi ſocius 48. de man. teſt. Proinde ſi defuncti filius idemque heres rogatus manumittere libertati impedimentum fecerit, & ſervus ex Rubriano SCto ad directam libertatem pervenerit, amittit quidem libertum tanquam heres, ſed alio jure eum conſequitur, ſcilicet tanquam filius defuncti, & ex ejus familia. d. l. ſi filius 33. §. 1. Nec tamen ideo filii tergiverſatio omnino impunita manet, quia ſi poſtea hunc libertum capitis accuſaverit, contra tabulas ejus bonorum poſſeſſionem petere non poterit, quaſi defuncti filius. l. filius 9. §. ult. de jur. patron. l. 8. §. ſi capitis. l. qui major 14. de bon. libert. quæ ei non denegaretur, ſi primus patronus & manumiſſor eſſet, ut indicatur in d. l. ſi filius 33. §. 1. ubi Accurſ. Cujac. lib. 42. Pauli ad Edict. in l. qui in ſervitutem 9. de bon. lib. & lib. 4. obſ. cap. 13. & ad tit. de jure patron. & lib. 19. quæſt. Papin. in l. filius 42. de bon. lib. Greg. in l. ult. gloſſ. 13. tit. 22. Part. 4. in quo peccat Gothofred. de Rubriano S. C. verſ. item locum.

§. VIII. Illud ex ſuperioribus verbis intelligimus, loqui SCtum de ſervo hereditario, qui defuncti proprius fuit, non de alieno, quem teſtator nec directo manumittere potuiſſet. d. §. qui autem inſt. de ſingul. reb. l. ſervus 35. de manum. teſt. Nec SCtum, quod teſtatoris factum repræſentat, ac ſi ab eo directo manumiſſus eſſet. l. 5. h. t. obſervat poſt Accurſ. in l. ſi eum 28. §. ſi quis ſervum h. t. Azo in ſum. C. h. t. num. 9. Gothofr. de Rubriano S. C. verſ. 4. Cujac. lib. 57. Pauli ad Edictum in d. l. 5. h. t. unde etiam fit, ut heres vel legatarius, qui libertati fideicommiſſariæ & voluntati defuncti monitus a Prætore intra annum non obtemperaverit, lega-

legatum tamen vel hereditatem non amittant, quoniam hæc pœna non incurritur, quotiens quod teſtator fieri voluit, lex repræſentat. *Auth. hoc amplius C. de fideicommiſ.* ubi Bald. *num.* 17. *Novell.* 1. *de hered. & Falcid.* §. *his igitur coll.* 1. ubi Cujac. & utrobique ante omnes Accurſ. quem ſequitur Covarr. in *cap. ſi heredes num.* 7. *in fin. de teſtam.*

§. IX. Porro cum Rubrianum SCtum de his, qui juſta cauſſa abſunt, & ſervis non hereditariis non loqueretur, ut notavimus ſupra §. 6. & 8. in utrumque caſum duobus SCtis ſubventum eſt. Daſumiano & Junciano. Primum itaque Daſumiano, quod Hadriani temporibus veriſimile factum eſt, ex *l.* 5. *in fine* juncta *l. ſi legatarius* 22. §. *ult. h. t.* obſervat Gothofr. *p.* 7. *de SCtis.* & corrupte vocat Damuſianum, cautum eſt, *ut ſi ex cauſſa juſta abſit, qui fideicommiſſam libertatem debet*, (ſervo ſcilicet hereditario) *& hoc pronunciatum fuerit, perinde libertas competat, atque ſi, ut oportet, ex cauſſa fideicommiſſi manumiſſus eſſet. l. non tantum* 51. §. *SCto h. t.* Sic enim nec libertas impeditur, nec his, qui fraude carent, jus patronatus eripitur, quia, cum ex fideicommiſſo manumitti videatur, eorum qui rogati ſunt ſit libertus. *l. neque* 36. *verſ. quid ergo.* juncto § *qui autem inſt. de ſing. reb.* notat Azo in *ſum. C. h. t. num.* 9. Connan. *lib.* 1. *comm. cap.* 4. *num.* 6. ſed cum de heredibus duntaxat cautum eſſet, expreſſum eſt eodem SCto, ut in quocumque fideicommiſſariæ libertatis debitore idem eſſet. *d. l. non tantum* 51. §. *& quia.* cujus contextum varie emendant Placent. Ant. Auguſt. & Hotoman. *de SCtis verbo Daſumianum.* cum autem fieri poſſit, ut ex pluribus manumittere rogati alii latitent, alii præſentes, vel ex juſta cauſſa abſentes aut impediti ſint, eodem SCto comprehenſum eſt, Prætorem pronunciare debere fideicommiſſariam libertatem competere, & in decreto ſimul exprimere, qui ex juſta cauſſa, & qui fruſtrandæ libertatis gratia abſint. *l. ſi legatario* 22. §. *ult. in fin. h. t.* quo pacto quamvis eorum etiam, qui latitant, libertus fieri videretur, quaſi ex fideicommiſſo manumiſſus. §. *qui autem.* eorum tamen duntaxat efficitur, qui libertati moram non fecerunt, quoniam ab his ſolis manumiſſus fingitur ex reſcripto Divi Pii & Divorum Marci & Veri. *l. cum quaſi* 30. §. *adeundus*, & § *ſi alter. l. ſi eum* 28. § *eorum h. t.* & hoc eſt, quod dicitur latitantis partem his prodeſſe, qui ex juſta cauſſa abſunt. *l.* 1. *h. t.* nempe ut eorum libertus fiat ex Daſumiano SCto, ut contra Accurſ. interpretatur Alber. *d. l.* 1. Cujac. *lib.* 2. *quæſt. Pap.* in *d. l. legatario* 22. § *ult.* eoque referenda eſt inter eos, qui latitant aut ex juſta cauſſa abſunt, frequens in hoc tractatu diſtinctio. *l.* 1. *l. herede* 19. *cum l. ſeq. l. cum quaſi* 30. §. *adeundus. l. ſi pater* 47. §. *ſi Sticho h. t. d. l. ſi legataria* 22. §. 1. jungendus Cujac. in *recitat. C. h. t. in princ* & *lib.* 18. *obſ. cap.* 19.

§. X. Deinde cum iniquum eſſet, libertatem ſervo non hereditario per fideicommiſſum relictam mora rogati auferri, vel differri deficiente in hac ſpecie Rubriano SCto, factum eſt SCtum Æmilio Junco & Julio Severo Conſulibus, cujus verba extant in *l. ſi eum* 28. §. *ſi quis ſervum h. t.* & Vincianum aut Æmilianum mendoſe nuncupat Accurſ. cum Juncianum vocetur, ut loquitur ex Pandectis Florentinis in *l. non tantum* 51. §. *ſed ſi non hereditarium h. t.* notat Ant. Aug. *de S. C. verbo Juncianum.* nempe a Junco Conſule, cujus mentio apud Juvenal. *ſatyr.* 15. *verſ.* 27. ibi: *ſed nuper Conſule Junco.* ubi obſervat Hotm. poſt Cujac. in *paratitl. h. t.* & *lib.* 11. *quæſt Pap.* in *l. ſi impuberi* 13. *de tutor. dat pag. mihi* 9. & apud Lamprid. in *Commodo* quamvis ibi dubitet Caſaub. ejus ſententia fuit, ut ſi is, qui libertatem ſervo non hereditario, ſed proprio, qui rogantis non fuit, per fideicommiſſum debet, abſens ſit, ſive adeſſe negabitur, a præcone ſcilicet, qui evocatum abeſſe pronunciat, ut exaudit Rævard. *protribun. cap.* 22. ſi Prætor cauſſa cognita pronunciaverit libertatem, ſi præſens eſſet, præſtari debuiſſe, idem juris eſſet, ac ſi ex fideicommiſſo manumitteretur. *d. l. ſi eum* 28. §. *ſi quis ſervum. d. l. non tantum* 51. § *SCta.* cum autem non proprium, ſed vel alienum vel communem vel eum, in quo uſusfructus alienus eſt, heres manumittere rogatus eſt, libertati ſubveniri debere ex SCto ſcribit Julianus in *l. ſi pater* 47. § 1. *h. t.* non ex Rubriano SCto, ut perperam ibi exponit Cujac. *lib.* 42. *Dig. Juliani.* nec ex alio SCto, ut vult Accurſ. ſed ex Junciano, cujus verba quamvis hunc quoque caſum contineant, quia de omni ſervo non hereditario loquuntur. *d. l. ſi eum* 28. §. *ſi quis ſervum.* in ſervo tamen communi ſingulari æquitatis ratione, ſive *non inique*, ut ait Julianus, admittuntur, quia ſine auxilio SCti libertas ab herede de ſervo communi data nullius momenti eſſet, & ſocio pars manumittentis accreſceret ex ſententia ipſius Juliani & Sabinianorum, quæ jure vetere obtinuit. §. *erat olim inſt. de donat. l.* 1. *C. de comm. ſervo manumiſſ.* eodem SCto exprimi, ut emptor quoque manumittat, ſubjungit Marcianus in *l. non tantum* 51. §. *emptor, & ſeq.* idque ad Juncianum referunt conſtanter Ant. Aug. & Hotman. *de S. C. verbo Junciano.* Ego non refero ad illud, quia emptoris perſona fruſtra Junciano SCto exprimeretur, cum de omnibus, qui libertatem debent, abſolute loquatur *d.* §. *ſi quis ſervum.* tum quia poſtea ſubjicitur ex eodem SCto, coheredem præſentem perinde manumittere cogi, ac ſi ſervum a coherede redemiſſet, quod in eo ſervo proprie accidit, qui cum teſtatoris fuiſſet, poſtea coheredum communis factus eſt, ut colligitur ex *l. cum quaſi* 30. §. *ſi plures. l. ſi is cui* 49. *in fin. h. t.* & ideo cum SCto Junciano tribui nequit, quod ſcriptum eſt in *d.* §. *emptor.* referendum eſt ad Daſumianum, de quo ante in *l. non tantum* 51. §. *SCto.* quod cum initio de herede ſervum hereditarium manumittere rogato loquutum eſſet, poſtea emptorem quoque expreſſit, & denique omnes qui libertatem deberent. *d. l. non tantum* 51. §. *& quia*, & §. *emptor.*

XI. Ex ſuperioribus elucet nobilis differentia inter Rubrianum SCtum, quod ſervo hereditario directam libertatem tribuit, & Juncianum, quod ſervo hereditario vel alieno fideicommiſſariam libertatem repræſentat, quia directam non potuit. *arg.* §. *qui autem inſt. de ſingul. reb.* notat Accurſ. in *d.* §. *ſi quis ſervum.* & in *l. qui* 67. *de judic.* & in *l. ſi ſervus* 11. *C. h. t.* Alber. in *d. l. cum vero* 26. § *ſubveniendum.* Azo in *ſum. C. h. t. num* 9. unde illa quoque ignotior non ignobilior differentia deſcendit, ut ex Rubriano SCto non aliter libertas competat, quam ſi qui debent evocentur legitime. *d. l. cum vero* 26. §. *evocari.* quia iniquum eſſet, directa libertate data jus patronatus abſenti eripi, niſi per evocationem conſtaret latitare; ex Junciano tamen & Daſumiano SCtis non eſt ſemper neceſſe, abſentem evocari, veluti ſi alibi domicilium habeat, qui rogatus eſt, alibi petatur libertas. *d. l. ſi eum* 28. §. *ult.* nam & ſi hoc caſu ex SCto Articulejano poſſit Præſes Provinciæ de libertate cognoſcere, quamvis alterius provinciæ ſit, qui debet. *d. l. non tantum* 51. §. *ſed Articulejano.* juncta *l. neque* 36. § *ult. h. t.* abſentem tamen evocare non debet, quia fideicommiſſaria libertate repræſentata jus patronatus ei non adimitur. *d. l. ſi eum* 28. §. *ult.* ubi præſentit Accurſ. Alber. an autem ſive latuerit, ſive ex juſta cauſſa abſit, qui libertatem debet ſervo proprio, jus patroni ei reſervetur, quæſtionis impeditæ eſt. Mihi tamen placuit jam olim, eum etiam, qui latitaverit, patronum eſſe ex ipſiſmet Junciani SCti verbis, quæ juſtam cauſſam abſentiæ ab injuſta non diſtinguunt, idemque juris eſſe voluit, ac ſi ex fideicommiſſo manumitteretur. *d.* §. *ſi quis ſervum.* quod ſi fieret, dubitari non poſſet, quin rogatus patronus ſit, quamvis coactus manumiſerit. *l. ſi impuberi* 13. §. 1. *de tutorib. datis ab his.* ſentit Gothofr. *p.* 7. *in Junciano.* & aperte Accurſ. in *l.* 1. §. *interdum, verbo non habere de legit. tutor.* Alber. in *l.* 5. *h. t.* Cujac. in *recitat. C. h. t.* ſane cum eadem ratione, quo ad

Digitized by Google

libertatem ex Junciano SCto attinet, non diſtinguitur, an ea juſta cauſſa vel injuſta abſit, qui debet, quia omnimodo libertas ſervo ſervatur. *l. ſi quis poſtea* 29. *h. t.* Cujac. *lib.* 18. *obſ. cap.* 19. eodemque etiam latitante pro abſenti haberi, ut ad libertatem ſervus ex Junciano SCto perveniat, conſtituit D. Pius, cujus reſcriptum ita interpretor in *d. l. non tantum* 51. §. *ſive* 9. *h. t.* idem etiam Princeps eum, qui ſervum proprium rogatus manumittere latitavit, ſic puniendum ſcripſit, ut patroni jus amitteret in eo, qui ex Junciano SCto libertatem fideicommiſſariam conſequitur. *l.* 1. §. *interdum de legitim. tut.* juncta *d. l. ſi eum* 28. §. *ult.* ſcilicet ut, quod ad effectum & commodum hereditatis liberti, quem noluit manumittere, pro patrono non habeatur, quamvis ſubtili jure ejus quaſi ex fideicommiſſo manumiſſi patronus eſſet, & ideo tutelam legitimam ſine hereditate ſubire cogatur. *d. l.* 1. §. *interdum.* quod in eo, qui ex Rubriano SCto manumittitur, contra eſt. *d. l.* 1. §. *plane de leg. tut.* docet poſt Accurſ. Cujac. *lib.* 11. *quæſt. Pap.* in *d. l. ſi impuberi* 13. *de tutor. dat. ab his.*

§. XII. Verum cum ex Rubriano Junciano & Daſumiano SCtis libertas non competat, niſi poſt pronunciationem Prætoris decernentis deberi, ideoque partum ejus, cui fideicommiſſaria libertas debetur, quamvis poſt moram rogati, ſervum eſſe, ut pote ex ancilla matre natum neceſſe ſit. *arg. l. ſi quis ſervo* 84. *d. l.* 2. juncta *l.* 9. *C. de rei vindicat.* conſtitutum eſt, exinde liberum naſci & ingenuum partum, ex quo mora libertati matris facta eſt, hoc eſt, ex quo libertas a matre petita eſt, ut exprimitur in *l. cum vero* 26. §. *apparet. l. ſi quis rogatus* 53. *h. t. l.* 1. §. *quæritur. de ſuis & legit. l.* 1. §. *interdum ad SCtum Tertull. l.* 4. & 5. *C. h. t.* ubi Giphan. Cujac. *lib.* 8. *obſ. cap.* 20. Connan. *lib.* 2. *com. cap* 4. *num.* 6. Donell. *lib.* 2. *com. cap.* 17. ubi Hillig. *lit. F. l. Thais* 41. §. *Lucia h. t.* & ideo, ſi libertas petita non ſit, quamvis jam deberetur, interim progenitus ſervus naſcitur. *d. l.* 4. *C. h. t.* ubi Cujac. in *recitat.* quamvis diſſentiat Merill. in 50. *deciſ.* in *l. fin. C. ad SCtum Orfitianum.* quamvis ex quo peti potuit libertas, matri poſtea liberæ partus tradi debeat, ut ab ea manumittatur. *d. l. cum vero* 26. §. *apparet*, & §. *idem Imperator.* juncta *l. ſi quis rogatus* 53. §. 1. *l. pen. h. t.* videndus Cujac. & Accurſ. in *l.* 3. *C. h. t.* Azo in *ſum. ibidem num.* 10. nec me movet, quod ſcriptum eſt in *l. ſi quis rogatus* 53. *h. t.* quippe omiſſa ſubauditione Alberic. *ibidem* ego ex juris ratione & verborum novitate audenter ſuſpicor, a Triboniano adjecta eſſe, reſpiciente ad novas Juſtiniani conſtitutiones in *l. ancillam* 15. *C. h. t.* & *l. fin. C. ad S. C. Orfitian.* quibus efficitur, ut ex quo libertas deberi cœpit, mora ei fieri videatur ab eo, qui non obtulit, ut exinde ingenuus partus naſcatur, & matri ex Orfitiano SCto ſuccedat, de quo Merill. in 50. *deciſ.* in *d. l. ult. C. ad S. C. Orfitianum.*

F I N I S.

FRAN-

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI DIGESTI VETERIS CATHEDRÆ ANTECESSORIS.

A D

TITULUM D. DE SERVITUTIBUS COMMENTARIUS.

PUBLICE RECITATUS ANNO MDCXXXI.

Q*uædam exercendi tantum ingenii cauſſa quæruntur, & ſemper extra viam jacent quædam, & dum quæruntur oblectamento ſunt, & quæſita uſui*, ut eleganter Seneca *lib. 6. de beneficiis cap.* 1. ad poſteriorem quærendorum noſtra hæc de *Servitutibus* tractatio pertinet, quæ cum tota ſubtilis ſit, & argumentabilis, ut Albericus loquitur in *rub. hujus tit.* utiliſſima etiam eſt, & quotidiana in forenſibus controverſiis, in quibus ſæpe luminum, ſtillicidiorum, & aliarum ſervitutum jura verſantur, ut vel affirmat Craſſus apud Ciceronem *lib. 1. de oratore.* nos, ut in uſum veſtrum, & ex Academiæ more & præſcripto interpretemur, nobiliores hujus tituli leges proprio & perſpicuo commentario illuſtrabimus, & in primis Rubricam primæ legi conjunctam, quoniam utriusque loci explicatio definitionem diviſionemque ſervitutum, & generalia quædam illarum principia requirit, quæ ſeparari aut non inculcari ratio non patitur.

PARS PRIMA.

AD RUBRICAM ET LEGEM I. D. DE SERVITUTIBUS.

CAPUT PRIMUM.

De Nomine Servitutum.

§. I. De re dicturis prius nominis notio & ambiguitas explicanda eſt; ſciendum ergo eſt, *Servitutis* nomen varie uſurpari, plerumque enim & proprie accipitur pro ſtatu & conditione eorum hominum, qui dominio alieno ſubjiciuntur, quorum ſubjectio *ſervitus* dicitur, & ipſi *ſervi. l. 4. ff. de ſtatu hominum. l. 4. ff. de juſtitia & jure. §. ſervitus inſt. de jure perſonar.* interdum minus proprie pro quacunque alia animi aut corporis ſubjectione, ut in *cap. ſexto die extra 35. diſtinct.* & apud Divum Paulum Ep. I. *ad Corinthios*, & *ad Galatas cap.* 4. & in celebri paradoxo Stoicorum, ſolum ſapientem liberum, malos aut ſtultos ſervos eſſe, de quo videndus Lipſius *lib.* 3. *ad Philoſophiam Stoicam diſcept.* 12. ſæpe etiam ſervitus vocatur jus in re aliena, ſive ipſius rei qualitas & conditio. *l. ſi via* 23. *§. ſi fundus ff. de ſervitutibus ruſticorum præd. l. qui fundum* 12. *ff. quemad. ſervitut. amittantur. l. quid aliud* 86. *ff. de verbor. ſignificat.* per quam dominus aliquid, quod alteri utile ſit, in ſuo pati aut non facere cogitur. *l. quoties* 15. *in princ.* & *§.* 1. *hoc tit. l. de pupillo* 5. *§. & belle ff. de operis novi nuntiat.* in hac autem poſtrema ſignificatione *Servitutis* vox in materia noſtra uſurpatur, & reſpectu domini, qui in re ſua ſubjectionem illam alteri debet, ſervitus dicitur, reſpectu autem illius, qui in re aliena facultatem illam habet cogendi dominum aliquid in utilitatem perſonæ ſuæ vel prædii pati aut non facere, jus vocatur vel prædii vel perſonæ. *l. 1. ff. de uſufructu. l. 1. ff. de ſervitut. urbanor. præd. l. 1. ff. de ſervitut. præd. ruſtic. §. ult. inſt. de rebus corporal.* notat Cæpolla *de ſervitut. urbanor. prædior. cap.* 1. Eguinarius Baro & Duarenus in *præſenti.* Morla in *emporio part.* 1. *tit.* 6. *in præmiſſis num* 2. & 14. Donellus *lib. 9. commentar. cap.* 21. ubi Hilligerus *litera A.*

§. II. Hæc autem ſingula, quæ ſervitutis appellatione comprehendi diximus, conveniunt quidem in æquivoco genere nominis, quia ſervitutes pariter nominantur, eoque referenda & reſtringenda eſt æquiparatio regiæ *legis in princ. tit.* 31. *Part* 3. ibi: *ſervi dumbres han los unos edificios ſobre los otros e las unas heredades en las otras bien aſſi como los ſiores en ſus ſiervos.* cæterum re inſpecta ſervitus, quam in ſervis ſuis domini exercent, diſcrepat toto genere ab illa, quæ prædii vel perſonæ jus vocatur. Prior ſervitus, & qui eam patiuntur ſervi a ſervando dicti ſunt. *l. 4. §. 1. de ſtatu hominum. l. pupillus* 239. *§.* 1. *ff. de verbor. ſig.* erudite noſter Solorzano *lib.* 3. *de Indiarum jure cap.* 7. *num.* 9. poſterior ſervitus a ſerviendo, quia per eam res alteri rei vel perſonæ ſervit, & in ejus utilitatem ſubjicitur. *d. l. quoties* 15. *hoc tit.* Connanus *lib. 4. comment. cap. 7. num.* 1. prior ſervitus eſt effectus dominii in ſervo proprio, ſive ſtatus & conditio hominis, qui dominio alterius ſubjicitur. *l. 4. ff. de juſtitia & jure. d. l. 4. ff. de ſtatu hominum.* poſterior autem ſervitus, de qua tractamus, eſt quaſi deminutio dominii. *l. 5. §. & belle ff. de operis novi nuntiat.* & jus in re aliena, ſive illius qualitas, per quam alii quam domino ſubjicitur, eoque ſenſu dicitur nemini rem ſuam ſervire. *l. uti frui 5. ff. ſi uſusfructus petatur. l. in re communi* 25. *ff. de ſervitutib. urbanor. præd.* prioris ſervitutis nomine directa rei vindicatio do-

mino datur, qua ſervum ſuum petat. *l. ſi mancipium 23. C. de rei vindicat: l. 1. C. de uſucap. pro emptore.* ex cauſſa autem poſterioris ſervitutis confeſſoria aut negatoria actiones dantur, per quas jus ſervitutis in re aliena alicui competere affirmatur, vel negatur. *§. æque ſi agat inſt. de actionib. l. 2. ff. ſi ſervitus vindicetur.*

§. III. Præterea ut vel conſiderat Bart. in *præſenti num. 1.* prior ſervitus & ipſi ſervi interdum ſunt ſine domino, teſte Ulpiano in *fragm. tit. 1. § ſervus. l. quemadm. 38. §. 1. ff. de noxalibus act. l. quod ſervus 36. ff. de ſtipulat. ſervorum. l. ſi uſumfructum 23. ff. de liberali cauſſa.* cui jungendus eſt Cujacius *ibidem lib. 50. Pauli ad Edictum.* Balduinus in *Scævola pag. mihi 225.* Hilligerus ad Donellum *lib. 2. cap. 9. litera K.* Solorzano *de Indiarum jure lib. 2. cap. 7. num. 33.* poſterior autem ſervitus ſine perſona aut prædio ſerviente & dominante non poteſt conſiſtere. *l. tria 31. ff. de ſervitut. præd. ruſtic. l. 1. ff. quemadm. ſervitutes amittant.* denique priori caſu ſervitus proprie opponitur libertati, quaſi ejuſdem privatio, quia quanto magis ſervus domini poteſtati ſubjicitur, tanto minorem facultatem habet faciendi, quæ velit. *d. l. 4. ff. de juſtitia & jure.* cum ſimilibus. at poſteriori caſu, cum ſervitutis & ſerviendi verbum plerumque referatur ad res inanimatas, veluti prædia, quæ nihil velle aut facere poſſunt, quemadmodum in illis libertas proprie non conſideratur, ita nec ſervitus. *d. l. 4.* & idcirco abuſive & per translationem prædia, quæ pleno jure domini ſunt, libera dicuntur nempe reſpectu domini, cui licet in iis facere quidquid libet, ſicut e contrario prædia, in quibus dominus in alterius utilitatem aliquid pati aut non facere cogitur, ſerva vocantur, quia in illis non omnia licet domino jure dominii. *l. qui uti 90. l. ſi cum fundum 126. l. non tantum 169. ff. de verb. ſig. l. traditio 20. §. 1. ff. de adquirendo rerum dominio. l. certa 13. §. 1. ff. de ſervitut. ruſtic. præd. l. ſi tibi 8. ff. de actionib. empti.* docent poſt Fulgoſium in *præſenti num. 2.* Petrus Gregorius *lib. 4. ſyntagm. cap. 1.* Padilla in *rubr. C. hoc tit. num. 6.* Morla *d. tit. in præmiſſis num. 7.* Donellus *d. lib. 9. commentar. cap. 21.*

CAPUT SECUNDUM.

De Servitutum diviſione, & differentiis inter reales & perſonales.

§. I. Ex ſuperioribus, ut jam ad diviſionem ſervitutum pergamus, facile apparet, ineptam & vitioſam eſſe illam vulgo receptam & acceptam ab Accurſio in *præſenti*, & in *princ. inſt. hoc tit.* ubi docet, ſervitutum tres ſpecies eſſe, aliam *mere perſonalem*, nempe ſervi reſpectu domini, aliam *mere realem*, quæ a re rei debetur, quales ſunt prædiales urbanæ & ruſticæ, aliam denique mixtam, cujus ſunt duo genera, unum quod a re debetur perſonæ, ut uſusfructus fundi Titio debitus, alterum vero quod a perſona rei præſtatur, ut in *l. 71. §. Titio centum 2. ff. de condit. & demonſt. l. media 44. ff. de manum. teſt.* ſed cum ſervorum ſervitus reſpectu domini ab illa, quæ in aliena re tanquam jus perſonæ aut prædii debetur, de qua nunc agimus, toto genere & ſubſtantia differat, non poſſunt niſi inepte & intempeſtive una diviſione comprehendi, ut conſiderant aliis etiam rationibus contra Accurſ. adductis Morla *d. tit. 6. in præmiſſ. num. 7.* Pichardus in *rub. num. 7. inſt. hoc tit.* Donellus *d. lib. 9. cap. ultimo,* ubi Hilligerus *lit. D.* nec Accurſii diviſionem juvabit, ſi affirmes extare exemplum ſervitutis mere perſonalis, quæ a perſona perſonæ debetur in operis alieni ſervi, nempe cum ipſe illas alii quam domino ex teſtamento vel contractu præſtare cogitur, ut probari videtur in *l. 1. in fine tit. 31. Part. 3.* & ſequuntur poſt Jaſonem & alios Gomezius *tom. 2. var. cap. 5. num. 1.* Morla parum ſibi in hac parte conſtans *ubi ſupra num. 17.* eſt enim longe verius, alieni ſervi operas non eſſe ſervitutem, & multo minus mere perſonalem, quia cum ſervi perſona nulla ſit jure civili, & rebus potius annumeretur. *l. 2. verſ. ut igitur ff. ad l. Aquil. l. 3. §. 1. ff. de uſufr. l. 3. §. 1. ff. de cap. minutis.* operæ ſervi potius a re perſonæ deberi, quam a perſona perſonæ dici poſſunt, ut inſinuat Hilligerus ad Donellum *d. lib. 9. cap. ult. lit. D. in fine.*

§. II. Sed id quod diximus, operas ſervi non eſſe ſervitutem, affirmant etiam quamvis judicio & argumentis parum firmis Albericus in *præſenti.* & poſt Cæpollam, Morlam, & alios Caſtillo *de uſufr. cap. 50. num 7.* & laudati a Padilla in *rub. C. hoc tit. num. 8.* probari ſic poteſt, quia cum duo duntaxat ſervitutum genera agnoſcant juris auctores, nempe perſonarum aut rerum, de quibus poſtea, ad neutrum tamen genus operæ ſervi referri poſſunt. non enim ſunt ſervitus perſonalis, quia non conſiſtunt in aliquo facto perſonæ illius, cui debentur, ſicut uſus & uſusfructus. *l. unica in princ. & §. dies ff. quando dies uſusfr. leg. cedat.* ſed in actu & miniſterio ipſius ſervi operarii, ad quem nomen operarum reſpicit. *l. 1. ff. de oper. ſervor. l. 1. ff. de oper. libert.* & ideo quamvis uſusfructus morte aut capitis deminutione fructuarii, vel eo non utente per modum & tempus extinguatur, quia deficit perſona aut factum fructuarii, in quo conſiſtit. *l. 3. §. ult. ff. quib. modis uſusfr. amit. l. non ſolum 8. §. tale ff. de lib. leg. §. fin. inſt. de uſufructu.* operæ tamen ſervi etiam mortuo aut capite minuto vel non utente eo, cui promiſſæ ſunt, permanent, quia nec in facto aut perſona illius conſiſtunt, ſed ipſius ſervi. *l. 2. de oper. ſerv. l. 2. de uſufr. leg. l. 4. §. ſtitiro ff. de ſtatu liberis.* unde ex contrario ſi ſervus, cujus operæ debentur, uſucapiatur, operæ pereunt quaſi ſimul cum ſervo uſucaptæ. *d. l. 2. in fine ff. de uſufr. leg.* uſusfructus tamen non perit, quia cum ex ſolo facto & perſona fructuarii æſtimetur, non videtur cum ſervo uſucaptus. *l. locum 17. §. proprietarius ff. de uſufr. l. juſto 44. §. non mutat ff. de uſucapionibus.* explicant Cujac. *lib. 19. obſerv. cap. 23. & lib. 17. quæſt. Papin.* in *d. l. 2. ff. de uſufr. leg. & lib. 2. Pauli ad Edictum* in *d. l. 1. de oper. ſerv.* ubi & in *l. ſeq.* Faber in *Rational.* Hotman. *illuſtr. quæſt. cap. 41.* Donell. *lib. 10. comm. cap. 19.* & Hilligerus *ibi litera B.* Caſtillo *d. cap. 50. ex num. 13.* & ante eos Fulgoſ. in *l. ſi cujus 13. §. ſed nec ſervitutem ff. de uſufr.* & in *d. l. 1. ff. de operis ſervorum.*

§. III. Rurſus operas ſervi non eſſe ſervitutem realem, pluſquam apertum eſt, quia nec debentur a prædio, ſed a ſervo perſonæ, nec habere perpetuam cauſſam poſſunt, ut pote cum ſervo mortuo intercidant, quorum utrumque in prædiorum ſervitutibus contra eſt. *l. 1. ff. comm. præd. l. foramen 27. ff. de ſervit. urban. præd. §. ideo autem inſt. hoc tit.* ut omittam, naturam ſervitutum omnium conſiſtere vel in facto ejus, cui ſervitus debetur, vel ſaltem in patientia ſola ejus, qui debet, nunquam autem in facto illius. *l. quoties 15. §. 1. ff. hoc tit.* quod in operis contrarium eſt, quæ totæ in actu rei ſervientis nempe ſervi conſiſtunt. *d. l. 1. ff. de operis ſervorum.* proinde operis promiſſis nec in rem nec in perſonam ſervitus conſtituitur, ſed ſola perſonalis obligatio contra eum, qui promiſit. *arg. l. Cajus 12. ff. de annuis legatis.* etiam ſi ad vitam duntaxat ſtipulatorie promiſſas operas proponamus, in quo perperam labitur poſt Padillam Caſtillo *d. cap. 50. num. 10.* nec movemur auctoritate regiæ *leg. 1. tit. 31. Part. 3.* ubi aperte inter ſpecies ſervitutum operæ ſervi commemorantur: verba illa enim, *o, en obras de algunos ſiervos meneſtrales o, labradores.* ſic conjungenda ſunt præcedentibus illis: *o, haver el uſo tanſolamente en la caſa donde morava o, en caſas de Obra.* ut ſenſus ſit, ſervitutem uſus conſtitui poſſe vel in domo, vel in operis ſervi artificis ſeu coloni. *§. item is inſt. de uſu & habit. l. plenum 12. §. ſi uſus ff. eod. tit.* quo etiam ſenſu legendum & intelligendum eſt, quod extat in *l. 23. tit. 31. Part. 3.* nempe illum; qui uſumfructum vel operas in ſervo habet, adquirere, quod ſervus operis ſuis lucratur,

Digitized by Google

tur, aut ex re vel contemplatione illius accipit, quo argumento ſuperiores uſusfructus & operarum differentias hodie ſublatas eſſe putat Caſtillo *d. cap.* 50. *num.* 11. ſed immerito; ſunt enim ſingula illa vera, quum uſuario ſervit, qui in ejus operis uſum habet. *d. l. plenum* 12. *§. ult. cum* 2. *ll. ſeqq. l. ſervus* 20. *ff. de uſu & habitatione.* de quo tractari in *d. l.* 23. probatur tum ex ordine & legum collocatione, quæ ſuadet opportune ibi exponi, quæ circa uſum in operis conſtitutum propoſita & promiſſa fuerant in *l.* 1. *ejuſd. tit.* 31. *Part.* 3. tum etiam ex ultimis verbis illis *que bacian el uſo o el uſufruto.*

§. IV. Deinde, ut jam ad ſervitutum diviſionem revertamur, non minus falſa & commentitia eſt tertia illa ſervitutis ſpecies, quam Accurſius & cum eo Bart. in *præſenti num.* 3. *mixtam* vocat, & exemplum ejus proponit jure antiquo in *l. Titio* 71. *§. Titio centum* 2. *ff. de condit. & demonſtr. l. media* 44. *ff. de manum. teſt.* jure autem novo in adſcriptitiis ſeu cenſitis hominibus, illi ſcilicet certi prædii culturæ ſerviunt, cum quo ſimul cenſibus, hoc eſt, tributariæ deſcriptioni & diſtributioni adſcribuntur, & pro capite cenſum ſeu tributum præſtant. *l.* 4. *l. omnes* 6. *l. colonos* 18. *l. cum ſcimus* 21. *cum ll. ſeqq. C. de agricolis cenſitis.* Cæterum conditio illa non recedendi a monumento, de qua in *d. §. Titio centum* 2. non niſi improprie ſervitus dici poteſt, ut fatetur Fulgoſius in *præſenti num.* 3. quia nec perſona ſervit, ut pote cum non ſervo ſed liberto imponatur, qui liber eſt & manet. *d. l. Mævia* 44. *l. Cajo* 13. *§. ult. ff. de aliment. vel cibar. leg.* nec eſt in re aliena, quia libertus ut pote liber homo ſicuti proprius nullius eſt, ita nec alienus vocari poteſt, ut acute ratiocinatur Donell. *d. lib.* 9. *comment. cap. ult.* & conſentiunt Cæpolla *de ſervit. urb. præd. cap.* 7. *in fine.* Faber, Duarenus, & Forcatulus in *præſenti num.* 10. Pichardus in *Rubr. num.* 6. *inſt. hoc tit.* Jaſon, Gomezius, & Olivanus in *§. æque ſi agat inſt. de actionibus.* eodemque argumento uti poſſumus in adſcriptitiis ſive cenſitis, nam & iſti liberi potius ſunt, quam ſervi. *l.* 4. *l. ne diutius* 20. ubi Accurſ. *verbo intelligatur C. de agric. cenſitis. l. ult. C. de transact. l.* 2. *C. in quib. cauſſ. col. Novell.* 123. *de Sanctiſſimis Epiſcop. §. ſi ſervus.* quamvis propter perſonam culturæ adſtrictam ſint deterioris conditionis, quam cæteri liberi, & quodammodo ſervitutis debito adſtricti videantur. *d. l. ne diutius* 20. *d. l.* 2. *C. in quibus cauſſ. coloni.* docent communiter poſt gloſſam & alios in *princ. inſt. de jure perſonarum.* Bart. in *l.* 3. *num.* 2. *ff. de ſtatu hominum.* Gregorius in *l.* 98. *gloſſ.* 1. *tit.* 18. *Part.* 3. poſt multos Schrſordegherus ad Fabrum *lib.* 3. *tract.* 26. *quæſt.* 6. & 7. & laudati ab Hilligero ad Donellum *lib.* 2. *cap.* 9. *lit.* V.

§. V. Porro conditio illa ſive modus non recedendi a monumento defuncti, de quo in *d. §. Titio centum* 2. quamvis ut diximus nullam propriam ſervitutem indicat, valde tamen libertatis jus infringit, aut minuit; parum enim a ſervo differt, cui inde non licet recedere. *l.* 2. *ff. de lib. hom. exhibendo l. quis ſit* 17. *§. idem recte ff. de ædilitio edicto.* & ideo, quamvis defuncti libertis propter maculam & memoriam ſervitutis & beneficium libertatis acceptæ utiliter imponi poſſet, & ſoleret. *d. § Titio centum. l. Titia* 34. *§. ſi ea ff. de leg* 2. *l. Mævia* 13. *§. ult. ff. de ann. leg. l. Cajo* 13. *§. ult. l. libertis* 18. *§.* 1. & *§. ult. ff. de alim. vel cibar. leg. d. l. Mævia* 44. *ff. de manum. teſtam.* ingenuis tamen vel extraneis libertis non poteſt, quin potius, ſi quid eis ſub conditione non recedendi a monumento defuncti relinquatur, adquirere relictum poſſunt ſine onere conditionis. *d. §. Titio centum.* quoniam cautio Muciana, quæ pro implemento illarum conditionum, quæ in non faciendo conſiſtunt, recepta eſt. *l. Mucianæ* 7. *ff. de condit. & demonſtr.* remittitur in illa ſpecie tanquam libertati & conſequenter publicæ utilitati contraria. *l.* 2. *§. tractari ff. ad S. C. Tertyll. l. Imperatores* 13. *§. ult. ff. de pollicitat. l. ſi quis rogatus* 53. *ff. de fideicomm. libertat.* nam & libertos cum patronis habitare jus non compellit, nempe quando ſimpliciter manumiſſi ſunt, nec poſtea quid relictum ſub conditione habitandi agnoverunt, quomodo exaudienda & explicanda eſt *lex penultima*, ubi & Bart. *C. de operis libertorum.* notat & illuſtrat poſt Cumanum & alios in *d. §. Titio centum* Cujac. *lib.* 17. *quæſt. Papin. ibi*, & *lib.* 14. *obſervat. cap.* 27. Gutherius *de jure manium lib.* 3. *cap.* 27. Radulphus Fornerius *lib.* 3. *rer. quotid. cap.* 19. Faber in *jurisprud. Papin. tit.* 3. *princ.* 2. *illat.* 13. ſane ob publicum religionis favorem interdum quis certo in loco vel oppido morari perpetuo cogitur, ut olim apud Romanos flamines Diales, & alii templorum cuſtodes, qui ſacerdotium ita nacti, ut diſcedere non poſſent. *l. annua* 20. *§.* 1. *ff. de ann. leg. l. Prætor* 13. *ff. de vacat. muner. l. neque* 36. *ff. de fideicomm. libert. l.* 2. *verſ. nec eos ff. de in jus vocando.* cui jungendus Hilligerus ad Donellum *lib.* 23. *cap.* 2. *lit.* X. quo exemplo non dubito, quin maritus promittens, ut ſæpe in inſtrumentis nuptialibus fit, ſe perpetuo in aliqua civitate moraturum, efficaciter adſtringatur, ſaltem ut pœna peti poſſit, idque apud nos in praxi tanquam receptius obtinuit in omnibus hujusmodi factionibus, quotiescunque eas impleri alterius intereſt, ut *arg. l. cum ſcimus* 22. *C. de agric. cenſitis. l.* 89. *tit.* 18. *Part.* 3. ſolvit poſt multos noſter Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 6. *num.* 21.

§. VI. Rejecta itaque Accurſii diviſione, reliquum eſt, ut cum Marciano *lib.* 3. *Regularum* in noſtra *l.* 1. affirmemus, ſervitutum, de quibus inpræſentiarum agimus, duas duntaxat ſpecies eſſe, aut enim *perſonarum* ſunt, ſive quod idem eſt *perſonales*, aut *rerum* ſive *reales*, quæ ſic etiam a juris auctoribus diſtingui ſolent, ut vel hominum vel prædiorum ſervitutes, & jura nuncupentur. *l. ſi quis unas* 32. *ff. de uſufructu. l. pecoris* 4. *l. ſi mihi* 20. *in fine. l. unus* 34. *ff. de ſervitut. præd. ruſtic. l. quoties* 15. *hoc tit. l. etſi forte* 6. *§. etiam in fine ff. ſi ſervit. vind.* ſive quod idem eſt ſervitutes in rem vel in perſonam. *l. Cajus* 12. *ff de ann. leg. Perſonales ſervitutes* ſunt, quæ in utilitatem perſonæ principaliter conſtituuntur, & definiri poſſunt *jura in alienis rebus, per quæ illarum dominus aliquid, quod perſonæ alterius utile ſit, in ſuo pati aut non facere cogitur. l. non ſolum* 8. *§. tale ff. de liberat. leg. l. pater* 6. *ff. de ſervit. leg. d. l. ſi quis unas* 32. *ff. de uſufructu.* ubi & in præſenti ſervitutum perſonalium duæ ſpecies, utpote primariæ afferuntur, nempe uſusfructus & uſus, quia ſolam utilitatem perſonæ, cui debentur, ſcilicet fructuarii vel uſuarii reſpiciunt. *l. uſusfructus* 26 *ff. de ſtipul. ſervor. l.* 3. *§. ult. ff. quibus modis uſusfr. amittat. l. uſus aquæ* 21. *ff. de uſu & habitatione. Reales* autem *ſervitutes* dicuntur, ut diſtinguantur a perſonalibus, quia rerum potius quam perſonarum reſpectu conſtituuntur, & *prædiales* magis proprie vocantur, quia non in omni re conſiſtunt, ſed in prædiis duntaxat, quorum alterum ſervitutem debeat, alteri vero debeatur. *l.* 1. *ff. comm. prædior. l. unus* 34. *ff. de ſervit. ruſtic. præd. §. ideo autem inſt. hoc tit.* ſpecies autem prædialium ſervitutum duæ a Marciano afferuntur, *ruſticæ* nempe & *urbanæ*, ad quarum numerum omnia illarum exempla redigi debent. *d. l.* 1. *ff. comm. præd. l.* 1. *ff. de condict. tritic. §. ult. inſt. de reb. corporal. Ruſticæ ſervitutes* ſunt, quæ ruſticis prædiis debentur; & recenſentur in *l.* 1. *cum ſeqq. ff. de ſervit. ruſtic. præd. princ. inſt. hoc tit. Urbanæ* ſunt quæ prædiis urbanis debentur, & connumerantur in *l.* 1. & 2. *cum ſeqq. ff. de ſervit. præd. urbanor. §. prædiorum. inſt. hoc tit. §. æque ſi agat inſt. de actionibus.* de quibus opportunius & plenius diſſeremus ad *l.* 3. *hoc tit.*

§. VII. Expoſuimus brevi paraphraſi textus noſtri contextum, nunc ut ex profeſſo illuſtremus, præcipuæ inter reales & perſonales ſervitutes differentiæ, quæ ex illarum diviſione quaſi pendent, adnotandæ paucis ſunt: in primis ergo, ut ab adquiſitione & conſtitutione ſervitutum incipiamus, perſonales quidem cum principaliter perſonæ, cui debentur, & cohærent, utilitatem reſpiciant, neque deberi neque adquiri niſi perſonæ poſſunt, ideoque ſer-

ſervus hereditarius uſumfructum ut pote perſonalem ſervitutem nec ſtipulari poteſt, nec adquirere. *l. hereditas* 61. *§. ult. ff. de adquir. rer. dom. l. uſusfructus* 26. *ff. de ſtipulatione ſervorum.* quia, quamvis hereditas domini ſeu perſonæ defuncti vicem gerat. *l. non minus* 31. *§.* 1. *ff. de hered. inſtituend. l. in eo* 33. *§ ult. cum l. ſeq. ff. de acquir. rerum dominio. l. cum hereditas* 9. *C. depoſiti.* non eſt tamen talis perſona, quæ poſſit uti frui. *l. unica §. dies verſ. hac ratione ff. quando dies uſusfr. leg. cedat.* ubi poſt Fulgoſ. Faber in *Rational.* & *lib.* 19. *conjecturarum cap.* 16. Pichardus in *princ. inſt. num.* 12. *de ſtipulatione ſervorum.* unde etiam ſi hereditario ſervo uſusfructus legetur, nec dies ejus cedit ante aditam hereditatem, in qua ſervus eſt, & tunc primum heredi tanquam domino per ſervum adquiritur. *l. ſi ſervo* 18. *ff. quib. mod. uſusfr. amittit.* text. difficilis in *l. cum ita* 16. *in fine ff. quando dies legati cedat.* ubi *hereditatis* nomen pro *herede* accipi, ut in *l. quæſitum* 71. *§. ſi mihi ff. de legatis* 1. juncta *l. heres* 23. *ff. de uſucapion.* rectiſſime poſt Accurſ. & Alberic. monet Cujac. *lib.* 35. *digeſt. Juliani* in *d. l. cum ita* 16. & *lib.* 25. *obſerv. cap ult.* quamvis pro voce *hereditatem* reponat *heredem* Antonius Faber in *Rational. ad d. l. ſi ſervo* 18. e contrario prædiales ſervitutes cum ſolius prædii, cui debentur, utilitatem reſpiciant, ipſi prædio potius quam perſonæ adquiruntur, & ideo ſine prædio, quamvis adſit perſona cui promittantur, conſtitui vel adquiri non poſſunt. *l.* 1 *in fine ff. comm. præd. §. ideo inſt. hoc tit. l. tenetur* 6. *§. ſi tibi ff. de actionib. empti.* ſicut e converſo, ſi prædium ſit, cui ſervitus acquiratur, quamvis nulla certa vel propria perſona ſit, cui promittatur, adquiri prædialis ſervitus poteſt, veluti civitati aut hereditati. *l. non dubito* 12. *hoc tit.*

§. VIII. Ex quibus nove forſitan explicari poteſt obſcurus text. in *l. etiam* 17. *in fine ff. de legatis* 3. ubi quod ſcriptum eſt, ſervitutem ſervo prædium habenti legari poſſe, pugnat valde & repugnat juris principiis, quibus docemur, ſervos nec proprium aliquid habere poſſe. *§. item nobis inſt per quas perſonas.* nec acquirendi capaces eſſe, niſi ex perſona domini. *princ. inſt. de ſtipulat. ſervor. l. non minus* 31. *ff. de heredibus inſt.* nec reſponderi poteſt, ſervitutem ſervo recte legari, quia per eum domino acquiretur, ſicut ſi promiſſa fuiſſet ſervo ad prædium domini. *l. ſi unus* 19. *ff. de ſervitutib. præd. ruſticor. d. l. non dubito* 12. *hoc tit. l.* 2. *ff. de ſervit. legata. l. proinde* 7. *§. ult. l. ſi communis* 17. *ff. de ſtipulat. ſervor.* nam aut ſervi ipſius prædium eſt, ut proponitur in *d. l. etiam* 17. & tunc domino, qui prædium non habet, acquiri ſervitus non poteſt. *d. l.* 1. *in fine ff. communia prædiorum.* aut prædium domini eſt, & tunc ipſi ſervo fruſtra ſervitus legatur ad prædium domini. *l. & ſi maxime* 5. *ff. de ſervitute legata.* quare omiſſa interpretatione Accurſii & Alberici in *d. l. etiam* 17. quam aperte convincit Cujacius in *d. l. & ſi maxime* 5. & rejecta alia ejusdem emendatione *ibidem.* & in *l. ſi ſervitus* 23. *§. ult. ff. de ſervitutib. præd. urbanor.* reſponderi ſolet, verbum *habenti* in *d. l. etiam* 17. accipiendum eſſe pro habituro, ut ſenſus ſit, ſervitutem quoque ſervo prædium habituro, hoc eſt, in id tempus in quo jam liber factus prædium habuerit, legari poſſe. *arg. l. ſi ſervitus* 23. *§. ult. ff. de ſervitutib. præd. urban. l. Labeo* 10. *ff. de ſervitutib. præd. ruſt. l. exiſtimo* 98. *ff. de verb. oblig.* exornat Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 14. *num.* 24. hæc tamen expoſitio mihi ſemper parum arriſit, quia præterquam quod vocem *habenti*, quæ præſentis temporis eſt, in futurum dure detorquet, non video cur potius Mæcianus in *d. l. etiam* 17. regulam illam de ſervitute leganda ei, qui nondum prædium habet, ſed habiturus eſt, in ſervo proponat, cum in liberis hominibus frequentius & commodius tradi ſoleat. *l. heredes* 25. *§. contra ff. familiæ erciſcundæ. l. fundum* 46. *§.* 1. *ff. de evictionibus. d. l. exiſtimo* 98. *ff. de verbor. obligat.*

§. IX. Sed etſi fateamur, ſuperiorem interpretationem non nimis magna opera defendi poſſe, a nobis tamen, ut dexterius res explicetur, duo ex antiquo jure præter vulgarem captum obſervanda ſunt. primum eſt, res futuras veluti fructus ex fundo aut inſulam in flumine naſcituram legari quidem potuiſſe per damnationem, quemadmodum legatæ proponuntur in *l. quod in rerum* 24. ubi Cujacius, *ff. de legatis* 1. *l.* 1. *in fine ff. de conditionib. & demonſtr. l. ex eo* 14. *ff. de tritico vel oleo legato. l. legatum* 17. *§.* 1. *ff. de annuis legatis.* non tamen per vindicationem, quoniam hoc modo illæ duntaxat res legari poterant, quæ teſtamenti & mortis tempore teſtatoris fuiſſent, ut illo mortuo ſtatim a legatario vindicari poſſent; res autem futuræ, quemadmodum in rerum natura non ſunt, ita nec in dominio teſtatoris, nec vindicari poſſunt, antequam naſcantur, ut docet Cajus *lib.* 2. *inſt. tit. de legatis §. cæterum.* qua etiam ratione dubitatum fuiſſe ſuſpicor inter veteres juris auctores, an res incorporales, veluti jus liberationis aut ſervitutis, poſſent per vindicationem legari; ſervitus enim legata eſt quodammodo res futura, quippe antequam legatario cedatur, vel per uſum & patientiam conſtituatur, ut in *l. ſi cui* 9. *l. quoties* 20. *hoc tit.* nec in rerum natura eſſe, nec in dominio teſtatoris aut legatarii dici poteſt, idemque juris eſt in liberatione legata, & in utraque ob hanc cauſſam forſitan obtinuerat, ut plerumque per damnationem aut ſinendi modum relinqueretur, ut inſinuat Paulus perperam a Cujacio emendatus *lib.* 3. *ſententiar. tit.* 6. *§. damnari cum ſeq.* juncto *§. ſed & tale inſt. de legatis. l.* 2. *l. ſi quis rationes & l. cum ita* 58. *l. legavi* 25. & paſſim *ff. de liberat. legata. l. poteſt* 16. *ff. communia præd. l. ſi teſtamento* 31. *ff. de ſervitutib. præd. urbanor.* ſed cum poſtea SCto Neroniano cautum eſſet, ut ſi res, quæ teſtamenti aut mortis tempore teſtatoris non erat, per vindicationem legaretur, perinde valeret, ac ſi per damnationem legata eſſet, teſte Ulpiano in *fragm. tit. de legatis §. per præceptionem.* juncto textu ſic explicando in *l. filiæ* 28. *§.* 1. *ff. de conditionib. & demonſtrationib.* cœpit certum eſſe & receptum, tam res futuras quam incorporales indiſtincte legari poſſe. *l. cætera* 41. *ff. de legatis* 1. *§ ea quoque res*, & *§. tam autem inſt. de legatis.* veluti liberationem. *l.* 3. ibi: *jam certum eſt*, *ff. de liberat. legata.* juncta *lege ſi ſic* 75. *§. ſi mihi verſ. quod ſi addiderit ff. de legatis* 1. & ſervitutes. *l ſi partem* 19. *§. ult. ff. quemadmodum ſervitutes amittuntur. l.* 3. *l. ult. ff. de ſervit. legata.* ubi ex hac cauſſa ſervitutem per vindicationem legari & vindicari poſſe interpretor, quidquid dubitet Antonius Faber in *d. l. poteſt* 16. *ff. communia præd.*

§. X. Secundo obſervandum eſt, ſervos publicos, qui ſcilicet in miniſteriis publicis ſervientes in dominio ipſius reipublicæ ſunt. *l. in tantum* 6. *§.* 1. *ff. de diviſione rerum. l.* 1. *§. ſervum* 7. *ff. de quæſtionibus. l.* 1. *cum ſeqq. C. de ſervis reipub. l.* 1. *C. ne quis liber invitus.* potuiſſe pro parte bonorum dimidia teſtamentum facere. teſte Ulpiano in *fragm. tit.* 21. *in fine.* ubi Cujacius & poſt alios Hilligerus ad Donellum *lib.* 6. *cap.* 5. *lit. C.* Schifordegherus ad Fabrum *lib.* 3. *tractatu* 19. *quæſt.* 4. Connanus *lib.* 2. *commentarior. cap.* 2. *num.* 2. Petrus Faber *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 24. *ad finem.* cui ſingulari juri conſequens eſt, eosdem ſervos publicos capaces etiam fuiſſe adquirendi bona, de quorum dimidia parte teſtari poſſent, ut ſignificat Marcus Varro *lib.* 7. *de lingua latina circa finem.* ubi ſic legimus: *& e publicis ſervis populi Romani, qui manumiſſi antequam ſub magiſtratuum nomine, qui eos liberarunt, ſuccedere cœperunt.* notat Hilligerus ad Donellum *lib* 6. *cap.* 17. *litera L.* unde jam vel colligitur, vel intelligitur ſententia Mæciani in *d. l etiam* 18. ubi cum res futuras veluti inſulam in flumine naſcituram legari poſſe ſimpliciter docuiſſet, convenienter ſubjecit, ſervitutem quoque recte legari, ſcilicet quoniam in illa ut pote re futura, antequam imponatur, eadem dubitandi & decidendi ratio fuerat apud veteres, ut ſupra obſervavimus, & tamen,

Digitized by Google

men, quoniam jam obtinuerat, indiſtincte ſervitutes legari, ut explicatu dignior quæſtio eſſet, adjecit Mæcianus, etiam ſervo prædium habenti recte legari ſervitutem, nempe quo caſu ſervus prædium habere poteſt, veluti jure vetere ſervus publicus, cujus ſi prædio ſervitus legata ſit, valet legatum, vel quoniam adquirendi capax eſt, ut jam diximus, vel quod, quamvis conſtaret aliorum legatorum ſervum publicum capacem non eſſe, quaſi non habeat perſonam civis Romani, qui ſolus poteſt ex teſtamento capere. *l. 1. C. de heredibus inſtituendis. l. 1. ff. ad l. Falcidiam.* eſſet tamen capax ſervitutis prædio ſuo legatæ, quia prædio potius quam perſonæ adquiritur. Diverſum longe eſt, ſi ſervo ad prædium domini ſervitus legetur, tunc enim inutiliter legatur, quoniam in legatis præter capacitatem perſonæ, quam a domino ſervus accipit, requiritur etiam, ut res legata talis ſit, quæ a ſervo ipſo, ſi liber eſſet, poſſet acquiri. *l. debitor 82. §. ſervo ff. de legatis 2. l. etſi maxime 5. ff. de ſervitute legata.* ſervus autem, quamvis liber foret, ſervitutem ad prædium domini, ut pote non ſuum ſibi adquirere non poſſet. *l. 1. in fine ff. communia prædiorum.* quæ ſingula ceſſant in ſervitute ſervo promiſſa ad fundum domini, valet enim promiſſio, quia in ſtipulationibus ſola capacitas perſonæ inſpicitur, quam a domino ſervus mutuatur. *l. ſi unus 19. ff. de ſervitutibus præd. ruſtic. l. non dubito 12. ff. hoc tit. l. proinde 7. §. ult. l. ſi communis 17. ff. de ſtipul. ſervorum. l. 2. ff. de ſervitute legata.* de cujus differentiæ ratione pluribus & poſt plures Amaya *lib. 1. obſervationum cap. 14. ex num. 5.*

§. XI. Verum ut inchoatum de differentiis inter reales & perſonales ſervitutes ſermonem perſequamur, ſciendum eſt, in ſervitutibus perſonalibus, veluti uſufructu & ſimilibus, eum ex cauſſa legati conſtituuntur, diem legati non cedere, niſi poſt aditam hereditatem. *l. unica §. dies ff. quando dies uſusfructus legati cedat. l. 2. l. 5. in princ. & §. ult. l. ſi habitatio 9. l. ſi uſusfructus 15. ff. quando dies legatorum cedat.* ſive quia præcipuus effectus ceſſionis aliorum legatorum a morte teſtatoris in eo eſt, ut ad heredem legatarii transmitti poſſint. *l. Sempronius 26. ff. de uſufructu legato.* uſusfructus autem, cum perſonæ cohæreat, ad heredem non transmittitur. *l. 3. l. ſi habitatio 9. ff. quando dies legatorum cedat. l. unica §. libertatibus C. de caducis tollend.* notat Connanus *lib. 4. Commentarior. cap. 8. num. 6.* Cujacius *lib. 15. quæſt. Papin.* in *l. 3. ff. de regula Catoniana.* Hotmanus in *epitomatis ad tit. ff. quando dies uſusfructus num. 3.* ſive quoniam, cum uſusfructus ex perſona & facto fruentis æſtimetur, non prius debetur, aut conſtituitur, quam ſit qui frui poſſit. *d. l. unica in princ. & §. dies.* non poteſt autem legatarius uti frui, niſi poſtquam heres adita hereditate uſumfructum a proprietate ſeparatum in eum transtulit. *l. 3. ff. de uſufructu. l. ſi quis 29. ff. de uſufructu legato.* proſequitur Donellus *lib. 10. commentarior. cap. 20.* Antonius Faber in *d. l. unica §. dies.* Caſtillo *de uſufructu cap. 8. ex num. 2.* ubi recte poſt alios concludit, hodie uſumfructum quoque & cæteras perſonales ſervitutes teſtamento relictas deberi, quamvis hereditas non adeatur ex teſtamento vel ab inteſtato, inſpecta regia *lege 1. tit. 4. lib. 5. Compilationis.* plane in prædiorum ſervitutibus legatis ſemper obtinuit, diem earum cedere a morte teſtatoris, quo ad transmiſſionem ſcilicet, quia, cum prædio potius quam perſonæ legatarii cohæreant, poſſint illo etiam mortuo ad heredem ejus transmitti. *l. pater 6. ff. de ſervitute legata.* quamvis, quoad petitionem & adquiſitionem irrevocabilem legatæ ſervitutis, dies ejus non cedat niſi poſt aditam hereditatem, quia nec ante heres eſt, a quo ſervitus petatur & conſtituatur. *l. 3. ff. de ſervitute legata. l. ult. §. ult. ff. communia præd.* quas ſic interpretantur poſt Bart. & alios Caſtillo *d. cap. 8. num. 8.* Cujacius *lib. 1. obſervat. cap. 23.* Hotmanus *lib. 7. obſervat. cap. 2.* & in effectu conſentit Faber *lib. 19. conjectur. cap. 16.*

§. XII. Rurſus & in modo atque in rebus, in quibus conſtituuntur, diſtant valde perſonales ſervitutes a realibus, nam in uſufructu & uſu ac cæteris perſonalibus, quæ perinde atque uſusfructus conſtituuntur. *l. 3. in fine ff. de uſufructu. l. 1. ff. de uſu & habitatione.* jus certum eſt, poſſe dari & conſtitui uſque ad certum tempus & conditionem, ita ut poſt tempus aut conditionem ipſo jure finiantur. *l. & puto 16. §. uſusfructus ff. familiæ erciſcundæ. l. cui uſusfructus 30. ff. de uſufructu legato. l. ſi pater 5. l. ambiguitatem 12. C. de uſufructu.* ſervitutes autem prædiorum neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem ipſo jure conſtitui poſſunt. *l. 4. hoc tit.* ubi differentiæ ratione dicemus latius; interim tamen obſerva, ad hanc forſitan differentiam reſpicere text. in *l. via 5. hoc tit.* ubi ideo ſcriptum eſt, ſervitutes prædiorum eisdem modis, quibus uſumfructum, conſtitui, nempe pactionibus, ſtipulationibus, aut teſtamentis. *l. 3. l. uſusfructus 6. ff. de uſufructu. §. ult. inſt. hoc tit. l. 14. tit. 31. Part. 3.* non tamen omnino ſed fere eiſdem modis, quia uſusfructus ad tempus conſtitui poteſt, ſervitutes autem prædiorum non item, ut interpretantur poſt Accurſium & Bart. Faber in *d. l. via 5.* Caſtillo *de uſufructu cap. 10. num. 25.* poteſt tamen vox illa *fere* in *d. l. via 5.* ad alias differentias referri, quæ circa modos conſtitutionis extant inter perſonales realesque ſervitutes, ut obſervant poſt Fulgoſium, Coraſius, Cujacius & Eguinarius Baro in *d. l. via 5.* Morla in *emporio tit. 6. in præmiſſis num. 74.* Donellus *lib. 11. commentarior. cap. 9.* quippe uſusfructus & teſtamento ſic conſtitui poteſt, ut proprietas uni legetur deducto uſufructu, vel cum ejusdem fundi proprietas uni legatur, alteri vero uſusfructus. *l. uſusfructus 6. ff. de uſufructu.* & in judicio familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo, quoties uni uſusfructus vel uſus adjudicatur, alteri vero fundus ſive ejusdem proprietas. *d. l. uſusfructus 6. §. 1. l. & puto 16. §. 1. ff. familiæ erciſcundæ. l. ſi quis putans 6. §. officio. l. item 10. §. 1. communi dividundo.* prædialis autem ſervitus neque ſine prædio, cui cohæret, legari poteſt, neque ipſum prædium deducta ſervitute, neque conſtitui poteſt adjudicato prædio uni, & ſervitute alteri, quia ſine prædio nec adquiritur nec retinetur. *d. l. 1. in fine ff. communia prædiorum.*

§. XIII. Quod autem ad res attinet, in quibus ſervitutes conſtituuntur, conſtat ſatis, perſonales quidem veluti uſumfructum tam in rebus mobilibus, quam immobilibus conſtitui poſſe. *l. 3. §. 1. l. uſusfructus 7. l. arboribus 12. §. navis. l. ſed ſi quid 15. §. 1. ff. de uſufr. §. 1. inſt. eodem tit. l. 20. & 23. tit. 31. Part. 3.* quin etiam in rebus incorporalibus, veluti actionibus, & in rebus, quæ uſu conſumuntur, quaſi uſusfructus conſtituitur. *l. 1. l. 3. ff. de uſuf. earum rerum. l. uſufructu 69. ff. ad l. Falcidiam.* at ſervitutes prædiorum non niſi utrinque in rebus ſoli, hoc eſt, prædiis urbanis aut ruſticis conſtitui poſſunt. *d. l. 1. in fine ff. comm. præd. §. ideo inſt. hoc tit.* notat Donellus *lib. 11. comment. cap. 1.* ejus autem differentiæ ratio ex eleganti alia differentia pendet, quippe prædiales ſervitutes ſunt jura & qualitates prædiorum. *l. quid aliud 86. ff. de verbor. ſig. l. qui fundum 12. ff. quemadm. ſervitut. amittantur.* & ideo, ſicuti prædia ipſa naturaliter perpetua ſunt, ita etiam eorum qualitates, ſeu ſervitutes perpetuas eſſe neceſſe eſt, & conſequenter habere debent cauſſam perpetuam. *l. foramen 28. ff. de ſervitut. præd. urbanor.* hoc eſt, formam & conditionem talem, ut certa & permanens ſervitus eſſe poſſit, quamvis uſus & effectus ejus non ſit continuus, ſive aſſiduus, neque interruptus, id autem evenit, quoties & ſervitus utrinque in rebus ſoli conſtituitur, quæ ſui natura poſſunt eſſe perpetuæ, & præterea cauſſa ipſa ſive occaſio ſervitutis eſt naturalis, veluti aqua ex fonte perenni in ſervitute aquæductus, aut aqua pluvia in ſtillicidio, quia quod ex naturali cauſſa fit, quamvis non aſſidue fiat, per-

petuo fieri exiſtimatur. *d. l. foramen* 28. *l.* 1. *§. hoc interdictum* 2. *ff. de fonte.* explicant præter laudatos ab Hilligero ad Donellum *lib.* 11. *comment. cap.* 3. Hotmanus in *epitomatis ad hunc tit. num.* 9. Fachinæus *lib.* 8. *controverſ. cap.* 22. *verſ.* 5. Connanus *lib.* 4. *com. cap.* 9. *num.* 1. *& ſeqq.* eleganter Faber in *Rational. ad d. l. foramen* 28. & *lib.* 19. *conject. cap.* 9. Schifordeghcrus ad Fabrum *lib.* 1. *tractatu* 5. *quæſt.* 2. ex diverſo perſonales ſervitutes, cum perſonæ cohæreant, quæ perpetua non eſt, ſed mortalis & naturaliter peritura, ſunt etiam ipſæ temporales, & ideo nihil repugnat, quominus & in rebus naturaliter perituris, veluti uſusfructus in ſervo conſtituantur, quamvis neque perpetuam ſeu naturalem cauſſam habeant.

§. XIV. Sed & in ſervitutibus jam conſtitutis non leviores differentiæ ſunt, quibus reales a perſonalibus diſtinguantur. Nam perſonales omnes perſonæ, cui debentur, cohærent, & illarum nomine petuntur ac retinentur. *l. non ſolum* 8. *§. tale ff. de liberat. legata. l. ſi quis unas* 32. *ff. de uſufructu.* notat Donellus *lib.* 10. *commentar. cap.* 1. Caſtillo *de uſufr. cap.* 1. *num.* 5. *& cap.* 28. *num.* 2. quamvis autem actiones ad ſervitutes prædiorum petendas eorum eſſe dicantur, quorum prædia ſunt, quibus debentur. *l.* 1. *ff. ſi ſervit. vindicetur. l.* 2. *§. ex iis ff. de verb. oblig. l. viæ* 17. *hoc tit.* & ideo nomine domini, cujus eſt prædium, ſervitutem peti, & in illius perſonam ſententiam concipi debere *arg. §. æque ſi agat inſt. de actionibus. l. ſi priusquam* 15. *ff. de novi oper. nuntiat.* contendit poſt Duarenum in *præſenti.* Morla in *emporio tit.* 6. *in præmiſſ. num.* 31. proprie tamen & ſtricte ipſæ ſervitutes ſunt jura & qualitates prædiorum, quibus debentur & cohærent. *l. certo* 13. *l. via* 23. *§. ſi fundus cum §. ſequenti. l. anus* 34. *ff. de ſervitut. præd. ruſtic. l.* 1. *in fine. l. cum fundus* 12. *ff. comm. prædior.* & conſequenter non tantum peti poſſunt nomine domini, cujus prædio debentur. *d. l.* 1. *l.* 2. *§. hæc autem*, ubi Bart. & Caſtrenſis, *ff. ſi ſervit. vindic.* ſed etiam prædii ipſius nomine & ſervitutis petitio formatur, & ſententia prædio dati dicitur. *l. liberto* 31. *§. ult. ff. de negot. geſtis. l. Imperatores* 7. *ff. de public. & vectig.* docet poſt Albericum in *præſenti*, Cæpolla *de ſervitut. præd. urban. cap.* 2. *in princ.* plures congeſti a Morla *d. l. num.* 31. conducit text. elegans in *l. denique* 19. *ff. de jure fiſci.* junctis traditis ab Hilligero ad Donellum *lib.* 19. *cap.* 2. *lit. C.* quibus conſequens eſt inſignis alia differentia; nempe ut perſonales ſervitutes, quia prædio non cohærent, poſſint etiam alienato prædio ab eo, qui alienat, excipi & reſervari, veluti uſusfructus in fundo, qui venditur. *d. l. ſi quis unas* 32. *ff. de uſufructu.* & e contrario, quia perſonæ cohærent, quatenus ad jus ipſum ſervitutis pertinet, nunquam poſſunt a perſona, cui ſemel adquiſitæ ſunt, ad alium transferri, quamvis ipſarum fructus ſeu commoditas recte transferatur. *l.* 4. *in fine ff. de ſervitut. præd. ruſtic. l. ſi uſusfructus* 66. *ff. de jure dotium. l. neceſſario* 8. *§. ult. ff. de peric. & comm. rei venditæ. l.* 24. *tit.* 31. *Part.* 3. de quo multis & poſt multos diſputant Hilligerus ad Donellum *lib.* 10. *cap.* 8. *lit. G.* Schifordegherus ad Fabrum *lib.* 1. *tractatu* 12. Caſtillo *de uſufructu cap.* 69. ſed in prædiorum ſervitutibus contrariis rationibus obtinuit, ut nec poſſint excipi & retineri ab eo, qui prædium, cui debentur, alienat. *d. l. ſi quis unas* 32. & cum prædio ipſo alienato, ſive ſerviente ſive dominante, tanquam illius qualitates ad quemcunque poſſeſſorem transferantur. *l. via* 23. *§. ſi fundus cum §. ſeq. l. cum fundo* 36. *ff. de ſervitut. præd. ruſtic. l. cum fundus* 12. *ff. comm. præd. l. ſi aquæductus* 47. *cum ſeqq. ff. de contrah. emptione. l. traditio* 20. *§.* 1. *ff. de acquir. rerum dom. l.* 3. *C. hoc tit. l.* 6. *&* 8. *tit.* 31. *Part.* 3. proſequuntur Padilla in *d. l.* 3. *num.* 19. *& ſeqq. C. hoc tit.* Menochius *de retinend. remed.* 6. *num.* 25. *& ſeqq.*

§. XV. Denique pendet ex eodem rationis filo, ut jam ad illos modos, quibus ſervitutes amittuntur, perveniamus, quod vulgo dicitur, perſonales quidem ſervitutes, veluti uſumfructum morte aut capitis deminutione illius, cui debentur, exſtingui, nec ad heredem ejus aut alium ſucceſſorem tranſire. *d. l. non ſolum* 8. *§. tale ff. de liberat. legat. l.* 4. *l. penult. ff. de ſervitut. præd. ruſticor. l. cum ſervus* 39. *§. ſi quis alicui. l. idem Julianus §.* 1. *ff. de legatis* 1. *l. pater* 6. *ff. de ſervit. legata. l. uſus aquæ* 21. *ff. de uſu & habitat. §. finitur inſt. de uſufructu.* diverſum eſt in prædiorum ſervitutibus, quæ nec morte nec capitis deminutione extinguuntur. *l.* 3. *ff. quemadmod. ſervitut. amittantur.* & ad heredem & quoſcunque alios ſucceſſores cum prædio tranſeunt. *l.* 1. *§. permittitur ff. de aqua quotidiana & æſtiva.* explicat præter laudatos ubi *proxime* Cæpolla *de ſervitut. urbanor. præd. cap.* 2. *num.* 13. Cujacius *lib.* 2. *reſponſ. Papin.* in *d. l.* 4. *ff. de ſervitut. præd. ruſticor.* Caſtillo *de uſufructu cap.* 66. *num.* 13. Duarenus *lib.* 1. *diſputation. cap.* 51. unde etiam fit, ut uſusfructus, quia tanquam perſonalis ſervitus morte exſtinguitur, inutiliter legetur, vel promittatur alicui cum morietur, quia in id tempus confertur, quo debet perire. *l. heres* 79. *§. quamvis ff. de condition. & demonſtrat. l. uſumfructum* 5. *ff. de uſufr. leg. l. Titio* 51. *ff. de uſufructu.* ubi Modeſtinus *lib.* 9. *differentiarum* id ita ſtatuit, forſitan ut oſtendat, aliud eſſe in prædiorum ſervitutibus, quæ cum morte non extinguantur, poſſunt etiam utiliter alicui cum morietur legari, ut obſervat Cujacius *lib.* 9. *different. Modeſt.* in *d. l. Titio* 51. Caſtillo *de uſufructu cap.* 61. *num.* 15. qua etiam ratione, ut differentiam elegantem, nec vulgo ſatis notam notatis adjiciamus, uſusfructus quidem & ceteræ perſonales ſervitutes, quia ex perſona & facto fruentis vel utentis æſtimantur. *l. unica in princ. ff. quando dies uſusfruct. leg. cedat.* amittuntur, niſi ipſe cui debentur, aut alius fructuarii nomine utatur fruatur. *l. corruptionem* 16. *C. de uſufructu. l. ſi mulieri* 22. *l. Pomponius* 29. *ff. quibus modis uſusfr. amittit. l. arboribus* 12. *§. uſufructuarius cum ſeqq. l. non utitur* 38. *ff. de uſufructu.* ſervitutes autem prædiorum, cum non in uſu certæ perſonæ, ſed in utilitate prædii conſiſtant, non amittuntur, etiam ſi neque dominus prædii, neque alius ipſius nomine utatur, dummodo aliquis ſit, qui quamvis proprio nomine uſum ſervitutis retineat, qualis eſt fructuarius. *l. ſervitus* 5. *l. uſu* 20. *cum ſeqq. ff. quemadmod. ſervit. amittant. l.* 1. *§. is cujus. l.* 3. *§. uti videmur ff. de itinere actuque privato.* & quicunque alius dominantis fundi poſſeſſor, etiam ſi mala fide poſſideat, vel etiam aqua ipſa in ſervitute aquæductus, ſi nemine ducente per rivum ſua ſponte perfluxit. *l.* 1. *§. quæſitum ff. de aqua quotidiana & æſtiva. l. qui fundum* 12. *l. denique* 22. *cum ſeqq. ff. quemadmod. ſervitut. amittantur.* docent quamvis differentiam non explicent, Connanus *lib.* 4. *commentar. cap.* 6. *num.* 11. & *cap.* 12. *num.* 5. Donellus *lib.* 10. *commentarior. cap.* 17. & *lib.* 11. *cap. ult.*

§. XVI. Poſtremo in uſufructu & ſimilibus ſervitutibus receptum eſt, ut extinguantur mutatione rei, in qua conſiſtunt; veluti cum in ædibus ſuperficies tota corruerit, tunc enim neque in area uſusfructus manet, neque reſtituitur, quamvis ſuperficies ſive ædificium reſtituatur. *l. repeti* 5. *§. penult. l. quid tamen* 10. *§.* 1. *ff. quibus modis uſusfructus amittitur. l. qui uſumfructum* 36. *ff. de uſufructu. §. finitur inſt. eodem. tit. l.* 25. *tit.* 31. *Part.* 3. quod in prædiorum ſervitutibus contra obſervatur, & ideo etiam collapſo pariete, qui onus vicinarum ædium ferebat, manet ſervitus oneris ferendi. *l. cum debere* 32. *ff. de ſervitutibus urbanorum præd. l. etſi forte* 6. *§. etiam ff. ſi ſervitus vindicetur.* & ſublato ædificio, ex quo ſtillicidium cadit, manet in area ſervitus ſtillicidii, donec reſtituto ædificio reſtituatur. *l. ſervitutes* 19. *§. ſi ſublatum ff. de ſervitutibus præd. urbanorum.* excepto ſingulari illo caſu, qui extat in *l. cum uſumfructum* 24. *verſ. idem juris ff. quibus modis uſusfructus amittitur.* differentiæ ratio alterius differentiæ explicationem deſiderat, quippe uſusfructus & quævis alia perſonalis ſervitus, cum perſonæ non prædii utilitatem reſpiciat, poteſt

ei

ei adquiri, qui vicinum prædium non habet. *l. Mela* 14. *§. ult. de alimentis vel cibariis legatis.* at prædiorum ſervitutes, cum ſpectent prædiorum utilitatem, quæ plerumque ex uſu ſervitutis nulla reſultat niſi inter vicinos fundos, non poſſunt regulariter acquiri niſi domino prædii vicini. *l. ergo* 5. *ff. de ſervitutibus præd. ruſticorum. l. qui ædificium* 21. *ff. de ſervitutibus præd. urbanor.* notat Cujacius *lib.* 2. *reſponſorum Papin.* in *l.* 4. *ff. de ſervitutibus præd. ruſticorum.* quibus accedit, ut quamvis ſummo jure tam perſonales quam prædiales ſervitutes intercidant, ſublato ædificio, in quo conſiſtunt, nec reſtituantur reſtituto ædificio, quoniam aliud ædificium eſt. *d. l. ſervitates* 19. *§. ſi ſublatum.* in prædialibus tamen utilitas ipſa & neceſſitas prædiorum, quæ in uſu ſervitutis verſatur, nec poteſt niſi a vicioo præſtari; ſingulare hoc jus introduxit, ut ſublato ædificio ſervitus conſervetur, eoque reſtituto utilis vindicatio ſervitutis competat, quaſi ſemper idem ſit ædificium. *l. ſi teſtamento* 31. *ff. de ſervitutib. præd. urbanoram. d. §. ſi ſablatum l. & an eadem* 14. *§.* 1. *ff. de except. rei judicatæ.* in uſufructu autem & perſonalibus contra eſt, quia nulla in illis talis utilitas ſeu neceſſitas ex vicinitate prædiorum conſideratur, cum perſonæ non prædio debeantur. ſentit ita poſt Cujacium Caſtillo *de uſufructu cap.* 72. *num.* 18. quamvis aliter Donellus *lib.* 10. *Commentariorum cap.* 18. Duarenus & Faber in *d. §. ſi ſublatam.*

§. XVII. Hæc ita de præcipuis inter perſonales realesque ſervitutes differentiis, quas primi forſitan collegimus & diſpoſuimus; proxima inſpectio eſt, quibus ex notis & quaſi ſignis conſtare poſſit, an perſonalis aut realis ſervitus ſit quæ conſtituitur, in qua quæſtione plures ad praxin caſus diſtinguunt & exponunt Jaſon in *l. ult. ff. de operis novi nunciatione.* Decius *conſ.* 262. *tomo* 1. Cæpolla *de ſervitut. præd. urbanor. num.* 5. Menochius *de retinend. remedio* 6. *num.* 28. *cum ſeqq.* ſed ex ſuperioribus differentiis res erit explicatu facilis, ſi obſervemus, prædialem ſervitutem cenſendam eſſe, quotieſcumque ſic conſtituitur, ut principaliter prædii utilitatem reſpiciat, ſicut e contrario perſonalis erit, ſi perſonæ duntaxat utilis ſit, dummodo cætera, quæ utriusque propria ſunt, non deficiant, unde efficitur, ut idem jus vel perſooalis vel realis ſervitus eſſe poſſit, quatenus vel perſonæ vel prædio debetur. *l.* 1. *§. permittitur ff. de aqua quotidiana & æſtiva. l. velati* 6. *§.* 1. *verſ. quid ergo ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* juncta *l. in omnibus* 68. *l. privilegia* 196. *ff. de reg. juris.* notat Donellus *lib.* 10. *commentarior. cap.* 1. & *lib.* 11. *cap.* 1. idque, ut exemplis explicemus, apparet in ſervitute pecoris paſcendi & ad aquam appellendi; eſt enim plerumque prædialis ſervitus. *l.* 1. *in fine ff. de ſervitutib. præd. ruſtic. §. inter inſt. hoc tit. l.* 6. *&* 7. *tit.* 31. *Partita* 3. nempe ſi prædii dominantis fructus maxime in pecore conſiſtat, veluti ſi ager, cui ſervitus debetur, paſcuus ſit, ejusque domino cum aqua vel majore paſcuo opus haberet, jus pecoris paſcendi vel ad aquam appellendi in vicino prædio conſtituatur. *l.* 4. *ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* juncta *l. de grege* 9. *l. fundi* 25. *ff. de inſtructo l.* 2. *C. de verbor. ſign.* vel etiam ſi animalia, quibus fundus colitur, in vicino paſcantur. *l.* 3. *ff. de ſervitutib. præd. ruſtic. l. cum quæreretur* 60. *§. ult. ff. de legatis* 3. explicant poſt Claſſicos & Azonem in *rub. C. hoc tit. num.* 14. Cujacius *lib.* 2. *reſponſorum Papin.* in *d. l.* 4. Donellus *d. l.* 11. *cap.* 1. & *cap.* 7. ubi Hilligerus *litera E.* Morla in *emporio tit.* 6. *in præmiſſis num.* 95. Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 10. *num.* 1. Petrus Gregorius *lib.* 4. *ſyntagm. cap.* 19. idemque juris eſt, ſi pluribus municipibus, qui diverſa prædia poſſident, jus paſcendi quæſitum ſit, & ab eorum ſucceſſoribus obſervatum; præſumitur enim prædialis ſervitus, tum quoniam a municipibus, qui prædia poſſidebant, & ſic contemplatione prædiorum pecorisque ad eorum fructum neceſſarii quæſita eſt, tum etiam quia ſucceſſorum in jure compaſcendi obſervantia prædialem potius ſervitutem arguit quam perſonalem, quæ ad ſucceſſores non tranſit. *l. penult. § ult. ff. ſi ſervitus vindicetur.* junctis traditis a Fulgoſio & Alberico *ibidem.* Fabro in ſuo *Codice lib.* 3. *tit.* 24. *definitione* 11. Connano *d. lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 3. Covarruvias *lib.* 1. *variarum cap.* 17. *num.* 11. ſic etiam jus aquæ hauriendæ, vel lapidis cædendis, & ſimilia, prædiorum ſervitutes cenſentur, nempe cum principaliter ex neceſſitate aut utilitate vicini prædii conſtituuntur, idemque in aquæductu ex itinere receptum eſt. *l.* 1. *l.* 3. *l. ergo* 5. *cum l. ſeq. verſ. quid ergo. l. ſi mibi* 20. *§. ult. l. cum fundo* 36. & paſſim *ff. de ſervitutib. præd. ruſtic. l. ſi aqua* 47. *ff. de contrahenda emptione princ. inſt. hoc tit.*

§. XVIII. Ea diverſo eadem illa jura, quorum meminimus, perſonales ſervitutes erunt, ſi perſonæ non prædii gratia principaliter conſtituantur, ut eleganter præter laudatos docet Longovallius in *l. imperium num.* 222. *cum ſeqq. ff. de jurisdict.* Cujacius in *l.* 1. *ff. de ſervitutibus præd. ruſtic.* veluti jus paſcendi, ſi ei qui prædium non habet, cujus fructus paſtionem requirat, conſtituatur. *l. ſi quis unas* 32. *ff. de uſufructu.* quam ita poſt Fulgoſium *ibi.* & in *l.* 4. *num.* 5. *ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* accipiunt Surdus *deciſ.* 236. *num.* 7. Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectarum cap.* 11. *num* 11. vel etiam jus lapidis cædendi & ſimilia, ſi ad fundum lapida opus ſit. *d. l. ergo* 5. *cum l ſeq. ff de ſervitutib. præd. ruſtic.* juncta *l. cum ſervus* 39. alias *l. apud Julianum* 40. *§. ſi quis alieni ff. de legatis* 1. ubi perſonalem fuiſſe ſervitutem lapidis cædendi colligitur ex verbo *licere*, quod factum, facultatemque perſonæ potius quam jus ſervitutis reſpicit, ut docent poſt Claſſicos Menochius *d. remedio* 6. *num.* 35. Barboſa in *l. quia tale* 14. *num.* 46. *ff ſoluto matrim.* Idemque juris eſt, ſi ad domum legatam jus tranſeundi per domus hereditarias præſtetur. *l. pater* 6. *ff. de ſervitute legata.* ubi illud jus ſervitutis perſonale potius quam reale fuiſſe, colligitur ex verbis ad perſonam filiæ relatis, & ex affectu, quem pater filiæ habere intelligitur. *l. ult. C. de curatore furioſi.* & denique ex ipſo jure tranſeundi per hereditarias domus, quod ut nimis oneroſum ſervitutem patienti reſtringi debet, ut recte poſt Bart. in *d. l. pater num.* 2. & 3. & alios explicant Barboſa in *d. l. quia tale num.* 16. *verſ. & ideo verius.* Cujacius *d. l. pater.* Giphanius in *l. Lucius* 32. *num.* 7. *ff. de donationib.* Longovallius in *d. l. imperium num.* 229. ſic etiam in ſpecie *legis penult. ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* ſervitus aquæ duplici ex cauſſa concedi videtur perſonæ, non prædio: tum quia, ut proponitur, affectu fratris fratri fuit data: tum etiam quia adjectum eſt, ut frater uteretur aqua, *quocunque vellet*, quæ verba apertiſſime demonſtrant, teſtatorem non donaſſe aquam ulli prædio, ſed perſonæ, dum ei permiſit, ut quocunque vellet aquam duceret. Quod optime confirmatur ex *l.* 1. *§. præterea Labeo ff. de aqua quotidiana.* ubi ſcribitur, aquæductum non eſſe fundi ſervitutem, ſi quocunque duci poſſit: tunc enim jus aquæ quocunque ducendæ perſonale eſt potius quam prædiale, ut recte poſt Accurſium in *d. l. penult. verbo quocunque* & alios antiquiores explicant Padilla in *l. & in provinciali num.* 28. *C. hoc tit.* Menochius *d. remedio* 6. *num.* 41. Cujacius *lib.* 2. *reſponſor. Papin.* in *l.* 4. *ff. hoc tit.* & in *d. l. pater ad finem* licet aliter accipiant Alciatus *lib.* 2. *diſpunctionum cap.* 7. Coſtalius in *d. l. penult.* Sic deniqoe hauſtus aquæ & pecoris ad aquam appulſus aliquando eſſe poteſt perſonalis ſervitus, ut vulgo colligitur ex *l. Mela* 14. *§. ult. ff. de alim. legatis.* cujus textus literam varie interpungunt & reſtituunt Coraſius in *rub. num.* 32. *ff. hoc. tit.* Longovallius *d. l. imperium num.* 220. Cujac. *lib.* 2. *reſpon. Papin.* in *l.* 4. *ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* Donellus *lib.* 11. *comment. cap.* 7. *verſ. atque hæ ſunt.* quibus exploſis rejectaque duplici ſolutione Hilligeri ad Donellum *d. cap.* 7. *litera E.* tentari forſan poterit in illa quæſtione, quam Ulpianus tractat. *d. l. Mela §. ult.*

ult. in princ. an ſcilicet fideicommiſſum aquæ libertis relictum utile ſit, proponi ab eo in *verſ. nec videri* objectionem petitam ex eo, quod inutile videtur illud aquæ fideicommiſſum, quaſi ſervitus prædii relicta ſit ei, qui vicinum prædium non habet. *l. ergo* 5. *ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* eamque objectionem ſpecialiter magis confirmat in *verſ. nam & hauſtus.* ubi ſcribit etiam hauſtum aquæ & pecoris ad aquam appulſum eſſe ſervitutem nempe prædialem, quæ ſimpliciter & abſolute appellari ſervitus ſolet, ut in *rub.* noſtra. ubi DD. Neque verbum *perſonæ*, quod uno contextu verbo *ſervitus* conjunctum eſt, nimis me movet: eſt enim frequens librariorum error in interpunctionibus, maxime in libris noſtris, quia Pandectæ Florentini nullam interpunctionem agnoſcunt, ut obſervant variisque exemplis illuſtrant Cujac. *lib.* 1. *obſervat. cap.* 14. & *lib.* 6. *cap.* 1. Ant Anguſtinus *lib.* 1. *emendat. cap.* 9. Juſtus Lipſius *centuria* 3. *Miſcellan. epiſt.* 39. Radulphus Fornerius *lib.* 6. *quotidianar. cap.* 17. Hilligerus ad Donellum *lib.* 14. *comment. cap.* 21. *litera D.* & tamen ſubjicit Ulpianus hæc eadem aquæ hauſtus ſervitus perſonæ ei, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur. Concludit autem Ulpianus, eoque ipſo objectioni reſpondet, aquam illam perſonæ relictam eſſe, proindeque non requiri, ut ille, cui relinquitur, vicinum prædium poſſideat, juxta tradita ſupra §. 16.

CAPUT TERTIUM.

De Servitutum definitione.

§. I. Explicita ſervitutum diviſione, nunc inſtituti noſtri ratio poſtulat, ut ſervitutum definitionem ſubjiciamus, & quamvis variæ tradi ſoleant, ut conſtat ex iis, quas afferunt Duarenus in Paraphraſi ad *hunc tit. cap.* 3. Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 7. *num.* 7. Petrus Greg. *lib.* 4. *Synt. cap.* 1. *num.* 3. Julius Pacius in *meth. juris tit. de ſervitut. cap.* 2. Weſembec. in *parat. ff. hoc tit. a num.* 2. Hotmanus in *epitomatis ff. hoc tit.* num. 2. Hilligerus ad Donellum *lib.* 9. *comment. cap.* 21. *lit. C.* illa tamen verior & receptior eſt, quam tradidit Bart. in *l.* 1. *num.* 2. *ff. hoc tit.* & ibi Fulgoſius num. 4. Morla in *empor. parte* 1. *tit.* 6. in *præmiſſis num.* 28. *verſ. eſt autem.* Padilla in *rub. num.* 8. *C. hoc tit.* Caſtillo *de uſufructu cap.* 49. *num.* 6. Pichardus in §. *æque ſi agat* num. 5. *inſt. de actionibus.* ut ſervitus ſit *jus prædio inhærens, ipſius utilitatem reſpiciens, & alterius libertatem ſeu jus diminuens.* Quæ definitio aperte Lege noſtra Regia probata eſt in *l.* 1. *tit.* 31. *Part.* 3. In primis generis loco ſervitus appellatur *jus*, ut ſignificetur, omnem ſervitutem eſſe rem incorporalem, & in jure conſiſtentem. *l.* 1. *ff. de ſervitut. præd. ruſtic. l.* 1. *ff. de rerum diviſ. princ. inſt. de rebus corporalib. & incorp.* ſubjicitur deinde in definitione *prædio inhærens*, ut intelligamus, non poſſe ſervitutem acquiri ſine prædiis, ſerviente ſcilicet & dominante. *l.* 1. *ff. comm. prædior. l. via* 23. §. *ſi fundus ff. de ſervitut. præd. ruſtic.* iisque prædiis jus inhærens dicitur, quoniam utrumque fundum ſequitur ſervitus, ad quemcunque tranſierit. *d.* §. *ſi fundus.* & hinc deſcendit ratio, quare in *l. unus* 34. *ff. de ſervitut. præd. ruſtic.* ſcribatur, ſervitutem non perſonæ, ſed prædio deberi. In qua tamen re nobilis differentia adnotanda eſt inter ſervitutis acquiſitionem, & ejus promiſſionem: quod licet ſervitutis acquiſitio ſine prædiis fieri nequeat. §. *ideo autem inſt. hoc tit.* ſervitutis tamen promiſſio utilis eſſe poteſt, etiamſi is, qui promittit, vel ſtipulatur, fundum non habeat. *l. heredes* 25. §. *contra ff. famil. erciſcundæ. l. fundum* 46. §. 1. *ff. de eviction. l. ſi ſervitus* 22. §. *ult. ff. de ſervitut. præd. urban. l. exiſtimo* 98. *ff. de verbor. oblig.* cujus differentiæ illa ratio eſt, quod per promiſſionem non contrahitur obligatio realis, ſed perſonalis. *arg. l. rem alienam* 28. *ff. de contrah. empt.* ideoque non mirum, ſi ſervitus promitti poſſit ab eo, qui fundum non habet, ut non ſtatim impoſita vel conſtituta intelligatur, ſed tantum debita. *d. l. ſi ſervitus* §. *ult.* docent Accurſ. in *l.* 1. *verbo non poſſunt ff. comm. prædior.* Ant. Faber in *Rational. ad Pand.* in *d. l. heredes* §. *contra.* Giphanius in *d. l. exiſtimo.*

§. II. Definitioni tamen videtur obſtare textus in *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. ſign. l. qui fundum* 12. *ff. quemadm. ſervitut. amittuntur.* quibus locis aperte ſcriptum eſt, prædiorum ſervitutes nihil aliud eſſe *quam prædia qualiter ſe habentia.* Non igitur in jure conſiſtunt, ſed in qualitate quadam, habitu, ſeu conditione. Quæ difficultas tanta eſt, ut ſcribat Cujac. in *d. l. quid aliud.* in ea explicanda omnes hæſiſſe. Ejus tamen interpretatione omiſſa, quam ibi tradit, & in *l.* 1. *hoc tit.* in *fine*, & *lib.* 9. *obſervat. cap.* 37. quam etiam probat Fornerius *lib.* 2. *ſelect. cap.* 28. rejectaque etiam emendatione Alciati in *d. l. quid aliud.* dici poteſt cum Connano *lib.* 4. *comment. cap.* 7. *num.* 8. Donello *lib.* 9. *comment. cap.* 21. differentiam eſſe, quo ad rem propoſitam attinet, inter fundum dominantem & ſervientem. Dicitur ſervitus jus reſpectu prædii cui debetur: reſpectu vero ejus, qui ſervitutem debet, eſt qualitas. *d. l. quid aliud* 86. ubi, quod Celſus ait, jura prædiorum eſſe *prædia qualiter ſe habentia*, accipiendum eſt improprie & figurate, ut notat Donellus *ubi proxime.* quia cum ſervitutes ſint jura & accidentia, diſtant maxime ab ipſo prædio. *l. ſi aliena* 10. §. 1. *ff. de uſucapionibus. l. ſervitutes* 14. *ff. hoc tit.* propter inhærentiam tamen eorum prædia ipſa dicuntur, cum re vera non ſint niſi qualitates ſeu conditiones, quibus prædia ſervientia afficiuntur. Ex quibus explicandus eſt etiam text. in *l. ſed ſi ante* 17. *ff. de exceptionibus.* ubi Paulus appellat ſervitutem corpus; cum enim ſervitus prædio inhæreat, adeo cum ipſo prædio unum corpus conſtituere videtur, ut ejus conditionem & naturam imitetur & induat, id tamen non proprie, ut advertit Hilligerus ad Donellum *d. cap.* 21. *lit. D.* ubi ſubjicit verbum illud *corpora*, quo Paulus uſus eſt, ſumi proprie ratione fundi, improprie ratione viæ. Quod autem ibi Paulus proponit de eo, qui petierat viam ad fundum, & ſuccubuerat: deinde ipſum fundum petere cœpit, an exceptio noceat, ambiguum eſt, de quanam exceptione Paulus ibi loquatur. De præjudiciali exceptione accipiunt Rævardus *lib.* 2. *de præjud. cap.* 6. noſter Balboa in *cap. tuam* 3. *num.* 39. *de ordine cognition.* De exceptione vero rei judicatæ Cujac. *tractatu* 9. *ad African.* in *l. fundum* 16. *ff. de except.* & *lib.* 5. *obſervat. cap.* 37. in qua tamen diſquiſitione ut a noſtro tractatu aliena immorari nec licet nec lubet.

§. III. Ex iis autem, quæ diximus in definitione noſtra, ſervitutem *prædio inhærere*, colligimus & intelligimus eos, quibus prædii vindicatio utilis datur, ut in *l.* 1. §. 1. & §. *qui autem ff. de ſuperficieb. l.* 1. *ff. ſi ager vectigal. l. ei qui* 16. *verſ. ſicuti ff. hoc tit.* §. *item Serviana inſt. de actionibus.* habere quoque ſervitutis vindicationem. *l.* 3. §. *ſi ego. l. creditori* 9. *ff. de novi operis nunciat. d. l. ei qui* 16. *ff. hoc tit. l. unica* §. *ult.* in *fine ff. de remiſſion.* unde ex diverſo efficitur, quod cum uſufructuarius prædii fructuarii dominus non ſit. *l. falſus* 43. §. *ult. ff. de furtis. l. recte* 25. *ff. de verb. ſign.* rem vindicare non poteſt, neque etiam ſervitutem realem. *l.* 1. *l. uti frui* 5. §. *utrum ff. ſi uſusfruct. petatur.* Huic tamen ſententiæ apertis verbis refragatur text. in *l. unica* §. *item Juliano ff. de remiſſion.* ubi ex Juliani ſententia ſcribitur, fructuario vindicandarum ſervitutum jus eſſe. Ejus diſſidii componendi cauſſa variæ afferri ſolent interpretationes. Duas tradit Accurſ. *d. l.* 1. *verbo, non poſſe.* Eguinarius Baro vero, Duarenus & Coſtalius *d. l. ei qui* 16. *ff. hoc tit.* Robertus *lib.* 2. *receptar. cap.* 12. directam ab utili vindicatione ſeparant argumento ejus, quod in eodem uſufructuario circa actionem aquæ pluviæ reſpondetur. *l.* 3. §. *ult. l. ſi uſusfructus* 22. *ff. de aqua pluvia.* Cujac. vero *lib.* 1. *obſer-*

ſervat. cap. 16. & *lib.* 16. *cap.* 31. Ant. Faber in *Rational. Pand. tom.* 2. in *l.* 1. *ff. ſi uſusfruct. petatur.* exiſtimans hac in re JCtos diſſenſiſſe, Julianique ſententiam tantum referri in *d. l. unica* §. *item Juliano.* Quibus omiſſis & aliis traditis a Feliciano in *tractatu de cenſib. in præfat. a num.* 14. Caſtillo *de uſufruct. cap.* 7. *a num.* 14. Morla in *empor. tit.* 6. *quæſt.* 2. *num.* 1. Hilligero ad Donellum *lib.* 10. *comment. cap.* 11. *lit. C.* verius eſt, in hac re potius intereſſe, an uſufructuarius ſuo nomine velit ſervitutes vindicare, quod ei nequaquam concedendum eſt. *d. l.* 1. *d. l. uti frui* §. *utrum ff. ſi uſusfruct. petatur.* Aut nomine domini proprietarii tanquam procurator in rem ſuam, & hoc ei permittendum propter tacitum mandatum, quod a domino habere intelligitur. *l.* 1. *in fine cum l. ſeq. ff. uſufructuar. quemadm. caveat.* in qua ſpecie explicandus omnino eſt text. in *d. l. unica* §. *item Juliano.* quæ interpretatio facile perſuadebitur ei, qui animadvertit, Ulpianum in *d.* §. *item Juliano.* fructuario ſervitutis vindicationem dare, ut novum opus nunciare poſſit, non ſuo nomine, ſed procuratorio nomine, ut idem ipſe Ulpianus ſcribit in *l.* 1. §. *ult. ff. de novi operis nuntiat. l.* 4. *tit.* 32. *Part.* 3. quam interpretationem probavit Joannes vetus juris noſtri interpres, cujus meminit Accurſ. *verbo uſumfructum* in *l.* 2. *ff. eodem tit.* cui adſtipulati ſunt & alii, quos refert & ſequitur Caſtillo *d. cap.* 7. *num.* 20. & 21. Morla *d. quæſt.* 2. *num.* 5. Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 1. *cap.* 5. *a num.* 23. quod vero ſubjicitur in *d.* §. *item Juliano.* fructuarium novum opus nunciare poſſe vicino, remiſſionemque utilem eſſe, inutilem vero ſi domino nuntiatio fiat, putat Cujac. *d. lib.* 1. *cap.* 16. & *lib.* 9. *cap.* 17. duo illa verba *utilis & inutilis*, inter ſe debere commutari, cui ſubſcribit Ant. Faber *lib.* 19. *conjecturar. cap.* 5. eam tamen verborum commutationem ſeu potius correctionem ſatis redarguunt Duarenus in *l.* 2. *ff. de novi operis nunc.* Robertus *lib.* 2. *receptar. cap.* 12. Emanuel Suarez *lib.* 1. *obſervat. cap.* 20. Aliter illa verba emendat Hotmanus *lib.* 13. *obſervation. cap.* 15. ex tamen interpretantur Hilligerus ad Donellum *lib.* 15. *comment. cap.* 45. *litera S.* Emundus Merillius *lib.* 3. *obſervat. cap.* 20.

§. IV. Secundo ex ſuperioribus colligitur, quod ſicut ratione dominii nuntiatio competit, ita etiam propter ſervitutes. *l. inter* 15. *in fine ff. de ſervitut. præd. urbanor. l. in judicio* 47. *ff. famil. erciſcundæ. l. ut pupillo* 5. §. *& velle verſ. impoſititiam ff. de novi operis nunc. l. unica* §. *jus habet ff. de remiſſionibus.* cui tamen traditioni vehementer adverſatur difficilis text. in *l. qui viam* 14. *ff. de novi operis nunc.* ubi apertiſſime Julianus negat, eum, qui habet ſervitutem viæ, contra ædificantem ſervitutisque uſum impedientem novi operis interdicto uti poſſe, quæ difficultas tanta eſt, ut omnes interpretes coëgerit in varias abire ſententias, ut videre eſt apud Accurſ. in *d. l. qui viam.* & cæteros antiquiores, Duarenum *lib.* 2. *diſputation. cap.* 17. Cujac. *lib.* 1. *obſervat. cap.* 17. Hotmanum *lib.* 13. *obſervat. cap.* 16. & 17. Donellum *lib.* 15. *comment. cap.* 45. & ibi Hilligerum *litera* H. Antonium Fabrum *lib.* 19. *conjecturar. cap.* 5. ex quibus illa frequentior & receptior eſt, quæ diſtinguit inter ſervitutes ruſticas & urbanas, ut in ruſticis nuntiationis interdictum non competat. *d. l. qui viam.* in urbanis vero aliud jus obſervetur. *d. l. inter* 15. *in fine. d. l. unica* §. *jus habet.* cum ſimilibus. Hæc tamen interpretatio licet jure noſtro regio aperte probetur in *l.* 5. *tit.* 32. *Part.* 3. & magis placuerit Accurſ. in *d. l. qui viam.* diſplicuit tamen merito Coraſio *Miſcellan. cap.* 25. Quare ne in referendis & ſimul repellendis aliis ſententiis immoremur, potius dicendum eſt cum Ant. Fabro *d. lib.* 19. *cap.* 5. cui aſſentiuntur Hilligerus *d. cap.* 45. *litera H.* noſter Valentia *d. tractatu* 1. *cap.* 5. *num.* 10. qui multum intereſſe putant, an novum opus contra ſervitutem nuncietur extraneo, an domino prædii, in quo ædificatur. Si enim extraneus contra ſervitutem faciat, ſive directo ſive indirecto, ſemper utiliter nunciari ei poterit propter defectum juris, quo caret cum ædificat. *l.* 2. *ff. de novi operis nunc. d. l. unica* §. *item Juliano verſ. neque ſicut ff. de remiſſionibus.* ſi vero dominus ædificet, intereſt, an directo an vero indirecto contra ſervitutem faciat. Si directo, veluti ſi is, cujus ædes ſervitutem debent altius non tollendi, velit illas altius tollere, vel etiam ſi is ſervitutem debeat, ne proſpectui officiatur, utroque enim caſu, quamvis prædii dominus ille ſit, prohiberi tamen poteſt per nuntiationem, ne id faciat, quaſi contra voluntatem ejus, cui ſervitutem debet, non videatur habere jus ita faciendi, in quibus ſpeciebus explicandi ſunt text. in *d. l. inter* 15. *ff. de ſervitut. præd. urbanor. l. qui pupillo* 5. §. *& velle. l. ſi priusquam* 15. *ff. de novi operis nunc.* ſi vero nihil directo contra ſervitutem fiat, veluti cum is ædificat in prædio viæ ſervitutem debente, non ſervitutem vero non ædificandi habente, non poteſt novum opus ei nunciari: cum eo ipſo quod ſervitutem non ædificandi non debeat, jure ſuo ædificare poſſit, quomodo explicandus eſt text. in *d. l. qui viam.* in qua cum is, qui promiſit ſervitutem eundi agendi, vi ipſa non promiſerit ſervitutem non ædificandi, hac de cauſſa per ædificii conſtructionem licet aliquo modo uſus viæ impediatur, quia tamen nihil contra ſervitutem viæ fit, interdicto novi operis non tenetur.

§. V. Tertio ex ſuperioribus deducitur, actionem in rem pro ſervitutibus competere ei, qui dominantis prædii dominus eſt. *l.* 1. & 2. *ff. ſi ſervit. vindicet.* §. *æque inſt. de actionibus.* nam cum ipſius prædii in rem actio domino detur. *l. in rem* 23. *ff. de rei vindicat.* ſervitutes quæ prædiis inhæreant, mirum non eſt, ſi pro illis directa actio confeſſoria detur. *d. l.* 2. §. *hæc autem.* explicant poſt antiquiores Morla *d. tit.* 6. *in præmiſſis a num.* 103. Petrus Greg. *lib.* 4. *Syntagm. cap.* 22. Donellus *lib.* 10. *comment. cap.* 12. & *lib.* 11. *cap.* 15. Pichardus *d.* §. *æque a num.* 19. objici tamen ſolet difficilis text. in *l.* 1. *ff. de uſufr. leg.* ubi poſtquam Paulus ſcribit, eum qui ſervitutem itineris aut viæ in fundo vicini habet, ejus uſumfructum legare non poſſe, rationem addit, quia ſervitus *nec ex bonis neque extra bona eſt*: quæ ratio ſi vera eſſet, prorſus evinceret, pro ſervitutibus actionem in rem non fuiſſe comparatam, cum actio aut exceptio non aliter competat, quam pro re quæ in bonis noſtris eſſe intelligitur. *l. rem in bonis* 52. *ff. de acq. rerum dom. l. metu* 9. § *licet ff. quod metus cauſſa. l. bonorum* 49. *ff. de verbor. ſign.* quem nodum ut ſolvant, ſcribentes varie in eo expediendo ſe torquent, ut poſt antiquiores in *d. l.* 1. conſtat ex late traditis a Pinello. *l.* 1. *part.* 3. *num.* 6. *C. de bonis maternis.* Hotmano *lib.* 6. *obſervat. cap.* 25. Fornerio *lib.* 3. *ſelect. cap.* 14. Donello *lib.* 4. *comment. cap.* 5. ubi Hilligerus *litera* C. Ant. Fabro *lib.* 19. *conjecturar. cap.* 8. Caſtillo *de uſufructu cap.* 52. *a num.* 3. quibus omiſſis dicendum eſt, legatum uſusfructus viæ, itineris, de quo in *d. l.* 1. non poſſe referri ad prædium ejus, cui ſervitus debetur, quia is non poteſt alii commodare. *l. ex meo* 24. *ff. de ſervitut. præd. ruſticor.* nec ſimiliter pertinere ad fundum legatarii, quia in ſervitute propria non potuit alia ſervitus conſiſtere, cum res propria nemini ſerviat. *l. uti frui* 5. *ff. ſi uſusfruct. petatur.* ſed omnino referendum eſſe ad eum caſum, quo teſtator legavit per fundum proprium uſum aut uſumfructum ſervitutis realis, quæ in re ſua non erat, nec eſſe poterat. Quo caſu merito ait Paulus, illud legatum uſusfructus eſſe rei, quæ non eſt ex bonis noſtris nec extra bona, quia non entis nullæ ſunt qualitates, qui ſenſus eſt illorum verborum ibi: *quia id neque ex bonis nec extra bona.* ad quam rationem pertinent quoque & alia verba ibi: *quia ſervitus ſervitutis eſſe non poteſt*; quæ omnino ſunt explicanda de ſervitute illius ſervitutis, quæ in rerum natura non eſt, quam interpretationem tradi-

dit Bartol. in *d. l.* 1. *num.* 4. eamque laudat Caſtillo *d. cap.* 52. *num.* 6. a qua (ni ego fallor) non multum diſtat nova alia, quam ſibi arrogat Ant. Faber in *Rational. l.* 1. *ff. de uſufructu earum rerum.*

§. VI. Quod diximus, ſervitutes poſſe vindicari, locum etiam habet in ſervitute itineris aut viæ ad ſepulchrum; hæc enim quoque vindicatur, licet ſepulchrum dominii noſtri non ſit. *l.* 1. *ff. ſi ſervit. vindicetur.* Unde explicandus eſt difficilis text. in *l. ſervitutes* 14. §. 1. *ff. hoc tit.* ubi ſcribitur, ſervitutem itineris ad ſepulchrum acquiri & remitti poſſe. Quæ ſententia illam difficultatem habet, quod ſoli domini acquirunt ſervitutes, ſepulchri autem nemo eſt dominus. *l.* 1. *ff. de rerum diviſ.* §. *nullius inſt. eadem. l.* 4. *ff. de aqua pluvia.* cum ejus locus religinſus ſit. *l. in tantum* 6. §. *religioſi ff. de rerum diviſ.* quo effici videtur, ſepulchro iter acquiri non poſſe: cujus nodi ſolvendi cauſſa Accurſ. *ibi, verbo ſervientis.* Bart. Caſtrenſis, Duarenus, & Cujac. exiſtimant, quod licet ſepulchrum, ut pote locus religioſus, a commercio noſtro eximatur: jus tamen ſepeliendi, & in eum locum inferendi, dominii cujusdam noſtri loco habetur: ratione cujus iter ad ſepulchrum acquiritur, ſicut etiam ob eam rem datur actio in factum ſubſidiaria vindicationis. *l. quæ religioſis* 43. *ff. de rei vindicat.* & actio pœnalis. *l.* 2. §. *Prætor. l. is qui* 7. *ff. de religioſ.* cui interpretationi ſi objicias, ex ea ſequi, ſervitutem dari ſine prædio, reſpondent id receptum fuiſſe jure ſingulari religionis favore. *l. ſi venditor* 10. *l. ſi quit* 12. *ff. de religioſ. l. utimur* 5. *ff. de ſepulchro violato. l. iter* 4. *ff. quemadm. ſervit. amitt.* cujus tamen text. ſententia non religionis favore, ſed ſummo jure nititur, ut explicant ibi Angelus, & Caſtrenſis, Donellus *lib.* 11. *comment. cap. ult. verſ. his concurrentibus.* Sed adhuc hæc interpretatio ſcrupulo non caret; quare ea omiſſa & alia Donelli *d. lib.* 11. *cap.* 9. verius dici poteſt, ideo ſervitntem itineris ſepulchro adquiri, quia religio ſepulchri non totum locum occupabat, qui ſepulturæ erat deſtinatus, ſed quatenus corpus humatum erat. *l.* 2. §. *ſepulchrum ff. de religioſ.* notat eleganter Cujac. in *d. l. ſervitutes* §. 1. ut proinde jam facile appareat, in ea ſola prædii parte, quam corpus non occupabat, ſervitutem conſiſtere & acquiri.

§. VII. Hactenus diſſeruimus de ſervitute prædio inhærente; nunc definitionis noſtræ ordo poſtulat, ut explicemus illa verba: *ipſius utilitatem reſpiciens.* Quibus edocemur, nullam ſervitutem conſtitui poſſe, quin prædio vel perſonæ utilis ſit. *l. ergo* 5. *in fine ff. de ſervitutib. præd. urbanor. l. ut pomum* 8. *l. quoties* 15. *ff. hoc tit. l. ſi heres* 37. *ff. de ſervitutib. præd. urbanor. l. & ideo* 5. *ff. ſi ſervitus vindicetur. l. de pupillo* 5. §. *& velle ff. de novi operis nunc. l.* 7. *tit.* 3. *Part.* 3. objici tamen ſolet textus difficilis in *l. ei fundo* 19. *ff. hoc tit.* ubi aperte cavetur, conſtitui poſſe ſervitutem, licet utilis non ſit prædio dominanti. Quod diſſidium ut componant DD. valde laborant, ut poſt antiquiores late proſequuntur Morla *d. tit.* 6. in *præmiſſis a num.* 65. Caſtillo *de uſufructu cap.* 49. *a num.* 11. Donellus *lib.* 9. *comment. cap.* 21. *in fine.* ubi Hilligerus *litera L.* Pichardus in §. *æque num.* 6. *&* 7. *inſt. de actionibus.* quibus omiſſis probamus potius interpretationem Accurſii *d. l. quoties. verbo nihilagit, ſolution.* 1. & Ant. Fabri in *Rational. ibidem.* quod ideo in *d. l. ei fundo* ſervitutis conſtiturio valeat, licet prædio utilis non ſit, quia in rei traditione fuit ita conſtituta. in rei enim traditionibus quodcunque pactum valet. *l. in traditionibus* 48. *ff. de pactis.* etiam quod alioquin non valeret. *l. venditor* 13. *ff. communia præd.* ne decipiatur is, qui non aliter fuerat traditurus. *l. ult. C. de pactis inter empt.*

§. VIII. Poſtremo ſupereſt, ut exponamus poſteriora definitionis verba ibi: *& alterius libertatem minuens.* quibus etiam docemur, ſervitutem minuere libertatem prædii ſervientis. *l. ut pupillo* 5. §. *& velle in fine ff. de novi operis nunc.* adeo ut dominus non poſſit contra ſervitutem quicquam facere. *l. altius* 8. *C. hoc tit.* ſed tantum teneatur aut aliquid pati, ant non facere. *l. quoties* 15. §. *ult. ff. hoc tit.* Unde colligitur ratio ad *l. cum ita* 41. *ff. de uſufructu legato. l. ſi quis ita* 20. *ff. de uſufructu.* ubi ſcribitur, videri ſervitutem uſusfructus relictam, ſi teſtator annuos fundi fructus Titio leget, quo caſu ipſe Titius fructus percipere poteſt, heres vero duntaxat pati debet. Quæ ſententia pugnare videtur cum *l. fundi* 38. *ff. de uſufructu legato.* ubi in eadem fere ſpecie non tenetur heres pati fructus percipere, quaſi nulla ſervitute conſtituta, ſed tantum æſtimationem fructuum præſtare. ſed reſponderi ſolet, *dictam legem fundi* accipiendam eſſe, quando legatum ab herede præſtari jubetur: tunc enim verba ad heredem relata ſervitutem non conſtituunt; ſed tantum quando ad legatarium diriguntur, ut in *d. l. cum ita* 41. *d. l. ſi quis ita* 20. docent Accurſius in *d. l. fundi, verbo differentiam.* Pinellus in *l.* 1. *part.* 2. *num.* 12. *C. de bonis maternis.* cum pluribus Caſtillo *de uſufructu cap.* 29. *a num.* 16. Donellus *lib.* 10. *comment. cap.* 5. ubi Hilligerus *litera F.* Faber *d. l. ſi quit ita.* & juxta hanc differentiam explicanda eſt etiam *l. patrimonii* 22. *ff. de uſufructu legato.* neque differentiam hanc evertit *l. defuncta* 58. §. 1. *ff. de uſufructu.* nam licet teſtator ibi verba ad legatarium direxerit, ut oſtendunt illa verba *do lego*, ideo tamen ſervitus uſusfructus conſtituta non intelligitur, quia teſtator legatario non dedit poteſtatem percipiendi fructus, ſed voluit, ut ab herede acciperet, dum fructuum ſextam partem legavit, quaſi illa teſtantis voluntas fuerit, ut prius ab herede colligerentur, quibus collectis poſtea ſexta pars illorum præſtaretur legatarin. notant Pinellus *d. part.* 2. *num.* 13. Donellus *d. cap.* 5. *in fine.* Faber in *d. l. defuncta* §. 1. licet aliam rationem poſt Connanum affert Caſtillo *d. cap.* 29. *num.* 25. quem laudat Hilligerus *d. cap.* 5. *litera G.*

§. IX. Ex quibus explicandus eſt etiam text. in *l. Gajus* 12. *ff. de annuis legatis.* ubi teſtator duobus prædia reliquit diverſis regionibus poſita, ex priori prædio præſtari voluit certa quædam annuatim ad aliud prædium: quæſtio præcipua fuit, an illud legatum morte legatarii extingueretur, quam quæſtionem priusquam Paulus expediret, interſeruit in hac ſpecie non videri, *jure ſervitutem conſtitutam neque in perſonam neque in rem.* in perſona, quia ut ſervitus uſusfructus conſtituta videatur, oportet ut teſtator verba ad legatarium referat. *d. l. cum ita* 41. *d. l. ſi quis ita* 20. quod in *d. l. Gajus* non contingit, ubi teſtator ad heredem verba direxit ibi: *præſtari volo.* & ſimul præcipue, quia non legavit fructus, ſed certum pondus certa re redigendum ab herede ex fundo, quo caſu non videtur uſusfructus conſtiturus, ut in *d. l. defuncta* 58. §. 1. ſicut etiam in *l. ult.* §. *ult. ff. de contrah. empt.* explicat eleganter Cujacius in *d. l. Gajus.* quod vero ſubjicitur *ibidem*, nec ſervitutem in rem conſtitutam videri, illam rationem habet, quod ſervitus realis conſtitui non poſſit, niſi inter prædia vicina. *l. ergo* 5. *ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* non autem inter prædia remota, qualia erant illa, de quibus in *d. l. Gajus.* ita poſt alios Cujacius *ibi.* & *lib.* 24. *obſervat. cap.* 22. alii tamen hujus rei rationem comminiſcuntur ſuperioribus ſatis conſentaneam, quod ideo in *d. l. Gajus* ſervitus realis conſtituta non videatur, quia cum ſervitutis natura exigat, ut dominus prædii ſervientis tantum patiatur, aut non faciat; non vero ut præſtet. *l. quoties* 15. §. *ult. ff. hoc tit.* inde apparet, in *d. l. Gajus* non poſſe ſervitutem in rem conſtitui, ubi dominus prædii ſervientis aliquid præſtabat.

§. X. His autem, quæ diximus, dominum prædii ſervientis tantum teneri pati aut non facere, objici ſolet *l. cum deberet* 32. *ff. de ſervitutib. præd. urbanor. l. & ſi forte* 6. §. *etiam ff. ſi ſervitus vindicetur.* ubi in ſervitute oneris ferendi dominus prædii ſervientis tenetur reficere parietem onus adverſarii

ſarii ſuſtinentem, cui difficultati occurri ſolet in hac ſervitute jus ſingulare obſervari. ita Bart. Caſtrenſis, Duarenus, Eguinarius Baro, Cujacius, & Faber in *d. l. quoties* §. *ult.* & hæc ſatis de definitione.

PARS SECUNDA.

CAPUT PRIMUM.

Ad l. 2. & 3. l. ad certam 6. l. ut pomum 8. §. ult. l. pro parte 11. *l. non dubito* 12. *l. ſervitutes* 14. §. 1. *l. viæ* 17. *hoc. tit.*

COMMENTARIUS.

§. I. Continetur iis locis optima fere hujus tractatus pars, qua nulla magis cum cura docenda vel diſcenda de perſonis ſcilicet, quæ ſervitutes prædiorum poſſunt imnponere vel acquirere. Quare ut perſpicue & plene explicetur, omiſſa interim, quia ad rem parum pertinet, naturali cauſſa ſervitutis, per quam nempe inferior fundus naturaliter ſuperiori ſervit, & aquam ex eo profluentem excipit. *l.* 1. §. 1. & §. *penult.* & *ult. l.* 2. *in princ. l. Antæus* 14. §. 1. *ff. de aqua & aquæ pluviæ. l.* 14. *tit.* 32. *Partita* 3. quibus jungendi ſunt Cujacius *lib.* 27. *obſervation. cap.* 24. Donellus *lib.* 15. *comment. cap.* 47. & *lib.* 10. *cap.* 9. ubi Hilligerus *litera A.* ſciendum eſt, ſervitutes omnes imponi vel auctoritate publica vel privata: publica auctoritate ſervitus imponitur, quoties vel ſpeciali lege introducitur, ut in *l ult.* §. *ult. C. hoc tit.* vel Principis aut Senatus juſſu, vel a publicis agrorum conditoribus, & diviſoribus. *d. l.* 1. §. *penult. l.* 2. *in princ.* ubi Cujac. *lib.* 49. *Pauli ad Edictum. l. quod Principis* 23. *ff. de aqua & aquæ pluviæ.* vel etiam in judiciis familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, in quibus arbiter ad dividendum datus poteſt ſervitutem imponere, ita ut ex fundis, quos duobus adjudicat, alterum alteri ſervum faciat. *l. item Labeo* 22. §. *ſed etiam ff. familiæ erciſcundæ. l. communi* 7. §. 1. *ff. communi dividundo.* quoniam in iis judiciis communes res pro arbitrio diſponere vel uni adjudicare, & adjudicatione dominium transferre arbitris quaſi dominis permiſſum eſt. § *quædam inſtit. de actionibus.* & §. *ult. inſtit. de off. judicis.* Ulpianus in *fragm. tit.* 19. §. *adjudicatione.* & ideo in actione familiæ erciſcundæ, ſi uni ex heredibus arbiter pure, hoc eſt ſine impoſitione ſervitutis fundum adjudicaverit, cum adjudicatione ſtatim fundus proprius illius eſſe incipiat, & hereditarius eſſe deſinat, non poterit poſtea alteri coheredi fundum alium adjudicando inter eos ſervitutem imponere. *d. l. item Labeo* 22. §. *ſed etiam in fine* quippe id arbitror duntaxat lege permittitur, quamdiu & quatenus uterque fundus communis vel hereditarius eſt, nec diſponere arbiter poteſt, ut fundus hereditarius fundo non hereditario ſerviat, vel e contra. *l. ut fundus* 18. *ff. communi dividundo.* explicat recte Faber in *d.* §. *ſed etiam.* quamvis aliter & extra rem diffundantur poſt Accurſium Albericus & Fulgoſius *ibidem.*

§. II. De ſervitutibus publica auctoritate impoſitis hæc paucis & cum paucis annotaſſe ſatis. inter privatos autem regulariter ſolus dominus prædii ſervitutem illi poteſt imponere, vel acquirere; alieno vero prædio nec imponitur nec acquiritur. *l.* 1. *in fine l. ſi quis duas* 6. §. 1. *l. ſi cum duas* 8. *ff. communia prædiorum. l. fundum* 46. §. 1. *ff. de evictionibus. l. tenetur* 6. § *ſi ſibi ff. de actionibus empti. l.* 10. *tit.* 31 *Partita* 3. obſtat tamen in primis nondum in hac quæſtione expoſitus Ulpiani locus in *l. ſi ego* 11. § 1. *ff. de Publiciana.* dum docet, Publicianam actionem competere ei, cui ſervitus conſtituta eſt per traditionem vel patientiam. *forte ſi per domum quis ſuam paſſus eſt aquæductum transduci.* ut ibi ſcriptum eſt, cum enim Publiciana ei detur, qui rem, quam petit, per uſucapionem cœpit acquirere, nondum tamen acquiſivit. §. *namque ſi cui inſt. de actionibus. l.* 1. & paſſim *ff. de Publiciana* probari videtur, ſervitutem aquæductus, etiam ſi a domino per domum ſuam imponatur, recte conſtitutam non eſſe, neque acquiri ei, cui conſtituitur; nam ſi acquiſita eſſet, confeſſoria actio ei tanquam domino ſervitutis competeret, non Publiciana. *l.* 2. *ff. ſi ſervitus vindicetur.* ſed exploſa violenta expoſitione Accurſii in *d. l. ſi ego* 9. §. 1. & omiſſa interim alia Longovallii in *l imperium num.* 278. *ff. de juriſdictione.* quam ante eum ſcripſit Caſtrenſis in *novis prælectionibus* in *d.* §. 1. reſpondendum eſt cum Alberico *ibidem.* in ſervitutibus conſtituendis duo requiri, ut & qui conſtituit ſit dominus prædii, cui ſervitus imponitur, & ille cui conſtituitur dominus prædii, cui acquiritur. §. *ideo inſt. hoc. tit.* cum autem in *d.* §. 1. duntaxat proponatur, ſervitutem aquæductus a domino per domum ſuam conſtitutam eſſe, neque exprimatur, an & alter, cui conſtituitur, dominus eſſet prædii, cui aquæductus utilis erat, quodammodo inſinuatur, & ex Ulpiani mente, & principiis illius tractationis colligitur, dominum eum non fuiſſe, & ideo cum ei ſervitus ſtatim acquiri non potuiſſet, ſi tamen per longum tempus cœpit acquirere, Publiciana ei datur non confeſſoria.

§. III. Nec ad rem magis pertinet obſcurus textus in *l. ex caſtrenſi* 18. §. *ſervos ff. de caſtrenſi peculio.* ubi ſcriptum eſt, poſſe patrem prædiis peculii caſtrenſis, quod ejuſdem filius habet, ſervitutes acquirere, & tamen conſtat, peculii caſtrenſis filium potius quam patrem dominum eſſe. *l. Imperator* 50. *ff. ad S. C. Trebell. l. ex nota* 10. *ff. de caſtrenſi peculio.* obſcura tamen ratio non eſt, quippe quamvis militibus filiisfamilias propter privilegium militiæ peculii caſtrenſis adminiſtratio & de eo teſtandi facultas conceſſa ſit. *d. l. Imperator* 50. *princ. inſt. quibus non eſt permiſſum.* dominium tamen ejusdem peculii, quamdiu pater & filius vivunt, in pendenti eſt, nam ſi filius teſtatus decedat, retro ejusdem fuiſſe videbitur, ſi vero inteſtatus moriatur, occupabit pater bona jure peculii, quaſi ab initio illorum dominium ei per filium quæſitum jure priſtino patriæ poteſtatis perſeveraſſet. *l. ſervum* 44. *ff. de legatis* 1. *l.* 2. *l. proponebatur* 9. *l. de hereditate* 19. §. *pater ff. de caſtrenſi peculio. l.* 1. §. *ſi is qui bona ff. de collatione bonorum. l. filiusfam.* 18. *ff. ad l. Falcidiam l. intelligis* 5. *C. de caſtrenſi peculio.* unde efficitur, ut quamdiu filius vivit, poſſit pater tanquam dominus prædiis peculii caſtrenſis ſervitutem acquirere, vel etiam ea liberare ſervitute, quam debent. ut in *l. pater* 15. § *ult. ff. de caſtrenſi peculio.* quoniam utroque caſu meliorem filii conditionem facit, ſervitutem tamen eisdem prædiis imponere non poterit, quia cum adminiſtratio eorum filii ſit, non poteſt ejus deteriorem conditionem facere, atque ita ſimilis videtur pater prodigo, cui bonis interdictum eſt, qui quamvis dominus eorum maneat, poteſt quidem acquirere, non tamen perdere; quia adminiſtratio alterius eſt. *d. l. ex caſtrenſi* 18. §. *ſervus.* juncta *l. is qui bonis* 6. ubi Cujac. *ff. de verborum oblig.* explicant poſt alios Mendez de Caſtro in *l. cum oportet part.* 3. *num.* 152. *C. de bonis quæ liberis.* Caldas in *l ſi curatorem, verbo læſis num.* 95. *C. de in integrum reſt.* Faber in *jurisprudentia Papin. tit.* 11. *princ.* 6. *illat.* 12. *ad finem.*

§. IV. Porro ut jam progrediamur, ſuperioris regulæ ratio de ſervitute a ſolo domino prædii imponenda vel acquirenda ex eo pendet, quia ſervitutes ſunt jura & qualitates prædiorum. *l. quid aliud* 86. *ff. de V. S. l. qui fundum* 12. *ff. quemadmodum ſervitutes amittantur.* §. *ult. inſt. de rebus corporalibus.* quatenus autem jura ſunt prædii, cui debentur, ejusque utilitatem perpetuo & principaliter reſpiciunt, non poſſunt etiam alii vel per alium acquiri, quam per dominum ipſius prædii, ad quem tota ejusdem utilitas propter perpetuum jus domi-

nii præcipue pertinet. d. l. 1. in fine ff. communia prædiorum. Rurſus quatenus ſunt qualitates & accidentia prædii ſervientis, non debent niſi a domino illius imponi; iniquum enim eſſet, ut alteri quam domino liceret rem alienam & liberam qualitate ſervitutis afficere, quibus accedit, quod ſcriptum eſt in l. de pupillo 5. §. & valle ff. de novi operis nunciatione. nempe ſervitutem impoſitam jus ejus, qui eam debet, deminuere, & ejus cui debetur, augere; inde enim fit, ut nemo niſi dominus poſſit prædio ſervitutem imponere, quia non licet alteri alienum jus auferre vel minuere. l. id quod noſtrum 11. l. non debet 74. ff. de reg. juris, l. in concedendo 8. ff. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ. & nemo niſi dominus acquirere, quia ea, quæ juris ſunt, & civiliter acquiruntur, veluti ſervitutes, non poſſunt per alios acquiri. l. ea quæ civiliter 53. ff. de acq. rerum domin. l. 1. C. per quas perſonas. l. poſſeſſio 49. §. ult. ff. de acq. vel amitt. poſſ.

§. V. Ex quibus, ut jam textus, quibus hujus commentarii frontem inſcripſimus, ſigillatim explicemus, obſcura valde efficitur ſententia Pauli in l. 3. hoc tit. quam ita interpretantur antiquiores, ut ſenſus ſit, ſervitutes imponi poſſe vel a domino ſoli, vel ab eo, qui ſuperficiem in alieno ſolo habet. Ita poſt Accurſium in d. l. 3. verſ. vel verius. Bartolus, Albericus, Caſtrenſis, Fguinarius Baro, & Forcatulus ibidem. Fulgoſius in l. 1. num. 6. hoc tit. Cæpolla de ſervitut. præd. urbanor. cap. 14. num. 4. & tamen ſuperficiarius, qui in alieno ſolo ædificium habet, non eſt dominus ædificii, quoniam id ſolo cedit, & domino ſoli acquiritur. l. 2. ff. de ſuperficiebus. l. qui domum 50. ff. ad leg. Aquil. §. cum in ſuo ſolo, & §. ex diverſo inſt. de rerum diviſ. utcunque tamen ſit, de quo poſtea, communis illa interpretatio aliena nimis eſt a verbis Pauli in d. l. 3. quæ duntaxat præferunt, & proponunt, ſervitutes vel in ſolo vel in ſuperficie conſiſtere; nihil autem de perſonis ſervitutem conſtituentibus: quare ut contextus intelligatur, omiſſa alia expoſitione Accurſii in d. l. 3. quam ſequuntur Ant. Faber & Cujac. in recitationibus ibidem. Connanus lib. 4. comment. cap. 10. num. 5. Duarenus ad hunc tit. cap. de definit. ſervitut. in fine. Pacius in methodicis C. hoc tit. cap. 4. num. 13. affirmandum potius eſt, proponi a Paulo in d. l. 3. propriam & ſingularem diviſionem ſervitutum, nempe ut omnes ſive ruſticæ ſive urbanæ vel in ſuperficie conſiſtant, veluti ſervitus tigni immittendi ex meis ædibus in tuas ædes. l. ſervitutes 19. ff. de ſervitut. præd. urbanor. vel in ſolo veluti ſervitus itineris agro acquiſita. l. certo 13. ff. de ſervitut. præd. ruſticor. ita dexterius explicat Cujac. lib. 21. Pauli ad Edictum in d. l. 3. Hotmanus in Epitomatis ad hunc tit. num. 3. quibus in effectu conſentiunt Faber lib. 19. conjecturar. cap. 13. Morla in emporio tit. 6. in præmiſſis num. 64. ſed etſi prior illa Accurſii traditio de ſervitutibus a ſuperficiario imponendis non recte accommodetur interpretandis Pauli verbis in d. l. 3. certa tamen eſt & recepta, ut probatur in l. 1. §. ult. ff. de ſuperficiebus. l. 1. ff. quibus modis uſusfruct. amitt. l. 11. tit. 31. Partita 3. quia quamvis ſuperficiei unus idemque dominus, qui & ſoli ſit. d. §. cum in ſuo, & §. ex diverſo inſt. de rerum diviſ. ſuperficiarius tamen, hoc eſt, qui jus habendi ſuperficiem in alieno ſolo ad longum tempus conduxit, certa penſione conſtituta, ut quamdiu ea ſolvatur auferri ſuperficies non poſſit. l. id eſt 74. ff. de rei vindicatione. l. 1. §. quod ait ff. de ſuperficiebus. habet dominio proximum jus, quod utile dominium Accurſiani vocant. l. eorum 19. ff. de damno infecto. ideoque ei quaſi domino utilis in rem actio a Prætore datur. l. tutor 16. §. ult. ff. de pignoratitia actione. l. in ſpeciali 73. in fine cum ll. ſeqq. ff. de rei vindicatione. l. 1. §. 1. & §. quod ait ff. de ſuperficiebus. unde etiam ſervitutes ab eodem impoſitæ, vel acquiſitæ prædio ſuperficiario, quamvis civili jure non valeant. d. l. 1. ff. quibus modis uſusfruct. amitt. ſuſtinentur tamen Prætorio jure ad exemplum earum, quæ ipſo jure ſunt conſtitutæ, hoc eſt jure civili. d. l. 1. §. ult. ff. de ſuperficiebus. ubi ſic exponunt præter laudatos ab Hilligero ad Donellum lib. 1. cap. 8. litera J. Rævardus ad l. Scribon. cap. 4. Faber lib. 19. conjecturar. cap. 13. & ante eos Fulgoſius in l. 1. num. 6. hoc tit. nec refragatur huic ſententiæ Juliani locus in l. ſi tibi homo 86. §. ult. ff. de legatis 1. ubi ſuperficiarii jus ſervitus vocatur, ac proinde colligi recte videtur, nón poſſe a ſuperficiario ſervitutem imponi, quia ſervitus ſervitutis eſſe non poteſt. l. 1. ff. de uſufructu legato. l. cum eſſent 33. §. ult. ff. de ſervitut. ruſticor. præd. reſpondendum enim eſt, ſuperficiarii jus in d. l ſi tibi homo 86. §. ult. vocari ſervitutem minus proprie, & ſtricte, ſive quia onus eſt & ſubjectionis genus, quod ſoli & ſuperficiei verus dominus patitur, quomodo ſervitus accipitur in l. Cajo 13. §. ult. ff. de alimentis & cibariis legatis. l. ult. §. minores C. de ſentent. paſſis. ſive quoniam, ut ſervitus, ita ſuperficiarii jus in re aliena eſt, ut explicat Fulgoſius ubi proxime. Caſtrenſis in l. qui bona 13. §. 1. num. 2. in fine ff. de damno infecto. Hilligerus ad Donellum lib. 9. cap. 16. litera B. Bartolus & alii laudati a Morla d. tit. 6. in præmiſſis num. 55. Cujac. lib. 37. Digeſt. Juliani in d. l. ſi tibi 86. §. ult. quamvis aliter Cepolla de ſervitut. præd. urbanor. cap. 14. num. 4. Morla ubi ſupra. poſt Caſtrenſem & alios, quos anteceſſores noſtri ſequuntur.

§. VI. Obſcurius ſane eſt, & vel fatente Bartolo intricatius, quod extat in l. 1. §. quia autem 5. ff. de ſuperficiebus. nempe ſuperficiarii jus eſſe quaſi uſumfructum quendam vel uſum. Id enim ſi ita eſt, nec poterit ſuperficiarius ſervitutem imponere, quia nec fructuarius poteſt. l. ſed ſi quid 15. §. ult. ff. de uſufructu. nec quaſi uſumfructum ſuperficiei extraneo conſtituere, tum quoniam nulla eſt ſervitus ſervitutis. d. l. 1. ff. de uſufructu legato. tum etiam quia uſusfructus ipſe cedi extraneo non poteſt. §. finitur inſt. de uſufructu. l. ſi uſusfructus 66. ff. de jure dotium. l. 4. in fine ff. de ſervitut. præd. ruſticor. l. neceſſario 8. §. ult. ff. de peric. & comm. rei venditæ. & tamen utrumque ſcilicet ſervitutis & uſusfructus conſtitutio ſuperficiario permittitur in d. §. quia autem cum ſeq. d. l. 1. ff. quibus modis uſusfruct. amitt. nec moramur aut ſequimur Accurſii ad illum textum tres interpretationes, (quarum ultimam in ſcholis noſtris tibi ut novam vindicavit, & aliis venditavit non nemo) ſicuti nec aliam Hilligeri ad Donellum lib. 9. cap. 17. litera C. aliam Fabri de erroribus Pragmaticorum decade 64. errore 4. ubi pro verbis illis d. §. quia autem. petitori quoque in ſuperficiem dari. hæc reponit: pignori quoque ſuperficiem dari. & cætera probabiliter explicat ſuffragante ejus aſſecla Schilordeghero lib. 1. ad Fabrum tractatu 12. quæſt. ult. affirmamus potius, quamdiu firmiora aut meliora non occurrunt, petendam eſſe interpretationem dicti §. quia autem. ex præced. §. ſi ſoli. ubi quæſtio eſt de poſſeſſore ſoli, cui ſuperficies evicta eſt, hoc eſt, de eo qui ſolum a non domino emerat, unde & ſoli poſſeſſor dicitur, quamvis & ſuperficiem ſimul cum ſolo poſſideret, quia nec ei, ſi non poſſideret, evinci ſuperficies poſſet, nec ſolum, in quo ſuperficies eſt, poſſideri ſine illa poteſt. l. cum qui heres 23. l. nunquam 26. l. ſi ſolum 39. ff. de uſucapionibus. huic itaque ſoli poſſeſſori, ſi ſuperficies judicio auferatur, ſive evincatur, ſcriptum eſt in d. §. ſi ſoli ſubveniendum eſſe contra venditorem ſuum actione ex ſtipulatu, vel ex empto, quæ pro evictione rerum venditarum dari ſolent. l. emptori 37. l. evicta 70. ff. de evictionibus. l. quod ſi nolit 31. §. quia aſſidua ff. de Ædilitio Edicto.

§. VII. Hæc ita Ulpianus in d. §. ſi ſoli. in quibus nova, obſcura, aut certe ſingularia multa; namque & novum videtur, ſolo apud poſſeſſorem manente ſuperficiem ſolam evinci aut vindicari, quia cum ejuſdem domini ſit, cujus & ſolum vel vindicari ſimul debet, vel apud poſſeſſorem ſimul manere. d. §. cum in ſuo inſt. de rerum diviſ. & obſcu-

ſcurum graviter eſt, in rem actionem pro vindicanda ſola ſuperficie petitori contra poſſeſſorem ſoli dari, quoniam in rem actio ex poſſeſſione rei petitæ naſcitur, & contra poſſeſſorem duntaxat competit. *l. actionum* 25. *ff. de oblig. & action. l. unica C. de alienatione judicii. l. non alias* 24. *§. ult. ff. de judiciis.* ſola autem ſuperficies ſive a ſolo ſeparata non poſſidetur. *d. l. eum qui heres* 23. *ff. de uſucapionibus.* & ſingulare valde eſt, emptori ſive poſſeſſori ſoli actionem de evictione propter ſuperficiem evictam competere, quia ſolum duntaxat emit non ſuperficiem, & ſuperficiarium jus eſt jus prædii & ſervituribus prædiorum ſimile. *l.* 3. *§. ſi jus ff. de rebus eorum. l. ſi tibi* 86. *§. ult. ff. de legat.* 1. ſervitutibus autem evictis, niſi ſpecialiter cum ſolo venditæ ſint, actio de evictione non competit. *l. penult. ff. de evictionibus. l. cum venderes* 59. *l. in vendendo* 66. *ff. de contrahenda emptione.* tum etiam, quia cum ſolum non evincatur, neque evinci ſuperficies videtur, quæ ſolo cedit, ut conſiderat Faber *de erroribus Pragm. decade* 64. *errore* 6. quibus ſingulis confirmandis vel explicandis Ulpianus in *d. §. quia autem.* ita ſubjungit; *quia autem in rem actio etiam de ſuperficie dabitur, petitori quoque in ſuperficiem dari.* probat autem iis verbis, nec novum nec abſurdum eſſe illud, quod de ſuperficie ſola evicta propoſuerat, quia cum domino ſoli pro ſola ſuperficie contra ſuperficiarium, qui eam ſimul cum ſolo poſſidet, directa in rem actin detur, ut idem docuerat in *§. ſi autem. d. l.* 1. *de ſuperficiebus.* juncta *l.* 3. *§. ſed ſi ſupra in fine ff. uti poſſidetis.* vel quod Ulpiani verbis in *d. §. quia autem* magis congruit, cum ſuperficiario ipſi pro vindicanda ſola ſuperficie ab eo, qui eam ſimul cum ſolo poſſidet, utilis in rem actio non quidem ſemper competat, ſed tamen cauſſa cognita detur. *d. l.* 1. *in princ.* & *§. quod ait.* juncta *l. in ſpeciali* 73. *cum ll. ſeqq. ff. de rei vindicatione. l. tutor* 16. *§. ult. ff. de pignoratitia actione. l.* 3. *§. ſi ego ff. de operis novi nunciatione.* credendum ſimiliter eſt, poſſe etiam petitori, de quo in *d. §. ſi ſoli.* in ſuperficiem ipſam, ſive pro ea ſola evincenda in rem actionem dari, quamvis nec dominus nec ſuperficiarius ſit, veluti ſi ei ſuperficies ſola pignori obligata ſit. *l. grege* 13. *§. in ſuperficiariis ff. de pignoribus. l. etiam* 15. *ff. qui potiores.* vel etiam, ſi uſusfructus a domino ſoli, vel quaſi uſusfructus a ſuperficiario ſit alii in ſuperficie conſtitutus. *l. ſervitutes* 19. *§. ſi ſublatum ff. de ſervitut. præd. urbanor. l.* 1. *ff. quibus modis uſusfructus amittatur. l. penult. §.* 1. *ff. ſi uſusfructus petatur.* nec ad rem pertinet, quod ſuperficies ſola, ſive diſtincta a ſolo non poſſidetur; ſufficit enim qualitercunque poſſideri, & ejus reſtituendæ facultatem eſſe, ut vindicari poſſit. *l. officium* 9. *ff. de rei vindicatione. l.* 2. *C. ubi in rem actio.*

§. VIII. Sequitur denique apud Ulpianum in *d. §. quia autem. & quaſi uſumfructum, ſive uſum quendam ejus eſſe, & conſtitui poſſe utilibus actionibus.* quæ verba eo pertinent, ut probent ſoli poſſeſſori evicta ſuperficie actionem de evictione competere, quia licet ſpecialiter ſolum duntaxat emerit, & ideo ſummo jure de evictione actio ceſſet, æquitate tamen inſpecta, cujus mentio in *d. §. ſi ſoli.* ſubveniri ei debet, quia cum ſuperficies ſolo cedat, ſimul cum ſolo tacite empta & acquiſita eſt. *l. obligationum* 44. *§. placet in fine ff. de oblig. & action. l. ſi fundum* 81. *§. qui fundum ff. de legatis* 1. & quamvis, quamdiu ſolum apud poſſeſſorem manet, ſuperficiei dominium ei non evincatur; ſufficit tamen evinci ſuperficiem, eſt enim ejus nempe ſuperficiei quaſi uſusfructus quidam vel uſus, hoc eſt, ſuperficiarium jus eſt ſimile uſuifructui vel uſui, quia quemadmodum uſusfructus emolumentum rei & portionis inſtar obtinet. *l. cum filius* 76. *§. dominus. l. Mævius* 65. *§ fundo ff. de legatis* 2. ita in ſuperficie emolumentum ſoli conſiſtit, & ex utroque tanquam partibus domus conſtat. *l. eum qui ædes* 23. *ff. de uſucapionibus.* ideoque vel ab eo, qui ſolam ſuperficiem habet, poteſt ejusdem quaſi uſusfructus extraneo conſtitui, & utiles actiones eo nomine dantur. *d. l.* 1. *ff. quibus modis uſusfructus amittatur.* quod fieri non poſſet, niſi in ſuperficie ipſa fructus & emolumentum rei conſiſteret, unde etiam ſuperficie evicta de evictione agi poterit, ſicut quando uſusfructus evincitur. *l. ſed ſi quid* 15. *§.* 1. *l. ſi ab emptore* 49. *ff de evictionibus. l. in vendendo* 66. *ff. de contrahenda emptione. l. ſtipulatio* 38. *§. ſi quis forte ff. de verb. oblig.* diverſum autem in ſervitutibus prædiorum, quia qualitates & accidentia fundi ſunt, non partes, nec emolumentum rei continent, cum iis etiam evictis habere rem liceat. *l. penult. ff. de evictionibus. d. l. in vendendo* 66. *d. l. ſed ſi quid* 15. *§.* 4. *& ſeq.* cui jungendus Cujac. *lib.* 2. *obſervat. cap.* 20. & *tractatu* 6. *ad African.* in *l. fundum* 46. *ff. de evictionibus.* Fornerius *lib.* 3. *rerum quotidianar. cap.* 26. Faber in *d. l. in vendendo* 66. noviſſime poſt alios Alfonſus de Guzman *de evictionibus cap* 54. Plane, ut concludam, ſuperficiarii jus eſt quidem uſuifructui ſimile, ſive quaſi uſusfructus quidam, non tamen verus aut legitimus uſusfructus, quoniam illud eſt prædii jus, uſusfructus autem perſonæ. *l.* 3 *§. ſi jus ff. de rebus eorum. l. ſi quis unas* 32. *ff. de uſufructu.* & ideo ſuperficiarius uſumfructum aut ſervitutem poteſt in ſuperficie conſtituere; fructuarius vero non item. *d. §. quia autem cum ſeq l. ſed ſi quid* 15. *§ ult ff. de uſufructu. l. ſi uſusfructus* 66. *ff. de jure dotium.* quid quod ſuperficiarius vere poſſidet, fructuarius non poſſidet. *l. ſciendum* 15. *§.* 1. *& ſeq. ff. qui ſatisdare cogantur. l.* 1. *§ & generaliter ff. de vi & vi armata. l. adquiruntur* 10. *§. ult. ff. de acq. rerum dominio.* ut omittam alias inter utrumque differentias, quarum meminit poſt alios Caſtillo *de uſufructu cap* 5. *num* 25.

§. IX. Sed ut pergamus, conjungendi ſuperficiario ſunt alii plures, quibus, quamvis domini proprie aut plene non ſint, ſervitutes tamen licet imponere, qualis in primis eſt, ut ab antiquo jure incipiamus, poſſeſſor prædii provincialis ſtipendiarii vel tributarii; nam quamvis illius dominium legitimum, hoc eſt, quiritarium, ſive ex jure quiritium non haberet, ut *arg. §. per traditionem*, ubi Theophilus, *inſt. de rerum diviſ. princ. inſt. de uſucapionibus l. unic. C. de uſucapione transformanda.* notant laudati ab Hilligero ad Donellum *lib.* 4. *cap.* 19. *litera A.* noſter Valentia *illuſtr. tractat. libro* 1. *tractatu* 2. *cap* 2. *num.* 2. *& ſeqq.* Panciroll. *lib.* 2. *theſauri variar. cap.* 151. & ſervitutes omnes ruſticæ, veluti aquæductus, ſint res mancipi, ut ego didici ex Ulpiano in *fragment. titulo* 19. *in princ.* potuit tamen, & poteſt aquæductum vel aliam ruſticam ſervitutem imponere. *l.* 3. *C. hoc tit.* quoniam ex jure gentium prædium habet in bonis, ſeu bonitarium prædii dominium. *l. unica C. de nudo jure quiritium tollendo. l.* 3. *ff. de operis novi nuntiatione.* ac proinde poterit ſervitutem aquæductus, vel aliam ruſticam conſtituere per ceſſionem in jure, quæ communis alienatio eſt rerum mancipi & nec mancipi, teſte Ulpiano *d. titulo* 19. *§. in jure ceſſio.* juncta *l. ſi cui* 9. *hoc tit. l. per fundum* 11. *ff. de ſervitut. præd. ruſticor.* eoque forſitan reſpiciunt in *d. l.* 3. *C. hoc tit.* verba illa: *ſi modo ea præcedant, quæ recte ſervitutes conſtituunt.* docent poſt Accurſium, Padillam, & Claſſicos in *d. l.* 3. Cujac. *lib.* 7. *obſervat. cap.* 3. quo etiam exemplo & ratione receptum eſt, ut emphyteuta & feudatarius ſive vaſallus prædio emphyteuticario, ſeu feudali poſſint ſervitutem imponere, vel acquirere. *l.* 1. *ff. quibus modis uſusfructus amittatur. cap.* 1. *§. quid ergo. de inveſtitura de re aliena facta, in uſibus feudorum. l.* 11. *tit.* 31. *Partita* 3. quia quamvis neuter dominus ſit, habet tamen uterque dominio proximum jus, ſicut ſuperficiarius. *l.* 1. *§.* 1. *ff. ſi ager vectigalis. l. ſi cum venditor* 66. *ff. de evictionibus. d cap.* 1. *§. rei autem.* docent poſt Accurſium & Claſſicos in *d. l.* 3. *hoc tit.* Donellus *lib.* 9. *comment. cap.* 14. Faber *lib.* 19. *conjecturar. cap.* 13. poſt multos Caſtillo de *uſufructu*

cap. 35. num. 17. & ſeqq. Morla d. tit. 6. in præmiſſis num. 1. & quæſtione 3. num. 4. Menochius de retinenda poſſeſſione remedio 4. num. 31. Caldas de jure emphyteutico part. 4. de exſtinct. emphyteuſis cap. 4. num. 8. Barboſa in l. uſufructu 58. num. 16. ff. ſoluto matrimonio.

§. X. Ex eodem filo pendet nobilis valde apud noſtrates quæſtio; an ſcilicet majoratus poſſeſſor poſſit in prædiis majoratus ſervitutem conſtituere, & quamvis ſatis conſtet, poſſe eum ſervitutem acquirere, quia meliorem eo modo majoratus cauſſam facit. l. ex caſtrenſi 18. §. ſervos ff. de caſtrenſi peculio. ſi tamen ſervitutem velit imponere, contra videtur, quia ſervitutis impoſitio alienatio eſt. l. ult. C de rebus alienis non alienandis. l. 10. tit. 33. Partita 7. juncta l. ſtipulatio 38. §. ſi quis forte ff. de verb. oblig. l. 5. §. & velle ff. de operis novi nuntiatione. majoratus autem bona alienari non poſſunt. auth. res quæ C. communia de legatis. quo argumento docet ita Gomezius in l. 40. Tauri num. 75. Ant. de Leon in l. 3. num. 2. hoc tit. quorum ſententiam probat Molina lib. 1. de primogeniis cap 19. num. 29. & cap. 10. num. 8. quoties majoratus inſtitutor, ut plerumque fit, bona alienari expreſſim prohibuit, tunc enim neque prædialis ſervitus neque perſonalis veluti uſusfructus poterit a majoratus poſſeſſore conſtitui, quamvis fructuum commoditatem vel facultatem perſonalem utendi ſervitute poſſit concedere, diverſum autem erit, ſi ſola tacita ſive legalis prohibitio alienationis adſit ex d. auth. res quæ C. communia de legatis. eandemque diſtinctionem in uſufructu & ſervitutibus ab emphyteuta conſtitutis ſequitur Caldas d. parte 4. de exſtinctione emphyteuſis cap. 4. num 25. ſed utramque recte notat Barboſa in l. uſufructu 58. num. 15. & 16. ff. ſoluto matrimonio. eſt enim longe verius, & in praxi magis obtinuit, a poſſeſſore majoratus ſervitutes vel uſumfructum, quoad ipſe vixerit, conſtitui poſſe. l. peto 69. §. prædium ff. de legatis 2. l. Statius 48. §. Cornelio ff. de jure fiſci quippe majoratus poſſeſſor proprie & vere dominus eſt quamdiu vivit. l. non ideo 66. ff. de rei vindicatione. l. & poſt 12. §. res quæ ff. familiæ erciſcundæ. l. generaliter 29. §. 1. ff. qui & a quibus. idque ut receptum poſt Molinam & alios probat Caſtillo de uſufructu cap. 5. num. 3. nec quod poſt mortem ad alium majoratus pertinet, & interim alienatio prohibetur, ſervitutis conſtitutionem impedit, poteſt enim & heres, a quo res ſub conditione legata eſt, interim ſervitutem imponere. l. is qui 11. §. ult. ff. quemadmodum ſervitutes amittantur. l. ſi fundum 105. ff. de cond. & demonſt. l. plerumque 205. ff. de regulis juris. quamvis impleta conditione dominium rei legatæ ad legatarium pertineat, & alienatio ejuſdem heredi prohibeatur. l. 3 §. ult. juncta auth. res quæ C. communia de legatis. idemque in emphyteuta & feudatario circa ſervitutis vel uſusfructus impoſitionem aperte ſcriptum eſt in d. l. 1. ff. quibus modis uſusfructus amittatur. cap. nuper 6. extra de donationibus inter. cap. 1. § quid ergo. de inveſtitura de re aliena facta. d. l. 11. tit. 31. & tamen æque utrique perinde ac majoratus poſſeſſori feudalis vel emphyteuticalis prædii alienatio interdicitur. l. ult. C. de jure emphyteutico. cap. ult. de prohibita feudi alienatione per Lotharium. in feudis. docent ita poſt Pinellum & Padillam Barboſa ubi proxime. Morla d. tit. 6. in præmiſſis num. 63. Queſada quæſtionum juris cap. 32. num. 20. Molina de juſtitia diſputatione 470. num. 3. & ſeqq.

§. XI. Nec repugnat huic ſententiæ, quod legimus in d. l. ult. C. de rebus alienis non alienandis. quippe quod dictum eſt de ſervitutibus a ſuperficiario, emphyteuta, feudatario, aut majoratus poſſeſſore imponendis, ſic accipiendum eſt, ut valeant maneantque ſervitutes, quamdiu jus eorum in prædio permanſerit; cæterum finito eorum jure, veluti cum poſt mortem ejus, qui ſervitutem impoſuit, prædium ad alium ſucceſſorem a primo inſtitutore nominatim tranſit, vel etiam in emphyteuſi, ſuperficie, & fundo, cum res ad dominum directum ex aliqua cauſſa revertitur, ſervitutes etiam impoſitæ exſpirant. d. cap. 1. §. quid ergo de inveſtitura fundi de re aliena facta. l. ſi is qui 11. §. ult. ff. quemadmodum ſervitutes amittantur. l. ſi fundum 105. ff. de condition. & demonſtrat. quia reſoluto jure ejus, qui ſervitutem conceſſit, reſolvitur jus ejus, cui conceſſa eſt. l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus. l. voluntate 10. §. ult. ff. quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur. eleganter poſt omnes laudatos ſupra §. 10. & 11. Faber lib. 19. conjecturarum cap. 13. proinde cum temporales iſtæ ſervitutes ſint, quamvis civili jure non conſiſtant, quia perpetuam cauſſam non habent. l. foramen 18. ff. de ſervitutibus præd. urban. ſuſtinentur tamen Prætorio jure, quamdiu eorum jus durat, a quibus imponuntur. l. 1. §. ult. ff. de ſuperficiebus. l. 4. hoc. tit. l. cum qui 56. §. qui ita 4. in fine ff. de verbor. obligat. Morla d. tit. 6. in præmiſſis num. 60. unde etiam venit, ut alienationis prohibitio, ſive legalis tantum, & tacita ſive expreſſa etiam ſit, non impediat impoſitionem ſervitutum, quæ temporales ſunt, nec domino directo aut ſucceſſoribus præjudicaturæ, quia cum prohibitio eo duntaxat tendat, ut bona indelibata conſerventur eis, quibus poſtea ſunt obventura, ſolam perpetuam ſervitutis impoſitionem comprehendit, de qua accipiendus eſt text. in d. l. ult. C. de rebus alienis non alienandis. ut conſiderant Barboſa in d. l. uſumfructum 58. num. 16. Molina d. diſputatione 470. num. 3.

§. XII. Acrius ſane adverſatur ſuperioribus, quod ſcriptum extat in l. 11. tit. 31. Partita 3. ſervitutes impoſitas ab emphyteuta aut feudatario in perpetuum valere, ſive, ut lex loquitur, para ſiempre, nec placere aut probari mihi poteſt, quod anteceſſores noſtri reſpondent poſt Gregorium d. l. 11. gloſſa 1. Padillam in l. & in provinciali 3. num. 11. C. hoc tit. Queſada quæſtionum juris cap. 32. num. 20. Morla d. tit. 6. in præmiſſis num. 59. nempe verba illa para ſiempre. ſic exaudienda eſſe, quamdiu emphyteuta aut feudatarius vixerit, & eorum jus duraverit. arg. l. 1. ff. pro ſocio. repugnant enim huic interpretationi verba illa in d. l. 11. vale para ſiempre bien aſi como ſi la ficieſen en las heredades, que han ſuyas quietamente. quibus exprimitur, perinde ſervitutes iſtas perpetuo valituras, ac ſi a dominis legitimis proprio prædio imponerentur, quas ſatis conſtat perpetuas eſſe; nec finito dominio finiri. d. l. foramen 28. ff. de ſervitutibus præd. urbanorum. l. via 23. §. ſi fundus cum ſequenti ff. de ſervitutibus ruſtic. præd ut omittam verba illa para ſiempre. ad perpetuitatem ſervitutis ſemper & omni tempore valituræ referri in l. 6. & 8. tit. 31. Part. 3. quare affirmandum potius eſt, perpetuitatem ſervitutum impoſitarum ab emphyteuta aut feudatario, & comparationem illarum cum ſervitutibus a vero domino conſtitutis in eo verſari, ut quemadmodum, quæ a domino imponuntur, etiam ſi ad certum tempus ſpecialiter conſtituantur, valent tamen ipſo jure poſt tempus & in perpetuum. l. 4. ff. hoc tit. d. l. eum qui 56. §. qui ita 4. in fine ff. de verborum obligationib. ita ſervitutes ab emphyteuta aut feudatariis impoſitæ in perpetuum ipſo jure valeant, quamvis eorum jus in bonis feudalibus vel emphyteuticariis extinctum ſit, argum. d. l. foramen 28. l. obligationum 44. §. placet in fine ff. de obligationib. & actionib. quamvis quod ad effectum attinet, utroque caſu obſtet exceptio ſervitutem vindicanti, poſtquam finiri eam oportuit. d. l. 4. hoc tit. d. l. eum qui 56. §. qui ita 4.

§. XIII. Rurſus ex ſuperioribus principiis quatuor breviter annotanda ſunt. Primum eſt, heredem, a quo prædium ſub conditione legatum eſt, poſſe eidem ſervitutem imponere; nam & ejus interim dominus eſt. l. & poſt 12. § res quæ ff. famil. erciſcundæ. l 1. §. ſi ſervi ff. de Senatusconſulto Silaniano. extingui tamen ſervitutem exiſtente con-

conditione legati, quoniam tunc legatarius ſemper prædii dominus fuiſſe retrofingitur. *l. ſi fundum* 105. *ff. de cond. & demonſtr. l. is qui* 11. *§. ult. ff. quemadmodum ſervitutes amittantur. l. ſi fundum* 81. *ff. de legatis.* diverſum eſt in ſervitute ab herede eidem prædio acquiſita; hæc enim non extinguitur exiſtente conditione, ſed legatarium cum prædio ſequitur. *d. l. is qui* 11. *§. ult.* quoniam fictio illa juris favore legatarii introducta, per quam prædium legatum ejus retro fuiſſe creditur, retorquenda non eſt in ejus damnum, ut evaneſcat ſervitus utiliter acquiſita ab herede, qui tunc vere dominus erat. *l. quod favore* 6. *C. de legibus.* juncta *l. ex caſtrenſi* 18. *§. ſervos ff. de caſtrenſi peculio. cap.* 1. *ex contrario. de inveſtitura feudi.* & *cap.* 1. *§. ſi vaſallus ſub tit. hic finitur, in feudis.* explicat poſt Caſtrenſem & Cujac. in *d. l. is qui* 11. *§. ult.* Faber *ibidem*, & *lib.* 19. *conjecturarum cap.* 13. Pacius in *methodicis C. hoc tit. cap.* 7. *§.* 5. junctis traditis a Molina *de juſtitia diſput.* 462. *num* 2. Secundo obſervandum eſt, fundo in diem addicto vel ſub lege commiſſoria vendito, poſſe emptorem, cui traditus eſt, quamdiu emptio non reſcinditur, ſervitutem imponere, eamque extingui fundo in diem addicto, ſi & emptio reſcindatur, quoniam & quamdiu non reſcinditur, emptor dominus eſt, & reſoluta emptione retro dominus eſſe deſinit. *l. ſi quis hac lege* 41. *ff. de rei vindicatione. l.* 3. *ff. quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur. l.* 4. *§. ſed & Marcellus ff. de in diem addictione.* Tertium eſt cenſuarium, qui fundum annui reditus præſtationi obligatum habet, poſſe eidem ſervitutem imponere perpetuo valituram, ut ego didici ex *l. pleriumque* 205. *ff. de regulis juris. l.* 11. *tit.* 31. *Partita* 3. nec enim pignus onusve cenſus efficit, quominus cenſuarius prædii obligati dominus ſit, ut poſt gloſſam in *cap. conſtitutus* 6. *verbo juxta ratam. de religioſis domibus.* docent in terminis Padilla in *d. l. & in provinciali* 3. *num.* 12. *C. hoc tit.* Caſtillo in *l.* 68. *Tauri num.* 27. Quarto denique inſertur, maritum in fundo dotali, ſiquidem æſtimatus datus ſit, poſſe perpetuas ſervitutes conſtituere, quoniam ejuſdem fundi proprie & perpetuo dominus eſt. *l. quoties* 5. *C. de jure dotium l. unica §. & cum lex. in fine C. de rei uxoriæ actione.* ſed ſi non æſtimatum acceperit, vulgo quidem obtinuit, poſſe a marito ſervitutem imponi duraturam, quamdiu ejus jus in dote duraverit, ut affirmant poſt Salicetum & alios Padilla *ubi ſupra num.* 18. Morla *d. tit.* 6. *in præmiſſis num.* 62. & in praxi receptum teſtatur Avendano *de cenſibus cap.* 79. *num.* 9. *in fine.* mihi tamen in diſputando valde dubia hæc traditio eſt, tum quia non ſatis conſtat, an dotis non æſtimatæ dominium mariti ſit, vel potius mulieris, de quo multis & poſt multos Barboſa in *l. dotalem* 62. *num.* 1. *& ſeqq. ff. ſoluto matrimonio.* Hilligerus ad Donellum *lib.* 14. *comment. cap.* 4. *litera F.* tum etiam quia maritum ſervitutes imponere non poſſe fundo dotali, aperte & indiſtincte proditum eſt in *l. Julianus* 5. *ff. de fundo dotali. l.* 3. *§. penult. in fine ff. de rebus eorum.* ex quibus ita docent & deducunt poſt Fulgoſium in *d. l. Julianus* 5. Pratejus ad *l. Juliam de fundo dotali in fine.* Cujac. *lib.* 7. *obſervat. cap.* 23. Duarenus ad *tit. ff. ſoluto matrimonio cap. de fundo dotali.* Briſſonius ad *l. Juliam de adulteriis pag. mihi* 152. Felicianus *de cenſibus lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 13. Pacius in *methodicis C. hoc tit. cap.* 7. *§.* 7.

§. XIV. Subſiſtamus tamen parumper: his enim, quæ tradidimus de ſervitutibus ab emptore imponendis prædio in diem addicto, non leviter objicitur Pauli locus in *l. in diem* 9. *ff. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ.* ubi in eadem ſpecie docemur, emptoris & venditoris voluntatem requiri in ſervitute aquæ cedenda, & ideo requiri, ne dominus ignorans injuriam accipiat, unde duorum alterum neceſſario colligitur, vel ab emptore ſolo ſervitutem cedi non poſſe admittamus, vel ſi cedi poſſe admittimus, injuriam fieri venditori, quæ nulla eſt, niſi ſervitus etiam reſoluta emptione permaneat, quapropter ut res recte explicetur, præter vulgarem forſitan captum obſervandum, ſervitutes impoſitas ab emptore prædio in diem addicto adeo conſiſtere, ut perpetuæ ſint, neque extinguantur ipſo jure, quamvis prædii dominium reſoluta emptione ab emptore recedat; ſunt enim certa hæc ſingula & ſervitutes a domino imponi poſſe permanſuras, quamvis poſtea dominus eſſe deſinat. *l.* 1. *in fine l. ſi quis duas* 6. *l. ſi cum duas* 8. *ff. communia prædiorum.* & emptorem, cui prædium in diem addictum traditumque eſt, dominum ejus eſſe. *l. ſi quis hac lege* 41. *ff. de rei vindicatione. l.* 4. *§. ſed & Marcellus ff. de in diem addictione.* & ſervitutes ſemel recte impoſitas perpetuas eſſe. *l. foramen* 28. *ff. de ſervitutib. præd. urbanor.* & manere ipſo jure, quamvis conditio exiſtat, ad quam uſque conſtitutæ ſunt, ut ea impleta reſolverentur. *l.* 4. *hoc tit. l. eum qui* 56. *§. qui ita* 4. *in fine ff. de verborum obligationibus.* neque ad rem pertinet, quod emptione reſciſſa ipſo jure prædii dominium emptoris eſſe deſinit. *d. l. ſi quis hac lege* 41. quaſi reſoluto titulo traditionis, ſine quo emptor dominus eſſe non poteſt. *l. nunquam* 31. *ff. de acq. rerum dom.* unde & titulus pignoris ab emptore dati evaneſcit. *d. l.* 4. *§. ſed & Marcellus. l.* 3. *ff. quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.* quoniam pendet ex jure emptoris, qui dedit, & ſub eadem conditione reſolvitur. *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignoribus.* hæc enim ad ſervitutes non pertinent, quæ ſui natura perpetuæ ſunt, nec ſub conditione poſſunt reſolvi, quia quamvis reſoluta emptione ſemper verum manet emptorem, cum impoſuit, dominum fuiſſe. *d. §. ſed & Marcellus.* non enim retrofingitur dominium venditoris fuiſſe, nec ad eum pertinet, antequam prædium retradatur. *l.* 3. *C. de pactis inter emptorem. l.* 4. *ff. de l. commiſſoria.* de quo eleganter Faber in *d. l. ſi quis hac lege* 41. quamvis aliter alii laudati ab Hilligero ad Donellum *lib.* 16. *cap.* 18. *litera C.* & *cap.* 19. *lit. F.* Cujacius ad *tit. C. de pactis inter emptorem.* diverſum eſt in ſervitutibus ab herede impoſitis prædio ſub conditione legato; tunc enim caiſtente conditione retrofictio efficit, ut legatarii dominium fuiſſe intelligatur, non heredis, ac proinde eo colore extinguuntur ſervitutes, quaſi nec ab initio impoſitæ forent, ut conſiderat Faber *lib.* 19. *conjecturarum cap.* 13. & in *d. l. is cui* 11. *§. ult. ff. quemadmodum ſervitutes amittantur.*

§. XV. Ea quibus jam elucet ſententia Pauli in *d. l. in diem* 9. ubi tractatur de ſervitute aquæ prædio in diem addicto ſic imponenda, ut ſive remanſerit apud emptorem dominium, ſive receſſerit, ſervitus cum effectu perpetua ſit. Id autem ut eveniat, ab emptore ſolo ſervitutem imponi non ſufficit, quia quamvis & tunc ſervitus ipſo jure perpetua foret, reſoluta tamen emptione perimeretur per exceptionem doli, quaſi dolo faciat tunc vindicans, cum id actum in ea imponenda veriſimile ſit, ut ex jure emptoris imponentis penderet. *d. l.* 4. *cum ſimilibus hoc tit.* juncta *l.* 3. *l. voluntate* 10. *ff. quibus modis pignus vel hypotheca.* & agnoſcunt quamvis non ſatis explicent poſt Bartolum, Cumanum, & Albericum in *d. l. in diem* 9. *Cujac. lib.* 49. *Pauli ad Edictum ibidem.* Molina Theologus *de juſtitia diſput.* 705. *num.* 36. & idcirco emptoris & venditoris voluntas exigitur, ne ut Paulus loquitur ignorans dominus injuriam accipiat, quæ ſane non levis eſt, ſi reſoluta emptione ſervitutem ab emptore ſolo impoſitam, & ſaltem ipſo jure perpetuam futuram pati cogatur, ſola exceptionis ope ei relicta, quam opponere & probare neceſſe habet. *l. præſcriptionem* 8. *cum l. ſeq. C. de eaceptionibus.*

§. XVI. Finitima ſuperioribus eſt inſpectio nobilis de ſervitutibus a proprietario vel uſufructuario conſtituendis, in qua ut leviora breviter exponam, jus certum eſt, fructuarium prædio, in quo ipſius uſusfructus & proprietas alterius eſt, nec imponere ſervitutem poſſe, nec acquirere. *l. ſed ſi quid* 15. *§. ult. verſ. quibus ff. de uſufructu.* quia, quamvis quoad acquiſitionem ſervitutis pro domi-

nis habeantur, qui vel dominium in ſuſpenſo habent, ut pater in caſtrenſi peculio. *l. ex caſtrenſi* 18. §. *ſervos ff. de caſtrenſi peculio.* vel jus dominio proximum, ut feudatarius. *cap.* 1. §. *ex contrario. de inveſtitura feudi de re aliena facta, in feudis.* vel dominium, quod abire ſperatur, ut heres in fundo ſub conditione legato. *l. is cui* 11. §. *ult. ff. quemadmodum ſervitutes amittantur*, vel non plenum dominium, ut proprietarius in fundo, cujus uſusfructus alienus eſt. *d. l. ſed ſi quid* 15. §. *ult. verſ. acquirere.* & fructuarius ipſe meliorem proprietatis cauſſam facere poſſit. *l. ſi cujus* 13. §. *fructuarius ff. de uſufructu.* ſervitutis tamen acquiſitio dominium ſaltem qualequale requirit illius prædii, cui adquiritur. *d.* §. *ideo inſt. hoc tit.* quod fructuarius omnino non habet. *l. falſus* 43. §. *ult. ff. de furtis. l. recte* 25. *ff. de verbor. ſig.* explicat poſt alios Caſtillo *de uſufructu cap.* 35. *num.* 7. Faber in *d. l. ſed ſi quid* 15. §. *ult.* in quo pueriliter peccant Hotmanus in *epitomatis ad hunc tit. num.* 5. Morla *d. tit* 6. *quæſtione* 3. *num.* 4. Pinellus in *l.* 1. *part.* 3. *num.* 70. *C. de bonis maternis.* qua etiam ratione, quamvis fructuario iter & alias ſervitutes fruendi gratia neceſſariæ præſtari debeant. *l.* 1. §. 1. *cum ſeqq. ff. ſi uſusfructus petatur. l. ſervum* 44. § *ult. ff. de legatis* 1. *l.* 3. §. *ſi loci ff. de adimendis legatis. l. damnas* 15. §. 1. *ff. de uſufructu legato.* verſatur tamen in illis uſus factumque potius, quam jus itineris aut ſervitutis, quæ fructuario ſoli deberi non poteſt, quia nec dominus fundi eſt. *l.* 2. §. *recte*, ubi ſic Faber, *ff. ſi ſervitus vindicetur.* Azo in *rub. C. hoc tit. num.* 6. Schifordegherus *lib.* 2. *ad Fabrum tractatu* 20. *quæſt.* 1. quamvis aliter Longovallius in *l. imperium num.* 234. *ff. de juriſdictione.* proprietarius autem, quamvis ante uſumfructum conſtitutum poſſit ſervitutes imponere, quia pleno jure dominus eſt. *l.* 2. ubi ſic poſt Accurſium & alios Faber, *ff. ſi uſusfructus petatur.* poſtea tamen non poteſt, ne deteriorem fructuarii conditionem faciat. *d. l. ſed ſi quid* 15. §. *proprietatis*, & §. *ult.* juncta *l. niſi* 16. *ff. de uſufructu. l. ult. ff. de uſu & habitatione.* unde etiam invito fructuario poteſt ſervitutem acquirere, quia eo modo meliorem ejus cauſſam facit non deteriorem. *d. l. ſed ſi quid* 15. §. *ult. verſ. acquirere.* notat poſt Fabrum *ibi.* Caſtillo *de uſufructu cap.* 25. *ex num.* 3.

§. XVII. Obſcurius certe eſt, & pene in juris arte paradoxum, quod Ulpianus ſubjunxit in *d.* §. *ult. in fine.* proprietarium, etiam ſi fructuarius conſentiat, ſervitutem imponere non poſſe. eſt enim hæc aſſertio præter communem opinionem, tum quia cum uſufructuarius poſſit uſumfructum totum remittere. *l. ſi abſente* 48. *l. cum fructuarius* 64. *ff. de uſufructu.* non conſtat, cur non poſſit pro parte minuere conſentiendo ſervitutis impoſitioni. *arg. l. juris gentium* 7. §. *adeo ff. de pactis.* tum etiam quia cum proprietario ſervitutis impoſitio prohibeatur ſolo fructuarii favore, ne deterior ejus conditio fiat, unde quoties non fit deterior, ſervitutem poteſt imponere. *l. niſi* 16. *ff. de uſufructu.* debuit licere fructuario juri pro ſe introducto renunciare ex regula *legis penult. C. de pactis.* nec enim conſentienti injuria fit. *l. in diem* 9. *ff. de aqua & aquæ pluviæ. l.* 1. §. *usque adeo ff. de injuriis.* accedit exemplum unius ex dominis prædii communis, qui quamvis ſolus ſervitutem imponere non poſſit, ne cæteris præjudicet, ut ſcriptum eſt in *l. ſi autem* 10. *ff. de aqua & aquæ pluviæ.* poteſt tamen conſentientibus ſociis. *l. per fundum* 11. *ff. de ſervitut. præd. ruſticor. l. ult. ff. commun. prædiorum.* & quod vulgatum minus, & ad rem magis pertinet, poteſt etiam, cui ſervitus aquæ debetur, ſi eadem alii cedatur, domino cedenti aſſentiri, ita ut ex ejus conſenſu ſervitus valeat, quæ ſine illo cedi non poſſet. *l. in concedendo* 8. *ff. de aqua & aquæ pluviæ.* quibus argumentis coactus Curtius junior in *l. penult. num.* 37. *C. de pactis.* mirabile & difficile eſſe affirmat, quod proponitur in *d.* §. *ult.* nec ſe rationem aſſequi fatetur. Nec felicior Pinellus in *l.* 1. *part.* 2. *num.* 74. *C. de bonis maternis.* ubi præter morem modumque noſtratium interpretum lectionem *d.* §. *ult.* addita negatione corrigit, contendens proprietarium conſentiente fructuario ſervitutem imponere poſſe, cum quo in hac parte ſentiunt, quamvis aliter Ulpiani verba invertant, Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 3. *num.* 3. Sarmiento *lib.* 6. *ſelectarum cap.* 12. quorum & aliorum ſententias referunt refutantque Hilligerus ad Donellum *lib.* 10. *cap.* 11. *litera A.* Caſtillo *d. cap.* 35. *ex num.* 9. omittimus & aliam expoſitionem Petri Fabri *lib.* 2. *ſemeſtrium cap.* 21. *ad finem.* aliam Gutherii *de jure manium lib.* 3. *cap.* 2. *in fine.*

§. XVIII. Ergo ut res percipiatur, obſervandum eſt, rationem illam, propter quam proprietario ſervitutis impoſitio inhibetur, ne ſcilicet deteriorem fructuarii cauſſam faciat, ex eo pendere, quod cum ſervitus omnis utilitatem augeat prædii, cui acquiritur, & ſervientis minuat. *l. de pupillo* 5. §. *& velle ff. de operis novi nunciatione.* & fundi, in quo uſusfructus alienus eſt, emolumentum & utilitas omnis ad fructuarium pertineat. *l. uſufructu* 7. *l. item* 9. *ff. de uſufructu.* non poteſt proprietarius ſervitutem fundo imponendo utilitatem ejus alii concedere, quam non habet, eamque fructuario adimere, cujus eſt. *l. nemo* 54. *l. non debet* 79. *ff. de regulis juris.* quibus conſequens eſt, ut etiam conſentiente fructuario ſervitutem imponere proprietarius non poſſit, quia quamvis fructuario licet uſumfructum remittere, vel proprietario eum vendenti conſentire. *l.* 4. §. *quæſitum ff. de doli exceptione.* cum tamen ſervitutis impoſitioni conſentit, non ea mens eſt fructuarii, ut uſumfructum totum vel pro parte remittat, quia nec ſervitus, quæ imponitur, emolumentum rei, vel ejus partem continet. *l. cum filius* 75. §. *dominus. l. Mævius* 65. §. *fundo ff. de legatis* 2. proinde quamvis fructuario conſentiente nec deterior ejus conditio fieri, nec injuria irrogari videatur, cum tamen uſumfructum non remittat, manet ſemper diminutum jus proprietario, qui non poteſt ſervitutem imponendo utilitatem ejus, quam non habet, & tota fructuarii eſt, alii concedere, nec dici poteſt fructuario conſentiente illam ipſam utilitatem ſervitutis ab eodem conceſſum videri, quia nec in proprietarium tranſlata intelligitur, cum non poſſit ille in re propria ſervitutem habere. *l. uti frui* 5. *ff. ſi uſusfructus petatur. l. in re communi* 25. *ff. de ſervit. præd. urban.* nec in eum, cui ſervitus ceditur, quia ſi id eſſet, cum ſervitutis jus ex ipſius utilitate æſtimetur & conſiſtat. *l. quoties* 15. *hoc tit.* ex perſona fructuarii valere ſervitus videretur, quod jus non patitur, quia fructuarius dominus non eſt. *l. falſus* 43. §. *ult. ff. de furtis.* ita in effectu ſentiunt, quamvis nec plene nec eodem modo explicent poſt Fulgoſium, Caſtrenſem, & Fabrum in *d. l. ſed ſi quid* 15. §. *ult.* Caſtillo *d. cap.* 35. *ad finem.* Cujac. in §. *religioſum inſt. de rerum diviſ.* & in *l.* 2. *hoc tit.* Pacius in methodicis *C. hoc tit. cap.* 7. §. 6.

§. XIX. Nec refragantur exempla, quorum meminimus ſupra §. 18. quippe diverſum eſt in ſervitute impoſita ab uno ex dominis fundi communis, cæteris conſentientibus; hæc enim ex perſona omnium valet, quia & conſentientibus non præjudicatur, & omnes æque domini ſunt. *d. l. ſi autem* 10. *ff. de aqua & aquæ pluviæ. l. per fundum* 11. *ff. de ſervitut. præd. ruſticor.* diverſum etiam eſt in ſervitute aquæ, uni cedenda ex conſenſu ejus, cui jam ceſſa eſt, quia cum ſervitus, ſicut prædiales cæteræ, nec rei emolumentum domino auferat, nec utilitatem contineat, niſi quatenus ad fundum opus eſt. *l. ergo* 5. *ff. de ſervitut. præd. ruſticor.* quidquid deducta aqua neceſſaria fundo, cui prius conceſſa eſt, emolumenti ex aqua ſupereſt, domini eſt ſuo plenoque jure; poteſtque ab eo jure ſervitutis in alium transferri. *l.* 2. §. 1. *l. per quem* 14. *ff. de ſervitut. præd. ruſticor. l. qui per certum* 15. *ff. communia prædiorum. l. Lucio* 4. *ff. de aqua quotidiana.*

diana. at conſentiente eo, cui jam ſervitus aquæductus debetur, ut ex eadem aqua alii cedatur, intelligitur & aquam fundo neceſſariam apud priorem remanere, & ſupereſſe aquam priori ſervitute non comprehenſam, cujus uſus concedi alii poſſit, quia nec illius conſenſus requirebatur, niſi ex Edicto & æquitate Prætoris, ne ei præjudicaretur, neve aqua fundo neceſſaria, & jam jure ſervitutis quæſita, poſteriori conceſſione adimeretur, vel minueretur. *l. in concedendo* 8. *l. in diem* 9. *§. ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. l.* 4. *C. hoc tit. l.* 5. *tit.* 31. *Partita* 3. nec poteſt præjudicium ſeu neceſſitas fundi, niſi ex arbitrio ipſius domini, cui præjudicatur, æſtimari. *l. in re* 21. *C. mandati.* proinde valet ſervitus ex perſona domini, non ex conſenſu illius, cui prius debebatur, quia conſentiendo non utilitatem aquæ transfert, ſed illam, ut pote fundo ſuo non neceſſariam, & priori ſervitute non comprehenſam ad dominum pertinere, & ab eo concedi poſſe declarat. Diverſum denique eſt in ſervitute a proprietario impoſita, per quam re ipſa deterior fructuarii conditio non fit; id enim toties evenit, quoties per ſervitutem nihil ex fructu fructuario adimitur, veluti in ſervitute altius non tollendi, ædificii, cujus uſusfructus alienus eſt, quia cum nec fructuario nec proprietario, quamdiu uſusfructus manet, liceat altius tollere. *l. uſufructu* 7. *§. hac ratione. l. ſi cujus* 13. *§. item Nerva ff. de uſufructu.* dici non poteſt, fructuario conſentiente ei utilitatem ſervitutis adimi, vel ab eo transferri, & ideo valet ſervitus ex perſona proprietarii, qui dominus eſt, & finito uſufructu poſſet altius tollere. *l. niſi* 16. *ff. de uſufructu.* juncta *l. altius* 8. *C. hoc tit.*

§. XX. Ex quibus in transcurſu exponendus eſt elegans & electus Pomponii locus in *l. Proculus* 19. *ff. de uſufructu.* ubi juxta certiorem & receptiorem intellectum caſus proponitur, in quo quamvis expreſſe ſolus uſusfructus legetur, plena tamen proprietas ad legatarium pertinet, nempe cum illi ædium uſusfructus relinquitur ſub conditione ſive onere altius non tollendi, nam cum fructuarius ſatis jure ipſo prohibeatur altius tollere. *d. l. ſi cujus* 13. *§. item Nerva ff. de uſufructu.* ne ſuperflua conditio ſeu prohibitio teſtatoris ſit, proprietas cum uſufructu legata præſumitur, ut poſt Accurſium & Accurſianos in *d. l. Proculus* 19. docent Caldas *de nominatione emphyteutica quæſtione* 1. *num.* 72. poſt multos Caſtillo *de uſufructu cap.* 30. *num.* 25. a qua interpretatione quamvis non immerito diſcedere videantur Pinellus in *l.* 1. *part.* 3. *num.* 42. *C. de bonis maternis.* Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 3. *num.* 13. Sarmiento in *l. Titia* 34. *num.* 6. *ff. de legatis* 2. Faber in *d. l. Proculus* 19. ubi & pro voce *inſulam* reponit *inſulæ*, cujus ſcilicet uſumfructum legari, & deberi contendit; ſuſtineri tamen communis ſenſus poteſt, ſi alia ejus ratio reddatur, nempe ut Pomponius doceat, inſulam, hoc eſt, proprietatem ejus & uſumfructum (inſulæ enim ſicut fundi appellatio plenam proprietatem reſpicit. *l. ſi alii* 19. *ff. de uſufructu legato. l. qui uſumfructum* 58. *ff. de verb. oblig.*) poſſe ita legari, ut tota ad legatarium pertineat, quoties ei uſusfructus inſulæ relinquitur, ita ut illi ſervitutem imponat, quæ alteri inſulæ hereditariæ debeatur, ut evenit in duabus legati formulis, quæ ſubjiciuntur. Prima eſt, cum ædificii uſusfructus legatur, ſi heredi promiſerit, per ſe non fore, quominus alia ædificia hereditaria vicina ei, cujus uſusfructus relinquitur, altius tollantur, hoc eſt, ſi ædificio, cujus uſusfructus relinquitur, impoſuerit, & heredi promiſerit ſervitutem altius tollendi ædificii hereditarii. Secunda formula eſt, cum uſusfructus ædium legatur, quamdui altius ædificatæ non erunt, ſive, quod idem eſt, ſub conditione, ut eis imponat ſervitutem altius non tollendi in favorem inſulæ hereditariæ vicinæ: in utroque enim caſu, quamvis verbis teſtantis uſusfructus legatus ſit, ex mente tamen ejus plena proprietas debetur, quia ſi uſusfructus ſolus transferretur, proprietate apud heredem manente, nec heres ſervitutem poſſet acquirere in alia inſula, cujus proprietatem retineret. *l. uti frui* 5. *ff. ſi uſusfructus petatur.* nec fructuarius idemque legatarius ſervitutem eandem imponere. *d. l. ſed ſi quid* 15. *§. ult.* obſervat Cujac. in *l. generali* 32. *ff. de uſufructu legato.* Garſia *de expenſis cap.* 10. *num.* 23. Caſtillo *d. cap.* 30. *num.* 27.

§. XXI. Poſtremo, ut totam hanc de ſervitutibus ab iis, qui domini proprie non ſunt, conſtituendis diſputationem quotidianis in praxi caſibus ſubſignemus, ex ſuperioribus principiis infertur, patrem prædiis adventii peculii filiifamilias, in quibus uſumfructum habet, ſervitutem imponere non poſſe, quia filio præjudicaret, & fructuarius eſt non dominus. *l. cum oportet* 6. *C. de bonis quæ liberis.* juncta. *d. l. ſed ſi quid* 15. *§. ult.* poſſe tamen acquirere ſervitutem, quia nec filio tunc præjudicat, & legitimus bonorum adventitiorum adminiſtrator eſt, plenioremque cæteris fructuariis uſumfructum habet, dominioque fere comparandum. *l.* 1. *C. de bonis maternis. d. l. cum oportet* 6. *§. non autem. l. ult. §. ſin autem legata C. de bonis quæ liberis.* juncta *lege ex caſtrenſi* 18. *§. ſervos ff. de caſtrenſi peculio.* reſolvunt Pinelius in *l.* 1. *part.* 2. *num.* 73. *C. de bonis maternis.* Avendano *de cenſibus cap.* 80. *num.* 4. quicquid dubitet Scipio Gentilis *de bonis maternis cap.* 16. idem & in tutore vel curatore circa prædia pupilli vel minoris dicendum eſt, nempe ut poſſint acquirere ſervitutem, non imponere. *l.* 3. *§. penult. ff. de rebus eorum.* nam & pro dominis habentur, dum adminiſtrant & acquirunt, non cum diminuunt. *l. qui fundum* 7. *§. ſi tutor ff. pro emptore. l. interdum* 56. *§. qui tutelam ff. de furtis.* & ſervitutis impoſitio alienatio eſt. *l. ult. C. de rebus alienis non alienandis. l. Julianus* 5. *ff. de fundo dotali.* notat Gutierrez *de tutelis part.* 2. *cap.* 5. *num.* 24. qua etiam ratione nec Prælatum eccleſiæ prædiis ſervitutem imponere poſſe, quia alienare nequit ſine ſolemnibus. *cap. nulli* 5. *extra de rebus eccleſ.* nec beneficiarium prædiis beneficii, quia illorum fructuarius magis quam dominus videtur. *cap. Epiſcopus* 10. *quæſtione* 2. *cap. Epiſcopus, & cap. ult.* 72. *quæſtione* 2. vel ſaltem non plene perpetuoque dominus, de quo adeundi congeſti a Caſtillo *de uſufructu cap.* 5. *num.* 8. *& ſeqq.* & in terminis docet Gregorius in *l.* 10. *gloſſ.* 1. *tit.* 31. *Partita* 3. Avendano *de cenſibus cap.* 76. *num.* 3. *& cap.* 77. *num.* 4. poterunt tamen ſive Prælatus ſive beneficiatus ſervitutem acquirere. *cap.* 2. *extra de donationibus.* & ab utroque, ſicut a patre in prædiis adventitii peculii temporalem quaſi ſervitutem, quamdiu eorum jus duraverit, duraturam imponi poſſe, verius & benignius eſt. *l. jubemus* 14. *§. ult. C. de Sacroſanct. Eccleſ. cap. non liceat* 20. *diſt.* 12. *quæſtione* 2. junctis traditis ſupra §. 12.

§. XXII. Sed ut in enarrandis aliis legibus, quas hujus commentarii titulo complexi ſumus, jam progrediamur, ſuccedit in hac parte textus elegans in *l. non dubito* 12. *hoc tit.* ubi Javolenus ſcribit, *non dubitare ſe, quin fundo municipum per ſervum recte ſervitus acquiratur.* & tamen dubitandi ratio ſubeſſe videbatur ex eo, quia municipum ſervus in dominio ipſius municipii, ſeu reipublicæ eſt, non ſingulorum. *l. in tantum* 6. *§.* 1. *ff. de diviſione rerum. l.* 1. *§. ſervum* 7. *ff. de quæſtionibus.* reſpublica autem ipſa non eſt perſona, niſi incerta & imaginaria incapax animi & conſenſus. *l. ſed & ex dolo* 15. *§.* 1. *ff. de dolo. l.* 1. *ff. de libertis univerſit.* Ulpianus in *fragment. tit.* 21. *verſ. nec municipia.* & ideo cum per ſe non poſſit ſervitutem acquirere, nec per ſervum poterit. *l. Labeo* 8. *ff. de uſucapionibus.* ſed nihilominus Javoleni reſponſo certa rectaque juris ratio conſtat, quia in Municipiis, quamvis incerta corpora ſint, utilitatis cauſſa receptum eſt, ut etiam ea, quæ domini veram perſonam animumque deſiderant, ut acquirantur, veluti poſſeſſio. *l.* 1. *§. Scævola ff. ſi is qui teſtam. liber eſſe juſſus fuerit.* & Municipia per ſe non poſſunt ac-

quirere, poſſint per ſervum. *l.* 1. §. *ult. cum l. ſeq. ff. de acq. vel amitt poſſ. l. tigni* 7. §. *item Municipes ff. ad exhibendum* idemque multo magis admiſſum eſt in acquirendis rebus, quæ juris ſunt, veluti ſtipulatio, quia civilem duntaxat perſonam deſiderant, cujus vice Municipia funguntur. *l.* 3. *ff. de ſtipulatione ſervorum. l. mortuo* 22. *ff. de fidejuſſoribus.* proinde in ſervitutibus nec dubitandum eſt, quin fundo Municipum per ſervum acquirantur, quia & ſervitutes omnes jura ſunt. *princ inſt. de rebus corporalibus.* & cum fundo potius, quam perſonæ acquirantur. *l liberto* 31. alias *l. qui aliena* §. *ult. ff. de negotiis geſtis.* non requirunt perſonam propriam, cui promittantur, ut monuimus in *l.* 1. *cap.* 2. *num.* 7. & 10. *hoc tit.* ubi & de differentia ſervitutis ſervo ad fundum domini promiſſæ vel legatæ.

§. XXIII. Præterea ad hanc eandem partem pertinet fragmentum Pauli (cujus etiam explicationi nos commentarii titulus adſtringit) in *l. ſervitutes* 14. §. 1. *hoc tit.* ubi idcirco itineris ſervitus acquiritur ad ſepulchrum, quamvis illius ut pote religioſi nemo dominus ſit. *l.* 1. *ff. ſi ſervitus vindicetur.* quia non totus ſepulturæ deſtinatus locus eſt religioſus, ſed duntaxat, quatenus corpus humatum eſt. *l.* 2. §. *ſepulchrum ff. de religioſis.* de quo latius in *l.* 1. *cap.* 3. *num.* 6. *hoc tit.* quamvis aliter explicent Gutherius *de jure manium lib.* 3. *cap.* 12. Pacius *centuria* 3. *quæſt.* 54. proinde itineris ſervitus ad ſepulchrum intelligitur acquiri ei loco, qui in ſepulchro ipſo manet privati & profani juris, atque in dominio ejus, cujus ſepulchrum eſt. *d. l. ſervitutes* 14. §. 1. ipſi etenim ſepulchro, quatenus religione occupatur, nec imponi aut acquiri ſervitus poteſt. *l.* 4. *ff. communia prædiorum. l. ſi prius* 17. §. *penult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. d. l. ſervitutes* 14. §. *ult.* & impoſita ſemel loco profano impedit, ne poſtea religioſus fiat, niſi ex conſenſu ejus, cui ſervitus debetur. *l. refectionis* 7. *ff. communia prædiorum. l.* 2. §. *locum ff. de religioſis.* receptum ſane eſt ſingulari religionis favore, ut ei, qui ad ſepulchrum iter non habet, vicini fundi dominus iter per fundum ſuum præſtare cogi poſſit. *l. ſi quis ſepulchrum* 12. *ff. de religioſis.* cui jungendus Cujac. *lib.* 22. *obſervat. cap.* 37. Fornerius *lib.* 1. *ſelect. cap.* 9. Gutherius *d. lib.* 3. *cap.* 12. Padilla in *l. per agrum num* 15. *C. hoc tit.* Covarruvias *lib.* 3. *var. cap.* 14. *num.* 7. ſed & ſi venditor in fundo, quem vendit, locum ſepulchri ſibi exceperit, adeundi quoque ſepulchri jus tacite excepiſſe ſibi videtur. *l. ſi venditor* 10. *ff. de religioſis.* legibus namque ſive pactionibus, quæ venditionibus prædiorum adjici ſolent, id actum videtur. *l. qui fundum* 41. §. *in lege ff. de contrahenda empt.* & conſequenter tanquam conſuetæ ſemper pro adjectis habentur. *l. quod ſi nolit* 31. §. *quia aſſidua ff. de AEdilitio Edicto.* cavetur ſive exprimitur, ut ad ſepulchrum, quod in fundo venditor ſibi retinet, iter ejus ſcilicet venditoris ſit, & aditus ambitusque funeris faciendi cauſſa. *l. utimur* 5. *ff. de ſepulchro violato.* cujus recepta lectio ſic intelligenda eſt cum Fabro in *d. l. ſi venditor* 10. rejecta emendatione Cujacii *lib.* 13. *obſervat. cap.* 36. Gutherii *d. cap.* 12.

§. XXIV. In qua tamen quæſtione, antequam abeamus, breviter explicandum eſt, quod extat in *l. ſi mercedem* 53. §. 1. *ff. de actionibus empti.* ubi cum Labeo docuiſſet, venditorem fundi, qui ſepulchrum in eo poſitum nominatim non excepit, parum ſibi caviſſe videri, ſubjungitur nota Pauli aſſerentis, minime id verum eſſe, ſi in ſepulchrum iter publicum tranſeat, unde recte colligitur, ſi ſepulchrum publico itineri conjunctum non ſit, iter venditori non præſtari contra regulam *d. l. ſi venditor* 10. *l. ſi quis* 12. *ff. de religioſis.* ſin autem conjunctum ſit, etiam ſi nominatim non excipiatur, non videri venditum ſepulchrum tanquam acceſſionem fundi contra regulam *legis in modicis* 24. *ff. de contrah. empt. l. quædam* 62. *ff. de acq. rerum dominio.* ſed res erit explicatu facilis, ſi advertamus in *d. l. ſi mercedem* 53. §. 1. venditorem ſepulchrum nominatim ſibi non excepiſſe, quo caſu iter ei ad ſepulchrum non debetur, nec ex conſtitutione *d. l. ſi quis ſepulchrum* 12. quia ſepulchrum nominatim non exceptum tanquam acceſſio fundi ad emptorem pertinet. *d. l. in modicis* 24. neque ex ratione *d. l. ſi venditor* 10. quia qui ſepulchrum non excipit, nec iter ad ſepulchrum excepiſſe dici poteſt, & ideo parum ſibi caviſſe venditor videtur, niſi, ut Paulus notat, ad ſepulchrum iter publicum tranſeat; tunc enim nec ſepulchrum venditum videtur, quia nec pars fundi eſſe intelligitur ſepulchrum, quod eſt ſecundum viam publicam. *l.* 3. §. *ſed ſi verſ. plane ff. uti poſſidetis.* nec parum ſibi venditor cavit, non excepto ſepulchro, cum aditum habeat ex publico, ut explicant poſt Bart. & Caſtrenſ. in *d.* §. 1. Cujac. *ibi.* & *lib.* 10. *quæſt. Papin.* in *l. pacta* 72. §. *ult. ff. de contrahenda empt.* & conſentiunt in effectu Molina *de primogeniis lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 18. Gutherius *d. lib.* 3. *de jure manium cap.* 5. quamvis diſſentiat Faber in *d.* §. 1.

§. XXV. Revocat nos primaria, & ſubtilior neſcio, an utilior in hoc tractatu quæſtio de individuitate ſervitutum, quæ facit, ut nec ab uno ex dominis fundi communis acquiri vel imponi, nec pro parte deberi, conſtitui, vel amitti ſervitutes poſſint, eoque pertinent, qui nobis ex propoſitis in hujus commentarii fronte loci ſuperſunt, nondum expoſiti in *l.* 2. *l. ad certam* 6. *l. ut pomum* 8. §. *ult. l. pro parte* 11. *l. viæ* 17. *hoc tit.* quibus explicandis præmonendum breviter eſt, ſervitutum individuitatem, in qua ſuperior aſſertio nititur, ex eo deſcendere, quod ſervitutes omnes nec natura ſui diviſionem admittunt. *l.* 2. §. *& harum ff. de verb. oblig.* quia ſunt jura & qualitates prædiorum, & conſequenter res incorporales, quæ naturaliter in partes ſcindi non poſſunt. *l.* 4. §. *ſi viam ff. de uſucap.* juncta *l.* 3. *ff. pro derelicto.* nec reſpectu rei, in qua conſiſtunt, poſſunt per legem ſive juris intellectum dividi. *l. heredes* 25. §. *an ea ff. familiæ erciſcundæ. l. ult. ff. de ſervitute legata.* quia conſiſtunt in nudo facto, ſive uſu, qui ſui natura individuus eſt. *l. viæ* 17. *hoc tit.* non enim poteſt utendi factum in partes diſcretas dividi, ita ut pro parte uti videamur, pro parte non uti. *l. uſus pars* 19. *ff. de uſu & habitatione. l. ſi ut certo* 5. §. *ſi duobus ff. commodati.* explicant ſic Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 9. *num.* 5. Petrus Gregorius *lib.* 4. *ſyntagmatum cap.* 1. *num.* 7. Parladorius *lib.* 1. *rerum quotidianarum cap.* 6. §. 1. cum multis Caſtillo *de uſufructu cap.* 31. *num.* 12. & *ſeqq.* & pro multis unus noſter Valentia *illuſtrium juris tractatuum lib.* 2. *tractatu* 4. *cap.* 7. *num.* 3. & *ſeqq.* ubi rationem hanc individuitatis ſervitutum, ſicut alia pleraque ejuſdem argumenti feliciter ut ſolet expoſuit.

§. XXVI. Ergo cum tam exacte cogitata mutare aut promovere noſtrum non ſit, nec quæ tam digne in omnium manibus tranſcribere nunc libeat, aut liceat, colligemus duntaxat hujus diſputationis reliquias, & quaſi ſpicilegia, quæ tantus nobis anteceſſor reliquit, omiſſa potius, dum brevitati conſulit, quam non viſa, neque oblita ſed prætерita, ut præfatur Auſonius *eidyllio* 10. in primis autem illud ſuperioribus adjicio, ſervitutes nec reſpectu rei, quam continent, ſive utilitatis, quæ ex utendi facto reſultat, dividi poſſe, quia quamvis illa utilitas interdum ſui natura dividua ſit, veluti aqua in ſervitute aquæ hauriendæ vel ducendæ, quæ poteſt menſura dividi. *l. ſi cum conſtet* 5. *ff. de aqua quotidiana. l. arbor* 19. §. *ult. ff. communi dividundo.* jure tamen ſervitutis non continetur alia aut amplior utilitas, quam quatenus prædii neceſſitas requirit. *l. ergo* 5. *in fine ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* eaque ipſa neceſſitas cum plerumque varia & incerta ſit, æſtimatur ex arbitrio domini, qui dum ſervitutem acquirit, eo ipſo ſignificat utilitatem ejus pro neceſſitate prædii ſufficere. *l. ſi ſtilli-*

cidii

cidii 8. §. *ult. cum l. ſeq. ff quemadmodum ſervitutes amittantur l. una* 18. *ff. de ſervitutib. ruſtic. præd.* & in re ſimili coſiſideravimus ſupra §. 20. unde quamvis revera pars duntaxat utilitatis aquæ ad fundum neceſſariæ concedatur, juris tamen intellectu tota aqua fundo neceſſaria conceſſa videtur, & integrum atque individuum jus ſervitutis acquiritur, cum dominus acquirendo ſignificet, aquam, quæ conceditur, pro neceſſitate prædii ſufficere, & quamvis poſtea aqua, quæ ſupereſt, alii jure ſervitutis concedatur, erit tamen nova & integra ſervitus, non pars prioris utilitatis aut ſervitutis, quia jure illius utilitas aquæ fundo neceſſariæ in ſolidum fuit comprehenſa, neque ultra comprehendi potuit. *l.* 3. §. 1. *ff. de ſervitutib. ruſtic. præd.* quod in uſufructu diverſum eſt, quia quamvis jus perſonæ & res incorporalis ſit, & conſequenter individuum reſpectu proprii compoſiti & in facto fruendi conſiſtat. *l. unica* §. 1. *ff. quando dies uſusfructus legati cedat.* quod non magis in partes diſcretas dividi poteſt, quam factum ipſum utendi in ſervitutibus prædiorum. *d. l. viæ* 17. *hoc tit* dividitur tamen uſusfructus reſpectu utilitatis, quam continet. *l uſusfructus* 5. *ff. de uſufructu. l.* 1 §. *ſi uſusfructus. l. ſed uſusfructus* 81. *ff ad l. Falcid.* continet enim fructus, qui ex ſui natura dividui ſunt, & juris intellectu dividi poſſunt, quia eorum omne emolumentum in uſufructu continetur, non pro neceſſitate prædii aut perſonæ. *l. uſufructu* 7. *l item* 9 *ff. de uſufructu. l. Mævius* 65. § *fundo ff. de legatis* 2. & e contrario uſus etiam, cum perſonalis ſervitus eſt, individuus cenſetur. *d. l. uſus pars* 19 *ff. de uſu & habitatione.* quia non continet totam rei utilitatem nec ejus fructus omnes ad uſurarium pertinent, ſed pro neceſſitate quotidiani uſus. *l. plenum* 12. § 1. *ff. de uſu & habitatione.* conducit text. in *l quæſitum* 12. § *ſi quis eodem ff. de inſtructo vel inſtrum leg. l. item* 10. §. 1. *ff. communi dividundo.* proſequitur Donellus in *l.* 2. §. *& harum num.* 14. *ff. de verb. oblig.* & *lib.* 10. *comment. cap.* 24. ubi late Hilligerus *litera A.* & conſentit quamvis aliter explicet Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 5. *num.* 11.

§. XXVII. His ita poſitis obſcurum valde eſt, quod legimus in *l. arbor* 19. §. *ult ff. communi dividundo. l.* 1. § *duo autem* 3. *ff. de aqua quotidiana.* nempe jus ipſum ſive ſervitutem aquæ ducendæ dividi poſſe, nec miramur, Antonium de Leon in *l.* 4. *num.* 3. *verſ. ego hoc tit.* difficultati manus dare coactum, & fateri ſententiam Pauli in *d. l. arbor* 19. § *ult.* nullo unquam colore defendi poſſe; reſpondendum tamen eſt, ſervitutes prædiorum, quamvis & individuæ & incorporales ſint, ideoque non poſſint venire in directum judicium communi dividundo, quo duntaxat tractatur de diviſione rerum corporalium. *l.* 4 *d. l. arbor* 19. §. *ſi per eundem ff communi dividundo.* venire tamen in utile judicium communi dividundo, ut ſervitutis utilitas ſeu commoditas, cum ad plures in ſolidum pertinet, inter eos temporibus vel menſuris diſtribuatur, quatenus poteſt, quod cum ſit, jus ipſum ſervitutis proprium cujusque in ſolidum manet. *l. aquam* 16. *ff. quemadmod ſervit. amittant. l. ſi prius* 17. *ff. de aqua & aquæ pluviæ.* & uſui tantum modus imponitur. *l.* 4. §. *modum. l.* 5. § 1. *hoc tit. l. ſi partem* 25. *ff. de ſervitutib. præd. ruſtic. l. Lucio* 4. *ff. de aqua quotidiana* ubi Julianus hanc ſententiam confirmat exemplo uſusfructus, de cujus diviſione directum judicium communi dividundo non competit, quia tanquam jus & res incorporalis nec ſeparatim commune eſſe, nec in partes ſeparatas dividi poteſt. *d. l. arbor* 19. §. *ſi per eundem. l. ſi cum duorum* 32. *ff. de ſtipulat. ſervor.* cui jungendus Hotmanus *lib.* 5. *obſervat. cap.* 3. Cujac *lib.* 11. *obſervat. cap.* 12. & tamen agitur utili judicio, ut uſusfructus emolumentum inter fructuarios dividatur. *l. ſi cujus* 13. § *ſed ſi inter duos ff de uſufructu. l. communi* 7. §. *cum de uſufructu ff. communi dividundo. l. & puto* 16. *ff. familiæ erciſcundæ.* idemque in commoditate uſus, quatenus poteſt, diſtribuenda præceptum eſt. *l. item* 10. §. 1. *ff. commun. dividundo* eademque ratione & exemplo uſusfructus ſervitus ipſa, ſive jus ejus dividi dicitur figurate potius, quam vere, dum utilitas aquæ, ex qua pluribus aquæductus debetur, inter eos menſura diſtribuitur, vel uſus, in quo ſervitus conſiſtit, intermiſſionem temporis recipit. *d. l* 1. §. *duo autem* 3. *d l arbor* 19. §. *ult.* cum tamen utroque caſu etiam poſt diviſionem fundi vel aquæ individua ſervitus maneat, ejusque utilitas in ſolidum pro neceſſitate fundi percipi a ſingulis videatur. *l. via* 23. §. *quæcunque ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* docent Hotmanus in *epitomatis hoc tit. num.* 15. & *illuſtrium quæſt. cap* 20. in *fine* Molina *de juſtitia diſputatione* 705. *num.* 37. & 39. Pichardus in *appendicibus ad tit. inſt de off judicis cap* 11. *num.* 174. plane quemadmodum iter aquæ, quod fundi eſt, ab eo diſtinguatur, quod ſeparatum a fundo eſt in *d. l. arbor* 19. §. *ult. in princ.* alia & aliena diſquiſitio eſt, de qua vide t, cui vacat, Fabrum in *Rational. ibidem.* Cujacium *lib* 9. *obſervat cap* 37 Pacium in *methodicis ad tit. comm. divid. cap* 4 *num.* 21. §. 3.

§ XXVIII. Deinde ex eisdem principiis lux afferenda eſt tenebricoſo Marcelli loco in *l.* 3. *ff. de ſervit. legata* ubi quatuor ſpecies, quo proponuntur, ordine explicandæ ſunt. Prima eſt, cum Mævio fundus Sejanus, & ad eum via per fundum Titianum, & poſtea Cajo idem Sejanus fundus ſine via, & per vindicationem legatur, quo caſu cum Mævius & Cajus in Sejano fundo ſint re conjuncti, & concurſu partes habeant. *l. conjunctim* 80. *ff. de legatis* 3. ſi uterque fundum agnoverit & vindicaverit, inutile viæ legatum eſt Mævio relictum, quia cum una & individua ſervitus ſit, neque in ſolidum neque pro parte acquiri a Mævio poteſt fundo communi, in quo alter legatarius partem habet. *l. ſi unus* 19. *ff. de ſervitutib. præd ruſtic. l. pro parte* 11. *hoc tit.* ſed ſi deliberante Cajo prior Mævius legatum fundi agnoverit, & poſtea Cajus repudiet, tametſi dubitari poterat, an viæ legatum intercidiſſet, quia ante repudiationem Caji acquiri non potuit Mævio, qui tunc pro parte tantum fundi dominus erat, magis tamen viſum eſt, viam in ſolidum Mævio acquiri, quia Cajo repudiante perinde habetur, ac ſi Mævio ſoli fundus legatus eſſet, & cum ſolo concurſu partes habeant, antequam Cajus concurrat, ſolidum fundum Mævius habet. *l. Titio* 34. *cum l. ſeq. ff. ad l. Aquil.* Secunda ſpecies eſt, cum uni legatario fundus ſub conditione, & ad eum via pure per vindicationem legatur; tunc enim ſi pendente conditione fundi ceſſerit dies legatæ viæ, inutiliter cedit, quia nondum legatarius fundum habet, cui via acquiratur. *l.* 1. *in fine ff. comm. præd.* via autem pure legata & per vindicationem aut ſtatim legatario acquiritur. *l. ſi partem* 19. §. *ult. ff. quemadm. ſervit. amittant.* aut nunquam acquiritur, quia poſtquam dies ejus ceſſit, ſuſpendi non poteſt. *l. ult. in fine ff. comm. præd. l. cum filius* 76. §. *ſervus ff. de legatis* 2. Tertia ſpecies eſt, cum ejusdem fundi pars pure, pars autem ſub conditione, & via pure legata eſt vel uni vel duobus, quo etiam caſu, ſi viæ & partis fundi pure legatæ dies ceſſerit, pendente adhuc conditione alterius partis fundi, intercidit viæ legatum, quia neque acquiri in ſolidum poteſt ei, qui ſolam partem fundi habet, antequam conditio alterius partis exiſtat, neque pro parte fundi poteſt, cum una & individua ſervitus ſit. Quarta & quidem obſcurior quæſtio eſt, cum ex duobus dominis fundi communis via uni pure legata eſt, & ſub conditione alteri, qui pendente conditione deceſſit, in qua quæſtione ut in ſuperioribus reſponſum eſſe Marcellus ſignificat, viæ legatum evaneſcere, quia nec ab uno ex dominis, cui pure legata fuit, acquiri poteſt, cum partem tantum habeat in fundo, neque ab utroque in ſolidum poteſt, cum ille, cui ſub

ſub conditione legata eſt, pendente conditione deceſſerit, nec ad heredem legatum transmittat. *l. unica §. ſin autem aliquid C. de caducis tollendis.* ſicque explicanda ſunt & referenda ad legatarium in *d. l. 3. ff. de ſervitute legata.* verba illa *pendente conditione deceſſiſſet* cum Hotmano *lib. 13. obſervat.* alias *lib. 2. amicabilium cap.* 23. quamvis aliter Bart. Albericus & alii in *d. l.* 3. aliter Cujac. *ibidem.* & *lib.* 1. *obſervat. cap.* 23. ubi pro *deceſſiſſet* repouit *dies ceſſiſſet*, referente & reprobante Henrico Suerin *repetitarum lectionum cap.* 24. ratio autem illa, quæ ſubjungitur in *fine d. l.* 3. cum quæſtioni immediate non congruat, in qua non niſi abſurde dici poteſt, ab uno ex dominis ſundi communis eundem fundum, quem jam habet, & pro parte habet, vindicari ſolidum potuiſſe, referenda eſt omnino ad primam & primariam textus ſpeciem, cujus occaſione cæteræ, quæ ſequuntur, obiter interpoſitæ videntur, ut integra ejus ratio ſit, idcirco Titio & Mævio fundum vindicantibus viam Mævio ad ſundum relictam evaneſcere, quia neque acquiri Mævio pro parte ſundi, quam habet, poteſt, cum individua ſit, neque in ſolidum, cum alterius legatarii ſcilicet Titii, qui partem in ſundo vindicat, perſona impedimento ſit, quominus a Mævio ſolidus ſundus cum via poſſit vindicari, ut interpretatur Cujac. in *d. l.* 3. & *lib.* 23. *obſervat. cap.* 11. rejecta transpoſitione Hotmani *d. cap.* 23. & expoſitionibus Accurſii in *d. l.* 3. *gloſſ. ult.*

§. XXIX. Rurſus ex ſuperioribus elucidandum eſt elegans Papiniani reſponſum in *l. cum filius* 76. *ff. de legatis* 2. ubi cum filius de inofficioſo teſtamento matris contra ſingulos ejus heredes egiſſet, diviſis tribunalibus (nempe centumvirorum, qui in varia tribunalia ſeu conſilia diviſi judicabant de inofficioſo teſtamento. *l. Titia* 13. *l. qui repudiantis* 17. *ff. de inofficioſo.* notant ad rem Cujac. *lib.* 10. *obſervat. cap.* 20. Hilligerus ad Donellum *lib.* 19. *cap.* 15. *litera A.*) ſi ab uno herede in uno tribunali victus alio alios viciſſet, Papinianus reſpondet, coheredem victorem nun habiturum præceptiones, ſeu prælegata ei relicta, quæ pro partibus coheredum valerent, ſi victi non eſſent, nec valere jam poſſunt, cum victi ſint, eisque filius partes hereditarias abſtulerit, ſicut & pro his partibus actiones aliis legatariis non dantur, quamvis competant pro parte coheredis vincentis. *l. nam etſi* 15. *§. ult. l. circa* 24. *ff. de inofficioſo teſt.* ſed in libertatibus a matre teſtamento relictis, quod pro parte inofficioſum pronunciatur, cum individuæ ſint, ideoque vel in ſolidum perire debeant, vel conſervari in ſolidum, ſuaſit earum favor ſic accipi rem dubiam debere, ut conſervarentur potius quam perirent. *l. duobus* 30. *ff. de liberali cauſſa. l. domino* 16. *ff. de S. C. Sylan. l. alieno* 31. §. 1. *ff. de fideicommiſſariis libertatibus. l. qui gravi* 11. *ff. de jure codicillorum. l. cum pater* 77. *§. cum exiſtimaret ff. de legatis* 2. proinde uno herede vincente directæ libertates ex teſtamento competunt, & fideicommiſſariæ præſtantur in ſolidum. *l. cum duobus* 13. *C. de inofficioſo teſt. l. judicatæ* 29. *ff. de except. rei jud.* quod tamen in propoſita ſpecie producendum non eſt ad ſervitutes eodem teſtamento relictas, *quæ pro parte minui non poſſunt*, ut inquit Papinianus in *d. l. cum filius* 76. nempe ad ſervitutes prædiorum, quia quamvis illæ perinde ac libertates ſint individuæ, nec pro parte poſſint perire, non ſunt tamen perinde favorabiles, & ideo cum pro parte præſtari nequeant, ſtricta ſummaque juris ratio facit, ut omnino nihil præſtetur. *l. penult. in fine ff. de jure codicillorum.* quam ita accipiunt Petrus Faber *lib.* 2. *ſemeſtrium cap.* 15. Ant. Faber *lib.* 3. *conjecturarum cap.* 11. Cujacius *lib.* 19. *quæſtionum Papin.* in *l. qui gravi* 11. *ff. de jure codicillorum.* æquitate tamen inſpecta & legatarius ab herede victore integram ſervitutem petere poterit, & heres ei partem æſtimationis ſervitutis præſtabit, quia cum dividua ſit, poteſt ab eo præſtari pro portione hereditatis quam retinet. *l. loci* 4. *§. ſi fundus ff. ſi ſervitus vindicetur. l. heredes* 25. *§. an ea ff. familiæ herciſcundæ.* ſed ſi filius, qui vicit, conſentiat, ut integra ſervitus præſtetur accepto ejus pretio pro parte hereditatis, quam habet, obſtabit doli exceptio legatario, niſi pretii partem offerat filio, idque comprobat Papinianus in *d. l. cum filius* 76. exemplo quartæ Falcidiæ, quæ cum non poſſit ipſo jure deduci ex legatu ſervitutis, quia individuum eſt, repellitur legatarius doli exceptione, ſi ſervitutem petat non oblata æſtimatione quartæ Falcidiæ. *l. ſi is qui* 80. *§. ult. ff. ad l. Falcidiam. l. pure* 5. *§.* 1. *ff. de doli exceptione.* notat Cujacius *lib.* 6. *reſponſorum Papiniani* in *d. l. cum filius* 76. & *lib.* 7. *quæſt. Papiniani* in *l.* 5. *de uſufructu.*

§. XXX. Ex quibus intelligenda eſt pulchra & ſubtilis teſte Bartolo quæſtio apud Scævolam in *l. ſi fundus* 23. *ff. ad l. Falcidiam.* ubi ſi ſundus cum via legatus ſit, & Falcidia locum habeat, duo caſus ad rem pertinentes diſtinguuntur. Primus eſt, quoties, ut loquitur Scævola, *tantum eſt in via, quantum amplius eſt in Falcidia*; hoc eſt, quoties æqualis eſt æſtimatio viæ & quartæ Falcidiæ, etiamſi hæc, quod eſt amplius, ex ſundo etiam deducatur, ut exponunt poſt Accurſium Claſſici in *d. l. ſi fundus* 23. quamvis verbum *amplius* expungant tanquam adulterinum Goveanus *ibidem.* Faber *lib.* 4. *conjecturarum cap.* 6. in hoc itaque caſu integer fundus legatario præſtatur; via autem perit & apud heredem manet pro Falcidia utriusque legati, quia quamvis in legatis, quorum alterum dividuum alterum individuum eſt, tota Falcidia deduci ſuleat ex legato dividuo. *l. ſi ſervus* 33. *l. plane* 35. *cum l. ſeq. ff. ad l. Falcidiam.* in propoſita tamen ſpecie id fieri non poteſt, quia ſi pars ſundi pro Falcidia utriusque legati apud heredem maneret, acquiri pro altera parte via legatario non poſſet. *l. Plautius* 49. *§. ult. ff. ad l. Falcid. l.* 3. *ff. de ſervitute legata.* docent Bart. Caſtrenſ. & Goveanus in *d. l. ſi fundus* 23. Donellus *lib.* 8. *comment. cap.* 27. Faber *d. lib.* 4. *cap.* 6. Secundus caſus eſt, qui extat in *d. l. ſi fundus* 23. *in fine.* quoties plus eſt in pretio Falcidiæ, quam in via; tunc enim via intercidit, hoc eſt, perinde babetur, ac ſi legata non eſſet, nam cum hoc caſu pars ſundi ut pote dividui apud heredem manere debeat, quia ex via totam quartam retinere non poteſt; hæc autem legatario pro parte ſundi non poſſit acquiri, extinguitur viæ legatum, ſic ut perinde ex ſundo deducatur Falcidia, ac ſi via legata non eſſet, ut explicat Faber *d. cap.* 6. quamvis aliter cum Caſtrenſ. Govean. in *d. l. ſi fundus* 23. Hilligerus ad Donellum *d. cap.* 27. *litera C.* ubi & alios duos caſus explicant, quos omittimus, quia vel clariores vel alieniores a re inſtituta.

CAPUT SECUNDUM.

Ad nobiliſſimam *legem ſervitutes* 14. *hoc tit.*

§. I. Reſtat ex hoc ſeu titulo ſeu tractatu explicanda, multo ſcholæ ſorique pulvere ab interpretibus noſtris aſperſa, diſputatio de uſucapione aut longi temporis præſcriptione in ſervitutibus. Ergo ut illam, qua breviori & clariori methodo licet, diſpoſitam & digeſtam intelligatis, nec aut a re præſenti aliena dicere; aut illius propria repetere cogamur, ſcieudum eſt quæſtionis ſemper fuiſſe, an ſervitutes quemadmodum ex contractu aut teſtamento deberi conſtituique poſſunt. *l.* 3. *§.* 1. *ff. de uſufructu. l. cum eſſent* 23. *ff. de ſervitutib. præd. ruſticor. §. ult. inſt. hoc tit. l.* 14. *tit.* 31. *Partita* 3. poſſint etiam conſtitui ſive acquiri per uſucapionem, in qua quæſtione, ut cum Paulo noſtro incipiamus, docet ille in *præſenti*, ſervitutes ruſticorum prædiorum uſucapi non poſſe duabus ex cauſſis. Prima eſt, quia quamvis corporalibus rebus accedant nempe prædiis. *l. certo* 13. *in princ. & §.* 1. *l. via* 23. *§. quæcunque ff. de ſervitutib. ruſticor. præd. l. qui fundum* 12. *ff. quemadmodum ſervitutes*

amit-

amittantur. ſunt tamen jura & res incorporales, quæ nec teneri proprie poſſunt, nec poſſideri. *l. ſervus* 43 *§ incorporales ff. de acq. rerum dominio. l.* 4. *§ ſi viam ff de uſucapionibus. l. ſi ædes* 32. *§. ult. ff. de ſervitutib. præd. urbanor.* unde nec veniunt in petitionem hereditatis, ut ſeparatæ a fundo, cui jam debentur, reſtituantur, quia nec poſſunt: tranſeunt enim in petitorem ſimul cum prædio *l. & non tantum* 19. *§ ult. ff. de hereditatis petitione.* quamvis veniant in interdictum *quod legatorum*, nempe ut legatarius, qui uſumfructum aut ſervitutem legatam ſine voluntate heredis occupavit, libertatem quam per uſum ſervitutis abſtulit, heredi reſtituat. *l.* 1. *§. quod ait* 6. *verſ unde ff. quod legatorum.* ubi quod ſcriptum eſt, uſumfructum non poſſideri ſed teneri, intelligendum non eſt de detentione propria, quæ in uſumfructum ut pote incorporalem non cadit, ſed de detentione quatenus quaſi poſſeſſionem ſignificat, & opponitur veræ poſſeſſioni, quam fructuarius non habet. *l* 1. *§ & generaliter ff de vi & vi armata. l. acquiruntur* 10. *§. ult. ff de acq. rerum dominio.* docent ſic & diſtinguunt poſt Accurſium in *d l. & non tantum* 19 *§. ult. verba didici in fine.* Bart. Caſtrenſis, Albericus, Cujac *lib.* 20. *Pauli ad Edictum.* & Faber in *Rational. ibidem.* quamvis paulo aliter cum Fulgoſio Donellus *lib.* 19. *comment. cap.* 13. ubi Hilligerus *lit. K.* itaque ſervitutes cum poſſideri non poſſint, nec uſucapi poſſunt, quia uſucapio ſine poſſeſſione non procedit. *l. ſine* 25. *l. juſto* 44. *§. ult. ff. de uſucapionibus. cap. ſine poſſeſſione de regulis juris in* 6.

§. II. Secunda Pauli ratio in *præſenti* eſt, quia ad uſucapionem continuatio poſſeſſionis exigitur per tempus jure definitum. *l.* 3. *l. nunquam* 31. *§.* 1. *ff. de uſucap. l. in uſucapione* 15. *§.* 1 *ff. de diverſis & temporalibus præſcrips.* at in ruſticis ſervitutibus quemadmodum certa non eſt, ita nec continua poſſeſſio; uſus enim qui in illis pro poſſeſſione quodammodo cedit. *l. quoties* 20. *hoc tit. l.* 1. *in fine ff. de ſervitutib. præd. ruſtic.* non poteſt continuari ſine interruptione; nemo enim, ut exemplo ruſticæ ſervitutis itineris vel viæ probat Paulus, tam perpetuo & continenter ire agere poteſt, ut non aliquo momento uſus ejus interrumpatur, quia ſui natura habet intermiſſionem. *l. cum uſusfructus* 13. *ff. de uſufr. legata.* ubi ob hanc cauſſam ſcriptum eſt, viæ aut aquæ ſervitute ita legata, ut alternis annis utatur legatarius, unum legatum unamque ſervitutem cenſeri, ideoque legatario non utente omnium annorum etiam ſequentium ſervitus amittitur. *l. ſi ſic* 7. *ff. quemadm. ſervitut. amittant.* quippe adjectio illa, ut alternis annis duntaxat ire, agere aut aquam ducere liceat, non poteſt plura legata, aut ſervitutes facere, cum ipſæ ſervitutes viæ aut aquæductus tales ſint ſui natura, ut non liceat perpetuo & continenter illis uti, quemadmodum dicitur aquam quotidianam eam etiam eſſe, quæ non ſemper ducitur, veluti cum ſervitus ipſa intermiſſione temporis quodammodo dividitur. *l.* 1. *§. duo* 3. *ff. de aqua quotidiana. l via* 5. *§.* 1. *hoc tit.* proinde cum naturalis intermiſſio, quam ſervitutes iſtæ habent, non obſtet quominus individuæ ſint & perpetuæ. *l.* 4. *§.* 1. *l viæ* 17. *hoc tit. l. foramen* 28. *ff. de ſervitutib urbanor. præd.* nec efficiet teſtator ſervitutem alternis annis legando, ut & in plures ſervitutes ſcindatur, & ſingulis annis incipiat ac deſinat. Diverſum eſt in uſufructu alternis annis relicto; tunc enim plura legata & diverſi ſingulis annis uſusfructus cenſentur, nec poſſunt non utendo amitti, quia quamvis primis annis non utatur fruatur, ſequentium tamen annorum novi uſusfructus ſunt *d. l. cum uſusfructus* 13. *l.* 2. *§.* 1. *l. ſi uſusfructus* 28 *ff quibus modis uſusfr. amittatur.* quamvis enim fructuarius aſſidue & continenter percipere fructus non poſſit, ſemper tamen frui intelligitur, dum rem ipſam, in qua uſusfructus eſt, naturaliter quaſi poſſidet. *l. naturaliter* 12. *l. poſſeſſio* 49. *ff. de acq. p ff.* nec repugnat uſusfructus natura, quominus plures alternis annis incipientes & deſinentes uſusfructus ſint, cum uſusfructus ipſe ſui natura dividuus ſit & temporalis *l.* 2. *l.* 4. *&* 5. *ff. de uſufructu.* explicat Cujacius *lib* 14. *obſervat. cap.* 18. & *lib.* 17. *quæſt. Papin.* in *d. l.* 2. *ff. quibus modis uſusfructus amitt.* & in *d. l. cum uſusfructus* 13. ubi Bartol. quamvis perperam negationem ibi adjiciendam eſſe contendat Longovallius in *l. imperium num.* 214. *ff. de juriſdictione.*

§. III. Subjungit tandem Paulus idem, obſervari in ſervitutibus urbanorum prædiorum, nimirum ut non magis quam ruſticæ ſervitutes uſucapi poſſint, pro qua etiam parte, ut & alia juris argumenta expendamus, obſervare licet, ſervitutes urbanorum prædiorum fuiſſe res nec mancipi, in quibus ſcilicet jus mancipii ſive legitimi & quiritarii dominii acquiri non potuit, teſte Ulpiano in *fragmentis tit.* 19. *de dominiis in princ.* uſucapio autem in rebus nec mancipi, niſi mobiles eſſent, locum non habuit, veluti in prædiis provincialibus. *l. unica C. de uſucapione transformanda. l. cum ſponſus* 12. *§. in vectigalibus ff. de Publiciana.* juncto Ulpiano *d tit.* 19. *§. uſucapione.* conducunt in eandem ſententiam text. in *l. ſervus* 43. *§ incorporales ff. de acq. rerum dominio. l.* 4. *§. ult. l. ſi aliena* 10. *§.* 1. *ff. de uſucapionibus. l. diligenter* 9. *in fine C. de aquæductu.* Julius Paulus *lib* 1. *ſententiarum tit.* 17. *in princ.* ibi: *viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio uſus non eſt, amiſiſſe videtur; nec enim ea uſucapi poſſunt, quæ non utendo amittuntur.*

§. IV. Sed ex adverſo ſervitutes tam urbanas quam ruſticas acquiri per uſucapionem poſſe, colligi vulgo ſolet ex *l foramen* 28. *ff. de ſervitutib. præd urbanor. l. ſi quis diuturno* 10. *ff. ſi ſervitus vindicetur. l.* 1. *in fine. l.* 2. *l. ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. l.* 1. *&* 2. *C hoc tit. l. ult. in fine C. de præſcriptione longi temporis. l.* 3. *§. ductus aquæ ff. de aqua quotidiana. l. apparet* 5. *§. ſi quis ff. de uſucapionibus.* ubi dum ſcriptum eſt, uſucapionem recipere maxime res corporales, ſatis ſignificatur, etiam incorporales res, veluti ſervitutes, uſucapi poſſe; accedit text. elegans in *l. ſi ego* 11. *§* 1. *ff. de Publiciana.* ubi aperte proditum eſt, pro ſervitutibus urbanis ac ruſticis Publicianam actionem dandam eſſe, quæ tamen nunquam datur, niſi ad petendam rem, quæ uſucapi potuit, & nondum uſucapta eſt. *l.* 1. *l. ſive* 9. *§. hæc actio ff. de Publiciana. §. namque ſi cui inſt. de actionibus.* quibus adjicio, quod legitur in *l. uſum* 4. *C. de aquæductu. l. unica verſ. ideo C. de uſucapione transformanda.* ibi: *& in Italicis ſoli rebus, quæ immobiles ſunt, vel eſſe intelliguntur.* hoc eſt, in ſervitutibus, quæ quia immobilibus rebus cohærent, immobiles eſſe intelliguntur, ut exponit poſt Accurſium & Albericum *ibi in fine.* Hilligerus ad Donellum *lib.* 5. *comment. cap.* 4. *litera J.* denique pro hac etiam parte expenditur a Cujacio in *præſenti.* Aggenus Urbicus *de agrorum qualitatibus ſub tit. de controverſiis controverſia* 3. ibi de fine lex Mamilia quinque aut ſex pedum latitudinem præſcribit, quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedens occupat, vel circumactus aratri, quod uſucapi non poteſt, iter enim non qua ad culturas pervenitur, capitur uſu, ſed id quod in uſu biennio fuit. Julius Paulus *lib.* 1. *ſententiarum tit.* 17. *§. ult.* ubi ſcribit, ſervitutem aquæ hauriendæ vel deducendæ biennio omiſſam intercidere, & biennio uſurpatam recipi, hoc eſt, recuperari & acquiri per uſucapionem biennii, poſtquam amiſſa eſt.

§. V. Nec rationum momenta multa magnaque deſunt, quibus hæc eadem pars confirmetur; in primis enim conſtat, ſervitutes quamvis proprie & vere non poſſideantur, poſſideri tamen quodammodo juris intellectu, quatenus earum uſus pro quaſi poſſeſſione habetur. *l. quoties* 20 *hoc tit l.* 1. *§. ult. ff. de ſervitutib. præd ruſtic. l. ſi a te* 16 *ff ſi ſervitus vindicetur. l* 3. *§.* 1. *ff. de uſufructu.* hanc autem quaſi poſſeſſionem ejusdem vis & poteſtatis eſſe cum vera

poſſeſſione ex eo apparet, quod ejus adipiſcendæ retinendæ aut recuperandæ cauſſa interdicta quaſi poſſeſſoria dari ſolent. *d l. quoties* 20. *l.* 2. *§. ult. l. ſicut* 8. *§. Ariſto in fine ff. ſi ſervitus vindicetur. l.* 1. *§. item, & § ædificare ff. de mortuo inferendo. l. ſi quis* 35. *de actionibus empti. l.* 1. *in fine principii. l* 2. *in princ. & § quædam cum ſeq. ff. de interdictis. l.* 1. *§. quod ait verſ. unde ff quod legatorum. l.* 1. *§. ult. ff. de ſuperficiebus. l.* 1. *§. ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. l.* 1. *§. præterea ff de arboribus cædendis. l ſemper* 15. *§. hoc interdicto verſ. ergo. l. ſi opus* 21. *§. ult. ff. quod vi aut clam.* juncto *tit. ff. de itinere actuque privato. cum titt. ſeqq.* & precario ſervitutis quaſi poſſeſſio concedi poteſt. *l.* 2. *in fine cum l. ſeq l. & habet* 15. *§. precario ff. de precario. l* 1. *§. ſi tibi ff. de itinere actuque privato. l. penult. ff. communia præd.* ergo eadem juris ratio facit, ut hæc quaſi poſſeſſio ad uſucapionem proficiat; deinde jus certum eſt, corporalis rei poſſeſſionem quamvis tota facti ſit. *l.* 1. *§. furioſus cum ſeq. ff. de acq. poſſ. l. denique* 19. *ff. ex quibus cauſſis majores.* animo ſolo retineri. *l.* 3. *§. in amittenda. in fine, & §. Nerva. l. clam poſſidere* 6. *§. qui ad nundinas. l. quamvis* 46. *ff. de acq. poſſ §. poſſidere inſt. de interdictis.* & continuari, ſic ut ad uſucapionem proſit eo etiam tempore, quo qui poſſidet non tenet rem corporaliter, aut illi inſiſtit, quia nec ſemper tenere corporaliter poteſt, aut inſiſtere. *l.* 1. *§. per ſervum corporaliter. l qui univerſas* 30. *§. quod per colonum ff. de acq poſſ l. ſervi* 16. *l. non ſolum* 33. *§. qui pignori ff. de uſucapionibus.* ergo multo magis admitti debet, ut quaſi poſſeſſio ſervitutum animo retineatur, cum ſit rerum incorporalium, in quibus plurimum animus poteſt. *arg. l.* 5. *ff. de ſtipulatione ſerv. l. Mævius* 65. *§. duorum ff. de legatis* 2.

§. VI. Hæc in propoſita quæſtione utriusque partis argumenta prima & primaria, quibus coacti interpretes antiquiores exiſtimarunt, diſtinctionem adhibendam eſſe inter ſervitutes continuas vel quaſi continuas & diſcontinuas. appellant autem *continuas* illas, quarum uſus ſui natura continuus & perpetuus eſt, quia ſemel conſtitutus continuatur ſine facto perſonæ, ut evenit in ſervitute aquæ ducendæ, quæ poſtquam ſemel per rivum aut canales derivari cœpit, ſua ſponte & natura perfluit. *l. qui fundum* 12. *in fine ff. quemadm. ſervit. amittantur. l.* 1. *§. quæſitum* 21. *ff. de aqua quotidiana.* & in omnibus fere urbanis ſervitutibus, quarum uſus ſemel conſtitutus pendet ex ſtatu ædificiorum, veluti in ſervitute tigni immittendi; tigno enim ſemel immiſſo ejus habendi conſuetudo, hoc eſt, uſus & quaſi poſſeſſio ſine ullo facto hominis continuatur. *l. ſervitutes* 20. *ff. de ſervitut. præd. urbanorum. quaſi continuas* vero vocant eas, quarum uſus quamvis actu ipſo non ſit continuus, poteſt tamen naturaliter continuari ſine facto hominis, veluti ſervitus ſtillicidii. *l. foramen* 28. *ff. de ſervitut. præd. urbanor.* denique *diſcontinuæ* dicuntur illæ, quarum uſus nec eſt nec eſſe poteſt continuus, quoniam pendet ex facto hominis, quod ſui natura habet intermiſſionem, veluti ſervitus itineris aut viæ, de quibus in *præſenti* Paulus, & in *l. cum uſusfructus* 13. *ff. de uſufructu legato.* itaque continuæ & quaſi continuæ quamvis uſucapi non poſſint, quia incorporales ſunt, nec proprie poſſidentur, poſſunt tamen acquiri per præſcriptionem longi temporis, nempe decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes, quoniam illarum uſus & quaſi poſſeſſio continua eſt. *l. ult. in fine C. de præſcriptione longi temporis. l.* 1. *&* 2. *C. hoc tit. l. ſi quis diuturno* 10. *ff. ſi ſervitus vindicetur. d. l. foramen* 28. diſcontinuæ vero, quia continuam poſſeſſionem non habent, ut ait Paulus noſter, nec uſucapione acquiruntur nec præſcriptione, niſi ſit tanti temporis, cujus origo memoriam excedat. *l* 3. *§. ductus aquæ ff. de aqua quotidiana. l.* 2. *l. ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ.* ita docent communiter poſt Accurſium in *præſenti, verbo certam.* Bartol. & antiquiores omnes, Cæpolla *de ſervitutib. urbanor. præd. cap.* 19. Azo in *rubr. C. hoc tit. num.* 29. Padilla in *l.* 2. *C. hoc tit. num.* 26. Covarruvias in *regula ſine poſſeſſione parte* 2. *in princ. num.* 6. Morla in *emporio tit.* 6. *in præmiſſis num.* 48. Pichardus in § *æque ſi agat num.* 9. *inſt. de actionibus.* & alii congeſti ab Hilligero ad Donellum *lib.* 11. *cap.* 11. *litera D.*

§. VII. Hæc tamen continuarum ſervitutum & diſcontinuarum diſtinctio, totaque ſuperior traditio, quamvis in praxi inveteraverit, & apud nos in juris auctoritatem abierit ex *l.* 15. *tit.* 31. *Partita* 3. in diſputando tamen & ubicunque ſpeciali Regni lege non confirmata ſuſtineri non poteſt, quia præterquam quod iſtæ continuarum & diſcontinuarum ſervitutum ſpecies & nomina ſunt commentitia & incognita veteri jurisprudentiæ, eſt etiam plus quam certum, ſi quaſi poſſeſſionem ſervitutum inſpiciamus, eam in omnibus continuam eſſe tam urbanis quam ruſticis, ut expendimus ſupra §. 5. ſin autem uſum ipſum ſervitutis, quatenus facti eſt, ſive ex facto hominis pendet, eum in omnibus ruſticis eſſe diſcontinuum conſtat teſte Paulo in *præſenti.* & in *d. l. cum uſusfructus* 13. ubi aquæductus ſervitutem, quam interpretes continuam vocant, conjungit ſervituti viæ, & utramque ſignificat habere intermiſſionem ſui natura. Sin vero intueamur cauſſam ſervitutis, hoc eſt, formam ejus & conditionem, ea in omnibus prædialibus talis eſſe debet, ut certa perpetua & permanens ſervitus eſſe poſſit, quamvis uſus ejus non ſit continuus, nec interruptus, ut docuimus in *l.* 1. *hoc tit. ſupra cap.* 2. *§.* 13. ex *l. foramen* 28. *ff. de ſervitutib. præd. urbanor.* cujus ſententia primo aſpectu repugnans Paulo noſtro in *præſenti.* aberrare coëgit interpretes Accurſianos, dum non intelligunt uſum ſervitutum, qui nunquam continuus ſui natura, nec in urbanis ſervitutibus *l. ſervitutes* 20. *§. ſi ſublatum. d. l. foramen* 28. *ff. de ſervitutib. præd. urbanor.* nec in aquæductu. *l. ſi ſic* 7. *l. aquam* 16. *ff. quemadmod. ſervitut. amittant. l.* 1. *§. quotidiana* 2. *ff. de aqua quotidiana.* & in *præſenti* multum diſtare a cauſſa ſervitutum, quæ in omnibus perpetua eſſe debet. *d. l. foramen* 28. *l.* 1. *§. hoc interdictum* 2. *ff. de fonte.* denique traditio ipſa manifeſte convincitur, tum ex *l.* 1. *§ ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. l. ult. in fine C. de præſcriptione longi temporis.* ubi præſcriptio longi temporis admittitur in ſervitutibus, & quidem generaliter & indiſtincte, ſive urbanæ ſint & continuæ, ut vocant antiquiores, ſive ruſticæ & diſcontinuæ, veluti iter. *l. ſi ego* 11. *§.* 1. *in fine ff. de Publiciana. l. apparet* 5. *§. ſi quis ff. de itinere actuque privato.* tum etiam ex noſtra *lege ſervitutes* 14. *l.* 4. *§. ult. l. ſi aliena* 10. *§.* 1. *ff. de uſucapionibus.* ubi longi temporis capio denegatur in ruſticis pariter atque urbanis, quas continuas nuncupant. Quibus argumentis & levioribus aliis, quæ non tranſcribo, communem illam diſtinctionem improbavit primus Petrus Longovallius in *l. imperium ex num.* 209. *ff. de jurisdictione.* & poſt eum Ant. de Leon in *præſenti num.* 2. plures congeſti ab Hilligero ad Donellum *lib.* 11. *cap.* 11. *litera E.* Schifordeghero *lib.* 1. *ad Fabrum tractatu* 5. *in princ.*

§. VIII. Nec moramur aut ſequimur diſtinctionem aliam inter uſucapionem, quæ in ſervitutibus negatur, & quaſi uſucapionem, quam admittunt poſt Longovallium & alios Donellus *lib.* 11. *comment. cap.* 11. & laudati ab Hilligero *ibidem litera C.* Ant. de Leon in *præſenti num.* 3. refutant autem Parladorius *lib.* 1. *rerum quotidianarum cap.* 1. § 8. *num.* 29. Schifordegherus *d. lib.* 1. *tractatu* 5. *quæſt.* 5. quare iis & aliis omiſſis, ut a capite aquam & rem ab incunabulis jurisprudentiæ repetamus, obſervandum eſt, inſpectu primo & antiquiori jure Romano, neque urbanas nec ruſticas nec perſonales ſervitutes acquiri tempore potuiſſe. Lex enim XII. Tabb. quæ uſucapionem eamque ſolam acquirendi tempore dominii rationem induxit, de rebus tan-

Digitized by Google

tantum corporalibus loquuta eſt, nempe mobilibus, quas uno anno, & immobilibus quas biennio uſucapi voluit, illis forſitan verbis: *rerum mobilium annus, uſus & auctoritas fundi biennium eſto.* ut ſignificat Cicero in *oratione pro Cæcina*, & in *Topicis.* Juſtinianus in *l. unica C. de uſucapione transformanda.* & in *princ. inſt. de uſucapionibus.* proinde in ſervitutibus cum nec mobiles nec immobiles ſed incorporales ſint, nec admittant veram poſſeſſionem, quam lex XII. Tabb. uſum vocabat. *l. quæſtio* 115. *ff. de verbor. ſig. l. nec utilem* 20. *ff. ex quibus cauſis majores.* admitti uſucapio non potuit, præſertim cum illa in pœnam negligentium dominorum tametſi bono publico introducta eſſet. *l.* 1. *ff. de uſucapionibus. l.* 1. *§. ult. C. de annali exceptione.* quibus dominium auget, ut alios cum eorum jactura locupletet contra æquitatem naturalem: unde pœnalis & odioſa creditur. *Novella* 9. *ut etiam Eccleſia Romana §. habeat.* notant Accurſius in *l. nam hoc natura* 14. *in fine ff. de condictione indebiti.* & videndi Pinellus in *auth. niſi tricennale num.* 40. *C. de bonis maternis.* Menochius *de arbitrariis lib.* 1. *quæſt.* 49. ideoque ad caſum ſervitutum lege non comprehenſum uſucapio extendi non debuit. *l. quod vero* 14. *ff. de legibus. l. cum quidam* 19. *ff. de liberis & poſt.* obſervant Rævardus ad *l. Scriboniam cap.* 2. Hotmanus *lib.* 4. *obſervat. cap.* 2.

§. IX. Hæc ita ex primo & ſummo ſtrictoque jure legis XII. Tabb. cæterum poſtea JCti, quorum auctoritate & prudentia per diſputationem fori & conſuetudinem pleraque introducta, quæ communi juris civilis nomine ſignificantur. *l.* 2. *§. iis legibus* 5. ubi Cujacius, *ff. de origine juris.* Rævardus de *auct. prudentum cap.* 14. ſic etiam in quæſtione noſtra ante Scriboniam legem, de qua poſtea, cenſuiſſe videntur, ut in ruſticis ſervitutibus quaſi uſucapionem admitterent, in urbanis autem & perſonalibus non item, idque etſi novum forſitan & notum paucis, conjectari tamen licet ex eo, quod cum jure Romano res omnes vel ſint mancipi, quæ vel a noſtro ad alterius dominium per mancipationis ſeu nexus ſolennitatem tranſire, eique perpetuo ſubjici poſſunt, vel ſint nec mancipi, quæ nempe ſui juris & liberæ, vel dominio noſtro non ſemper ſubjectæ ſunt, ut definit Boëthius in Ciceronis *Top.* & illuſtrant laudati ab Hilligero ad Donellum *lib.* 4. *cap.* 19. *litera A.* Schifordeghero *ad Fabrum lib.* 3. *tractatu* 21. *quæſtione* 3. & 4. quod ad ſervitutes quidem attinet, Ulpianus in *fragmentis tit.* 19. *in princ.* jura prædiorum ruſticorum, veluti viam, iter, actum, & aquæductum inter res mancipi recenſet, ſubjungitque cæteras res nec mancipi eſſe, ſignificans nimirum ſervitutes urbanorum prædiorum & perſonales eſſe res nec mancipi, idcirco forſitan, quoniam urbanæ ſervitutes libertatem ædificandi, vel uſum, ſtatum, formamque ædificiorum minuunt, aut mutant: ædificia autem quodammodo ſub tutela & mancipio reipublicæ ſunt, ut eorum liber uſus & aſpectus publicus non deformetur. *l.* 2. *C. de ædificiis privatis. l. Prætor* 20. *§. hoc interdictum* 10. *ff. de operis novi nuntiatione. l.* 2. *§. ſi quis nemine. l. ult. ff. ne quid in loco pub.* perſonales vero ſervitutes, cum temporales ſint, ſicut vita, & extinguantur cum perſona. *l. non ſolum* 8. *§. tale ff. de liberatione legata.* non poſſunt dari aut accipi vel retineri jure mancipi ſive legitimi dominii, quemadmodum eadem ratione & ſenſu ſcripſit Lucretius *lib.* 3. *de natura rerum.* ibi.

Vitaque mancipio nulli datur omnibus uſu.

Arnobius *lib.* 2. *adverſus gentes.* ibi: *uſu & illis eſt vita non mancipio tradita.*

§. X. Rurſus ut progrediamur, uſucapio quidem communis acquiſitio eſt rerum mancipi, & nec mancipi, ut ait Ulpianus. *d. tit.* 19. *§. uſucapione.* ſcilicet ſi res nec mancipi mobiles ſint, veluti feræ beſtiæ, quæ quia ante occupationem noſtram ſunt ſui juris, & naturaliter liberæ, & poſt occupationem perpetuo occupantis dominio non ſubjiciuntur, ſed hactenus duntaxat, donec ejus cuſtodia coërcentur. *§. feræ cum ſeqq. inſt. de rerum diviſ.* dicuntur res nec mancipi juxta definitionem Boëthii, cujus meminimus. notat Rævardus *ad leges* XII. *Tabb. cap.* 16. & tamen poſſunt uſucapi, quia nihil obſtat, quominus, quamdiu ſub cuſtodia noſtra ſunt, jure legitimi dominii ſive mancipii retineantur, ut obſervat Cujac. in *recitationibus ad tit. C. de uſucapione transform.* ſed exceptis mobilibus cæteræ res nec mancipi uſucapi non poſſunt. *d. l. unica C. de uſucapione transformanda.* quia per uſucapionem acquiritur dominium legitimum, civile, & quiritarium, ſive quod idem eſt, jus mancipii. *princ. inſt. de uſucapionibus.* juncto *§. ult. inſt. de uſu & habitatione.* Ulpianus in *fragmentis tit.* 1. *§. in bonis.* Varro *lib.* 2. *de re ruſtica.* ibi: *in emptionibus dominum legitimum ſex fere res perficiunt, ſi hereditatem juſtam adiit, ſi ut debuit mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut ſi in jure ceſſit, cui potuit cedere & ubi oportuit, aut ſi uſucepit,* & deinceps. Horatius *lib.* 2. *epiſtola* 2. ibi:

Si proprium eſt, quod quis libra mercatur & ære,
Quædam, ſi credis conſultis, mancipat uſus.

In rebus autem immobilibus nec mancipi, quales ſunt prædia provincialia, non poteſt acquiri dominium civile, quoniam id ſubactis provinciis factum eſt Populi Romani jure belli. *l. ſi captivus* 20. *§.* 1. *ff. de captivis.* uſu & poſſeſſione ſola, ſive quod idem eſt, dominio bonitario apud privatos remanente. *§. per traditionem.* ubi Theophilus, *inſt. de rerum diviſione. l. quæſtio* 115. *ff. de verb. ſign.* & ideo uſucapi non poſſunt. *princ. inſt. de uſucapionibus. d. l. unica. l. cum ſponſus* 12. *§. in vectigalibus ff. de Publiciana.* explicant Hilligerus ad Donellum *d. lib.* 4. *cap.* 19. & 21. & *lib.* 5. *cap.* 4. & 5. Cujac. ad *tit. C. de uſucapione transformanda.* & ex noſtris anteceſſoribus Solorzano *de Indiarum jure lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 35. Valentia *illuſtrium lib.* 1. *tractatu* 2. *cap.* 2. & *cap.* 5. *num.* 25. eadem ergo ratione in ſervitutibus ruſticis, ut pote rebus mancipi, ante legem Scriboniam quaſi uſucapio recepta eſt, non tamen in urbanis aut perſonalibus, quoniam in urbanis publica ædificiorum utilitas, in perſonalibus autem temporalitas ipſa earum, ut ſic dicam, obſtabat, quominus jure mancipii ſeu perpetui dominii retinerentur.

§. XI. Nec turbamur aut deturbamur ab hac ſententia iis rationibus, quibus ſupra §. 8. probavimus, uſucapionem lege XII. Tabb. in rebus corporalibus introductam, ad ſervitutes, ut pote incorporales, extendi non potuiſſe, quippe affirmandum potius eſt, uſucapionem quamvis primo aſpectu pœnalis & odioſa videatur, & quidem ſit re ipſa, ſi ſolo temporis præſidio ſubſiſtat cum mala fide. *Novella* 9. *ut etiam Eccleſia Romana §. habeat.* regulariter tamen favorabilem cenſendam eſſe, utpote introductam bono publico. *l.* 1. *ff. de uſucapionibus. l ult. ff. pro ſuo.* cujus ratio & utilitas juſti prope mater & æqui omnem aliam rationem & æquitatem vincit, ut conſiderant & docent cum pluribus poſt Pinellum, & Menochium *ubi ſupra num.* 8. Covarruvias in *regula poſſeſſor* 1. *part.* 3. *in princ. & num.* 5. Petrus Gregorius *lib.* 4. *ſyntagmatum cap. ult.* & ideo nec dubitandum eſt, quin veteres juris auctores uſucapionem in rebus corporalibus lege introductam etiam ad ruſticas ſervitutes extendere potuerint. *d. l* 2. *§. iis legibus* 5. *ff. de origine juris.* ſic enim etiam, cum lex XII. Tabb. duntaxat loqueretur de auctoritate ſive uſucapione fundi, hoc eſt, ruſtici prædii. *l. fundi* 211. *ff. de verb. ſign.* prudentum tamen auctoritate & interpretatione etiam in ædibus & urbanis prædiis admiſſa uſucapio eſt, ut ait Cicero in *Topicis.* accedit quod in ruſticis ſervitutibus facilior hæc extenſio eſſe debuit ex eo, quoniam Lex alia XII. Tabb. vetabat uſucapi ſpatium quinque pedum, quod in-

ter fundos vicinos relinquebatur, vel ad iter ad culturas, vel ad circumactum aratri, teſte Cicerone *lib. 1. de legibus.* & conſequenter tacite ſignificabat, ſervitutem itineris, non qua ad culturas pervenitur, uſucapi poſſe, ſi per biennium in uſu fuerit, ut ſenſiſſe videtur Aggenus Urbicus, cujus verba propoſuimna ſupra §. 4. *in fine.* & confirmat aperte Cicero in *Oratione pro Cæcina.*

§. XII. Cum hic ſtatus uſucapionis ſervitutum eſſet, Scribonia lex lata eſt & perlata, ſi conjecturis firmioribus fides, a Lucio Scribonio Libone, qui cum Statilio Tauro ordinarius conſul fuit temporibus Tiberii Anno ab urbe condita 768. ut putat Rævardus ad *l. Scriboniam cap. 1. & 5.* quamvis aliter Cujac. in *l. 4. §. ult. ff. de uſucapionibus.* Hotmanus *de legibus cap. de lege Scribonia.* extat autem hujus legis unica mentio in *d. l. 4. §. ult.* ubi perperam pro *Scribonia Voconiam* repoſuit Haloander, quem ſequuntur Donellus *lib. 5. commens. cap 22. in fine.* Faber *lib. 19. conject. cap. 9.* reprehenſi merito a Cujacio & Gothofredo in *d. §. ult.* Antonio Auguſtino, Manutio, & aliis, qui de legibus ſcripſerunt, *cap. de lege Scribonia.* Forcatulo in *præſenti num.* 10. lex ergo Scribonia ſuſtulit ſeu prohibuit eam uſucapionem, quæ ſervitutem conſtituebat, ut ſcriptum eſt in *d. §. ult.* proinde pertinuit proprie ad ruſticas ſervitutes, in quibus, quia media & meta juriſprudentia admittebat uſucapionem, ut ſupra diximus, neceſſaria omnino fuit legis Scriboniæ prohibitio, aliter atque in ſervitutibus urbanis & perſonalibus, quæ cum res nec mancipi eſſent, nunquam conſtitui per uſucapionem potuerant, & conſequenter fruſtra earum uſucapio tolleretur, quæ nunquam fuerat recepta, idcircoque eleganter Paulus noſter in *præſenti* quaſi rationes novi juris lege Scribonia inducti recenſens affirmat, ruſticas ſervitutes uſucapi non poſſe, vel quia nulla propria earum poſſeſſio, vel quia non continuata. In urbanis autem nulla ratione reddita ſubjungit idem obſervari, non obſcure ſignificans, uſucapionis in illis ceſſantis rationem non tam anxie exquirendam eſſe, ut in ruſticis, in quibus Jus antiquum lege Scribonia mutatum eſt, cum in urbanis ſemper eadem & notiſſima fuerit auctoritas veteris juriſprudentiæ, & obſervantiæ, quæ in illis nunquam uſucapionem admiſit. Et conſentit Ulpianus in *l. ſi alieno 10. §. 1.* ibi: *hoc jure utimur, ff. de uſucap.*

§. XIII. Ex quibus, anteqnam progrediamur, ſatis conſtat, largiter aberraſſe Cujacium in *præſenti*, & in *d. l. 4. §. ult.* quem ſuppreſſo ejus nomine ſequitur Morla in *emporio tit. 6. quæſt. 4. num.* 6. dum docent, ante legem Scriboniam urbanas quidem ſervitutes uſucapi potuiſſe, ruſticas vero non item: lege autem Scribonia ſolam urbanarum uſucapionem fuiſſe ſublatam, non ruſticarum, quæ nec ante uſucapi poterant: quorum utrumque contra eſſe ſatis ſuperque probatum eſt, & Cujacii ſententiam tacite carpunt Rævardus ad *l. Scriboniam cap.* 6. Hotmanus *lib. 4. obſervationum cap.* 2. quamvis nec feliciores iſti, dum poſt Coraſium *lib. 5. miſcellaneorum cap. 5. num.* 4. & in *præſenti num.* 24. indiſtincte defendunt, ante legem Scriboniam in urbanis & ruſticis uſucapionem fuiſſe receptam, poſtea vero pariter in utriſque ſublatam, quorum utrumque falſum eſſe jam demonſtravimus.

§. XIV. Plane poſt legem Scriboniam auctoritate JCtorum & conſuetudine paulatim receptum eſt, ut ſervitutes, quæ anno vel biennio uſucapi non poterant, acquirerentur longi temporis præſcriptione; eſt autem longi temporis præſcriptio adquirendi dominii modus per continuationem poſſeſſionis temporis decem annorum inter præſentes & viginti inter abſentes, quæ quia primum ſolam exceptionem ad retentionem rei longo tempore poſſeſſæ præſtabat poſſeſſori, nuncupata *præſcriptio* eſt, hoc eſt, exceptio, quamvis tandem per eam bonitarium dominium & utilem in rem actionem acquiri placuerit. *l. ſi quis emptionis 8. C. de præſcriptione 30. vel 40. annorum. l. emptor 9. cum ll. ſeqq. C. de præſcriptione longi temporis.* ideoque obſervabatur proprie in iis rebus, in quibus quia nec mancipi erant, jus mancipii ſive quiritarii dominii acquiri non poterat, & bonitarium acquirebatur, veluti in prædiis provincialibus, ſtipendiariis, & tributariis, de quibus ſupra §. 10. unde etiam vectigalia prædia, quæ nempe in provinciis a civitatibus vectigali aut penſione certa conſtituta in perpetuum vel longum tempus locantur. *l. 1. ff. ſi ager vectigalis.* quamvis uſucapi non poſſint. *l. uſucapionem 9. ff. de uſucapionibus. l. cum ſponſus 12. §. in vectigalibus ff. de Publiciana.* poſſunt tamen acquiri longo tempore. *l. ſi finita 15. §. ſi de vectigalibus in fine ff. de damno infecto.* quas ſic exponunt & componunt Cujac. *lib. 19. Pauli ad Edictum* in *d. l. cum ſponſus* 12. §. in *vectigalibus.* & in *recitationibus ad tit. C de uſucapione transformanda.* & *cap de jure emphyteutico.* quamvis aliter poſt alios explicent Benedictus Pinellus *lib. 1. ſelectarum cap.* 17. Hilligerus ad Donellum *lib. 20. cap. 8. litera N.* Schifordegherus *ad Fabrum lib. 3. tractatu 21. quæſt.* 2. eadem itaque diſtinctio adhibenda eſt conciliandis juris noſtri locis, quibus docemur, poſt legem Scriboniam uſucapi ſervitutes non poſſe, ut in *præſenti*, & in *d l 4. §. ult. ff. de uſucapionibus. l. ſervus 43. §. incorporales ff. de acq. rerum dominio.* cum aliis, quibus probatur, acquiri ſervitutes poſſe longo uſu & quaſi poſſeſſione, aut præſcriptione decem vel viginti annorum. *l foramen 28. ff. de ſervitutib. præd. urbanor. l. ſi quis diuturno 10. ff. ſi ſervitus vindicetur. l. 1. in fine. l 2. & l. ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. l. apparet 5. §. ſi quis ff. de itinere actuque privato. l. ult. in fine C. de præſcriptione longi temporis. l. uſu 4. C. de aquæductu. l. 1. & 2. C. hoc tit.* & conſpirant in hanc ſententiam cordatiores fere interpretes Donellus, Cujacius, Faber, Hotmanus, Rævardus, & alii laudati ab Hilligero ad Donellum *lib.* 11. *cap. 11. litera B.* Morla in *emporio d. tit. 6. quæſt. 4. num.* 9. Schifordeghero *ad Fabrum lib. 1. tractatu 5. quæſt.* 6. Parladorio *lib. 1. rerum quotidianarum cap. 1. §. 8. num.* 22. Pacius in *methodicis C. hoc tit. cap. 9. §. 6.*

§. XV. Verum huic traditioni & ſuperiori noſtræ ſententiæ non pauca refragantur: obſtat enim in primis Paulus noſter, dum docet ruſticarum ſervitutum nec poſſeſſionem propriam eſſe, nec continuatam, ergo nec ante legem Scriboniam uſucapi potuerunt, nec poſtea acquiri longo tempore; utraque enim ſcilicet uſucapio & præſcriptio poſſeſſionem & quidem continuatam requirit. *l 3. l. fine 25. ff. de uſucapion. l. 2. in fine C. hoc tit. l. 2. C. de præſcriptione longi temporis.* in illis verbis: *poſſeſſionem & continuatam*; quibus, ut alia omittam, ſatis convincuntur Antonius Faber *lib. 19. conjecturar. cap.* 10. & Schifordegherus *d. lib. 1. tractatu 5. quæſt.* 3. contendentes, præſcriptionem ſervitutum ſine poſſeſſione continuata receptam eſſe, vel ſingulari jure & ratione litium minuendarum, vel quia præſcriptio longi temporis poſſeſſionem continuatam non exigit, quare affirmandum potius eſt, uſum in ſervitutibus pro poſſeſſione cedere. *l. quoties 20. hoc tit. l. ait 23. §. item ff. ex quibus cauſſis majores.* quaſi poſſeſſionem animo retineri & continuari poſſe. *l. 1. §. ſi tibi. l. 3. § uti. l. ult. ff. de itinere actuque privato. l. 5. cum ſequenti. l. uſu 20. cum ſeqq. ff. quemadm. ſervit. amittantur.* diximus ſupra §. 5. proinde mirum non eſt, ante legem Scriboniam in ſervitutibus ruſticis, quæ mancipi erant, receptam fuiſſe quaſi uſucapionem, & poſtea præſcriptionem longi temporis in omnibus ſervitutibus: nec tamen ideo inepta vel iniqua Scriboniæ legis prohibitio, quippe partim ſubnixa eſt ſtrictæ juris ratione, quæ non patitur, uſucapionem in rebus tantum corporalibus introductam, ut per poſſeſſionem acquirantur, extendi ad res incorporales, veluti ſervitutes, quæ proprie non poſſidentur, partim defenditur æquitate, quæ ſuadet non opor-

Digitized by Google

oportere ruſticas ſervitutes, quarum quaſi poſſeſſio pendet ex facto hominis ſive uſu, qui non poteſt eſſe continuus, acquiri breviſſimo tempore anni vel biennii, quo corporales res uſucapiebantur. *princ. inſt. de uſucapionibus.* nam in rebus corporalibus imputari domino poteſt, cur rem ſuam ab alio poſſideri paſſus ſit, cum ſint jura in aliena re, cujus poſſeſſionem dominus retinet, non itidem imputari illi poteſt, cur uſum ſervitutis non prohibuerit, præſertim cum continuus uſus non ſit, ejusque naturæ, ut quamvis modico tempore in anno exerceatur, retineatur quaſi poſſeſſio. *l.* 1. *§. hoc interdicto* 2. *ff. de itinere actuque privato. l.* 1. *§. quod autem* 4. *&* *§. item* 22. *ff. de aqua quotidiana.* conducit ejusdem Pauli elegans locus in *l. ſi ſic* 7. *ff. quemadm. ſervit. amittantur.* ubi ſervitutem aquæ ſic conſtitutam, ut alternis duntaxat menſibus vel annis ducatur, aſſerit non amitti non utendo per tempus conſtitutum ad amittendas alias ſervitutes, ſed duplicato tempore conſtituto, quia, ut inquit, *non eſt continuum tempus, quo, cum uti non poteſt, non ſit uſus. l ult. C. hoc tit.* eadem ergo ratione quamvis acquiri longo tempore poſſint ſervitutes, non tamen uſucapiuntur anno vel biennio, quia iniquum eſſet tantulo ſpatio uſucapi, cum earum quaſi poſſeſſio quatenus in facto & uſu conſiſtit, nec certa nec continua ſit, & conſequenter quatenus animo retinetur & continuatur, non ſemper interrumpi poſſit prohibitione domini fundi ſervientis. & hæc Pauli mens eſt in *præſenti*, quam præſentit Gomezius *tomo* 2. *variarum cap.* 15. *num.* 27. *verſ. unde tertia.* Donellus *lib.* 11. *comment. cap.* 11.

§. XVI. Deinde objicitur, quod ſcriptum eſt in *l. ſi aliena* 10. *§.* 1. *ff. de uſucapionibus.* nempe ſervitutes per ſe nunquam longo tempore capi poſſe, cum ædificiis poſſe; ergo per ſe non acquiruntur præſcriptione decem vel viginti annorum, quæ appellatione longi temporis ſignificatur. *l. ſi cum fideicommiſſa* 16. *§. Ariſto ff. de fideicommiſſariis libertatibus. l. unica C. de uſucapione transformanda.* Paulus *lib.* 5. *ſententiarum tit.* 5. *§. res olim.* ſed obſervandum eſt, tractari in *d. l. ſi aliena* 10. *§.* 1. de ſervitutibus urbanis, quales ſunt, quæ ædificiis debentur, & de acquirendis eis per ſe, hoc eſt, ſine ædificio, cujus utilitatem reſpiciunt, ideoque Ulpianus ait, quod quamvis cum ædificio, cui jam ſunt acquiſitæ, poſſint ab eo, qui ædificium uſucapit, acquiri longo tempore, ut exaudit Donellus *lib.* 11. *comment. cap.* 12. *&* 13. vel etiam ſi nondum debeantur, poſſint ab eo, qui ædificium habet, longo tempore capi ſine ædificio tamen & per ſe, neutro caſu acquiruntur per præſcriptionem, ſicut nec traditione vel alio modo. *l.* 1. *in fine ff. communia præd.* quia nec videntur quaſi poſſideri, niſi cum ædificio, cui debentur. *l. ſi ædes* 31. *§. ult. ff. de ſervitutib. præd. urban.* eoque reſpicit verbum *nuſquam* in *d. l. ſi aliena* 10. *§.* 1. nempe ut intelligatur, nec in Italia nec in provinciis procedere ſine ædificio poſſe præſcriptionem ſervitutum urbanarum, quamvis admittenda in provinciis facilius videretur, ut pote introducta ad acquirendas res provinciales nec mancipi, quæ uſucapi non poterant. *princ. Inſt. de uſucapionibus.* ita ſubintellexit poſt Fabrum Schifordegherus *d. tractatu* 5. *quæſt.* 6.

§. XVII. Rurſus non omittitur text. in *l. uſucapionem* 9. *ff. de uſucapionibus.* quam expendimus ſupra §. 4. quippe omiſſa ſententia Accurſii, vocem *maxime* ſupervacuam dicentis & Cujacii *ibidem.* eam Triboniano adſcribentis, cui conſentit Hotmanus *lib.* 3. *obſervat. cap.* 25. reſponderi ſolet, verbum *maxime* accipiendum eſſe pro *ita demum*, vel *utique*, ſicut in *l.* 4. *§.* 1. *ff. de uſucapionibus. l.* 2. *§. illud* 2. *in fine ff. de hereditate vel actione vendita. l.* 4. *in fine C. de pactis conventis. l. ſed eſt quæſitum* 6. *§. ult.* juxta vulgatam lectionem, *ff. de liberis & poſt.* cum aliis, quas ſic explicat Briſſonius *lib.* 11. *de verbor. ſig. verbo maxime.* & *lib.* 2. *de ſolutionibus tit. de delegationibus pag. mihi* 231. mihi tamen aut verius aut ſimilius veri videtur, ideo Ulpianum aſſerere, uſucapionem recipere maxime ſive principaliter res corporales, quoniam & quædam ſunt incorporales, quæ uſucapi poſſunt, veluti ſervitutes ruſticæ ante legem Scriboniam, & poſtea in caſu, de quo nos infra §. *ſeq.* & omni tempore libertas ſervitutum urbanarum. *l.* 4. *§. ult. ff. de uſucapion. l. hæc autem* 5. *l. ſi ædes* 31. *§. ult. ff. de ſervitutib. præd. urbanor.* ad quas rerum incorporalium ſpecies ſimiliter referenda ſunt in *d. l. unica C. de uſucapione transform.* verba illa, *quæ immobiles ſunt vel eſſe intelliguntur*, quamvis aliter accipiat Cujac. in *recitationibus ibidem.*

§. XVIII. Urget inſtatque magis Pauli fragmentum *lib.* 1. *ſententiarum tit.* 17. *§. ult.* cujus verba poſuimus ſupra §. 4. *in fine.* expoſitio tamen difficilis aut deſperata, niſi fateamur, ſingulari jure etiam poſt legem Scriboniam receptum eſſe, ut ſervitus ſemel recte acquiſita & conſtituta, ſi poſtea per non uſum biennii amittatur, recuperari poſſit per uſum ſive uſurpationem alterius biennii, quia quemadmodum ad amittendam ſervitutem per non uſum biennium ſufficiebat ante Juſtinianum etiam poſt legem Scriboniam. *l.* 4. *§. ult. ff. de uſucapionibus. l. ſicut* 13. *C. hoc tit.* ita ad eam amiſſam recuperandam per uſum biennium debuit ſufficere ex æquitate, & æqualitate recuperandi, & amittendi, quæ extra hunc caſum non æque viget, ut interpretatur Cujac. in *præſenti*, & in *d. l.* 4. *§. ult.* plane jure noviſſimo, quemadmodum ſervitus non amittitur, niſi per non uſum decem vel viginti annorum. *d. l. ſicut* 13. *hoc tit.* ita ſi amiſſa ſit, non recuperabitur, niſi præſcriptione decem vel viginti annorum.

§. XIX. Denique ad rem non pertinent poſtrema verba in *l. diligenter* 9. *C. de aquæductu.* ibi enim non tractatur de ſervitute aquæ ex fonte privato, ſed de fontibus ipſis publicis in privatum uſum convertendis, quod merito inhibetur, ut quod publicum fuit aliquando minime ſit privatum, ſed ad communes uſus recurrat, ideoque nec reſcriptum ſeu conceſſio principis illis acquirendis prodeſt, utpote contra utilitatem publicam. *l.* 2. *C. de navibus non excuſandis. l. ult. C. de diverſis reſcriptis.* nec longi temporis præſcriptio, quæ juri publico vel privato Principis nocere non poteſt. *l. præſcriptio* 5. *C. de operibus pub. l. uſus* 5. *C. de fundis rei privatæ.* diverſum eſt, ſi non publici fontes ſed uſus aquæ eorum intra quantitatem modumque certum longi temporis poſſeſſione uſurpatus ſit, quia quamvis regulariter publica aqua nec ſervitutis jus admittat nec præſcriptionis. *l.* 3. *§. ult. ff. de ſervitutib. præd. ruſticor. l. venditor* 13. *ff. communia prædiorum. d. l. uſucapionem* 9. *ff. de uſucapionibus.* licebit tamen, ſi nec Reipublicæ nimis præjudicetur, & initio præſcriptionis intervenerit, conceſſio Principis ſive licentia, de qua nominatim accipienda eſt *lex uſum* 4. *C. de aquæductu.* ut interpretatur Cujac. *ibi.* & in *d. l. diligenter* 9.

§. XX. Ex ſuperioribus, ut parce paucisque dicam quæ plenius poſſem, non in obſcuro ratio eſt, ob quam pro ſervitutibus urbanis, ruſticis, & perſonalibus Publiciana actio competit. *l. ſi ego* 11. *§.* 1. *ff. de Publiciana.* nimirum ideo, quia quamvis poſt legem Scriboniam uſucapi non poſſint, & Publiciana actio locum non habeat in iis rebus, quæ uſucapi non poſſunt, ſi nec præſcriptionem admittant, veluti res furtivæ. *l. ſive* 9. *§. hæc actio ff. de Publiciana.* poſſunt tamen acquiri ſervitutes longi temporis præſcriptione, quod ſatis eſt, ut Publiciana detur. *l. cum ſponſus* 12. *§. in vectigalibus ff. de Publiciana.* docent laudati ſupra §. 14. & magno aſſenſu omnes recentiores interpretes, quos non moramur.

§. XXI. Difficiliores explicatus habet, quod colligitur ex *l. quinque* 5. *C. finium regundorum.* in acquirenda ſervitute itineris quinque pedum ſubmovendam eſſe præſcriptionem longi temporis, quapropter meminiſſe oportebit ad exemplum legis Solonis, cujus mentio in *l. ult. ff. finium regundorum.*

rum. cui jungendus Brodæus *lib.* 10. *Miſcellaneorum cap.* 8. cautum fuiſſe Lege XII. Tabb. ut inter prædia vicina finibus ſeu limitibus conſtitutis ſpatium latitudinis quinque pedum relinqueretur, ut eo ſpatio uterque dominus ire agere, & ad culturas accedere, & aratrum circumducere poſſet, ideoque id ſpatium tanquam communi uſui neceſſarium uſucapi Lex XII. Tabb. prohibuit, & poſtea Lex Mamilia, ut ex Aggeno Urbico, & Cicerone *lib.* 1. *de legibus.* obſervavimus ſupra §. 4. & 11. unde etiam cautum eſt, ut nec præſcriptio longi temporis, quæ ad obtinenda loca, quorum publicus uſus eſt, proficere non ſolet. *l. ult. ff. de uſucapionibus. l. præſcriptio* 5. *C. de operib. publ.* obſtet, quo minus libere peragatur controverſia, ſi quæ ſit de fine ſive limite quinque pedum, aut de loco, qui ultra quinque pedes eſt in confinio vel medio agri, & ad quam partem pertineat quæritur. *l. penult. C. Theod. finium regundorum.* ex qua ſumpta & inde explicanda eſt *d. l. quinque* 5. *in C. Juſtinianeo.* ut ſenſus ſit, iter, ſpatium ſeu limitem quinque pedum, ut pote publicum acquiri non poſſe præſcriptione longi temporis, eaque ceſſante litem de fine aut loco libere peragi, niſi præſcriptio ſit 30. annorum, ut exprimitur in *l. ult. C. finium regundorum.* Cæterum non negatur ſervitutem privati itineris per fundum alienum acquiri poſſe præſcriptione longi temporis, ut aperte diſtinguit Aggenus Urbicus *ubi ſupra.* explicant ſic & illuſtrant poſt Alciatum in *libello de quinque pedum præſcriptione.* Antonius Auguſtinus *de legibus cap.* 20. in *duodecim tabulas pag. mihi* 167. Cujac. in *præſenti*, & in *paratitl. C. finium regundorum.* & *lib.* 10. *obſervat. cap.* 2. Pacius in *methodicis ad tit. C. finium regundorum num.* 14. Faber *de errorib. pragmaticor. part.* 4. *decade* 94. *errore* 5. Petrus Gregorius *lib.* 39. *Syntagmatum cap.* 13. *num.* 15. Pichardus in §. *quædam* 20. *num.* 39. *inſt. de actionibus.* quamvis aliter antiquiores in *d. l. quinque* 5. aliter Panciroſlus *lib.* 2. *theſaur. variarum cap.* 197. ubi multa de Petro Baylardo, qui cum ſanum ex quacunque littera ſenſum polliceretur, illius tamen ſe neſcire confeſſus eſt teſte Accurſio in *d. l. quinque* 5.

§. XXII. Sed hæc nota & notata aliis, illud in hoc tractatu non item, quod Pomponius ſcribit *lib.* 33. *ad Sabinum* in *l. ſed ſi inter* 26. *ff. de ſervitutib. urbanor. præd.* nempe ſi ego & tu communes ædes habeamus, & ego ſolus alias ædes vicinas, & ex communibus in proprias meas aliquid non jure immittatur, poſſe me tecum agere actione negatoria, & intendere jus tibi non eſſe in meas ædes immittendi, ut Pomponius idem eodem *libro* affirmat in *l. ſi cum meus* 14. §. 1. *ff. ſi ſervitus vindicetur.* quia quod attinet ad hanc actionem, quamvis communes ædes habeamus, non habemur loco unius perſonæ, id enim ſi eſſet, neuter cum altero negatoria agere poſſet, eveniretque, ut quamdiu ille, in cujus proprias ædes immiſſum eſt, partem quam in communibus habet non vendit, libertatem ædium amitteret, & alter ſervitutem immittendi acquireret præſcriptione longi temporis, ad quam reſpiciunt in *d. l. ſed ſi inter* 26. verba illa: *aut rem perdere*, quæ ſic accipiunt poſt Accurſium *ibi.* Bart. Caſtrenſ. Albericus, & Cujacius, quamvis aliter poſt Fulgoſium Faber *ibidem* in *Rational.* diverſum autem eſt in actione finium regundorum, nempe ſi communem fundum habeamus, & ego ſolus alium fundum vicinum, de cujus finibus cum communi confuſis agere velim, ut dividantur & diſtinguantur, id enim inter nos non licet, quia cum fines ipſi ſeu limites quinque pedum, quamvis diutino tempore confuſi maneant, non poſſint ab altero ſocio uſucapione acquiri, aut præſcriptione. *d. l. quinque* 5. *C. finium regundorum.* nullum rei perdendæ periculum obſtat, quominus ſicut unus fundus communis inter nos eſt, ita & unius loco habeamur, & ideo adverſarii eſſe non poſſumus in actione finium regundorum. *l.* 4. §. *ſi communem ff. finium regundorum.* ubi Pomponius, cujus Paulus meminit, differentiam hanc inter illam actionem & actionem de ſervitute non obſcure inſinuavit ibi in hac actione, ut animadvertit qui multa Cujac. *lib.* 22. *obſervat. cap.* 38. plane quemadmodum in *d. l. ſed ſi inter* 26. ab uno ex dominis ædium communium ſervitus tempore acquiri poſſit, quæ pro parte nunquam acquiritur. *l. una* 18. *ff. de ſervitutib. præd. ruſticor. l. nam ſatis* 6. §. 1. *verſ. ſi vero ff. quemadm. ſervitut. amittantur.* alia & aliena quæſtio eſt a re præſenti, de qua poſt antiquiores videat, cui vacat, noſtrum Valentiam *illuſtrium lib.* 2. *tractatu* 4. *cap.* 7. *num.* 26.

§. XXIII. Hæc proprio ſuoque jure diſputatio Pauli in *præſenti* de uſucapione ſervitutum deſiderabat. Conjungamus tamen & aliam connexam potius ſuperioribus, quam cohærentem de rebus neceſſariis ad ſervitutes tempore acquirendas: in primis autem illud ſtatuo, in præſcriptione ſervitutum titulum neceſſarium non eſſe, ut apparet ex *l. ſi quis diuturno num.* 10. *ff. ſi ſervitus vindicetur. l.* 1. §. *ult.* & *l. ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. l. apparet* 5. §. *ſi quis ff. de itinere actuque privato.* quarum argumento ita docent communiter poſt Accurſianos in *d. l. ſi quis diuturno* 10. Padilla, Covarruvias, & alii laudati a Morla in *emporio part.* 1. *tit.* 6. *quæſtione* 4. *num.* 35. Donellus *lib.* 11. *comment. cap.* 12. ubi Hilligerus *litera B.* Schifordegherus *ad Fabrum lib.* 1. *tractatu* 6. *per totum.* idque in praxi receptum & apud nos omnino certum eſt ex *l.* 15. *tit.* 31. *Partita* 3. nec ad rem pertinet exemplum corporalium rerum, quarum uſucapio aut præſcriptio ſine juſto titulo nulla eſt. *l. nullo* 24. *C. de rei vind. l. ult. C. de uſucapione pro herede. l. diutina* 4. *l. penult. C. de præſcriptione longi temporis.* quippe aſſertæ differentiæ inter ſervitutes corporaleſque res vera ratio, ut alias omittam, quas refert & repellit Faber *lib.* 19. *conjecturarum cap.* 10. Schifordegherus *d. tractatu* 6. *quæſtione* 1. ex eo pendet, quod in quaſi poſſeſſione ad præſcriptionem ſervitutis neceſſaria exigimus, ut uſurpata ſit non vi, non clam, non precario. *d. l. ſi quis diuturno* 10. *d. l.* 1. §. *ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. l.* 1. §. *hoc interdicto* 2. *ff. de itinere actuque privato.* hoc eſt, cum quis ſuo jure ſe uti exiſtimaret. *l. ult. ff. quemadm. ſervitut. amitt. l. ult. ff. de itinere actuque privato.* & quod idem eſt, ſciente patienteque adverſario. *l. ſi ego* 11. §. 1. *ff. de Publiciana. l.* 3. *ff. de uſufructu. l. quoties* 15. §. *ult. hoc tit. l.* 1. *in fine ff. de ſervitutib. præd. ruſticor. l.* 2. *C. hoc tit. l. ſi a te* 16. *ff. ſi ſervitus vindicetur. d. l.* 15. ubi Gregorius *gloſſ.* 3. *tit.* 31. *Partita* 3. docent & proſequuntur præter laudatos *ubi proxime.* & ad præſcriptionem juriſdictionis & aliorum jurium incorporalium extendunt Menochius *de arbitrar. caſu* 161. Gutierrez *lib.* 1. *practic. quæſtione* 85. unde fit, ut jure impoſita ſervitus exiſtimetur, & pro titulo habeatur ſcientia patientiaque domini, quem veriſimile non eſt, tamdiu paſſurum alium per ſuum fundum jure ſervitutis uti, niſi eam impoſitam vellet, *arg. l. qui in aliena* 6. §. 1. *ff. de acq. hered.*

§. XXIV. Fortius ſane adverſatur huic traditioni, quod conſtitutum eſt in *l. ult. in fine C. de præſcriptione longi temporis.* ſcilicet præſcriptionem longi temporis eodem jure obſervari in rebus corporalibus & incorporalibus, veluti uſufructu & cæteris ſervitutibus, ſi modo *bono initio*, hoc eſt, titulo juſto poſſeſſio teneatur, nulla ſcientia vel ignorantia exſpectanda illius, cui præſcriptio nocet. Quo præcipue argumento moti non pauci exiſtimant, in præſcriptione ſervitutum titulum requiri, ut poſt Fulgoſium in *d. l. ſi quis diuturno* 10. *num.* 3. Duarenus *ibidem.* & *lib.* 1. *diſput. cap.* 34. Ræverdus, Hotmanus, & Coraſius, quos refert Morla *d. tit.* 6. *quæſtione* 4. *num.* 35. Schifordegherus *d. tractatu* 6. *in fine principii.* quemadmodum eodem fere fundamento in quaſi poſſeſſione ſervitutis ad præſcriptionem nec ſcientiam nec patientiam domini deſiderari contendunt Longovallius in *l. imperium num.* 260. *ff. de juriſdictione.* Cujac. in *l.* 4. §. *ult ff. de uſucap.*

uſucap. Rævardus ad *l. Scriboniam cap.* 8. Fachinæus *lib* 8. *controverſ. cap.* 22. ſingulis tamen ſatisfacere non eſt difficile, ſi obſervetur tractari in *d. l. ult.* de rebus corporalibus aut ſervitutibus acquirendis longi temporis præſcriptione ab eo, qui *bono initio* poſſeſſionem tenere cœpit, ut ibi Juſtin. loquitur, hoc eſt, titulo juſto, quo interveniente veriſſimum eſt, ſcientiam patientiamve domini neceſſariam non eſſe, ſicut ex diverſo, quoties ſine titulo quis jure ſervitutis tanquam debito uti cœpit, ſcientia patientiaque domini deſideratur, ut vicem tituli ſortiatur. Ad utrumque autem præſcriptionis caſum referenda ſunt in *l. ſi ego* 11. §. 1. *ff. de Publiciana.* verba illa *per traditionem conſtitutis vel per patientiam.* conſtituitur enim ſervitus per traditionem; quoties ejus præſcriptio cœpit cum titulo habito a non domino, per patientiam vero, cum ſine titulo ſola patientia veri domini, eoque ſenſu ſubjungitur in *d. l. ſi ego* 11. §. 1. exemplum veri domini, qui per domum ſuam paſſus eſt aquæductum transduci. Hæc autem eſt propria magis & genuina ejus loci expoſitio, quam interim mittere nos teſtati ſumus ſupra in *l* 2 *hoc tit* §. 2. docent ſic & declarant Caſtrenſis in *præſenti num.* 9. *verſ. quarto quæritur.* Gomezius, Covar. & alii, quos cumulat Caſtillo *de uſufr. cap.* 68. *num.* 17. Faber *lib.* 19. *conjecturar. cap.* 10. Schifordegherus *d. tractatu* 6. *quæſtione* 6. ubi & aliis contrariæ opinionis argumentis reſpondet.

§. XXV. Præterea obſervandum eſt, in præſcriptione ſervitutum bonam fidem deſiderari. *l.* 2. *C. hoc tit. l. ult. C. de præſcriptione longi temporis. l. ult. ff. de itinere actuque privato. l. ult ff. quemadm. ſervitut. amittantur* idque adeo certum eſt, ut quamvis in rebus corporalibus mala fides ſuperveniens uſucapionem recte inchoatam non interrumpat jure civili. *l. bonæ fidei* 48 §. *in contrarium ff. de acq rerum dominio. l. unica C. de uſucapione transformanda.* in ſervitutibus bona fides per tempus præſcriptionis continuata ſit neceſſaria, ut *arg. d. l.* 2. cum ſimilibus docet Joh. Faber in § *æque ſi agat num.* 24. *inſt. de action.* Ant. Faber *lib.* 19. *conjecturar. cap.* 10. & in praxi receptum teſtatur Padilla in *l.* 1. *num.* 31. *C. hoc tit.* quibus accedit, ut quamvis in præſcriptione vel uſucapione rerum corporalium bona fides præſumatur. *l. penult.* ubi DD. *C. de evictionibus.* in ſervitutibus tamen non item, niſi probetur, ut affirmant poſt Accurſium & Bart. in *l.* 1. *num.* 2. *ff. de itinere actuque privato.* cum multis Maſcardus *de probationib. concl.* 1220. *num.* 25. utriusque differentiæ ratio ex eo, quoniam ſervitutum præſcriptio odioſa magis, ſavorabilis minus eſt, ut pote libertati contraria & præſumptioni juris, per quam res quælibet libera exiſtimatur, niſi contra probetur. *l. cum eo* 9. *ff. de ſervitutib. præd. urbanor. l. altius* 8. *C. hoc tit.*

§. XXVI. Tandem pro auctario & quaſi complemento noſtræ commentationis explicandus eſt nobilis Pomponii locus in *l.* 3. §. *ductus aquæ ff. de aqua quotidiana:* ubi ad præſcriptionem ſervitutis aquæductus tempus exigitur, cujus origo memoriam excedat, eoque concurrente adeo pro conſtituta ſervitus habetur, ut neque ſcientia patientiave domini requiratur, quorum utrumque iis, quæ huc usque tradidimus, valde repugnat, ſed omiſſis Accurſii *ibidem* interpretationibus, quarum ſecundam ſequitur & probat Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 12. *num.* 17. Menochius *de retinend. remedio* 6. *num.* 27 Fachinæus *lib.* 8. *controverſ. cap.* 22. inſectatur & improbat Rævardus in *Triboniano num.* 9. Faber *lib.* 19. *conjectur. cap.* 10. Morla *d quæſtione* 4. *num.* 15. omiſſa & alia diſtinctione inter continuas ſervitutes & diſcontinuas, quam retulimus & refutavimus ſupra §. 6. & 7. rejectis denique aliis congeſtis a Covarruvia in *regula poſſeſſor part.* 2. *in princ. num.* 6. & *lib.* 1. *var. cap.* 17. *num.* 11. Padilla in *l.* 2. *num.* 61. *C. hoc tit.* reſpondendum eſt, non negari a Pomponio in *d* §. *ductus aquæ.* quin ſervitus aquæ ducendæ præſcriptione longi temporis decem vel viginti annorum poſſit acquiri, ſed affirmari duntaxat, ſervitutem tempore immemoriali quaſi poſſeſſam jure conſtituti loco haberi, cujus ſententiæ effectus longe diverſus eſt, quippe ille, qui ordinarii temporis præſcriptione ſe tuetur, probare debet ſervitutis quaſi poſſeſſionem nec vi nec clam nec precario continuatam domino ſciente & patiente. *d. l. ſi quis diuturno* 10. *l.* 2. *C. hoc tit.* at ſi immemorialis temporis præſcriptio ſit, nihil præter uſum ſervitutis tanto tempore continuatum probare neceſſe eſt, quia immemorialis ſpatii transcurſus efficit, ut jure conſtituta ſive impoſita ab initio ſervitus videatur. *l.* 1. §. *ult. l.* 2. & *l. ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. l. apparet* 5. §. *ſi quis ff. de itinere actuque privato.* & ut titulus vel ſcientia patientiaque domini præſumatur. *l. ſi certis annis* 28. ubi DD. *C. de pactis. l. cum de in rem verſo* 9. *ff. de uſuris.* explicant ſic poſt Accurſium Cujac. in *præſenti*, & in *d. l.* 4. §. *ult. ff. de uſucap.* Morla *d. quæſtione* 4. *num.* 16. Donellus *lib.* 11. *comment. cap.* 11. ubi Hilligerus *litera M.* Schifordegherus *ad Fabrum lib.* 1. *tractatu* 5. *quæſtione* 1.

F I N I S.

INDEX CAPITUM.

PARS PRIMA.

Ad Rubricam & Legem 1. D. de Servitutibus.

Cap. I. *De Nomine Servitutum.* - - 43. a.
Cap. II. *De Servitutum Diviſione, & Differentiis inter reales & perſonales.* - - 44. a.
Cap. III. *De Servitutum Definitione.* - - 50. a.

PARS SECUNDA.

Cap. I. *Ad l.* 2. & 3. *l. certam* 6. *l. ut pomum* 8. §. *ult. l. pro parte* 11. *l. non dubito* 12. *l. ſervitutes* 14. §. 1. *l. viæ* 17. *de ſervit.* - - - - 53. a.
Cap. II. *Ad nobiliſſimam legem ſervitutes* 14. *de ſervit.* - - - - 62. b.

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

AD

NOBILISSIMAM

LEGEM FRATER A FRATRE

XXXVIII. D. DE CONDICTIONE INDEBITI.

BREVES ET DILUCIDÆ RECITATIONES.

§. I. DAMNARUNT me Academicæ Conſtitutiones voti, cujus jam pridem reus factus, explicandæ nimium nobiliſſimæ hujus Africani quæſtionis, qua nulla in jure noſtro illuſtrior, obſcurior nulla: nec immerito Bart. re, & fama difficilem appellat, ſi aliam in toto corpore juris; quamvis, ut vere & belle Cujac. *tractatu* 8. *ad African.* in *præſenti*, interpretes, quibus erat hæc lex difficilis, confuſa & perturbata diſciplinæ ratione eam fecerint difficiliorem. Nos ut, omiſſis multis ex vulgari fæce & farragine, Africani quæſtionem propria dote, & concinna magis, quam longa veſte adornemus, ſingillatim contextum perluſtrabimus dilucidis rationibus, quæ nec ad commentarii longitudinem accedant, & excedant tamen brevitatem paraphraſis.

Ergo, ut cum Africano incipiamus, duo fratres, Titius puta & Sempronius, in ejusdem patris poteſtate erant, alter alteri dedit pecuniam mutuam, Titius Sempronio centum; & cum poſtea communis utriusque pater vita defunctus eſſet, Sempronius, idemque frater debitor Titio, fratrique creditori centum, quæ mutua acceperat, ſolvit.

Hæc ſpecies, ſtatusque totius controverſiæ, in qua antequam progrediamur, quædam ſunt attingenda. Primum eſt, mutuum hoc inter fratres, eosdemque filiosfamilias irritum omnino videri ex SCto Macedoniano, quo prohibetur mutuæ pecuniæ datio in perſona filiifamilias. *l.* 1. & paſſim *ff. de SCto Maced.* §. *illud inſtit. quod cum eo.* & quamvis SCto Macedoniano mutuum ipſum non infirmetur, datur tamen exceptio filiofamilias contra creditorem, cui filius ipſe naturaliter ex mutuo obligatus ſemper manet, quod ſatis eſt, ut, quod ex ea cauſſa ſolvit, repetere non poſſit. *l. ſi non ſortem* 26. §. *filiusfam. l. qui exceptionem* 40. *ff. hoc tit. l. ſed ſi paterfam.* 9. §. *ult. cum l. ſeq. ff. de SCto Maced. l. ſi filiusfam.* 14. *in fine ff. de reb. cred.* & tamen Africanus noſter contra utrumque ſupponit, & mutuum inter duos fratres valuiſſe, & fratrem, qui poſt mortem patris ſolvit, repetere poſſe, pro qua parte patri heres exſtitit.

§. II. Sed omiſſis in hac difficultate ſubanditionibus Accurſii in *præſenti gloſſ.* 2. Alberici *verſic. item oppono num.* 6. breviter, nec laborioſe reſpondebimus, ſi dicamus, ideo mutuum inter duos fratres conſtitiſſe, quia Macedoniano SCto mutui contractus non omnino impeditur, ſed effectus exactionis infringitur, vel denegata actione creditori, ſi ab initio controverſiæ liqueat, eum contra SCtum credidiſſe, juxta verba ejusdem ſic accipienda in *l.* 1. *in fine ff. de SCto Maced.* juncta *l. ait Prætor* 7. *l. nam poſtea* 9. *ff. de jurejur.* vel conceſſa filiofamilias exceptione contra actionem creditoris, ſi in ea impetranda non ſatis liqueat, an contra SCtum pecunia data ſit. *l. item ſi* 7. §. *quamquam. l. tamen* 11. *l. penult. ff. de SCto Maced. l.* 1. *C. eod. tit. d. l. qui exceptionem* 40. *hoc tit.* docet ſic & diſtinguit Donellus *lib.* 12. *comment. cap.* 26. quamvis aliter Caſtrenſis in *l.* 1. *num.* 3. *ff. de SCto Maced.* Albericus in *l. ita ex contractibus* 52. *num.* 2. *ff. de judiciis.* Fulgoſius in *l. ait Prætor* 7. *ff. de jurejur.* & poſt Duarenum, & alios Hilligerus ad Donell. *d. lib.* 12. *cap.* 30. *litt. A.* unde, cum ex mutuo inter fratres nulla civilis actio, vel obligatio naſci potuerit, ſed ſola naturalis, ut inſinuat Africanus ibi: *naturalem enim obligationem, quæ fuiſſet*, ubi dicemus. non potuit etiam ad id mutuum pertinere SCtum Macedonianum, cum effectum duntaxat civilis repetitionis reſpiciat, quæ ex naturali obligatione non naſcitur. *l.* 1. §. *id quod natura ff. ad l. Falcid. l. ſi pupillus* 127. *ff. de verb. oblig. l. ſi is cui* 94. §. *Fabius ff. de ſolut. l. cum illud* 25. §. 1. *ff. quando dies leg. ced.* Plane, quod Africanus repetitionem fratri tribuit pecuniæ poſt mortem patris ſolutæ, non ſit propter vim exceptionis SCti Macedoniani, quæ in hac ſpecie, ut diximus, non fuit neceſſaria, & ex qua, ut pote odioſa, repetitio ſoluti concedi non ſolet. *l. doli* 19. *ff. de novat. d. l. qui exceptionem* 40. *hoc tit. d. l. ſed ſi paterfam.* §. *ult.* ſed ex eo, quia cum frater debitor patri, cui fratris creditoris obligatio jure poteſtatis quæſita erat, pro parte heres exſtiterit, obligatio pro illa parte ſublata eſt jure confuſionis, de quo poſtea opportunius.

§. III. Secundo in eadem ſpecie mutuum inter fratres nullius momenti fuiſſe, probari ex eo videtur, quod

Digitized by Google

quod per manus traditum eſt, mutuum ex eo appellatum, quod ex meo tuum fiat, nec aliter vel contrahi, vel conſummari, quam ſi, qui dedit, dominus fuerit pecuniæ mutuæ, & ipſam accipientis fecerit. *l. 2. §. appellata cum ſeq. l. ſi a furioſo* 12. *cum ſeq. ff. de reb. cred. l. ſi quis pro eo* 50. *§. ſi numos ff. de fidejuſſor. princ. inſt. quib. mod. re contrah. obl.* At frater, qui pecuniam mutuam dedit, nec ipſe dominus ejus fuit, nec fratris accipientis facere potuit. Uterque enim tanquam filiusfam. nihil proprium habere potuit, & omnia ſtatim patri acquiruntur. *l. placet* 79. *ff. de acquir. her. l.* 1. *ff. ſi quis a par. man. fuer.* & acquiſitio pecuniæ fratri traditæ, quæ in perſona ejus nec momento exiſtit, nullius poteſt eſſe momenti. *l. qui ſic* 55. *ff. de ſolut. l. ult. §. ult. C. de bon. quæ lib.* præſertim cum filiusfam. quamvis liberam habeat peculii adminiſtrationem, mutuari tamen alii filiofam. non poſſit, quia gerere ei conceditur, non perdere. *l.* 3. *§. proinde verſ. quemadmodum ff. de SCto Maced. l. contra* 28 *§. ult. ff. de pactis. l. filiusfam.* 7. *ff. de donat.* quibus difficultatibus expediendis multa comminiſcuntur interpretes, ut poſt Caſtrenſem & alios Jaſon in *præſenti num.* 5. *& ſeqq.* Hillig. ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 19. *litt. A. concluſ.* 11. reſponderi ſcilicet ſolet, filiumfam. qui mutuum dedit, peculium habuiſſe, ex eoque recte pecuniæ creditæ dominium transferre potuiſſe. *l. qui peculii* 46. *l. libera* 48. *in fine ff. de peculio. l. rogaſti* 11. *§. ſi fugitivus ff. de reb. cred.* docet poſt Accurſ. in *præſenti.* Pich. in *princ. inſt. quib. mod. re contr. obl.* quæ tamen expoſitio, ut paucis dicam, vel ex eo aperte convincitur, quia commentitium eſt affirmare, peculium habuiſſe fratrem, qui mutuum dedit, in ſpecie Africani; id enim ille non exprimit, & duntaxat proponit fratrem debitorem habuiſſe peculium, & ſi uterque frater habuiſſet, uterque etiam in commune deduceret poſt mortem patris. *l. certum* 13. *C. fam. ercilſc. l. filiæ* 12. *C. de collat.* Proinde, cum uterque frater commixtione hereditatis & peculiorum partem peculii alterius conſequeretur, nulla ratio juris aut æquitatis ſuaderet, concedendam eſſe fratri repetitionem pecuniæ poſt mortem patris ſolutæ, pro qua patre ſcilicet frater creditor partem peculii ipſius occopavit, cum & ipſe debitor frater æqualem partem in peculio fratris creditoris ſit conſecutus, quod Africani verbis contrarium eſt.

§. IV. Quare dicendum potius eſt, apud Africanum mutuum inter duos fratres conſiſtere potuiſſe, ſi ponamus, pecuniam creditam donatam fuiſſe fratri ab extraneo ex conditione, ut fratri mutuam daret, quo caſu a donatore ad fratrem debitorem profecta intelligitur, nec unquam antea patri acquiſita. *l. ſed ſi paterfam.* 9. *§.* 1. *ff. de SCto Maced.* nec tamen ideo mutuum inter donantem, & fratrem debitorem contrahitur, ſed inter duos fratres, quia cum nomine fratris creditoris data pecunia ſit, etiam numerata ab ipſo donatore, non ei, ſed fratri adquiratur mutui obligatio. *l. certi condictio* 9. *§. ſi numes ff. de rebus creditis.* Nec ad rem magis pertinet, quod ſcriptum eſt in *d. l.* 3. *§. proinde verſic. quemadmodum ff. de SCto Maced.* ubi ideo mutuum inter duos filiosfam. non conſiſtit, quia, ſi conſiſteret, juvaretur ille qui accepit, exceptione SCti Macedoniani contra filiumfam. qui mutuum dederat, & conſequenter iſte perdidiſſe potius, quam crediſſe pecuniam videretur, quod ei conceſſum non eſt, etiamſi liberam peculii adminiſtrationem habeat. *d. l. contra* 28. *§. ult. ff. de pactis. l. filiusfam.* 7. *ff. de donat.* idque in quæſtione noſtra diverſum eſt, in qua frater, qui credidit, nihil ex peculio, aut patrimonio patris diminuit, aut perdit, cum ei pecunia ab extraneo donata ſit ex conditione, ut cum Cujac. & aliis in *præſenti* ſupponimus, & ſuppoſuit certe Africanus, quamvis ad principalem quæſtionem properans ſpecialiter hæc expreſſerit.

§. V. Aperuimus, qua ratione ex perſona fratris creditoris dominium transferri, & conſiſtere mutuum potuerit, manet adhuc difficile, quemadmodum conſtiterit ex perſona fratris, qui accepit, penes quem nec momento manſit dominium, & conſequenter nullius momenti fuit mutuum *arg. d. l. qui ſic* 55. *ff. de ſolut. l. ult. §. ult. C. de bonis quæ liberis.* ſed omiſſis ſolutionibus antiquorum, quas refert & refellit Coraſius in *præſenti part.* 2. *num.* 9. & aliis *d. l. qui ſic de ſolut.* quarum meminit poſt alios Sanchez *de matrimon. lib.* 1. *diſp.* 35. *num.* 14. dicendum eſt, traditionem *dict. l. qui ſic* 55. accipiendam eſſe de eo caſu, quo dominium ab uno ſemel tranſlatum confeſtim ad eundem revertitur, quoniam ex conditione expreſſa datum eſt, ut ſtatim reciperetur, vel etiam quoties momentanea illa acquiſitio nullum juris effectum aut rei emolumentum ſortitur; Cæterum, ſi ſortiatur, non inutilis, aut inanis cenſebitur momentanea acquiſitio, ut in *l. ſi tibi* 20. *ff. de rebus creditis. l. ſervus dotalis* 58. *ff. ſoluto matrim.* utrumque autem eveniet in ſpecie noſtra, quia, quamvis pecunia fratri credita confeſtim patri acquiratur, dici tamen non poteſt, uno momento ad eum reverti, a quo data erat, quia nec a patre, nec a fratre creditore data eſt, ſed ab extraneo, a quo tametſi fratris nomine ad fratrem debitorem perveniſſe intelligitur, nunquam patris effecta. *d. l. ſed ſi paterfam.* 9. *§.* 1. *ff. de SCto Maced.* de cujus conciliatione cum *l. ſi filiusfam.* 14. *de rebus creditis.* videndi poſt Claſſicos Cujac. *lib.* 14. *obſervat. cap.* 31. Connanus *lib.* 7. *comm. cap.* 2. *num.* 10. Donellus *lib.* 12. *comment. cap.* 28. *in fine.* & in *dict. l. ſi filiusfam.* Pacius *cent.* 3. *quæſt.* 65. Merillius *lib.* 1. *obſervat. cap.* 28. ſed neque momentanea illa acquiſitio pecuniæ fratri debitori creditæ omnino ſine effectu eſt, quia quamvis nec momento in ejus perſona conſiſtat, & confeſtim patri acquiratur. *d. l. placet* 79. *ff. de acquir. hered.* juris tamen intellectu, quamdiu peculium fratri conceſſum durat, pecunia etiam credita in ipſius peculio permanet, quia non tantum peculii eſt, quod pater, dominusve ſervo, aut filio conceſſit, ſed & ſi quid ex cauſſa peculii poſtea eiſdem quæſitum. *l. quam Tuberonis* 7. *§. ult. l. non ſolum* 49. *ff. de peculio.*

§. VI. Pergamus jam cum Africano, qui in ſpecie propoſita quæſitum, ſeu dubitatum eſſe ſignificat, an frater, qui poſt mortem patris ſolvit, repetere poſſit, quod ſolvit? dubitatum autem, ut breviter hoc adnotemus, ponit de eo duntaxat, quod poſt mortem patris ſolutum eſt; & quidem merito, quia ſi vivente patre frater debitor fratri creditori ſolviſſet, dubitari non poterit, quin ex ea cauſſa ſolutum repeti non poſſet; cum obligatio activa ſit fratris creditoris, & paſſiva fratris debitoris, nondum ſublatæ eſſent confuſione, aut communicatione peculii, quam Africanus poſt mortem patris eveniſſe fingit, ut animadvertit poſt alios Donellus *lib.* 14. *comm. cap.* 19. idemque juris eſſet, ſi poſt mortem patris ante aditam tamen ejus hereditatem frater fratri ſolviſſet; repeti enim non poteſt ex iiſdem rationibus, ut ſentiunt Joannes & Hugolinus veteres gloſſographi apud Accurſium in *præſenti verbo poſt mortem*, quamvis in contrariam ſententiam inclinet Accurſius. Hæc tamen diſputatio aliena omnino eſt ab Africani mente, apud quem frater uterque in poteſtate ejuſdem patris fuiſſe proponitur, & conſequenter uterque ſuus heres. *§. ſui inſtit. de hered. qual. & differ. §. ſui inſtit. de hered. quæ ab int. def.* In ſuis autem heredibus aditio otioſa eſſet, aut vitioſa, quia poſt mortem patris ipſo jure heredes exiſtunt, & apparent. *l. in ſuis* 11. *de liberis & poſt. l. in ſuis* 14. *ff. de ſuis & legitimis hered.* Proinde frater, qui poſt mortem patris ſolvit, quamvis nondum hereditate ejus adita, ſolviſſe tamen intelligitur, poſtquam patri heres exſtitit, & conſequenter eo tempore, quo obligatio ſublata eſt, confuſione contingente per ſucceſſionem, & exiſtentiam ſui heredis, etiamſi nondum ſit immixtio ſecuta. *arg. l. ſi filius* 12. *ff. de* vul-

Digitized by Google

vulgari & pup. ſubſt. & aperte inſinuat Africanus noſter, ut agnoſcunt Fulgoſius in *præſenti num.* 1. Cujacius *tract.* 9. *ad African.* quidquid contra cum communi tendat, & contendat Jaſo in *præſenti num.* 41.

§. VII. Plane in quæſtione noſtra apud Africanum dubitandi ratio ex eo naſcitur, quod ipſe proponit in *verſic. pro ea vero.* nempe ex mutuo inter fratres ortam fuiſſe naturalem obligationem, hoc eſt, vinculum æquitatis, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ ſecundum bonam fidem & conſenſum, quæ duæ cauſſæ ſunt, & velut vincula naturalis debiti. *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut. l.* 1. *ff. de pactis. l.* 1. *ff. de conſtit. pecun. l. cum amplius* 84. §. *is natura ff. de reg. juris.* nam quamvis inter patrem, & filiumfam. vel etiam inter fratres ejuſdem patris poteſtati ſubjectos civilis obligatio contrahi non poſſit. *l. actiones* 7. *ff. de oblig. & act. l. lis nulla* ubi DD. *ff. de judiciis.* juncta *l. ſi pupilli* 6. §. *ult. ff. de negotiis geſtis*; quoniam patriæ poteſtatis jure, & fictione civili unius ejuſdemque perſonæ vice funguntur. *l. ult. C. de impub. l. cum ſcimus* 22. §. *illud C de agricolis & cenſitis. l. Imperator* 50. *ff. ad SCtum Treb.* naturalis tamen obligatio inter patrem, & filium, vel inter fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, poteſt conſiſtere, ut Africanus noſter ſæpius docet in *præſenti.* ibi: *nam manere naturalem obligationem*, & in §. 2. *nam hic quoque manere naturalem obligationem.* idque ex eo, quia naturalis obligatio ex facto, & veritate naturæ potius, quam ex civili jure, aut fictione æſtimatur. *l. nec ſervus* 41. *ff. de peculio. l. fidejuſſor* 16. § *fidejuſſor ff. de fidejuſſoribus.* pendet tamen tota ex conſenſu, qui facti eſt, quia facto ipſo intervenire debet. *l. conſilio* 7. §. *ult. ff. de curat. furioſ.* & ex æquitate fidei ſervandæ, quæ quia plerumque jure civili non adjuvatur, ut actionem pariat, ad fratrem refertur. *l. ſi unus* 27. §. *pactus ff. de pactis.* Proinde cum inſpecta veritate naturæ diverſæ omnino ſint, & diſtinctæ perſonæ patris & filii, & in eorum contractibus conſenſus adſit ſimul cum æquitate fidei ſervandæ. *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de conſtit. pecun.* civilis fictio identitatis perſonarum naturæ veritatem conſumere non poteſt. *l. eas* 8. *ff. de cap. minut. l. filio* 23. *ff. de lib. & poſt.* §. *ult. inſtit. de legit. agnat. tut,* nec rem facti, qualis eſt naturalis obligatio, impedire. *l. in bello* 12. §. *facti ff. de capt. l. denique* 15. *ff. ex quibus cauſ. maj.* Naſcitur ergo naturalis obligatio ex mutuo inter fratres, quamvis & ipſi, quamdiu in ejuſdem patris poteſtate ſunt, unius perſonæ vice fungantur, & fingantur jure civili. *l. non ſolum* 67. §. *ſed ſi filiusfam. ff. de rita nuptiar.* docent ſic, & conſiderant poſt Bart. in *præſenti num.* 11. Caſtrenſem *num.* 7. Jaſonem *num.* 1. & 2. Cujac. *tract.* 8. *ad Afric. in princ.* Faber in *Rational.* in *præſenti*, & *lib.* 20. *conject. cap. ult.* & in *juriſprud. Papin. tit.* 8. *princ.* 7. *illat.* 6. & *ſeq.* Schiford. *ad Fabrum tract.* 8. *quæſt.* 4. Donell. *lib.* 12. *comm. cap.* 23. *concluſ.* 13. & *ſeq.* etſi aliter poſt Accurſ. in *princ. inſtit. verbo neceſſitate, de obligat.* explicet Coraſ. in *catchidiis hic num.* 33.

§. VIII. Pungit tamen non leviter, & pugnat cum ſuperioribus, quod ſcriptum eſt in *d. l. ult. C. de impub.* & in *l. nec cum filiofam.* 16. *ff. de furt.* nempe patrem, & filium eandem perſonam eſſe intelligi, eandemque naturam non juris civilis aliquam conſtitutionem impedimento eſſe, quominus inter eoſdem civilis obligatio conſiſtere, aut actio poſſit exerceri: quibus conſequens certe videtur, inter patrem, & filium, vel etiam inter fratres, qui ſub ejuſdem poteſtatis nexu, nodove ſunt, non tantum civilem, ſed etiam naturalem obligationem contrahi non poſſe: ſed reſpondendum eſt, non affirmari in *d. l. ult.* inſpecta lege, & puritate naturæ, patrem & filium eandem eſſe perſonam, ſed latiore, & laxiore loquendi formula eamdem perſonam natura eſſe intelligi, quod eam vim habet, ut quoniam hoc figmentum identitatis perſonarum ex patria poteſtate fluxit, quam jus civile Romanorum introduxit, *intuitum vim, legemque naturæ, quæ ſemper in ditione parentum liberos eſſe juſſit*, ut Plinius loquitur in *Panegyrico.* eodem etiam naturæ jure inſpecto *pater, & filius eadem perſona eſſe pene intelligantur.* hoc eſt, non vere aut proprie, aut perpetuo, ut verbum *pene*, & *intelligantur*, inſinuant. *l. non ſibi* 16. §. *cum ſervus ff. de legat.* 1. ſed quatenus patria poteſtas, ex qua fictio hæc deſcendit, quadrat juri naturæ. Rurſus, quod attinet ad Pauli locum in *d. l. ne cum filiofam.* ibi omiſſis Accurſii, & Gothofredi opinionibus obſervandum eſt, plerumque in libris noſtris exaudiri vocum *non*, pro *non ſolum.* ſicut in *l. invitum* 4. *ff. de ſervit. præd. urban. l. nec enim* 38. *ff. ad SCtum Treb.* obſervant, & exemplis confirmant præter laudatos ab Hilligero ad Donell. *lib.* 3. *comm. cap.* 16. *litt. D.* Accurſius in *l. ob eam* 9. *ff. de præſcriptis verbis.* Ant. Auguſt. *lib.* 2. *emendat. cap.* 1. Briſſonius *de verb. ſign. verbo non.* & exempla exſtant nondum vulgata in *l. ſi procurator* 14. *ff. de condict. cauſ. data.* ubi notant Fulgoſius *num.* 14. Caſtrenſis laudatus ab Alexandro *ibidem num.* 12. extat aliud in *l. cum pupillus* 21. *ff. de tut. & rationib. diſtrahend.* aliud extat in *l.* 3. §. *ſed ſi non latitet* 15. *ff. de ſuſpect. tut. l. cuicumque* 15. §. *ſed ſi cum fullo ff. de inſtit. act. l. ult.* §. *ult. ff. de ædilitio edicto.* ubi Cujacius, & *lib.* 8. *obſerv. cap.* 9. Proinde ſententia Pauli hæc eſt, ut non ſolum juris conſtitutio, quæ patriam poteſtatem, & fictionem identitatis induxit, obſtet, quominus pater cum filio experiatur, ſed natura ipſa rei ſit ſuppoſita illa conſtitutione, & fictione civili patriæ poteſtatis, & identitatis perſonarum, quia nec natura patitur, ut nobiſcum ipſi agere poſſimus, ut explicant Donellus *lib.* 15. *comm. cap.* 9. & ante cum Albericus in *d. l. ne cum filiofam.* 16.

§. IX. Ergo ut pergamus, cum in quæſtione noſtra naturalis obligatio ex mutuo inter fratres contracta fuerit, omnino affirmandum videtur, debitorem repetere non poſſe, quod poſt mortem patris ſolvit; eſt enim nobilis, & notiſſimus naturalis obligationis effectus ille, ut quod debetur naturaliter, etiam ſi per errorem ſolvatur, repeti non poſſit. *l. naturaliter* 31. *l. ſi pœnæ* 19. *l. Julianus* 60. *l. ſi quod dominus* 64. *hoc tit. l. naturalis* 10. *ff. de oblig. & act. l. fidejuſſor* 16. §. *fidejuſſor ff. de fidejuſſorib. l. ſed & ſi paterfam.* 9. §. *ult. cum leg. ſequenti ff. de SCto Maced. l. ſi is cui* 9. §. *Fabius ff. de ſolut. l.* 1. §. *id quod natura ff. ad leg. Falcid.*

§. X. Qua dubitandi ratione neglecta reſpondet Africanus noſter, fratrem debitorem utique quidem pro ea parte, pro qua patri heres exſtitit, repetiturum eſſe, quod ſolvit, pro altera vero parte ita demum poſſe repetere, ſi non minus ex peculio, quod habuit, ad fratrem creditorem pervenerit. quas deciſionis noſtræ partes, ut ſuo ordine, & inprimis primam interpretemur, duo ſunt præmunienda. Primum eſt, inter cæteros patriæ poteſtatis effectus illum eſſe præcipuum, ut quidquid filiusfam. acquirat, protinus patri acquirat. *l. placet* 79. *ff. de acquir. hered. l.* 1. *ff. ſi a parente quis fuerit manumiſſ. l. acquiruntur* 10. *ff. de acquirend. rerum dominio. l. cum oportet* 6. *C. de bonis, quæ liberis.* Secundum eſt, quoties creditor debitoris heres exſtitit, vel contra, aditione hereditatis obligationem, quæ inter defunctum, & heredem fuit, confundi, & perimi. *l. debitoris* 7. *C. de pact. l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de ſolut. l. heres* 21. §. *quod ſi ſtipulator. l. Granius* 71. *ff. de fidejuſſoribus.* ejuſdemque confuſionis duplex ratio afferri ſolet. Prima civilis eſt, deducta ex confuſione perſonarum, quæ per ſucceſſionem contingit; nam cum jure civili heres perſonam defuncti repræſentet, & in omnia illius jura ſuccedat. *l. heres* 32. *ff. de acquir. hered. l. cum heres* 11. *ff. de diverſ. & temp. præſcript. l. heres* 21. *ff. de uſucap.* ſi creditor debitori, vel contra heres exiſtat, confunduntur utriuſque perſonæ, & ex duabus unica efficitur, in quam concurrit jus debiti, & crediti, & ideo confuſione obligatio perimitur, quia nemo ſibi

Digitized by Google

ſibi ipſi debere, aut ſui ipſius creditor eſſe poteſt. *l. ſi vendideris* 9. *l. ſi cui* 41. *in princ.* & §. 1. *ff. de evict. l. cum filio* 11. *verſic. ſi vero ff. de leg.* 1. *d. l. heres* 21. §. *quod ſi ſtipulator. d. l. Grnnius* 71. *ff. de fidejuſſ. l. qui hominem* 34. §. *quidam. l. penult. ff. de ſolut.* Secunda ratio naturalis eſt, deducta ex æquitate permixtionis bonorum, quæ per ſucceſſionem contingit, eſt enim plus quam certum, adita ſemel hereditate, heredis & defuncti bona ita confundi, & permiſceri, ut unius patrimonii vice habeantur. *l. 1. ff. de ſeparat. l. ſed ſi plures* 10. §. *filio impuberi ff. de vulg.* & ideo ſi debitori creditor, vel contra ſuccedat, ipſa æquitas naturalis ſuadet, obligationem extingui, quia bonis debitoris, ex quibus ſolvi, & creditoris, cui ſolvi debuit, ad eandem perſonam pertinentibus, atque ita confuſis, quodammodo ſolutum debitum intelligitur. *d. l. ſi ei cui in princ.* & §. 1. *ff. de evict. l. ſi id quod* 21. §. 1. *ff. de liberat. legat.*

§. XI. Quibus conſequens eſt, confuſione obligationis contingente non tantum civile, ſed etiam naturale debitum perimi, quia, quamvis civilis illa ratio confuſionis perſonarum defuncti, & heredis naturale vinculum ſolvere non poſſit. *l. eas* 8. *ff. de cap. minut.* naturalis tamen æquitas confuſionis bonorum illius, qui ſolvere, & cui ſolvi debuit, facit, ut etiam naturale debitum pereat, veluti poteſtate ſolutionis. *l. debitori* 10. *ff. de fidejuſſ. l debitor ſub pignore* 59. *ff. ad S. C. Treb.* per quam omnis obligatio tollitur tam civilis, quam naturalis. *princ. inſtitut. quib. modis toll. oblig. l. ſolutione* 23. *l. in omnibus* 43. *cum ſeqq. ff. de ſolut.* ejuſque rei argumentum extat in *l. heres n debitore* 21. § *quod ſi ſtipulator ff de fidejuſſ.* ubi ſcriptum eſt, ſi ſtipulator reum principalem inſtituerit heredem, omnimodo extingui fidejuſſoris obligationem, ſive civilis, ſive naturalis in reum fuiſſet. *l. Granius* 71. *ff. de fidejuſſ. l. cum quis* 38. §. *ult. ff. de ſolut.* & tamen certum eſt, fidejuſſorem liberari non potuiſſe naturali obligatione manente, quia & ab initio ei ſoli potuit accedere. *l.* 6. §. *ult. cum l. ſeq. l. fidejuſſor* 16. §. *fidejuſſor ff. de fidejuſſ.* ergo fatendum eſt, aditione rei principalis, & confuſione per eam contingente naturalem etiam obligationem fuiſſe ſublatam. docent poſt multos Schifordegherus *lib.* 3. *ad Fab. tract.* 5. *quæſt.* 1. & *ſeq* Noſter Valent. *illuſt lib.* 1. *tract.* 1. *cap.* 8. *num.* 1.

§. XII. Sed ut in rem præſentem veniamus, exſtat alterum ejuſdem ſententiæ argumentum apud Africanum in hoc reſponſo. Cui explicando ſupponendum eſt, naturalem obligationem ex mutuo, quatenus ſcilicet in perſona fratris creditoris conſiſtit, per ipſum fuiſſe patri quæſitam jure poteſtatis, cujus meminimus ex *d. l. placet* 79. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* fuit ergo pater creditor filii debitoris, qui mutuum accepit. Proinde cum poſtea filius iſte, idemque patris debitor eidem heres extiterit, neceſſe eſt, jure confuſionis perimi naturalem obligationem non quidem totam, aut in ſolidum, ſed pro parte, pro qua patri heres extitit, quia neque per ſucceſſionem confunditur obligatio, niſi pro ea parte hereditatis, in qua ſucceditur. *d. l. debitori* 50. *ff. de fidejuſſ. l. Lucius* 103. *ff. de legat.* 1. *l. ſi ab eo* 7. *C. de negotiis geſt. l. pen. C. de hered. act. l. ult. C. de contrar. judic. tut. l. licet* 14. *C. ad leg. Falcid.* idcirco quia, cum quis pro parte heres eſt, neque per aditionem ſolum ab hereditate vel hereditati debitum intelligi poteſt, niſi pro parte hereditatis, in qua ſucceditur, neque heredis, & defuncti perſonæ omnino confunduntur, cum ipſe illum non repræſentet, niſi pro qua parte heres eſt. juxta Accurſii ſententiam in *l.* 2. §. *ult. verſic. ſi huic*, & *verſic. ex parte ff. de prætor. ſtipulat.* quam receptam teſtantur plures congeſti a Tiraq. *de retract.* §. 32. *gloſſ. unic. num.* 50. & proſequuntur Padilla in *l. cum ſententiam* 3. *num.* 14. *C. de pactis.* Recte itaque Africanus docet, fratrem, pro qua parte patri heres extitit, poſſe repetere, nempe quia, quamvis naturalis obligatio ex mutuo nata fuerit, eaque ſoleat impedire repetitionem ſoluti, ut pro ratione dubitandi expendimus ſupra §. 7. & 9. tamen pro iſta parte obligatio per confuſionem ſublata eſt jam inde a morte patris, cui ſtatim heres exſtitit filius. *l. in ſuis* 11. *ff. de lib. & poſt. l. in ſuis* 12. *ff. de ſuis, & legit.* & conſequenter pro iſta etiam parte, quam poſt mortem patris ſolvit, indebitum fuit, quod ſatis conſtat repeti poſſe. §. *is quoque inſtit. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. & paſſim *h. tit.* ita interpretantur poſt Bart. Jaſonem, & alios antiquiores *hic.* Donell. *lib.* 14. *comm. cap.* 19. Duarenus ad *hunc tit. cap.* 6. Cujac. *tract.* 7. *ad Africanum* in *præſenti.*

§. XIII. Sed quamvis hæc ut certa, ita recepta magis in noſtra Academia interpretatio ſit; non deſunt tamen qui diſſentiant, contendentes, nec naturalem obligationem per filium patri acquiri, nec in quæſtione noſtra perimi jure confuſionis. Prioris aſſertionis hæc producunt fundamenta. Primo naturalis obligatio ex veritate & facto potius, quam ex fictione, aut civili jure æſtimatur. *l. nec ſervus* 41. *ff. de pec. l. ſi unus* 27. §. *pactus ff de pact.* ergo per filium patri non acquiritur, quia nec quæ in facto ſunt acquiruntur. §. *ſed cum factum inſtit. de ſtipul. ſervorum. l. quod dicitur* 130. *ff. de verb. oblig.* nec quæ naturalia ſunt. *l. quod ſervus* 24. *ff. de acquir. poſſ. l. qui heredi* 44. *in princ.* & §. 1. *ff. de condit.* & *demonſtrat l legatum* 11. *ff. de adim vel transf. leg.* nec civilis fictio unionis perſonarum patris, & filii operari quidquam poteſt in re, quæ facti, & veritatis eſt. *l. denique* 19. *ff. ex quib. cauſſ. maj. l. filio* 23. *ff. de lib. & poſt.* Secundo, ſi fatemur obligationem naturalem activam per fratrem creditorem patri acquiri, acquiritur etiam paſſiva per fratrem debitorem. *arg. l.* 10. *ff. de reg. jur.* at nec natura patitur, activam, & paſſivam obligationem in perſona patris conſiſtere, ut pote contrarias; ergo neutra ex illis acquiritur. Tertio, inter patrem, & filium naturalem obligationem poſſe conſiſtere ſatis conſtat ex verbis Africani in §. *quæſitum legis noſtræ.* juncta *l. ſi quod dominus* 64. *h. tit.* ergo nec naturalis activa, nec paſſiva patri acquiritur, alioquin eſſet pater ex eodem filii contractu creditor, & debitor, quod abſurdum eſt. Quarto æquitas, ex qua naturalis obligatio metienda eſt, ſuadet ei fidem ſervandam eſſe, cui data eſt, eidemque, nec alii ſolvi debere, quam cui promiſſum eſt. *l. ſolvendo* 39. *ff. de neg. geſt. l.* 3. & 4. *l. invito* 12. *C. de ſolut.* Quinto quidquid dominus ſervo, aut ſervus conſervo debet, computatur in peculio ſervi, illudque auget. *l. quam Tuberonis* 7. §. *ult. ff. de peculio. l. ſi peculium* 6. §. *ſicut. l. denique* 8. §. *qui Stichum ff. de pecul legat.* nec ex eo dominus intelligitur locupletior. *l. nam ſi* 6 *ff. de in rem verſo.* & tamen ſi naturalis obligatio ipſo jure per ſervum domino acquireretur, non poſſet computari in peculio ſine voluntate, & certa conceſſione domini. *l. peculium* 4. *in princ.* & §. *ex his apparet ff. de peculio.* Sexto denique, quod ſervo, aut filiofamilias naturaliter debetur, ipſis ſolis deberi non patri, aut domino exprimi non obſcure videtur in *l. quam Tuberonis* 7. §. *pen.* & *ult l. ſi ſervus* 17. *verſic. ſed & ſi quid ff. de pecul. l. ſi peculium* 6. *de pecul. legat.* & apud Africanum noſtrum in *verſ. porro hujus l.* ubi exſtat comparatio ejus, qui mutuum dedit, cum extraneo ſimiliter mutuum dante; ergo quemadmodum filiusfamilias, qui ab extraneo mutuum accepit, ei ſoli naturaliter debet, ita ſi a fratre accipiat, fratri debet non patri, cui naturalis obligatio quæſita non eſt. docent his, & aliis levioribus argumentis poſt Bald. qui præſenſit, Hotmanus in *diſp. ad hanc leg.* Fab. in *præſenti*, & *lib.* 10. *conject. cap. ult.* Joannes Robertus *lib.* 3. *animadverſ. cap.* 6. Severinus *repetitarum lect. cap.* 10. Hillig. ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 19. *litt. B. concluſ.* 4. & *ſeq.* Schiford. *ad Fab. lib.* 3. *tract.* 5 *quæſt.* 3. & *ſeq.*

§. XIV. Poſterioris aſſertionis, quæ docet naturalem obligationem confuſione non perimi, adfert argumenta Hotmanus in *diſp. ad hanc leg.* quæ,

quia & extra lineas evagari nos cogerent, & ab aliis jam expoſita, atque expenſa, non moramur, videat, qui volet, Schifordeg. *lib.* 3. *ad Fab. tract.* 5. *quæſt.* 1. *& ſeq.* noſtrum Valent. *illuſtr. lib.* 1. *tract.* 4. *cap.* 8 *per totum.* illud inter alia argumentum non omittimus, quod deducitur ex *l. debitor* 59. *ad SCtum Treb.* ubi Paulus ſcribit, ſi creditor ſub pignore adierit coactus hereditatem debitoris, confundi quidem obligationem principalem civilem, manere tamen acceſſoriam pignoris, & naturalem obligationem propter pignus; ergo confuſione non tollitur, quo præcipue argumento Hotmanus ſuperiorem noſtræ *legis* interpretationem improbans contendit, mendoſum eſſe Africani textum in *verſic. reſpondit*, & negatione adjecta legit *non repetiturum*; ſed rejicitur merito a recentioribus, & acerbe a Cujac. notatur *tract.* 9. *ad Afric* in *præſenti.*

§. XV. Quare in hac quæſtione judicium quoque noſtrum proferamus: placuit jam pridem nobis, quod veterum & noviorum interpretum major pars probat, naturalem obligationem per filium patri acquiri, ut poſt Claſſicos fere omnes in *præſenti* docent Donellus, Cujacius, Duarenus laudati ſupra §. 12. in *fine.* cjusque traditionis firmiora, vel fortiora, ut omittam alia, argumenta ſunt, quæ ſequuntur. Primum ex *l. ſed ſi damnum* 9. §. *huic definitioni* 3. *ff. de pecul.* ubi aperte proditum eſt, deduci a domino de peculio ſervi poſſe id, quod alii ſervo debetur, qui in ejus eſt poteſtate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit, ut his ipſis verbis exprimitur. Secundo ex *l. quamvis* 40. *l. ſi ejus* 64. *ff. ad SCtum Treb.* quibus docemur, naturales obligationes, quæ in perſona heredis rogati reſtituere hereditatem conſtiterunt, transferri in fideicommiſſarium reſtituta hereditate ex SCto Treb. ergo eadem ratione ex poteſtate civili a filio in patrem transferri poſſunt. Tertio expendit ſubtiliter pro hac parte Fulgoſ. in *præſenti num* 25. quod legimus in *l. ſi quis pro eo* 16. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* nempe ſi pater filio, aut dominus ſervo promittant, fidejuſſorem ejus obligationis a patre, dominove datum non teneri, quia non poteſt pro eodem, & eidem eſſe obligatus; atqui ſi naturalis obligatio activa patri, aut domino non acquireretur, ſed apud filiom, ſervumve maneret, teneri ejus reſpectu fidejuſſor deberet, nec dici poſſet pro patre, & patri obligatum eſſe. Hæc tamen, ne diſſimulem, conſideratio, quamvis acuta primo aſpectu, penitius inſpecta tamen eſt falſa, quia ſupponit naturalem obligationem activam ex promiſſione patris, vel domini eisdem per ſervos, filiosve acquiri. Quod ſi verum eſſet, concurrerent in perſona patris, vel domini jus crediti, vel debiti, eoque ipſo fatendum eſſet, inter patrem, & filium, aut dominum, & ſervum non naſci naturalem obligationem contra juris & Africani ſententiam in §. *quæſitum l noſtræ.* aliaque omnino Pauli mens eſt in *d. l. ſi quis pro eo* 56. § 1. negantis fidejuſſorem teneri, nimirum quia civilis obligatio ex fidejuſſione filio, aut ſervo, ut pote creditoribus quæſita per eos ad patrem, dominumve tranſiret, & conſequenter fidejuſſor pro eodem, & eidem eſſet obligatus, hoc eſt, pro patre, & patri, quod jus non patitur, ut explicat Cujac. *lib.* 15. *quæſt. Pauli* in *d. l. ſi quis pro eo* 56. §. 1. eruditus noſter dominus Joannes Chumazero *ſelect. diſp. decad diſp.* 5. *num.* 3.

§. XVI. Nec nos ab hac ſententia removent, aut mutant, quæ pro contraria adferuntur, fundamenta ſupra §. 13. quibus ut ſigillatim, & ſummatim ſatisfaciamus, primoque in primis reſpondendum eſt, obligationem naturalem ad factum referri, non quia in aliquo facto conſiſtat, ſicut poſſeſſio in detentione, ſed quia non naſcitur ex conſenſu, qui facti eſt. *l. concilio* 7. §. *ult. ff. de curat. fur.* & æquitate, quæ ad factum refertur, dum civili juri opponitur. *d. l. ſi unus* 27. §. *pactus ff. de pactis. l. nec ſervus* 41. *ff. de pecul.* ideoque civile jus, aut commentum impedire non poteſt naturalem obligationem inter patrem, & filium, quia dum naſcitur facti eſt, & ex veritate æſtimanda, ut docuimus ſupra §. 7. cæterum naturam jam, & conſtitutam naturalem obligationem per filium patri acquiri, ſive transferri jure poteſtatis nihil vetat, quemadmodum dominium. *l. placet* 79. *ff. de acquir. hered.* cujus tamen origo juris gentium eſt. *l. ex hoc jure* 5. *ff. de juſtit. & jure.* & naturaliter plerumque acquiritur. §. *ſingulorum inſt. de rerum diviſ. l.* 1 § *dominium ff. de acquirend poſſ.* idemque evidentius in poſſeſſione apparet, quæ quamvis facti ſit, & in facto conſiſtat. *l.* 1. §. *Scævola ff. ſi is qui teſtam. liber eſſe juſſ. erit. l.* 1. §. *furioſus ff. de acq. vel omitt. poſſ. l. denique is ff. ex quib. cauſſ. major.* ideoque nec impediri jure civili poſſit, quominus acquiratur. *l.* 1. §. *ſi vir uxori ff. de acquir. vel omitt. poſſ.* cum tamen naturaliter quæſita per detentionem eſt, illud a jure civili mutuatur, ut a filio in patrem transferat. *l. ea quæ civiliter* 53. *l. acquiruntur* 10. §. 1. *de acquir. rer. dom. l. poſſeſſio* 49 *ff. de acquir. vel omitt. poſſ.* excepta ſcilicet cauſſa poſſeſſionis injuſtæ, quam cum improbet jus civile, ita nec facit, ut per ſervum domino acquiratur. *l. quod ſervus* 24. *ff. de acq. vel omitt. poſſ.* aliaque ratio eſt ſtipulationum, ire, agere licere, & ſimilium, quæ quoniam merum factum continent, idque futurum, eundi, agendi, quo ſemel expedito nihil ex eo manet, quod ad alium transferri poſſet, perſonæ ſtipulantis cohærent, nec patri, dominove acquiruntur. *l qui heredi* 44. *ff. de condit. & demonſtrat. l. quod dicitur* 130. *ff. de V. O.* §. *ſed cum factum inſtit. de ſtipul ſervor.*

§. XVII. Quibus conſequens eſt, tranſlationem hanc obligationis naturalis a filio, aut ſervo in patrem, dominumve non magis ex civili jure deſcendere, quam ex ipſa naturali æquitate, quæ ſuppoſitis regulis juris civilis hoc æquius & melius eſſe ſuadet: nam cum civili jure ſervus, aut filius nihil proprium habeant, & omnia patribus, dominisve acquirant. *d. l. placet* 79. *ff. de acq. vel omitt. hered.* congruit ſane æquitati naturali, ſi filius, aut ſervus ſint debitores, naturalem obligationem paſſivam, quæ in ipſorum perſona conſiſtit, ad patrem, dominumve tranſire, ad quos eorum bona pertinent, ex quibus ſolvi debuit, potius quam apud ipſum filium, vel ſervum dumtaxat permanere. *arg. l. ſecundum naturam* 10. *ff. de reg. juris. l. tutelas* §. *ult. de cap. min.* eademque ratione cum, ſicut diximus, pro filio, aut ſervo pater, dominusve naturaliter obligetur, ex civili etiam jure, ſive prætorio actiones in eosdem dentur de peculio filii, vel ſervi, quod tamen proprie, & vere in dominio parentum eſt, vel dominorum. §. *actiones autem* 10. *&* §. *ſunt præterea* 36. *inſtit. de act.* §. *præterea inſtit. quod cum eo.* ſuadet etiam naturalis æquitas, ut ad quos onera civilium, & naturalium obligationum, in quibus filii, aut ſervi debitores ſunt, transferuntur, pertineant etiam commoda naturalium obligationum & civilium, ex quibus filii, aut ſervi ſunt creditores. *d. l. ſecundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* Unde etiam fit, ut ex eadem naturali æquitate ſolvi patri, dominove poſſit, quod filio, aut ſervo promiſſum eſt, quoniam & ipſi ſolvere jure civili cogerentur, ſi filius, ſervusve debuiſſent, quamvis, ſi merum factum ſolvendi in perſonam filii, vel ſervi collatum eſſet, non poſſet patri dominove ſolvi. *l. ſtipulatum* 9. *l. Stichum* 95. §. *uſumfructum ff. de ſolut. l. qui heredi* 44. *ff. de condit. & demonſtrat.* ex quibus facile primo & quarto argumento fiet ſatis.

§. XVIII. Nec magis urget argumentum ſecundum, quippe exploſa Hugolini veteris gloſſographi, cujus Accurſius in *præſenti*, *verbo a fratre verſ. item quæro* meminit, dicendum potius eſt cum eodem Accurſ. quem ſequuntur Bart. *num.* 9. Fulgoſ. *num.* 12. Jaſ. *num.* 31. Coraſ. *part.* 2. *num.* 50. Cujac. *tractatu* 9. *ad African.* in *præſenti.* in quæſtione noſtra naturalem obligationem paſſivam ſcilicet fratris debitoris patri acquiri non potuiſſe, quia nec natura patitur, ut ejuſdem pecuniæ ex eodem contractu idem ſit debitor, & creditor.

l. he-

Digitized by Google

l. heres 21. §. *quod ſi ſtipulator. l. Granius* 71. *ff. de fidejuſſor. l. qui hominem* 34. §. *quidam ff. de ſolut.* erat autem jam pater creditor propter naturalem obligationem activam filii creditoris, quam ei potius acquiri, quam paſſivam vel illa juris ratio ſuadet, quod in concurſu utriusque obligationis, eum utraque acquiri non poſſit, æquius eſt eam acquiri, per quam melior a filio patris conditio fit. *l.* 3. *l. Titius* 22. *C. de pactis. l. melior* 133. *ff. de reg. juris.*

§. XIX. Deinde quoad tertium argumentum attinet, fatendum omnino eſt, naturalem obligationem inter patrem, & filium poſſe conſiſtere, ſi invicem contrahant, & in eo caſu nec activam nec paſſivam obligationem filii ad patrem tranſire. Sed id aliam rationem habet, quia cum acquiſitionis effectus ex patria poteſtate deſcendens patris etiam favorem reſpiciat, poteſt utique pater ei renuntiare. *l. ſi judex* 35. *de minor. l. pen. C. de pactis.* & conſequenter facere, ut id quod ei debuit acquiri, maneat apud filium. *l. ult. in princ. C. de bonis, quæ lib.* notat Faber in *jurisprud. Papin. tit.* 8 *princ.* 3. *illat* 9. & *princ.* 6. *illat.* 9. at quoties pater cum filio contrahit, non obſcure ſignificatur, nolle ſibi obligationem per filium acquiri, quoniam ſi acquireretur, per concurſum debiti & crediti in perſona patris inanis, & luſoria conventio eſſet, quam nemo talem velle præſumitur. *l. ſi quando* 109. *ff. de leg.* 1. explicant ſic Vaconius *lib.* 1. *declarat. cap.* 9. *num.* 4. *cap.* 57. *num.* 10. Donellus *lib.* 14. *comment. cap.* 19.

§. XX. Unde etiam levi opera eluditur vis quinti argumenti, in quo recte ſupponitur, id quod dominus ſervo, aut ſervus conſervo debet, computari in peculio ſervi creditoris, illudque augere. *d. l. quam Tuberonis* 7. §. *ult. ff. de peculio. l. ſi peculium* 6. §. *ſi ut. l. denique* §. *qui Stichum ff. de peculio legat.* de quibus multa ad rem noſtram habet Schiſordeg. *lib.* 3. *ad Fabrum tract.* 5. *quæſt.* 4. & 5. ſed id duplici ex cauſſa fit. Prima, quia dominus ſervo naturaliter obligatur, nec poteſt, nec vult dominus naturalem obligationem activam per ſervum acquirere, ideoque & tacita voluntate domini illa in peculio manet, illudque auget, quamdiu dominus peculium non adimit. *d. l. quam Tuberonis* 7. §. *ult. d. l. ſi peculium* §. *ſunt.* Secunda cauſſa eſt, quia cum ſemel ſervus, aut filius ex voluntate patris, vel domini peculium habere cœperunt, poteſt id creſcere, aut decreſcere ſine ſcientia aut permiſſu domini. *l.* 4. §. *pen. l. non ſolum* 49. *ff. de pecul.* & ideo ſicut ſervus peculio ſervi, qui in ejusdem domini poteſtate eſt, naturaliter debet, quamvis naturalis obligatio activa domino acquiratur juxta tradita ſupra §. 18. computatur tamen in peculio ſervi creditoris, illudque auget, ſicut & alia, quæcumque propria ſint domini, ejus tamen permiſſu tacito ſervus in peculio habet. *d. l. denique* 8. §. *qui Stichum.*

§. XXI. Denique parum ſtringit argumentum ſextum ex *d. l. quam Tuberonis* 7. §. *pen.* & *l. ſi ſervus* 17. *ff. de pecul. d. l. ſi peculium* 6. *in princ. ff. de pec. leg.* nam quod in iis locis dicitur, filio, aut ſervo naturaliter debitum non patri, aut domino, ſed ipſis deberi, referendum eſt ad facti veritatem, & originem obligationis, qua inſpecta certum eſt, filio primum aut ſervo deberi cœpiſſe, quamvis poſtea obligatio ad patrem, vel dominum tranſlata ſit. Unde quamvis eo reſpectu, & ut diſputationem diſtinctione caſuum magis elucident, id quod ſervus conſervo debet, ab eo quod domino ipſi debetur, diſtinguant juris auctores in *d. l. ſi ſervus* 17. & in *d. l. peculium* 6. utrobique tamen affirmant, perinde a domino ex peculio ſervi debitoris deduci poſſe id, quod alii conſervo debet, ac ſi ipſi dumtaxat domino debeatur, quoniam & illud quoque domino deberi non dubitatur, ut ſcriptum eſt in *l. ſed ſi damnum* 9. §. *huic definitioni ff. de peculio.* fratris autem cum extraneo comparatio, qua noſter Africanus utitur in *verſic. porro legis noſtræ*, ad longe aliud pertinet, ut opportunius explicabimus ſuo loco.

§. XXII. Improbabilior longe eſt poſterior Hotmani aſſertio, cujus meminimus ſupra §. 14. eſt enim plus quam certum, naturalem obligationem perimi confuſione, ut probavimus ſupra §. 11. nec Hotmani ſententiam fovet, aut firmat Pauli nobile teſtimonium in *d. l. debitor* 59. *ad S. C. Treb.* in quo explicando multi ſunt Padilla in *l. cum ſecundum* 3. *num.* 14. & 31. *C. de fideic.* Rodriguez *de ann. red. lib.* 2. *quæſt.* 19. *num.* 5. 24. & 42. Morla in *emporio tit.* 8. *quæſt.* 3. *num.* 15. & *ſeq.* Cujac. *tract.* 9. *ad Afric. in præſenti*, & *lib.* 4. *quæſt. Pauli* in *d. l. debitor* 59. Fachinæus *lib.* 6. *controverſ. cap.* 33. Fab. *lib.* 7. *conject. cap.* 16. & *ſeq.* noſter Valent. *illuſtr. lib.* 1. *tract.* 4. *cap.* 8. & *cap.* 9. *num.* 19. mihi, ut aliorum placita, quæ in Academia noſtra hactenus obtinuerunt, ſuis propugnatoribus relinquam, arriſit ſemper magis antiqua, & antiquata jam ſere per oblivionem traditio, quam poſt Bart. & antiquiores omnes in *d. l. debitor* 59. ſequuntur, & communem dicunt Curtius *num.* 12. in *l. debitori* 7. *C. de pactis.* Jaſo in *præſenti num.* 41. Padilla *ubi proxime.* affirmantes, eum creditor coactus hereditatem debitoris adiit, vel contra, quamvis civilis obligatio, quæ inter defunctum, & heredem fuit, confuſione extinguatur, naturalem tamen non perimi, idque, ut alia omittamus, decretorio argumento mihi probatur, nam cum civilis ratio perſonarum heredis & defuncti non poſſit naturalem obligationem perimere, niſi ex ratione illa æquitatis confuſionis bonorum illius, qui ſolvere, & cui ſolvi debuit, ut monuimus ſupra §. 11. ad heredem autem, qui coactus adiit, ſic defuncti bona perveniant, ut ea integra reſtituere fideicommiſſario ſtatim cogatur. *l. quia poterat* 4. *l. nam quod* 14. §. 1. *ff. ad S. C. Treb.* nulla ratio æquitatis eſt, quæ naturale debitum tollat, nec enim poteſtate ſolutionis ſublatum poteſt videri per addictionem, ex qua nihil heres retinet. *l. Titius* 21. *ff. de jure fiſci. l. qui ſic* 55. *ff. de ſolut.* nec ſane congruum eſt æquitati, ut creditor, idemque heres creditum ſuum amittat eo ipſo, quod poſtulante fideicommiſſario, & in ejus favorem ſine ullo ſuo emolumento hereditatem adiit. Nec obſtat, ſi objicias potuiſſe heredem, eumdemque creditorem, priusquam hereditatem adiret, a fideicommiſſario deſiderare, ut ei debitum ſolveretur, vel caveretur de indemnitate, ut ſcriptum eſt in *d. l. debitor* 59. *verſic. in rem autem. l. apud Julianum* 11. *l. ita tamen* 27. §. *ſi præceptis ff. ad S. C. Treb.* quia quemadmodum hac eadem conſideratione neglecta pignoris obligationem remanere etiam poſt aditionem, quia ſoluta pecunia non eſt, docet Paulus in *d. l. debitor* 59. ita etiam in naturali obligatione dicendum eſt, quæ non niſi æquitate conventionis, aut poteſtate ſolutionis perimitur. *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut.* ideoque heredi, qui ex hereditate dolo malo multa conſumpſerit. *l. pen. ff. ad S. C. Treb.* ſcilicet quoniam improbe fideicommiſſarius heredi imputaret aditionem, vel eo poſtulante factam, vel ſaltem in ipſius commodum. *arg. l. ſi extraneus* 33. §. 1. *ff. de jure dotium.*

§. XXIII. Superſunt tamen adhuc contra ſuperiorem ſententiam nonnulla in *d. l. debitor* 59. quæ exponenda breviter ſunt. Primum eſt ex *verſ. reſpondi.* ibi: *videamus autem, ne & pignus liberatum ſit ſublata naturali obligatione.* Cæterum verba hæc, ut cum Accurſianis bene vidit Cujac. *ibi.* non deciſionis ſunt, ſed quæſtionis, in qua tandem concluditur, ſublatam non eſſe naturalem obligationem in *verſic. remanet.* Secundum argumentum eſt ex *verſic. neque fideicommiſſum.* ubi ſignificatur, quod ſi nullum pignus interceſſiſſet, & heres creditor rem hereditariam propter debitum retineret, poſſet ab eo fideicommiſſarius repetere actione ex teſtamento, quaſi non integre fideicommiſſum reſtituiſſet. ergo naturalis obligatio ſublata ſunt, qua manente debitum ſuum ex hereditate retinere, aut deducere, neque eo nomi-

ne a fideicommiſſario conveniri poſſet: ſed reſpondendum eſt, verba illa: *quod eveniret, ſi nullum pignus interceſſiſſet.* accipienda eſſe cum temperamento, ut ſignificent, ſi nec pignus, nec principalis obligatio interceſſiſſet, cui pignus acceſſiſſet, idcirco autem Paulus ſolius pignoris meminit, quoniam ex facto tantum conſultus erat de pignore, quod creditor deſiderabat jure dominii poſſidere, ut ex *princ. legis* conſtat. Tertium denique argumentum eſt ex *verſic. remanet*, ubi dum ſcriptum eſt, manere naturalem obligationem propter pignus, ſatis aperte ſignificatur, eam non remanſuram propter aditionem coactam, ſi pignus non intercedat, ut agnovit Schifordegherus *lib.* 3. *ad Fab. tract.* 5. *quæſt.* 3. ubi poſt Fabrum totum illum *verſ. remanet* delendum contendit: ſed intellectu res non eſt difficilis, ſi obſerves, Pauli mentem eam eſſe, ut in ſpecie propoſita concludat, manere naturalem obligationem propter pignus, hoc eſt, propter eaſdem cauſſas, propter quas pignus liberatum non fuiſſe probaverat, ſcilicet quia nec ſolutum debitum creditori, nec eo nomine ſatisfactum, quibus deficientibus non magis naturalis obligatio tollitur. *d. l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut.* quam obligatio pignoris. *l. pen.* §. *ult. ff. de except. rei judicatæ. l. grege* 13. §. *etiam. l. fundus* 15. §. *in vindicatione ff. de pignor. l. Titius* 21. *ff. de jure fiſci.* vel etiam dici poteſt, vocem *propter* audiendam eſſe pro *juxta* ſive *prope*, ut in *l. juris gentium* 7. §. *ſed cum nulla.* ubi notavimus, *ff. de pactis.* ut in illo veteris Poëtæ.

Propter aquæ rivum ſub ramis arboris altæ.

Proinde ſentit Paulus, manere naturalem obligationem principalem jure pignoris, quia coacta aditio ſolutionis poteſtate illam perimere non potuit.

§. XXIV. Revocat me, quæ ſequitur apud Africanum, diſputationis noſtræ pars: in qua docet, fratrem debitorem pro ea parte, pro qua frater creditor patri heres extitit, repetere non poſſe, quod ſolvit; quoniam ſcilicet ſublata duntaxat fuit obligatio jure confuſionis, pro qua parte ipſe debitor patri ſuo, eidemque creditori heres exſtitit, ut monuimus ſupra §. 12. ſubjungit tamen Africanus, hoc ita eſſe, niſi ex peculio ſuo, quod habuit debitor frater, non minor pars ad fratrem creditorem pervenerit, quam erat in debito, naturalem enim obligationem, quæ inter eos fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri, quod peculii partem frater creditor ſit conſecutus, cujus aſſertionis ut ratio intelligatur, ſciendum eſt, debita filiorumfamilias, & ſervorum, qui peculium habent, eſſe onera hereditaria peculiaria, & peculium ipſum ſequi, ut ex eo ſolvantur, ad quemcumque poſſeſſorem pervenerint. *l. & ancillarum* 27. §. *ſi ſervus. l. ſi quis ſervum* 29. *l. ſi ex duobus* 32. §. *ult. l. depoſui* 38. §. *ult. ff. de peculio.* ſciendum tamen eſt, mortuo patre, vel domino peculium ſervi, filiive, qui in ejus poteſtate fuerunt, ita cum hereditate, ac cæteris defuncti bonis permiſceri, ut inter ejus heredes pro hereditariis portionibus dividatur. *l. certum* 13. *C. fam. erciſc. l. filii* 12. *C. de collat.* quibus conſequens eſt, ut in quæſtione noſtra, ſiquidem ex peculio fratris debitoris non minor pars pervenerit ad fratrem creditorem, quam erat in debito, fatendum ſit, ut Africanus docet, pro ea etiam parte fratrem debitorem repetere poſſe, quod poſt mortem patris ſolvit; erat enim indebitum, quoniam ex quo pater deceſſit, ipſo jure ad utrumque fratrem, utpote ſuum heredem peculium pro hereditariis portionibus pervenit, & per conſequens frater creditor, pro qua parte peculium eſt conſecutus, cœpit & debitum tanquam onus ipſius peculii ſimul agnoſcere. cum autem fieri non poſſit, ut ejusdem cauſſæ & peculii reſpectu idem ſit debitor, & creditor, rectiſſime Africanus ait, naturalem obligationem, quæ inter fratres fuit, hoc ipſo ſublatam videri, quod peculii partem frater creditor ſit conſecutus, ut omittam ſolutum fratri intelligendum eſſe.

§. XXV. Plane ex illis Africani verbis, *ſin minus ex peculio ſuo ad fratrem perveniſſet*, colligunt magno aſſenſu poſt Bart. in *præſenti num.* 4. Caſtr. *num.* 26. Cujac. Duarenus, & alii, quorum ſupra meminimus, nobilem differentiam inter confuſionem obligationis, quæ per hereditatis aditionem, & eam, quæ per occupationem peculii contingit; illa enim, quæ ex aditione hereditatis reſultat, perimit obligationes, quæ inter defunctum, & heredem fuerant pro quota parte hereditatis, quæ ad heredem pervenit, ut monuimus ſupra §. 12. adeo ut ſi in illa parte hereditatis, quæ ad heredem perveniret, minus heres creditor habeat, quam in debito, id nihilominus confundatur. *l. ſi adulta* 6. *ff. de hered. act. l. ſi ab eo* 7. *C. de negotiis geſtis.* nimirum heres adeundo hereditariis creditoribus obligatur, etiamſi hereditas ſolvendo non ſit, adeo ut, ſi ex aſſe heres exiſtat, in ſolidum teneatur. *l. more* 8. §. 1. *ff. de acq. vel omitt. hered.* idque etiam hodie certum, niſi adeat cum beneficio inventarii. *l. ult.* §. *& ſi præfatam*, *&* §. *in computatione*, *&* §. *ſin autem C. de jure deliberandi.* unde ſi creditor debitori ſuo heres exiſtat, pro qua parte extitit, omnimodo tollitur obligatio, etiamſi minus habeat in illa parte, quam in debito, quoniam & pro illa parte, quamvis ſolvendo hereditas non eſſet, extraneis tamen creditoribus ipſe teneretur, & ut ad rem appoſite & eleganter ſcriptum eſt in *l. quæ dotis* 34. *ff. ſolut. matrim.* adeundo hereditatem debitoris intelligitur ſecum penſaſſe; nec ad rem pertinet, quod ſolvendo non eſſet hereditas, quando cæteris etiam creditoribus teneatur. Cæterum in confuſione obligationis, quæ per communitatem peculii contingit, longe aliud juris eſt; tollitur enim obligatio duntaxat uſque ad quantitatem concurrentem peculii & debiti; proinde ſi in peculio quinquaginta fuerint, & in debito centum, quamvis dimidia pars peculii ad fratrem creditorem pervenerit, non perimitur debitum, niſi usque ad 25. reliquis in obligatione permanentibus, quæ ſi ſoluta fuerint, repeti non poterunt, & e contrario, ſi, ut Africanus noſter proponit, non minor quantitas ex peculio ad fratrem creditorem pervenerit, quam in debito remanebat, ſublata obligatio intelligitur, & ſolutum repeti poteſt, utrumque idcirco, quia, qui peculium habet, creditoribus peculiaribus non in ſolidum, ut heres hereditarius, ſed juxta quantitatem peculii ſatisfacere cogitur. *l. ſi quis cum filio* 44. *ff. de peculio.* §. *actiones* 10. §. *ſunt præterea* 36. *inſt. de act.* ergo nec ſecum ipſe penſaſſe, aut ſibi ipſi ſolviſſe intelligi debet, niſi pro quantitate peculii. *arg. d. l. quæ dotis* 34. *ff. ſolut. matrim.*

§. XXVI. Objicitur tamen ſuperioribus obſcurum Ulpiani teſtimonium in *l. ſed ſi damnum* 9. §. *ſed & creditor ff. de pecul.* ubi ſi creditor ſervi domino ejusdem, cum quo de peculio agere potuit, heres extiterit, reſponſum eſt poſſe creditorem ex peculio ſervi deducere, quod ſibi debetur; ergo nec aditione hereditatis, nec occupatione peculii ſublata obligatio fuit. ſed huic difficultati ut, omiſſis aliorum expoſitionibus, faciamus ſatis, reſponderi ſolet cum Cabotio *lib.* 1. *variar. cap.* 2. ex contractu filii, vel ſervi peculium habentium duas obligationes naſci, alteram contra ipſum, aut filium, & quidem in ſolidum, alteram vero duntaxat de peculio contra dominum. *l. ſi quis cum filiofam.* 44. *ff. de peculio.* Ex his autem obligationibus, quæ contra ſervum ipſum, vel filium naſcitur, principalis obligatio eſt, utpote contra principaliter obligatum, acceſſoria vero, quæ de peculio contra dominum, vel patrem. *l. cum filiusfam.* 49. *ff. de verb. oblig.* §. *actiones autem inſtit. de act.* Unde fit, ut cum creditor peculiaris patri, aut domino ejus, qui peculium habuit, heres extitit, confundatur quidem aditione hereditatis obligatio de peculio, quæ contra defunctum fuit, quoniam in ea creditorem debitori ſuo ſucceſſiſſe apparet. *l. cum quo*

56.

56. *l. creditor* 83. *ff. ad l. Falc.* juncta *l. eo tempore* 50. §. *ſi creditor ff. de peculio.* de quarum expoſitione, & compoſitione adeundus Cujac. *lib.* 9. *quæſt. Papiniani* in *d. l. eo tempore* 50. §. *ſi creditor*, & *lib.* 2. *obſervat. cap.* 30. Donellus *lib.* 8. *comm. cap.* 26. cæterum principalis obligatio, quæ contra filium ipſum, vel ſervum fuit, etiamſi creditor patri, aut domino eorum ſuccedat, confuſione non extinguitur, quamvis acceſſoria de peculio extinguatur, quemadmodum placuit, ſi fidejuſſor creditoris, & creditor fidejuſſoris hereditatem adierint, fidejuſſoriam acceſſoriam obligationem duntaxat confundi manente principali. *l. heres* 21. §. *quod ſi ſtipulator* 71. *cum* §. *ſeq. l. Granius* 71. *in fine princ. ff. de fidejuſſ. l. in omnibus* 43. *ff. de ſolut.* Proinde ſi creditor peculiaris domino ſervi, cum quo contraxerit, heres extiterit, mirum non eſt, poſſe eum, cum de peculio ab aliis convenitur, debitum ſuum deducere, quia principalis obligatio naturalis, quam contra ſervum habuit, confuſione non fuit extincta, & ei tanquam domino ſervi per aditionem effecto competit privilegium deductionis. *d. l. ſed ſi damnum* 9. §. *ſed & creditor.* juncto §. *peculium*, & §. *præterea ejusdem legis. l. ex facto* 52. *ff. de peculio.*

§. XXVII. Hæc ſuperiori difficultati explicandæ recepta in Academia noſtra hactenus traditio fuit, quæ tamen rem non expedit, nam cum juxta propoſita ſupra §. 15. obligatio etiam naturalis per filium patri, & ſervum domino acquiratur, nulla ratio eſt, propter quam non confunderetur, ſi creditor filii, vel ſervi heres extiterit patri facto jam debitori non tantum de peculio ex ſua perſona, ſed etiam principaliter, & in ſolidum ex perſona filii vel ſervi, quemadmodum evenit in quæſtione noſtra, cujus in prima parte didicimus obligationem confuſam fuiſſe, quia frater debitor patri creditori ex perſona fratris creditoris effecto heres extiterat. Deinde interpretatio ſuperior ex eo diſplicet, quoniam & ea admiſſa manet adhuc difficile, cum in *d. l. ſed ſi damnum* 9 §. *ſed & creditor.* obligatio non fuerit extincta per occupationem peculii, quod ad creditorem tanquam heredem pervenit. Quare ut rem breviter explicemus, affirmandum eſt, cum creditor peculiaris filii, vel ſervi patri, aut domino heres extitit, omnem obligationem extingui, non tantum eam, quæ de peculio contra patrem, dominumve exerceri potuit, ſed etiam illam, qua filius, ſervusve in ſolidum tenebantur, tum propter aditionem hereditatis, per quam in creditoris perſona incipiunt jura debiti & crediti concurrere; tum etiam quia per occupationem peculii ſolutum debitum intelligitur. ſed cum iniquum ſit peculii, & ſervi dominum creditoribus peculiaribus ultra vires peculii ſolvere compelli. *d. l. ſi quis cum filiofam.* 44. *ff. de pecul.* §. *actiones* 10. & §. *ſunt præterea* 36. *inſt. de act.* non niſi pro quantitate peculii, quæ ad eum pervenit, ſatisfacere cogitur; ut docuimus ſupra §. 25. conſequens eſt, ut peculiaris creditor, qui domino ſervi, cum quo contraxit, heres extitit, & peculium conſecutus eſt, quamvis eo ipſo obligatio omnis extincta ſit, ſi tamen de peculio ab aliis ejusdem ſervi creditoribus conveniatur, poſſit primo loco deducere, quod ſibi debetur, eo colore, & prætextu, quaſi ex quo momento peculium ipſe occupavit, ſibi ipſi ſolutum fuerit, & in peculio eſſe deſierit, ne alioquin, ſi adhuc in peculio eſſe dicamus; & creditorem eumdemque heredem deducere non poſſe, quod jam non debetur, mera juris ſubtilitas damno, & injuria illum afficiat contra æquitatem, & ſolidam juris rationem, quæ non patitur, ut intelligatur ſolutum heredi, quod ille creditoribus cogitur reſtituere. *l. qui ſic* 55. *ff. de ſolut. l. Titius* 21. *ff. de jur. fiſci.* vel ad eum peculium perveniſſe, quod apud eum cum effectu non eſt permanſurum. *l. aliud* 71. *ff. de verb. ſign.*

§. XXVIII. Denique, ut concludamus aſſertum illud, ex quo ſecundæ hujus reſponſi partis rationem deduximus, nempe peculii debita, atque onera peculium ipſum ſequi, probat, confirmatque duobus argumentis Africanus. Primum eſt in *verſic. adeo*, ubi pro certo ſupponit, quod ſi fratri debitori peculium prælegatum fuiſſet, utroque fratre patri herede exiſtente, poſſet creditor frater debitum ſuum ex peculio deducere, tanquam onus ipſius peculii, & peculio ipſo ſolvendum; ergo eadem ratione pro quantitate peculii, quæ ad fratrem creditorem pervenerit, ſimul onera ipſius peculii; & conſequenter fiet debitor frater, qui ante duntaxat fuerat creditor. Secundum argumentum proponitur in *verſic. idque maxime*, & *verſic. igitur.* ubi probatur, quod ſi frater pecuniam non a fratre, ut hactenus poſuimus, ſed ab extraneo mutuam accepiſſet, eique mortuo patre ſolviſſet, poſſet actione familiæ erciſcundæ tantundem ex peculio deducere, quantum creditor actione de peculio a fratre coherede conſequi poſſet. *l. bis conſequitur* 18. §. *ſi filiusfam. l. heredes* 25. §. *contra ff. fam. erciſc.* Quibus conſequens eſt, ut eadem ſpecie retenta, ſi re integra, antequam extraneo ſolvatur, agatur, dividi æquum ſit, ut ad quantitatem ejus frater debitor, idemque heres indemnis a coherede præſtetur; hoc eſt, ut ſuum peculium communicare cogi non poſſit, niſi ei cautio præſtetur de indemnitate pro quantitate peculii ad coheredem pervenientis, quam etiam onera ſua ſequi debent; ergo ut concludit tandem Africanus in *verſiculo porro*, quæ in perſona extranei creditoris, cui frater debuiſſet, obſervarentur, eadem, & ſi alteri debeatur, obſervanda ſunt, nimirum, ut utroque caſu indemnis præſtetur.

F I N I S.

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

ANTECESSORIS SALMANTICENSIS

AD

TITULUM DIG. DE ADQUIRENDA, VEL AMITTENDA POSSESSIONE

RECITATIONES NOVANTIQUÆ.

Omnium quidem (*ſi libeat obſervare minimos ambitus*) *redire eaſdem vices quadriennia exacto*; ſcripſit de tempeſtatibus, & ventis Plinius *lib. 2. naturalis Hiſtoriæ cap. 47. in fine.* Redeunt & vices academicarum lectionum, & peracto quadriennio, ſeu luſtro novum jam litterarum cenſum luſtrumque condere & recenſere, atque illuſtrare jubemur inſignitam hanc tractationem. Nos, ut obtemperemus, in primis, quæ vel alii ante nos, vel nos ipſi priore quadriennio ad priorem *noſtri tituli* partem ſcripſimus, recenſebimus breviter, & luſtrabimus cenſoria intentione, & cura. Deinde ex profeſſo expoſita poſteriori parte, quæ de amittenda poſſeſſione nondumque in Academicæ explanationis cenſum ab Anteceſſoribus noſtris relata eſt, luſtrum, cenſumque augebimus nova luce. Proinde & jam incipimus a primis & potioribus materiæ elementis, quæ prætermitti ratio non patitur.

PARS PRIMA.

Ad Rubricam & Julium Paulum in l. 1. in pr. & in l. 3. §. genera de adq. vel am. poſſ.

De Poſſeſſionis notatione, nomine, & definitione.

COMMENTATIO METHODICA.

§. I. Quæ ſingula & quo ordine pollicemur, commentatio præſtabit. In primis autem verbi *Poſſeſſio* originem, ſeu notationem, a qua Paulus in noſtra *l. 1.* cum Labeone exorditur, more uſitato juris Auctoribus, qui ſolent ſtudioſe exquirere, unde ducta ſint verba, ſicut & Stoici Philoſophi, quorum doctrinæ, & ſectæ plerique Juriſconſultorum & in plериſque adhærent, ut ad rem obſervant Cujacius in *l. 1. ff. de juſt & jure*, & *lib. 11. obſ. cap. 37. lib. 26. cap. ult.* Parladorius *lib. 1. rer. quotid. cap.* 14. Emundus Merillius *lib. 1. obſ. cap.* 10. more etiam proprio Labeonis, quem verborum origines, rationeſque percalluiſſe, eaque ſcientia uſum ad enodandos juris laqueos teſtatur A. Gellius *lib.* 13. *Noct. Attic. cap.* 10. & videre eſt in hac *l.* & in *l. 1. ff. de furtis. l. Labeo 7. ff. de ſupellect. legata. l. inter* 194. *l. malum* 242. §. *viduam ff. de V. S. l. 4. §. turbam 2. ff. vi bonor. rapt. l. 1. ff. de prævaricat.* eumque Labeonem cum Proculejanis, quorum Princeps fuit, inter cæteras operas ſapientiæ Stoicos maxime ſequutum fuiſſe ex *l. 2. §. poſt hunc 47. ff. de orig. jur.* quam ita exponit Merillius *d. l. 1. obſ. cap.* 20 quanquam, ne nunc diſſimulem, quod nec notatu fortaſſe indignum, nec a me ante, aut vulgo adhuc notatum, non deſunt conjecturæ, quibus ſuaderi poſſit, Labeonem fuiſſe vel maxime Academicum, ut *arg. l. 3. §. Labeo 6. ff. uti poſſidetis.* præſentit Cujac. *lib. 17. obſ. cap.* 2. atque ita interpretari poteſt *l. ult. ff. quib. ad libert. proclam. non licet.* & ſuſpicari licet, tum ex varietate doctrinæ, & ſtudio innovandi, quæ Labeoni tribuuntur in *d. l. 2. §. poſt hunc 47. de O. J.* tum ex libris, quos inſcripſit πιθανῶν, ſive *probabilium*, ut conſtat ex indice Juriſconſultorum Pandectis præpoſito, quæ notæ, & voces ſunt omnino Academicæ, ut docet Petrus de Valentia clariſſimi Præceptoris noſtri Melchioris de Valentia pater clariſſimus *in libello de judicio erga verum pag. 69. & ſeqq.* Lipſius *lib. 2. ad Stoicam Philoſophiam cap. 3. & 4.* tum denique quia Platonem Academicorum parentem inter Semideos collocabat, teſte divo Auguſtino *lib. 2. de Civitate Dei cap.* 14. & *lib. 8. cap.* 13.

§. II. Sed de eo in gratiam eruditorum obiter dubitaſſe ſuffecerit. jam ut pergamus ex Labeonis Paulique ſententia in noſtra *l. 1. poſſeſſio appellata eſt a pedibus quaſi poſitio.* juxta vulgatam lectionem, cui favent text. in *l. 3. §. 1. l. quod meo 18. §. ſi per venditorem in fine hoc tit. l. 1. tit. 30. Part.* 3. favet etiam ratio quæ ſequitur in noſtra *l* 1. ibi: *quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei inſiſtit*, hoc eſt, quia qui rei pedibus incumbit, ſive quod idem eſt, inſiſtit, eam vere, & corporaliter poſſidet. ſic enim exaudienda eſt vox *naturaliter* in *d. l.* 1. ſicut alibi ſæpe fieri *naturaliter* dicitur, quod vere & re ipſa fit, non ficte. *l. 3. §. aperire ff. de S. C. Sylaniano. l. in cauſſæ 16. §. idem Pomponius ff. de minoribus. l. item 22. §. ult. ff. locati. l. ſolutam 49. ff. de ſolut.* cum ſimilibus, quas poſt alios explicant ita Fab. *lib. 8. conject. cap. 5. in fine.* Hotmanus *illuſtr. quæſt.* 41. Hilligerus ad Donell. *lib. 15. cap. 40. lit. B.* Briſſonius *lib. 1. de ſolut. circa princ.* juncto ſingulari ad rem textu in *l. ſed ſi damnum 9. §. ſi ipſe ff. de peculio.* ubi Albericus; quem tamen textum aliter & nove illuſtrabis ex traditis a Merillio *lib. 1 obſ. cap. 11. & 23.* Jacobo Gu-

the-

Digitized by Google

therio *lib.* 1. *de jure manium cap.* 10. Lipſio *lib.* 3. *ad Stoicam Philoſophiam cap.* 22. quibus argumentis vulgatam eam lectionem in noſtra *l.* 1. poſt Bart. & Accurſianos, & præter congeſtos ab Hilligero ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 6. *litera A.* & *B.* & ex noſtratibus a Pichardo *in pr. inſt. art.* 1. *num.* 3. *de interdictis.* Valentia *illuſtr. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 1. ſequuntur Medices in *l. ult. ff. de legibus gloſſ.* 1. *parte* 2. *num* 2. Peregrinus *lib.* 3. *variar. cap. de poſſeſſione num.* 19. Molina *de juſt. diſputatione* 12. *in pr.* Leſſius *eodem tract. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 39. & exornat varie Petr. Gregor. *lib.* 1. *ſyntagm. cap.* 13. *ex num.* 7. Cui adjicio Apophthegma Seleuci Regis, cujus ex Appiano in *Syriacis* meminit Leonicus *lib.* 2. *variæ Hiſtoriæ cap.* 20. & ex aliis Pierius Valerianus *lib.* 45. *in Hieroglyphicis, ubi de anchora, in fine.*

§. III. Diverſa Florentina lectio eſt, quæ in noſtra *l.* 1. ſic habet: *poſſeſſio appellata eſt, ut & Labeo ait, a ſedibus, quaſi poſitio.* quæ lectio præter laudatos ab Hilligero, & Valentia *ubi ſupra.* placet magis Bologneto, Giphanio, & Gothofredo in *d. l.* 1. Aurelio David *de V. S. cap.* 6. *num.* 26. Pichardo *ubi proxime num* 4. & confirmatur in *l.* 3. §. *ex contrario in fine hoc tit. cap. jus gentium* 9. *diſtinctione* 1. ubi *ſedium occupatis* vocatur *poſſeſſio*, a qua dominium jure gentium cœpit, ut in noſtra *l.* 1. §. 1. & quia *ſedium poſitio* eſt ſymbolum poſſeſſionis. *cap. ut noſtrum* 9. *de offic. Archidiaconi. c. dilectus* 19. *c. pro illorum* 22. *cap. dilectus* 25. *de præbendis.* Illuſtrant poſt Servium noviores ad illud Virg. 11. *Æneid.*

—— *Devicta Aſia ſubſedit adulter.*

Hotmanus *lib.* 10. *obſerv. cap.* 7. Petrus Fab. *lib. de Dei nomine in addit. pag.* 275. Nobis placuit jam olim, utramque ex his lectionibus defendi poſſe, & Labeonem Paulumque utramque tradidiſſe. *d. l.* 3. §. *ex contrario in fine.* poſt alios Peregrinus & Valentia *ubi ſupra.* ſed derivatio *poſſeſſionis* a *ſedibus* etymologiæ veræ propius accedit; quia *poſſidere* eſt quaſi *poſſe ſedere*, ut inter alios Donellus *lib.* 5 *comment. cap.* 6 Notatio autem a *pedibus* eſt alluſio ad vocis ſimilitudinem. Plane quamvis rebus mobilibus non ſemper ſedium, pedumve poſitio conveniat, poſſidentur tamen proprie: neque in contrarium argumentari licet ad alterutram ex his lectionibus; quia notationes nominis ſunt deductæ ab eo, quod frequentius fit, non definitiones rei, ut pluribus explicat Valentia, Pichard. & Medices *ubi proxime.* Forcatulus *in Necyomantia dialogo* 73. *num.* 3.

§. IV. Poſt notationem nominis *Poſſeſſionis* diſtinguendus in primis eſt ejuſdem uſus, & ſignificatio, quæ varia in jure eſt & æquivoca, ut agnoſcunt Alexander de Imola *conſil.* 63. *num.* 6. *volum.* 6. Cardinalis Tuſchus *tom.* 6. *practicar. lit. P. concluſ.* 400. *num.* 5. Raudenſis *de analogis juris cap.* 15. *num.* 180. ſed ſuppoſita interim propria acceptione, juxta quam poſſeſſio eſt detentio, ut in definitione plenius dicemus, obſervandum nunc eſt, interdum poſſeſſionis verbo uſucapionem intelligi, ut in *l. ait Prætor* 23. §. 1. *ff. ex quib. cauſſis major.* indeque elucidandus eſt Papinianus in *l. denique* 19. *ff. ex quib. cauſſis major.* ibi: *poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui; quia hæc ſine poſſeſſione non conſiſtit.* Quæ verba, tanquam Papiniano indigna, quaſi ſcilicet dicturus ille fuerit, niſi inepte omnino & inſulſe, poſſeſſionem ſine poſſeſſione non conſiſtere, emendat P. Faber, pro voce *poſſeſſionem* reponens *uſucapionem, lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 25. nec dexterius exponit Vaconius *lib.* 3. *declarat. cap.* 33. *num* 5. & a Triboniano vocem *poſſeſſionem* pro uſucapione ſubſtitutam contendit poſt Fabrum noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 4. *num.* 15. & ante eos Pratejus in *juriſpr. media lib.* 3. *inverſionum cap.* 22. ſed immerito, quippe in prioribus verbis *d. l. denique* 19. accipitur *poſſeſſionis* vox pro uſucapione, cujus proprium eſt illud, quod ſequitur, *non poſſe eam ſine poſſeſſione conſiſtere. l. ſine* 25. *ff. de uſucap.* notant poſt Accurſ. & Antiquiores Cujac. *lib.* 3. *quæſt. Pap.* & Eguinarius Baro in *d. l. denique* 19. Briſſonius *de V. S. verbo poſſeſſio.* Radulphus Fornerius *lib.* 2. *rer. quotid. cap.* 25. Giphanius in *l. cum heredes* 23. *num.* 12. *hoc tit.* cui expoſitioni ſuffragantur libri juris Baſilicôn, in quibus *poſſeſſionis* verbo in *princ. d. l. denique* 19 reſpondet [illegible], id eſt, *dominii per uſum adquiſitio*, ſive *uſucapio*, ut obſervat Cujac. *lib.* 12. *Pauli ad Edict.* in *l. cum miles* 30. *ff. ex quibus cauſſis major.* & in *l. cum heres* 28. *hoc tit.* nec refragatur Papiniani elegantia: nam, ut notat idem Cujacius in *d. l. denique* 19. & in *paratitlis ad tit. ff. de uſucapionibus*, efficitur ex illa oratione, *poſſeſſio ſine poſſeſſione non conſiſtit*, familiaris Rhetoricis figura, quam Græci πλοκήν, Latini *Repetitionem*, ſeu *traductionem* nominant, per quam eadem vox alio ſenſu in principio, & alio poſtea uſurpatur, ut docent Quintilianus *lib.* 9. *inſt. oratoriarum cap.* 3. Aquila Romanus *de figuris ſententiarum in* πλοκῇ. Auctor *Rhetoricorum ad Herennium lib* 4. ubi hoc adſert exemplum, *amari nihil eſt, ſi curetur, ne quid inſit amari.* obſervavi & aliud exemplum in *l. ſciendum* 15. §. *ſi fundus* 3. *ff. qui ſatisdare cogantur.* de quo tamen plura dicemus ad *l.* 3. §. *ex contrario hoc tit.*

§. V. Ex eadem animadverſione explicandus eſt Paulus in *l. cum miles* 30. *ff. ex quib. cauſſis major.* ibi: *quia poſſeſſio defuncti quaſi juncta deſcendit ad heredem*, quæ ſententia falſa eſt in poſſeſſione, quatenus detentio eſt; ea enim ad heredes non deſcendit nec pertinet, niſi apprehendatur. *l. cum heredes* 23. *hoc tit. l.* 1. §. *Scævola ff. ſi is qui teſt. liber.* ideoque verbum *poſſeſſio* in *d. l. cum miles* 30. Triboniano adſcribit poſt Fab. Valentia *ubi proxime.* nec felicius exponit idem Faber *de error. Pragm. decade* 5. *error.* 4. & in *juriſpr. Papin. tit.* 2. *principio* 5. *illatione* 3. & *tit.* 6. *principis* 5. *illatione* 9. Valentia *lib.* 3 *illuſtr. tractatu* 1. *cap.* 2. *num.* 15. ſed accipienda eſt vox *poſſeſſio* pro uſucapione, quæ inchoata a defuncto ad heredem tranſit, & nondum adita hereditate poteſt impleri ſingulari jure. *l. nunquam* 31. §. *vacuum. l. cœptam* 40. *l. juſto* 44. §. *nondum ff. de uſucap. l.* 2. §. *etiam heredi. l. qui cum* 6 § *ult. ff. pro emptore.* docet poſt Albericum Cujac. *lib* 12. *Pauli ad Edict.* in *d. l. cum miles* 30. & 3. *quæſt. Pap.* in *d l. denique* 19. & in *d. l. cum heredes* 23. ubi Giphanius *num.* 11. cum pluribus Hilligerus ad Donell. *lib.* 7. *cap.* 10. *litera C.*

§. VI. Deinde, ut pergamus, ſciendum eſt, non ſemel *poſſeſſionis* verbo proprietatem intelligi. vid. Virgil. *lib.* 7. *Æneidos, verſu* 535. *cum* 4. *ſeqq. d l. ſciendum* 15. §. *ſi fundus* 30. *ff. qui ſatisd. cogantur. l. interdum* 78. *ff. de V. S. l. ſi de vi* 37. *ff. de judiciis. l. cum res* 4. *C. de contrah. emptione.* in qua, quod dicitur duplicari titulum poſſeſſionis non poſſe, neceſſario accipiendum eſt de dominio, quod ſemel & ex una duntaxat cauſſa adquiritur, non autem de poſſeſſione, quatenus detentio eſt, quæ poteſt pluribus ex cauſſis contingere. *l.* 3. §. *ex plurimis hoc tit.* notant & ad rem explicant poſt Claſſicos in *d. l. cum res* 4. & in *d.* §. *ex plurimis.* & præter laudatos ab Hilligero ad Donellum *lib.* 5. *cap.* 16. *litera B* Pichardo in *princ inſt. art.* 1. *num.* 14. *de interdictis.* Petrus Faber in *l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de reg. jur.* Gilkenius *de præſcript. part.* 2. *membro* 3. *cap.* 1. *num.* 15. ſed & interdum *poſſeſſiones* vocantur res poſſeſſæ, & quidem generaliter, etiamſi mobiles ſint. *l. ult.* §. *patrimoniorum* 21. & §. *ſed & eos* 23. *ff. de muner. & honor.* juncta *l.* 22. §. *ult ff. ad Municipalem.* frequentius autem res immobiles. *l. Titia* 87. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. prædiis* 91. §. *Titio ff. de leg.* 3. *l. Sejæ* 20. §. *Tyrannæ ff. de inſtructo. l.* 1. *ff. de reb. dub.* cum congeſtis ab Alberico & novioribus de *verbis juris, verbo poſſeſſio.* Alciato, Rebuffo, & aliis in *l. interdum* 78. *ff. de V. S.* Connan. *lib.* 3. *comment. cap.* 8. *num* 1. Dav. Argenteo *notarum juris ſelect tit. de interdictis pag.* 5. Stewechio ad Vegetium *lib.* 4. *de re militari cap.* 7. in

Digitized by Google

in principio. & ex noſtratibus Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 16. *num.* 5. Unde & legatis *poſſeſſionibus*, venditisve comprehenduntur duntaxat res immobiles, ut *arg. l. ab exequutione* 5. *C. quorum appellat. non recip.* juncta regula textus in *l. librorum* 71. §. *quod tamen Caſſius ff. de leg.* 3. docet Bart. in *l. uxorem* 41. §. *legaverat ff. de leg.* 3.

§. VII. Verum ſingulæ iſtæ *poſſeſſionis* pro uſucapione vel proprietate aut rebus immobilibus acceptiones non propriæ ſunt ſed translatitiæ, in quibus per Metonymiam, ſeu Metalepſim, tropos Rhetoricis ootiſſimos, utuntur juris auctores adjuncti nomine, ad ſubjectum aut ſimile ſignificandum. Proprie autem *poſſeſſionem* vocamus detentiooem, ut ex definitione jam liquebit. Plane definitionem poſſeſſionis non omnino omiſerunt veteres JCti, inter quos Ælius Gallus, qui de verborum, quæ ad jus pertinent, ſignificatiooe ſcripſit, ut conſtat ex epigraphe *l. paries* 157. *ff. de V. S. poſſeſſionem* ita deſcribit apud Feſtum Pompejum *de V. S. verbo poſſeſſio.* ibi: *poſſeſſio eſt uſus quidam agri, aut ædificii.* quibus ex verbis *poſſeſſionem* ſic recte definiri, ut ſit *uſus quidam rei*, contendit Cujac. *lib.* 54. *Pauli ad Edict.* in noſtra *l.* 1. & in *recitat. ff. & C hoc tit. in princ.* & conſentiunt fere Briſſonius *de V. S. verbo poſſeſſio.* Lævinus Torrentius in Horatium *lib.* 2. *epiſtola* 2. *verſ.* 159. Alciatus in *l. quinque num.* 86. *C. fin. regund.* Forcatulus *dialogo* 73. *num.* 20. Connanus *lib.* 3. *comment. cap.* 8. *num.* 2. Charondas *lib.* 1. *veriſimilium cap.* 6. Vultejus *conſil.* 30. *num.* 125. *volum.* 2. Petrus Peckius *in regula ſine poſſeſſione num.* 2. *de reg. jur. in* 6. exiſtimantes eam definitionem *poſſeſſionis* proponi in *l. quæſtio* 115. *ff. de V. S.* quæ & ideo in primis explicanda eſt.

§. VIII. Docet itaque Javolenus in *d. l. quæſtio* 115. *poſſeſſionem ab agro diſtare proprietate juris.* nempe civilis Romani, quod abſolute interdum *jus* appellatur. *l. ſi unus* 27. §. *pactus ff. de pactis. l.* 1. §. *ult. ff. de ſuperficiebus. l.* 1. *ff. quib. modis uſusfr. amitt. l.* 1. §. *idem Pomponius ff. quod falſo tut.* §. *autem inſt. de perpet. & temp. act. poſſeſſionem* enim, ait Javolenus, *appellamus, quidquid apprehendimus cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec pertinere poteſt.* ſcilicet jure civili, ut evenit in prædiis provincialibus, ſtipendiariis, & tributariis, quorum proprietas ex jure Quiritium, ſive dominium legitimum, & Quiritarium (de quo & Bonitario infra plenius ad *l.* 3. §. *ex contrario hoc tit.*) ſubactis bello provinciis factum eſt populi Romani, vel Principis. *l. belli. l. ſi captivus* 20. §. 1. *ff. de captivis.* uſus autem eorum prædiorum & poſſeſſio privatis conceſſa eſt, ut in eorum bonis jure gentium ſive in dominio bonitario ſint ſtipendio vel tributo impoſito, quod prædiis ſolvant, ut monet Theophilus in § *per traditionem inſt. de rer. diviſione.* proinde de his prædiis recte dicitur, *poſſeſſiones* appellari; quia proprietas eorum, hoc eſt, legitimum dominium & Quiritarium, cum publicum nempe populi aut Principis ſit, ad nos ſcilicet privatos non pertinet, nec pertinere quidem poteſt. Ideoque Javolenus concludit, *poſſeſſionem* eſſe uſum, nempe in his prædiis, quorum uſus duntaxat privatis conceſſus eſt, & poſſeſſio, a qua dominium bonitarium incipit jure gentium, ut in §. *dominium* 1. *noſtræ l.* 18. in eoque poſſeſſionem diſtingui ab agro, cujus nomen refertur ad proprietatem juris civilis, ſive Quiritarium dominium, ut poſt Pompejum Feſtum *de V. S. verbo poſſeſſiones.* Divum Iſidorum *lib.* 15. *origin. cap.* 13. expoſuit primus Briſſ. *lib.* 4. *Select. cap.* 1. & præter laudatos a Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 2. *cap.* 2. *num.* 3. Rævard. *ad leg.* XII. *Tab. cap.* 16. Hotmanus *illuſtr. quæſt.* 1. Giphan. in *l.* 1. §. *ult. num.* 85. *hoc tit.* Fornerius, Gothofredus, & alii in *d. l. quæſtio* 115. Calvinus *de verbis juris, verbo poſſeſſiones.* quamvis aliter noviſſime Merillius *lib.* 5. *obſerv. cap.* 27. eoque ſenſu *poſſeſſionis* verbum de prædio provinciali, cujus proprietas publica eſt, exponendum eſt in *l. Lucius* 11. *ff. de evict. l. filii* 22. §. *ult. ff. ad Municip. l. ſi pendentes* 27. §. *ſi quid ff. de uſufr.* Nam ut appoſite ad rem Seneca *epiſtola* 73. *Stulta Avaritia mortalium poſſeſſionem proprietatemque diſcernit, nequidquam ſuum eſſe credit, quod publicum eſt.* quemadmodum eadem ratione verbum *uſus* acceptum pro poſſeſſione, & *mancipium* pro proprietate diſtingui, & ex adverſo opponi ſolet, ut apud Ciceronem *lib.* 7. *familiarium epiſtola ad Curium.* ibi: *cujus cum proprium te eſſe ſcribis mancipio & nexu, meum autem uſu & fructu.* Lucretium *lib.* 3. *de natura rerum.*

Vitaque mancipio nulli datur omnibus uſu.

Publium Syrum in *Mimis*: *fortuna nobis uſu dat multa, mancipio nihil.* Arnobium *lib.* 2. *adverſus gentes.* ibi: *uſu & illis eſt vita, non mancipio tradita.*

§. IX. Apparet jam ex interpretatione. *d. l. quæſtio* 115. non proponi in eo textu definitionem poſſeſſionis, ſed deſcriptionem prædiorum provincialium, quatenus poſſeſſiones dicuntur, nec tamen ideo repudiaverim definitionem Ælii Galli, de qua ſupra §. 7. ut *poſſeſſio* ſit uſus quidam rei, quia quamvis non omnino ſtrictis Dialecticorum in definiendo regulis conveniat, defendi tamen ſaltem ut deſcriptio JCto digna poteſt, & firmatur aperte in *d. l. quæſtio* 115. ibi: *poſſeſſio ergo uſus:* junctis notatis §. *præcedente in fine*, & in juris locis, in quibus *uſus* nomen accipitur pro poſſeſſione, per quam res adquiritur, eum uſucapitur, ut in verbis illis legis XII. Tabb. quæ uſucapionem introduxit, *rerum mobilium annuus uſus, & auctoritas fundi biennium eſto.* de quibus Cicero in *orat. pro Cæcina*, & in *Topicis.* ſic & in *l.* 1. *l. denique* 19. *cum l. ſeq. l. ait Prætor* 23. §. 1. *ff. ex quib. cauſſ. majores. l. non quocumque* 82. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. non ſolum* 33. *ff. de uſucap. l. mulier* 22. §. *ſed enim, in fine. l. deducta* 58. §. *cum autem* 6. *in fine ff. ad S. C. Trebell.* & apud Horatium *lib.* 2. *epiſtola* 2. ibi:

Quædam, ſi credis Conſultis, mancipat uſus.

Nec moveor argumentis, quibus definitionem hanc improbant, & *uſum a poſſeſſione* diſtingui re ipſa, & juris effectu, ut in *l. ſi ut certo* 5. §. *ult. ff. commodati. l.* 1. *in fine ff. de furtis. l.* 1. §. *ult. hoc tit. l. ult. ff. de ſervitutibus. l.* 2. *in fine ff. de precario.* cum ſimilibus. probant Duaren. in *paraphraſi ad hunc tit. cap.* 1. Hilligerus ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 6. *litera E.* Gilkenius *de præſcript. part.* 2. *membro* 3. *cap.* 1. *num.* 22. & ex noſtratibus Valentia *lib.* 1. *tractatu* 2. *cap.* 2. *num.* 4. agnoſco enim, *uſum* ſpecialiter acceptum diſtare *a poſſeſſione:* cæterum *poſſeſſio* Ælio Gallo eſt *uſus*, non quilibet, ſed ut diximus, *quidam*; hoc eſt, certa propriaque ſpecies uſus, qualis eſt detentio, in qua poſſeſſio conſiſtit, idque dicendi genus ex more eſt veterum juris auctorum, qui nuda & ſimplici rerum deſcriptione cootenti plerumque his adjiciebant verbum *quædam*, aut propria, aut certa, ut definitam rem ab aliis ſimilibus tacite diſtinguerent, & Dialecticorum argutiis occurrerent, ut in *l.* 1. §. *dolum ff. de dolo.* & in *princ. inſt. de legatis.* & apud Ulpianum in *fragm. tit.* 19. §. *mancipatio, & tit.* 22. §. *cretio.* notant ad rem Cujacius *lib.* 54. *Pauli ad Edict.* in *l. noſtra* 1. & in *recitat ad hunc tit. ff. & C. in princ.* Hilligerus ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 1. *litera F.* Pichardus *in princ. inſt. num.* 9. *de legatis.* & *ad tit. ff. de leg.* 1. *cap.* 2. *num.* 7.

§. X. Sed quando jam quærenda definitio eſt, quæ apertius explicet eſſentiam poſſeſſionis, quam etiam peritiſſimos definire auſos non fuiſſe Accurſ. teſtatur in *l. ſtipulatio* 38. §. *hæc quoque, verbo ſtipuletur ff. de V. O.* quem commendant in hac re Balbus *de præſcript. part.* 3. *princip.* 3. *quæſt.* 1. *in princ.* Ferretus in noſtra *l.* 1. *num.* 7. ſciendum eſt, poſſeſſionem a Bartolo & Antiquioribus fere omnibus ſic definiri, ut ſit *jus inſiſtendi rei non prohibitæ poſſideri:* ſequuntur plures laudati a Gomezio in *l.* 45. *Tauri num.* 17. Medices in *l. ult. ff. de legibus, gloſſa* 1. *part.* 2. *num.* 1. & *definitione* 66. *in fine.* Gil-

Gilkenius de præſcript. part. 2. membro 3. cap. 1. num. 17. varie autem a novioribus definitur, ut apud congeſtos a Pichardo in princ. inſt. de interdict. art. 2. num. 25. Valentia illuſtr. lib. 1. tractatu 2. cap. 2. num. 8. Hilligero ad Donell. lib. 5. cap. 6. litera C. & P. videre eſt. In noſtra autem Academia Bartoli definitione omiſſa, quam Antiquiores præceptores ſequebantur, noviores improbant rejecta etiam definitione Donelli lib. 5. comment. cap. 6. quæ cum aliquamdiu obtinuiſſet inter noſtrates, poſtea merito diſplicuit Valentiæ d. cap. 2. num. 8. Gilkenio de præſcript. d. cap. 1. num. 14. receptæ tandem ſunt duæ definitiones. Altera præceptoris noſtri, imo communis non Academiæ ſed Hiſpaniæ, D. Alphonſi Guillen de la Carrera in rubr. de cauſſa poſſeſſionis & proprietatis num. 49. ubi concludit, poſſeſſionem eſſe detentionem cum animo ſibi habendi conjunctam. Altera eſt clariſſimi etiam doctoris noſtri Melchioris de Valentia ubi ſupra num. 11. affirmantis poſſeſſionem eſſe detentionem rei corporalis cum animo ſibi poſſidendi conjunctam.

§. XI. Ego, quamvis invitus a magiſtris meis diſſentiam, neutram tamen ex his definitionibus probare poſſum. Non primam, quoniam quamvis interdum ex mente contrahentium confundantur duo hæc habere & poſſidere, ut in ſtipulatione illa habere licere. l. ſtipulatio 38. §. hi qui verſ. cum vero ff. de V. O. l. ex empto 11. §. idem Neratius 8. ff. de act. empti. diverſa tamen ſunt juris proprietate, quam in definitionum verbis ſequi debemus, ut notant omnes in l. 1. §. dolum ff. de dolo. Bart. in l. omnes populi num. 59. ff. de juſt. & jure. quoniam habere juris eſt, poſſidere autem facti. d. l. ſtipulatio 38. §. hi qui. Ideoque in veteribus formulis juris diſtingui hæc ſolent habere, tenere, poſſidere. l. & uno 18. §. 1. ff. de acceptilat. l. ſi in emptione 34. §. omnium ff. de contrah. emptione. l. pater 38. §. quindecim ff. de leg. 3. §. eſt autem, ubi Theophilus, inſt. quib. modis tollitur obligatio. in eoque aberravit Cornelius Fronto, utpote grammaticæ magis quam juris peritus, dum in libello de proprietate & differentiis latini ſermonis ita ſcripſit: habere poteſt etiam fur & nequam, poſſidet nemo niſi qui rei, aut relictæ, aut donatæ dominus eſt; ita in habente uſus, in poſſidente jus eſt. Deinde quia detentio hæc cum animo ſibi habendi non convenit multis, qui poſſident, & tamen ſibi non habent, & e converſo convenit multis, qui ſibi habent, & tamen non poſſident, ut arg. d. l. ſtipulatio 38. §. hi qui. contra definitionem Azonis conſiderat Bart. in noſtra l. 1. num. 6. idque evincimus nos ſequentibus argumentis. Primo quia ſervus, ut pote incapax eorum quæ juris ſunt, etiamſi affectu ſibi habendi teneat, habere proprie ſibi non poteſt, poſſidere ſibi poteſt. d. l. ſtipulatio 38. §. hi qui, cum §. ſequenti. de qua tamen paradoxa ſententia noſtra ex profeſſo dicemus propria commentatione Academicis feriis, quæ ſequuntur. Secundo quia fugitivum ſervum habere non licet. l. Julianus 13. §. 1. ff. de act. empti. l. Celſus 5. §. ult. ff. ad exhibendum. l. quoties 21. §. in poteſtate ff. de noxalibus. & tamen poſſidemus. l. 1. §. per ſervum qui in fuga. l. Pomponius 13. l. rem quæ 15. l. ſi rem 47. ff. hoc tit. l. ſervi 17. §. ult. ff. de furtis. Tertio ſi emptori jus aliquod rei emptæ auferatur, veluti uſusfructus, habere rem non licet. d. l. ſtipulatio 38. §. ſi quis forte 3. ff. de V. O. poſſidere licet. l. permiſceri 52. hoc tit. d. l. Celſus 5. §. 1. ad exhibendum.

§. XII. E contrario depoſitarius, commodatarius, fructuarius, conductor, nec proprie, nec ſibi poſſident. l. 1. §. per eum. l. 3. §. illud hoc tit. l. Celſus 5. §. 1. ff. ad exhibendum. l. non ſolum 33. §. quod vulgo in fine ff. de uſucap. & tamen proprie habere dicuntur. d. l. ſtipulatio 38. §. habere 9. l. 1. §. quod autem 33. ff. de vi & vi armata. l. 2. §. habere. juncto §. Prætor ait ff. ne quid in loco publico. l. officium 9. ff. de rei vindicatione. l. adquiruntur 10. §. ult. ff. de adquir. rer. dom. Deinde qui precario accepit uſum ſervitutis aut rei corporalis, dicitur precario habere. l. 2. in princ. & §. ult. cum l. ſequenti. l. & habet 15. §. precario. l. ult. §. ult. ff. de precario. l. ſi precario 17. ff. communia prædiorum. & tamen non poſſidet, niſi precarium ſit ipſius poſſeſſionis rei corporalis. l. certe 6. §. is qui. l. & habet 15. §. eum qui. l. qui precario 17. l. ult. ff. de precario. l. quæcumque 13. §. 1. ff. de Publiciana. l. ſi ſervus 22. §. 1. ff. de noxalibus. l. communi 7. §. inter prædones ff. communi divid. l. Pomponius 13. §. is qui precario hoc tit. rurſus, qui actionem habet ad rem petendam, ipſam rem habere intelligitur. l. is qui 15. ff. de reg. jur. l. id apud ſe 143. ff. de V. S. etiamſi perſonalis actio ſit l. filiifamilias 34. §. ult. cum l. ſequenti ff. de her. petitione. & tamen neque poſſidet neque poſſidere intelligitur, ſi perſonalis actio ſit. l. ſciendum 15. §. ſi fundus in dotem, in fine ff. qui ſatisdare cogantur. Denique hereditas nondum adita & heres adita hereditate omnia jura defuncti habet. l. hereditas 62. ff. de reg. jur. l. 1. §. Scævola ff. ſi is qui teſtam. liber. & in legatis per vindicationem, quorum dominium legatario adquiritur ipſo jure, teſte Cajo lib. 2. inſt. tit. de legatis §. vindicationis, & §. cæterum in fine, juncta l. cum filius 76. §. variis ff. de leg. 2. legatarius cui res legata eſt per formulam ſibi habeto, ut apud Ulpianum in fragm. tit. 23. de legatis §. per vindicationem. juncta l. ult. ff. de peculio legato. etiam ante rem traditam habere eam proprie dicitur. l. habere 188. ff. de V. S. & tamen neque hereditas poſſidet. d. l. 1. §. Scævola. neque heres, aut legatarius, antequam poſſeſſionem corporaliter apprehendant. l. cum heredes 23. hoc tit. l. 1. in princ. & §. qui vero ff. quod legatorum.

§. XIII. Sed nec placere magis poteſt poſterior illa præceptoris noſtri definitio, quam propoſuimus §. 10. in fine. quia quamvis in rationem juris non peccet, non tamen ſatis explicat naturam poſſeſſionis, neque ſtrictis definitionum regulis omnio congruit. Primo quia ſi poſſeſſio detentio eſt, neceſſario eſt rei corporalis, quia incorporalia non tenentur. princ. inſt. de reb. corporalib. l. 1. §. ſi viam ff. de uſucapionib. l. ſervus 43. §. incorporales ff. de acquir. rer. dom. & conſequenter ſuperflua eſt in definitione, de qua loquimur, adjectio illa rei corporalis; præſertim cum ea quæ ad habilitatem rerum, vel perſonarum pertinent, ſupponant, non proponant in definiendo JCti, ut in l. 1. ff. qui teſt. facere poſſ. l. 5. §. ſtipulatio ff. de V. O. l. legatum 36. ff. de leg. 2. princ. inſt. de obligat. cum aliis, ex quibus contra Bartolum in definitione poſſeſſionis, cujus meminimus d. §. 10. verba illa, rei non prohibitæ poſſideri, otioſa, & vitioſa eſſe docent Jaſo in noſtra l. 1. num. 35. Ripa num. 9. Coraſius in l. naturaliter 12. §. nihil commune in præludiis num. 2. hoc tit. & congeſti ab Hilligero ad Donell. lib. 5. cap. 6. litera P. Secundo quia particula illa cum animo ſibi poſſidendi incertum adhuc relinquit, quid ſit poſſidere: quippe ſi animus ſibi poſſidendi eſt ſibi tenendi, confunditur poſſeſſio cum detentione mera, & convenit definitio multis, qui ſibi tenent & tamen non poſſident. l. ſtipulatio 38. §. habere 9. ff. de V. O. l. officium 9. ff. de rei vindicatione. ſin autem animus ſibi poſſidendi eſt amplius aliquid quam ſibi tenendi, hoc ipſum eſt, quod quærimus, nec definitio exponit, niſi idem per idem & ignotum per ignotius contra præceptum Ariſtotelis lib. 1. Topicorum cap. 4. Rodulphi Agricolæ lib. 1. de inventione Dialect. cap. 5.

§. XIV. Jam vero quando aliqua rei explicandæ probanda definitio eſt, ego ut breviſſimam ita & veriſſimam ſemper cenſui traditam a Theophilo in §. idem placet inſt. per quas perſonas, & in §. eſt autem 2. inſt. quib. modis tollitur obligat. & repetitam ex parte ab eodem Theophilo in princ. inſt. de interdictis. eoque amplectendam libentius, quia & accepta videri poteſt a veteribus Juriſconſultis, quorum doctrina ac fere ætate innutritus Theophilus, quam & quodammodo probat Synopſis Baſilicôn

lib. 50. *tit.* 2. *in princ.* & ex Græcis interpretibus juris Scholiaſtes Baſilicωn *lib.* 60. *tit.* 13. §. 15. Harmenopulus in *promtuario lib.* 2. *tit.* 1. *poſt princ.* & *gloſſæ veteres verborum juris* apud Carolum Labbæum, & ex Latinis fere optimi Duarenus, Donellus, Faber, & alii, quos laudant & in effectu ſequuntur Hilligerus ad Donellum *lib.* 5 *cap.* 6. *litera G.* Pichardus in *princ. inſt. de interdictis num.* 26. Gothofredus in noſtra *l.* 1. *in princ.* Briſſonius *de V. S. verbo poſſidere.* Cujac. *lib.* 9. *obſ. cap.* 33. & ex eorum ita ſententia & noſtra *poſſeſſio eſt detentio cum animo dominantis.* vel ſi aliter Theophili Græca verba exprimas, *detentio cum affectu domini.* in qua definitione ſi explicationis gratia affectum illum domini, ſive animum dominantis ſuppleas ſubaudiasve, circa poſſeſſionem nihil amplius jure deſideres. Eſt autem *detentionis* vox in hac definitione loco generis, quia convenit & poſſeſſioni, quæ in hoc ſenſu vocatur Græcis Κατοχὴ, ut in noſtra *l* 1. *in princ.* notat Contius *lib* 1. *diſput. cap.* 9. Latinis autem *detentio*, ſeu *detentatio*. *l. ab hoſtibus* 15 §. *ult. ff. ex quib. cauſis majores. l ſi quis* 8 § 1 *C de præſcript.* 30. *vel* 40. *annorum. l. pœn. C. unde vi.* & *incubatio l* 3. *C. ne rei dominicæ.* & convenit nudæ detentioni, quæ invenitur in his, qui ſine affectu dominandi tenent, ideoque non poſſideat. *l. officium* 9. *ff. de rei vindicatione.* & a poſſeſſione diſtinguitur. *l.* 1. §. *unde* 8. *ff. quod legatorum. l. & uno* 18. §. 1. *ff. de acceptilat.* §. *eſt autem*, ubi Theophilus, *inſt. quib. modis tollitur obligatio* denique excludit detentionis vox res incorporales, quæ, quia non detinentur, non poſſidentur. *l.* 3. *hoc tit. l.* 4. §. *ſi viam ff. de uſucap. l. ſi ædes* 39. §. *ult. ff. de ſervit. urbanor. præd. l.* 1. *tit.* 30. *Part.* 3.

§ XV. Sunt autem differentiæ loco in definitione illa verba, *cum animo dominantis*, ſive *cum affectu domini* quibus ſingulis unum idemque exprimimus, nempe animum detinentis, ut poſſideat, ita affectum eſſe debere, ut velit tanquam dominus poſſeſſionis eam ſibi tenere, & ei dominari tanquam ſuæ, ſive ut Juriſconſulti noſtri loquuntur, eſſe, agere, & gerere pro domino circa poſſeſſionem, ut ego didici ex *l.* 5. *ff. ut in poſſeſſionem legatorum. l. filiusfam.* 114. § *iidem Principes ff. de leg.* 1. *l. Titia* 48. *ff. de ſolut. l. inficiando* 67. *ff. de furtis. l.* 2. *C. hoc tit.* Namque & dominium poſſeſſionis nominatur in *l.* 1. *Cod. Gregor.* ſi ſub alterius nomine res empta erit. *l.* 2. *C. Theodoſ. de matr bonis.* ſicque explicandum eſt, quod dicitur de animo, mente, & intellectu ſive affectione, cogitatione, & propoſito poſſidendi in noſtra *l.* 1. §. *furioſus*, §. *cæterum*, & §. *per procuratorem. l.* 3. §. 1. & §. *Neratius*, & § *in amittenda. l. qui jure* 41. *l. quamvis* 46. *hoc tit.* unde & conſequens eſt, eos omnes, qui ſine affectu dominantis circa poſſeſſionem tenent, non poſſidere, quia poſſeſſioni tanquam alienæ incumbunt alieno nomine, non tanquam dominantes ſuo nomine, veluti commodatarii, depoſitarii, coloni, ſive inquilini, fructuarii, & qui precario habent uſum rei non poſſeſſionem. *l. adquiruntur* §. *ult. ff. de adquir. rer. dom. l officium* 9. *ff. de rei vindicatione. l. rei* 8. *ff. commodati. l. licet* 17. §. 1. *ff. depoſiti. l. certe* 6. §. *is qui rogavit ff. de precario. l.* 1. *C. communia de uſucap. l.* 2. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annorum. l ſervi* 16. *ff. de periculo & comm. rei vendit.* cum adductis ſupra §. 12. *in princ.* ſicut nec poſſident miſſi a Prætore in poſſeſſionem cuſtodiæ cauſſa. *l.* 3. §. *ult. l ſi quis ante* 10. §. 1. *hoc tit. l. officium* 9. *ff. de rei vindicatione. l.* 3. §. *creditores ff. uti poſſidetis. l.* 1. §. *quæſitum ff. quod legatorum. l. cum legatorum* 12. *ff. quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur. l.* 2. *ff. pro herede. l.* 5. *ff. ut in poſſeſſionem legatorum.*

§. XVI. Sed objiciuntur noſtræ definitioni exempla creditoris in pignore, & ejus, qui precario poſſeſſionem rogavit, quos vere proprieque poſſidere merito jam inter noſtrates obtinuit. noſtra *l.* 1. §. *per ſervum corporaliter. l. qui pignoris* 36. *cum l. ſequenti hoc tit. l. qui a ſervo* 16. *ff. de obligat. & act.* cum adjectis ſupra §. 12. & adducendis ex profeſſo ad *l.* 3. §. *ex contrario hoc tit.* & tamen neque creditor, neque qui precario rogavit, poſſident opinione domini. *l. quæcumque* 13. §. 1. *ff. de Publiciana. l. ſi ſervus* 22. §. 1. *ff. de noxalibus.* neque cum affectu dominandi, quia eo ipſo furtum committerent, ſi pignus, vel precarium rei mobilis eſſet. *l. ſi pignore* 54. *l. ſi is qui pignori* 73. *l. qui re* 76. *ff. de furtis.* quo argumento tanquam fortiſſimo contra Theophili & Donelli definitionem utuntur præceptores noſtri, & ex eis Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 12. Reſpondendum tamen eſt, diſtinguendam eſſe opinionem domini circa rem poſſeſſam ab affectu animi dominantis circa poſſeſſionem. Nam cum opinio ſit mentis perſuaſio circa incerta, quorum ſcilicet ſcientia non eſt, ut poſt Platonem in *Theæt.* & *dialogo* 5. *de Rep.* exponunt Ariſtoteles *lib.* 6. *Ethicorum cap.* 3. & 5. *in fine.* Cicero *lib.* 1. *Academic.* Lactantius *lib.* 3. *divin. inſt. cap.* 3. D. Iſidorus *lib.* 2. *orig. cap.* 24. Donatus in *Terentium in Andria.* & ex aliis Lipſius *lib.* 3. *ad Philoſoph. Stoicam cap.* 8. creditor autem & qui precario rogavit, ſi ſciant rem ſuam non eſſe, non poſſunt, quamvis vere poſſideant, poſſidere opinione domini circa rem ipſam. *d. l. ſi ſervus* 22. §. 1. *l. ſi noxali* 27. §. 1. *ff. de noxal. d. l. quæcumque* 13. §. 1. *ff. de Publiciana.* Ideoque nec nos dicimus, neceſſariam eſſe ad poſſidendum opinionem domini circa rem ipſam; ſed affectionem animi dominantis circa poſſeſſionem, quæ affectio cum ſit voluntatis, non ut opinio mentis, & tam ille, qui precario rogavit, quam creditor poſſeſſionem ex juſta cauſſa acceperint, volunt utique & poſſunt ſine furandi affectu poſſeſſionem ſibi habere, & ei dominari tanquam ſuæ, quamvis circa rem ipſam neque opinione domini ſint; quia ſciunt alienam, neque affectione dominandi, quia furtum committerent.

§. XVII. Supereſt ex propoſitis in titulo hujus commentationis poſtrema inſpectio, pertinens ad §. *genera noſtræ l.* 3. *hoc tit.* qua inter juris auctores, & interpretes nulla impeditior de diviſione poſſeſſionis: ſed ut perſpicue & breviter explicemus, animadvertimus, poſſeſſionem ſupra definitam in duas ſpecies dividi ſolere, civilem & naturalem. *l.* 3. §. *ult. ff. ad exhibendum. l.* 2. §. 1. *ff. pro herede. l. ſtipulatio* 31. §. *hæc quoque ff. de V. O. l* 1. §. *dejicitur ff. de vi & vi armata. l. quod ſervus* 24. *hoc tit. l.* 45. *Tauri.* easque ſpecies proprie eſſentialiterque diſtingui, & poſſeſſionem ipſam duplicem eſſe, non unicam probari videtur in noſtro §. *genera, cum ſeq. l. quemadmodum* 8. ibi: *nulla poſſeſſio, hoc tit. l. non ſolum* 33. §. *quod vulgo in fine.* ibi: *nullam poſſeſſionem, ff. de uſucap. l. nemo* 10. *C. hoc tit.* docent ita & diſtinguunt poſt Joannem veterem gloſſographum apud Accurſ. in noſtra *l.* 1. *verbo ait.* Bart. *ibi num.* 7. & præter laudatos ab Hilligero ad Donellum *lib.* 5. *cap.* 7. *litera B. & ſeq.* & a Valentia *d. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 2. cum pluribus Ant. Fab. in *ſuo Codice lib.* 7. *definit.* 24. *num.* 8. Cujacius in *recitat. Cod. hoc tit.* Merillius *lib.* 2. *obſ. cap.* 32.

§. XVIII. Plane quænam civilis aut naturalis poſſeſſio ſit, & quatenus aut qualiter diſtinguantur, inter interpretes non ſatis convenit. Verum rejecta diſtinctione Joannis & Bartoli, quos ex pragmaticis & Accurſianis plerique ſequuntur, affirmantes civilem poſſeſſionem eſſe, quæ ſolo animo retinetur, naturalem autem, cui facto ipſo & corpore inſiſtitur; quæ diſtinctio firmari videtur in *l.* 2. *tit.* 30. *Part.* 3. & convincitur ex *l.* 3. §. *in amittenda. l. poſſeſſionem* 29. *hoc tit.* juncta *l. pupillus* 11. *ff. de adquir. rer. dom.* rejectis & aliorum opinationibus, quas videre eſt apud Hilligerum ad Donellum *lib.* 5. *cap.* 7. *lit. B. & ſeqq.* recepta magis eſt in Academia noſtra & inter cordatiores interpretes Alciati ſententia in noſtra *l.* 1. *num.* 33. cui poſt Donell. Fab. & alios ſubſcribit Valen-

lentia *d. cap.* 3. *num.* 6. & 11. Gilkenius *de præſcript. parte* 2. *membro* 3. *cap.* 1. *num.* 38. Peregrinus *d. lib* 3. *variar. num.* 23. Petrus Peckius in *regula ſine poſſeſſione de reg. jur. in* 6. qui docent, civilem poſſeſſionem eſſe juſtam & bona fide apprehenſam, ſive quoad civiles effectus jure civili approbatam, & e contrario naturalem eſſe injuſtam, ſive mala fide apprehenſam, quæ quia civili jure non probatur, manet in terminis naturalis poſſeſſionis. noſtra *l.* 3. §. *ex contrario*, & §. *genera verſ. vel etiam. l.* 1. §. *dejicitur ff. de vi armata. l. duo* 19. *de precario.* eas autem ſpecies poſſeſſionis, nempe civilem juſtam a naturali injuſta proprie, eſſentialiterque diſtingui, vel ex eo colligit noſter Valentia *d. cap.* 3. *num.* 12. quia cum poſſeſſionis ſubſtantia ſit facti & animi. *l.* 1. § *Scævola ff. ſi is qui teſt. liber.* debet utique diverſitas animi in poſſeſſore diverſas eſſentialiter poſſeſſionis ſpecies inducere, & conſequenter, quemadmodum bona fides in animo poſſeſſoris diſtinguitur eſſentialiter a mala fide, ita etiam civilis juſtaque poſſeſſio, quæ ex bona fide æſtimatur, diſtinguenda eſſentialiter eſt a naturali injuſtaque poſſeſſione, quæ ex mala fide talis cenſetur.

§. XIX. Sed ut noſtrum quoque judicium in re adeo controverſa interponamus, agnoſcimus in primis rectam eſſe diviſionem poſſeſſionis in civilem & naturalem, utpote traditam a Juriſconſultis, quorum meminimus §. 17. ejusque explicationem per ſpecies poſſeſſionis juſtæ, & injuſtæ ut plurimum defendi poſſe. cæterum affirmamus, diviſionem hanc ad juris effectus veluti uſucapionis & adquiſitionis fructuum pertinere, quorum reſpectu civilis juſta poſſeſſio a naturali injuſta diſtinguitur, non autem ad ſubſtantiam poſſeſſionis, qua attenta ſpecies iſtæ eſſentialiter non diſtinguuntur; quin potius poſſeſſio quoad ejus eſſentiam unica, & eadem ſemper eſt, quod poſtremum recte tuetur poſt Azonem & Placentinum apud Accurſium in noſtra *l.* 1. *vernit*, Cumanus *ibi num.* 10. & præter relatos ab Hilligero *ubi ſupra lit. A.* & *B.* & Valentia *d. cap.* 3. *num.* 1. ſequitur Charondas *lib.* 1. *veriſim. cap.* 6. Connanus *lib.* 3. *comm. cap.* 10. *num.* 5. Petrus Greg. *lib.* 1. *ſyntagmat. cap.* 13. *num.* 15. & 22. Parladorius *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 5. *num.* 10. Emanuel Suarez *obſ. cap.* 11. Griphanius in noſtra *l.* 3. §. *genera num.* 112. Pichardus in *pr. inſt. art.* 4. *num.* 100. & *ſeqq. de interdict.* & congeſti a Gomezio in *l.* 45. *Tauri num.* 19. probatur autem hæc ſententia primo in noſtro §. *genera in fine.* ubi ſcriptum eſt: *in ſumma unum genus eſſe poſſidendi.* hoc eſt, unicam ejusdemque ſemper ſubſtantiæ poſſeſſionis ſpeciem: accipitur enim genus apud Juriſconſultos pro eo quod apud Dialecticos ſpecies. *l. in ſtipulationibus* 54. *ff. de V. O. quamvis ſpecies ejus infinitæ ſint.* idem cauſſæ, ſeu tituli poſſidendi, quæ ſpecies vocantur in *d.* §. *genera.* ſicut in *l.* 2. *ff. pro ſuo.* Secundo adſtipulatur huic ſententiæ Paulus in *l.* 3 §. *ex contrario hoc tit.* dum ſcribit *in ſumma poſſeſſionis non multum intereſſe, juſte quis, an injuſte poſſideat.* quia quamvis quoad effectus juris aliquid interſit; quoad ſubſtantiam tamen poſſeſſionis nihil intereſt. Tertio denique hoc ipſum colligitur, & conſiderationi doctoris noſtri Valentiæ, de qua §. *præced. in fine*, facile occurritur; quia cum poſſeſſionis ſubſtantia non pendeat ex juſtitia ejusdem, aut civili approbatione, quæ juris ſunt; ſed tota facti & animi ſit. *l.* 1. §. *Scævola ff. ſi is qui teſt. liber.* & animus, quem in poſſidente requirimus, non in bona fide, aut domini opinione, quæ mentis eſt, & extrinſeca poſſeſſione; ſed in affectu, & voluntate dominandi circa poſſeſſionem conſideretur, ut expoſuimus ſupra §. 16. conſequens eſt, civilem poſſeſſionem juſtam bona fide apprehenſam non diſtingui eſſentialiter a naturali injuſta, & cum mala fide: ſed unicam, eandemque ſpeciem poſſeſſionis eſſe in ſubſtantia, quia ex una, eademque detentione, & affectione dominandi conſiſtunt, quamvis ex bona, aut mala fide extrinſecus quoad juris effectus diſtinguantur.

§. XX. Hac ſententia retenta non obſtant pro contraria expenſi ſupra §. 17. textus in *l. quemadmodum* 8. *hoc tit. l. non ſolum* 33 § *quod vulgo ff. de uſucap.* quibus ſignificatur, poſſeſſionem duplicem eſſe, & in noſtro §. *genera verſ. vel etiam.* ubi traditum eſt, poſſeſſionis genus dividi in duas ſpecies: ut vel bona fide poſſideatur, vel non bona fide; namque hæc duplicitas, ſeu diviſio non pertinet ad ſubſtantiam poſſeſſionis, quam unicam eſſe Paulus docuerat in *d.* §. *genera.* ſed ad ſpecies poſſeſſionis civilis juſtæ, quæ cum bona fide eſt, & naturalis injuſtæ, quæ cum mala fide, quatenus quoad juris effectus diſtinguuntur, ſive ad titulos cauſſasque poſſidendi, quæ ſicut ſpecies dictæ fuerant in *d.* §. *genera.* ita & poſtea dicuntur in *d. verſ. vel etiam.* Nec in contrarium magis urget Conſtantini conſtitutio in *l. nemo* 10. *C hoc tit.* ubi quod ſcriptum eſt, poſſeſſionis duplicem eſſe rationem, aliam, quæ jure conſiſtit, aliam quæ corpore, non ſic accipiendum eſt, quaſi dicatur duplicem poſſeſſionis ſpeciem eſſe; ſed potius duplicem modum, qui & ratio dicitur in *l. clam poſſidere* 6. *hoc tit.* adquirendæ, retinendæque poſſeſſionis. Primum quidem, qui corpore conſiſtit, veluti cum per nos ipſos actuali proprii corporis, & animi facto poſſidemus juxta naturam ipſam ſimplicem poſſeſſionis ſine adjumento juris, ut in noſtra *l.* 1. *in pr.* & §. *adipiſcimur. l.* 3. *in pr.* & §. *Neratius. l. qui bona* 19. *hoc tit.* Secundum vero qui jure conſiſtit, veluti cum per alios adquirimus, aut ſolo animo retinemus poſſeſſionem ſine proprio ſc. corporali facto; ſed accedente juris ratione per naturalem facultatem, quam habere intelligimur per eos, qui noſtro nomine tenent. *l.* 3. §. *Nerva hoc tit. l. ea quæ civiliter* 53. *ff. de adquir. rer. dom.* quam interpretationem confirmat Synopſis Baſilicōn *lib.* 50. *tit.* 2. §. 5. ubi prioris partis *dictæ l. nemo* 10. ſumma hæc extat. *Poſſeſſio eſt naturaliter rei detentio; ſecundum leges autem poſſeſſio eſt ejus, qui animo poſſidet, detentio.* Sentiunt ita & conſentiunt effectu reliqua *d. l. nemo* 10. varie explicantes Donellus *lib.* 5. *comm. cap.* 7. & 21. Pichardus in *pr. inſt. art.* 3. *num.* 82. & 88. *de interdictis.* Cujac. *lib.* 7. *obſ. cap.* 33. & in *recitat. C. hoc tit.* Merillius *lib.* 2. *obſ. cap.* 32. noſter Gregorius Lopez Madera *animadv. cap.* 27. *num.* 10.

§. XXI. Præterea ut aliarum opinionum aſſertoribus, multisque juris locis, quos inter diſputandum commovimus, faciamus ſatis, obſervandum eſt, naturalis poſſeſſionis appellationem ex uſu & mente Juriſconſultorum varie accipi poſſe. Primo quidem & proprie, ac frequenter magis pro poſſeſſione injuſta ſive jure civili improbata, qualis eſt uxoris in re donata a marito. *l.* 1. §. *dejicitur, cum* §. *ſequenti ff. de vi & vi arm. l. ſi eum* 26. *l. inter* 46 *ff. de donat. inter V.* & *U.* & filiifam. aut ſervi in text. *l. ſtipulatio* 38. *ff.* §. *hæc quoque ff. de V. O. l.* 2. §. *filium ff. pro herede.* juncta *l.* 1. §. 1. *ff. pro donato.* ſive pro poſſeſſione non probata jure civili quoad effectus uſucapionis, qualis eſt in re, quæ tanquam pars alterius cum univerſitate ejus, non autem ſeparatim & per ſe poſſidetur, * & quia per ſe non uſucapitur, dicitur non civiliter poſſideri. *l. tigni* 7. §. 1. quam ita accipies, *ff. ad exhibendum.* juncta *l. eum qui* 23. *in pr.* & §. *ult. ff. de uſucap. l. qui univerſas* 30. *hoc tit. l. nam origo* 8. *ff. quod vi aut clam. l. in rem* 23. §. *ult. ff. de rei vindicat. l. adeo* 7. §. *illud ff. de adquir. rer. dom.* qualis etiam eſt pignoratitia, & precaria poſſeſſio, quæ & ideo naturalis dicitur. *l. ult.* §. *ult. ff. de precario. l.* 3. §. *ult. ff. ad exhibendum.* & tamen ſuo reſpectu juſta eſt, ut pote obtenta ex juſta cauſſa. *l. quæcumque* 18. §. 1. *ff. de Publiciana. l. ſi ſervus* 22. §. 1. *ff. de noxalibus. l. communi* 7. §. *inter prædones ff. communi dividundo.* Unde explicandum eſt, quod dicitur pupillum non poſſe ſine tutoris auctoritate amittere, nec quidem poſſeſſionem naturalem, hoc eſt, injuſtam. *l. pupillus* 11. *ff. de adquir. rer. dom.* quia pupilli animus non multum a furioſo diſtat. §. *pu-*

pillus inſt. de inutilib. ſtip. & ideo non ſufficit ad amittendam animo poſſeſſionem. *l. ſi is qui* 27. *l. poſſeſſionem* 29. *hoc tit.* poteſt autem etiam ſine tutore amittere diſcedendo ex fundo naturalem inſiſtentiam, quia facti, & corporis ſolius eſt. *d. l. poſſeſſionem* 29. quam ita cum *d. l. pupillus* 11. conciliant poſt Claſſicos Cujac. & Giphanius *ibi*: Connan. *lib.* 3. *comment. cap.* 10. *in fine.* Pichardus in §. *nunc admonendi num.* 7. *inſt. per quas perſonas.* Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 2. *cap.* 6. *num.* 19. quamvis diſſenſionem inter Proculum, & Sabinum agnoſcat pro inſtituto Ner. Velaſco in *Concertationibus Proculi & Caſſii pag. mihi* 79.

§. XXII. Secunda & minus propria acceptio naturalis poſſeſſionis eſt, quoties ſic vocatur detentio corporalis ſine affectione dominandi. notat Theophilus in §. *eſt autem inſt. per quas perſon.* eoque ſenſu dicitur fructuarium, colonum, commodatarium, & depoſitarium poſſidere naturaliter. *l. communi* 7. §. *nec colonus comm. divid. l. videamus* 38. § *ſi poſſeſſionem de uſuris. l.* 2. §. 1. *pro herede. l. naturaliter* 13. *hoc tit.* id eſt, corporaliter poſſeſſioni incumbere. *l.* 3. §. *ult. cum l. ſequenti ad exhib. l. poſſeſſio* 49. *hoc tit.* vel in poſſeſſione eſſe. *l. ſi quis* 10. §. 1. *hoc tit.* juncto Hotmano *lib.* 9. *obſerv cap.* 1. non autem vere poſſidere, ut monuimus ſupra §. 15. & docent præter laudatos a Valentia *ubi ſupra cap.* 2. *num.* 44. Parladorius *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 5. *num.* 10. Donell. *lib.* 5. *comment. cap.* 6. Cujac. *lib.* 18. *obſerv. cap.* 22. & in *recit. C. hoc tit.* Petr. Gregor. *lib.* 1. *Syntagm. cap.* 13. *num.* 22. Faber in *Ration. ad l.* 5. §. *ult. commodati.* Pacius *cent.* 7. *quæſt.* 20. quamvis diſſenſiſſe in hac re Conſultos affirmet Merillius *lib.* 2. *obſerv. cap.* 31. Velaſco *ubi ſupra pag.* 10. Tertia denique naturalis poſſeſſionis acceptio eſt, quando ſic dicitur poſſeſſio ipſa, quatenus ei corpore inſiſtitur, differenſque ab ea quæ ſolo animo retinetur. noſtra *l.* 1. *in principio. l.* 3. §. *Neratius*, & §. *Nerva hoc tit.* juxta quam ſignificationem explicanda diſtinctio civilis, naturaliſque poſſeſſionis in *l.* 2. *tit.* 30. *Partita* 3. & in *l.* 45. *Tauri.* juncta opinione Bartoli, de qua ſupra §. 18. *in principio.* notat Greg. Lopez Madera *animadv. cap.* 27. *num.* 12.

PRÆTERMISSORUM

CAPUT PRIMUM.

An duo eandem rem in ſolidum poſſidere poſſint.

Ad l. 3. §. ex contrario 5. D. de adquir. vel amitt. poſſ.

§. I. Expoſitis hue uſque primariis & potioribus materiæ elementis, prætermiſſos jam, & electos magis noſtri tituli textus enarraturi, incipimus a diſputatione omnium in hoc tractatu difficillima, teſte Duareno in *noſtro* §. *ex contrario.* an ſcilicet duo eandem rem in ſolidum poſſidere poſſint. In qua quæſtione in primis Paulus in *hoc* §. pro conſtanti ſupponit, eodem poſſeſſionis genere reſpectuque non poſſe duos in ſolidum poſſidere; quia poſſeſſio detentio eſt, & natura non patitur, ut quod ego in ſolidum uno modo teneo, tu quoque in ſolidum eodem modo teneas, ut in *præſenti*, juncta *l. ſi ut certo* 5. §. *ſi duobus ff. commodati. l. duo* 19. *ff. de precario. cap. licet* 9. *verſ. ex præmiſſis de probat.* neque audiendus Vaconius *lib.* 2. *declarat. cap.* 39. *num.* 8. contendens poſt Martinum, eujus meminit Alexander in *præſenti num.* 19. poſſe duos in ſolidum civiliter poſſidere. Non audiendus inquam; quia quamvis, ut conſiderat, quoties per aſpectum rei præſentis adquiritur poſſeſſio, ut in *l.* 1. §. *ſi juſſerim. l. quod meo* 18. §. *ſi venditorem. l. quarundam* 51. *hoc tit.* vel per ingreſſum partis ſundi. *l. vulgaris* 21. *ff. de furtis. l.* 3. §. 1. *hoc tit.* vel quoties ſolo animo retinetur, non repugnet natura, quominus plures eodem tempore rem præſentem inſpicere, vel fundum per diverſas partes ingredi cum affectu poſſeſſionis in ſolidum adquirendæ, aut jam quæſitam retinere animo velint, repugnat tamen poſſeſſionis natura, quominus poſſint, quia poſſeſſio etiam his caſibus integra rei totius detentio eſt, quoad affectum poſſidentis. *d l.* 3. §. 1. ideoque vel nulli eorum niſi pro parte adquiritur, ut in eleganti *l. ſi finita* 15. §. *cum autem* 18. *ff. de damno infecto.* vel ſi uni per aſpectum, aut ingreſſum partis ſundi quæſita in ſolidum eſt, uſque adeo totius fundi detentio eſt ſui natura, & juris intellectu, ut impoſſibile ſit, ab alio in ſolidum ſundum teneri, aut retineri, & conſequenter poſſideri. *d. l.* 3. §. 1. docent poſt Joannem apud Accurſ. in *præſenti in fine.* Bart. *num.* 6. & 7. Alexand *num.* 15. & 28. Jaſon & alii apud Gomezium in *l.* 45. *Tauri num.* 99. Hilligerus ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 32. *litera X.* Faber in *Ration. l.* 5. §. *ſi duobus ff. com.* P. Faber in *l. jus noſtrum, verbo in paganis, ff. de reg. jur.*

§. II. Sed quamvis conſtet jam & conſtiterit ſemper inter veteres JCtos, unam ejuſdemque generis, & reſpectus poſſeſſionem apud duos in ſolidum eſſe non poſſe, an tamen eſſe poſſit, ſi non eodem modo ſed diverſo reſpectu & genere poſſidere intelligantur, dubiæ vel inter veteres juris auctores, & a novioribus & noſtratibus nondum diſcuſſæ ſatis aut deciſæ quæſtionis eſt, in qua diſſimulato interim explicandi munere agnoſcendum ingenue eſt, diſſenſiſſe Trebatium, & poſtea Sabinum Caſſium, & eorum Scholæ auctores a Labeone, Proculo, Pegaſo & aliis ejuſdem Sectæ, ut ſigillatim jam oſtendemus, conſtatque vel ex noſtro §. *ex contrario.* ubi ſatentur Cujac. & *lib.* 5. *obſerv. cap.* 22. & *lib.* 9. *cap.* 32. Faber in *d. l.* 5. §. *ſi duobus ff. com.* poſt alios Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 2. *cap.* 3. *num.* 16. Velaſco in *Concertationibus Proculi, & Caſſii cap.* 15. Verior autem, & omnino probanda ſententia eſt, quam contra Trebatium, & Sabinianos Labeo, & Proculejani & ex eorum ſecta Celſus in *d. l.* 5. §. *ſi duobus ff. com.* juncta *l.* 2. §. *ult. ff. de orig. jur.* & cum eiſdem Paulus proponit in *præſenti verſ. quem Labeo.* docens non poſſe duos in ſolidum vere poſſidere, nec diverſo quidem genere poſſeſſionis. Quam ſententiam utcumque non evincat contextus *d. verſ. quem Labeo.* (qui admittit ſane cavillationem Duareni, & aliorum ibi aſſerentium non reprehendi a Labeone opinionem Trebatii de diverſo genere poſſeſſionis apud duos conſiſtente: ſed exemplum poſſeſſionis juſtæ & injuſtæ; quia diverſæ ſpecies iſtæ non ſunt in ſumma poſſeſſionis.) extorquet tamen juris ratio maſcula & ſolida, qua Labeo utitur: *quoniam*, ut inquit, *in ſumma poſſeſſionis non multum intereſt, juſte quis, an injuſte poſſideat*, ut Paulus noſter docet in *l.* 2. *ff. uti poſſidetis.* & Celſus Proculejanus in *l. qui fundum* 12. *ff. quemadmod. ſervit. amitt.* proinde cum poſſeſſionis juſtæ & injuſtæ, ſive naturalis & civilis, unica ſpecies ſit in eſſentia, ut oſtendimus ad *l.* 1. *hoc tit.* §. 19. conſequens eſt, non poſſe eandem rem duos in ſolidum poſſidere, neque unum civiliter aut juſte, & alium naturaliter aut injuſte, quia nec diverſæ ſpecies ſunt, ſed una eademque poſſeſſio & detentio, & qui civiliter in ſolidum poſſidet, ita totam rem tenet & complectitur, ut teneri ab alio non poſſit, non magis, quam in eodem loco duo ſtare, aut ſedere, ex comparatione noſtri textus ſumpta a derivatione poſſeſſionis, de qua ſupra ad *l.* 1. *num.* 3. niſi ut Martialis jocatur *lib.* 5. *epigram* 39.

Uno eredis equo poſſe ſedere duos.

Quo & reſpiciunt Cicero *lib.* 4. *Academicarum.* D. Cyprianus in *cap. loquitur* 18. *verſ. epiſcopatus* 24. *quæſt.* 1. eaque ſententia tentata a Cumano in *præſenti num.* 13. & 15. obtinuit apud noviores Cujacium, Fabrum, Velaſcum *ubi ſupra.* Valentiam, quamvis eam ex contrariis principiis non ſatis conſequenter deducat, *d. cap.* 3. *num.* 14. Pacium *cent.*

4.

4. *quæſt.* 39. cum pluribus Hilligerum ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 32. *litera X.*

§. III. Contrariam tamen ſententiam Trebatii, & Sabini, nempe poſſe duos in ſolidum diverſo modo poſſidere, veluti unum civiliter, & alium naturaliter, ſequitur Accurſius in *præſenti gloſſa magna ad fin.* Bart. *ibi num.* 8. & 10. Duarenus, & Giphan. *num.* 55. Alciatus in *l.* 1. *num.* 64. *hoc tit. gloſſa verbo eodem modo.* & interpretes Pontificii in *cap. licet* 9. *verſ. ex præmiſſis de probat.* Gomezius in *l.* 45. *Tauri num.* 100. Argumenta multa magnaque, quibus utuntur, ne, ſi prius omnia expendantur, poſtea in exponendo inculcare neceſſe ſit, expendemus, exponemusque ſingula brevitatis ergo una opera. In primis itaque pro hac ſententia eſt auctoritas Trebatii in *præſenti*, qui exiſtimabat poſſe alium juſte, alium injuſte poſſidere, quod & probatur fortiter in *l.* 3. *ff. uti poſſ.* ubi Ulpianus ſupponit, & proponit, poſſe duos in ſolidum poſſidere, unum juſte, & alium injuſte, veluti vi, aut clam; ſubjungitque ſi alter ab altero non poſſideat, neutrum eorum in interdicto *uti poſſidetis* vinci: quoniam uterque poſſidet. Cui argumento ut faciant ſatis, varii varie opinantur, ut videre eſt apud Menoch. *remedio* 3. *retinendæ num.* 714. Gomezium in *d. l.* 45. *Tauri num.* 178. Et ſane agnoſci poterat exſtare in *d. l.* 3. veſtigium diſſenſionis Trebatii, ex cujus mente ſupponens potius, quam proponens, aut probans Ulpianus loquitur, ut poſt Cujac. alioſque *ubi ſupra*, fatetur Fachinæus *controv. lib.* 8. *cap.* 16. Sed repugnat mens Juſtiniani, qui nihil contrarium in Pandectis ſe reliquiſſe profitetur. *l.* 2. §. *contrarium* 15. C. *de veteri jure enucleando.*

§. IV. Quare ſubtilius, & utilius dicetur, poſſe quoad interdictum *uti poſſidetis* concurre apud duos poſſeſſionem; non quia utraque vera poſſeſſio ſit natura, aut jure; id enim impoſſibile, ut oſtendimus; ſed quia neceſſe eſt, utramque a Prætore quoad interdictum illud pro poſſeſſione haberi ex affectu, & opinione litigantium, quorum uterque ſe poſſidere contendit & probat, ut poſt Eguinarium Baronem *lib.* 6. *manual. tit.* 17. *in fine.* notat Valentia *d. cap.* 3. *num.* 18. Donell. in *l. unica num.* 8. C. *uti poſſidetis*, & *lib.* 15. *cap.* 32. ubi Hilligerus *litera T.* P. Gregorius *lib.* 21. *Syntagm. cap.* 9. *num.* 10. quæ tamen ut intelligantur, præmonente Gilkenio *de præſcriptionibus part.* 3. *cap.* 12. *num.* 20. fingenda ſpecies eſt, in qua primus idemque abſens juſte, & animo poſſideat, ſecundus clam ingreſſus eſt poſſeſſionem, tertius autem ab hoc ſecundo vi, aut clam poſſidere cœpit. In ea ſpecie ſolus primus vere, juſteque poſſidet, quamdiu non dejicitur. *l.* 3. §. *ſed etſi* 7. *l.* 6. §. *ult. l. ſi id quod* 25. §. *ult. hoc tit.* ſecundus autem, tertiuſque non habent poſſeſſionem veram; quia primus eam retinet, quæ apud duos eſſe non poteſt, & tamen, quia quoad ſe tenent cum affectu dominantis, dicuntur poſſidere vi, aut clam, ſive injuſte. *d. l.* 6. §. *ult. l. ſi id quod* 25. §. *ult. hoc tit.* eaque poſſeſſio ſufficit quoad interdictum *uti poſſidetis*, ſi contendant cum eo, a quo non poſſident vi aut clam. *l.* 1. §. *ult. cum l.* 2. *ff. uti poſſ. l. ſed ſi vi. l. qui poſſeſſionem* 17. *cum l. ſeq. ff. de vi & vi armata. l. ult. hoc tit. l. qui precario* 17. *ff. de precario.* §. *retinendæ inſt. de interdictis.* ergo in ſpecie propoſita ſi inter primum, qui juſte poſſidet, & ſecundum qui injuſte & clam, ſit controverſia de poſſeſſione, cum ſecundus clam a primo poſſideat, condemnabitur, & erit ſuperior primus in interdicto. *d. l.* 3. *d. l.* 1. §. *ult. ff. uti poſſidetis.* ſi vero controverſia ſit inter primum, & tertium, neuter vincetur: ſed utrumque Prætor tuebitur interdicto *uti poſſidetis*: quia, cum tertius non a primo; ſed a ſecundo vi, aut clam poſſideat, quamvis primus juſte, tertius injuſte, tamen uterque poſſidet quoad interdictum, in quo juſta aut injuſta adverſus cæteros poſſeſſio ſit, nihil refert. *l.* 2. & 3. *ff. uti poſſid.* aliis autem remediis juſte poſſidenti conſultum eſt. *l.* 1. *C. ſi per vim, vel alio modo.* notat Gilkenius *d. cap.* 12. *num.* 20.

§. V. Secundo accedit Trebatio, nobiſque obſtat Sabinus in *præſenti.* docens eum, qui precario dederit, & ipſum poſſidere, & eum qui precario acceperit, nempe illum animo, & hunc corpore, ut *ex libris ad Sabinum* proponitur in *l. & habet* 15. §. *eum qui.* juncta *l. qui precario* 17. *ff. de precario.* Et Julianus, qui Sabinianus fuit. *l.* 2. §. *ult. ff. de orig. jur.* idem ſentit in *l. non ſolum* 33. §. *ult. verſ. facilius ff. de uſucap.* Verum diſſimulata interim pro interpretandi inſtituto diſſenſione Sabini & ejus Scholæ, quam agnovimus §. 2. in primis obſervanda diſtinctio eſt inter precarium rei, vel uſus ſimpliciter, & precarium poſſeſſionis ipſius, quo modo ante Valentiam *d. cap.* 3. *num.* 19. docet, diſtinguitque Connanus in *l. ſi quis ante* 10. *num.* 1. ubi & Giphanius *num.* 5. *hoc tit.* Duarenus in *præſenti*, & ad *tit. de precario cap.* 3. Cujac *lib.* 9. *obſerv. cap.* 33. P. Gregor. *lib.* 28. *Syntagm. cap.* 2. *num.* 14. Faber *de error. Pragmat. decade* 77. *errore* 7. quamvis eam diſtinctionem non ſatis capiant poſt multos Gilkenius *de præſcriptionibus pars.* 2. *membro* 3. *cap.* 8. & *part.* 3. *cap.* 12. *num.* 14. Connanus *lib.* 3. *comment. cap.* 10. *num.* 6. Covarr. in *regula poſſeſſor part.* 2. *in princ. num.* 4. *de reg. jur. in Sexto.* Amaya *lib.* 3. *obſerv. cap.* 1. §. 2. *num.* 33. Precarium rei, vel uſus vocamus, quoties ſimpliciter rogatum eſt, ut rem precario habere, aut ea uti, vel precario in fundo morari liceret, quo caſu, cum neque concedentis animus ſit amittendæ, transferendæve poſſeſſionis, neque in rogante animus ſit adquirendi aut dominandi poſſeſſioni, poſſidet ſolus is qui conceſſit: Ille autem, qui rogavit, dumtaxat tenet, habetque precario, ſive eſt in poſſeſſione, non autem poſſidet, quomodo explicandi ſunt text. in *l. ſi quis ante* 10. §. 1. *l. ſi de eo* 40. §. *ult. hoc tit. l. non ſolum* 33. §. *ult. in fine ff. de uſucap. l. certe* 6. §. *is qui rogavit ff. de precario.* Precarium autem poſſeſſionis eſt, cum ſpecialiter rogatum eſt, ut poſſidere liceret, quo caſu certum eſt, poſſidere vere proprieque quamvis precario eum, qui rogavit, quia & concedentis & rogantis animus in eo conſentit, ut qui precario rogat, quamdiu precarium manſerit, dominetur poſſeſſioni, quæ rogatur, & conceditur, in qua ſpecie accipiendi ſunt text. in *d. l. ſi quis ante* 10. §. *alt. d. l. Pomponius* 18. §. *ſi is qui precario. l. interdum* 21. *in princ.* & §. *ult. l. ſi aliquam* 28. *l. qui pignoris* 36. *hoc tit. l. nunquam* 31. §. *ſi vi. l. non ſolum* 33. §. *ult. verſ. facilius ff. de uſucap. l.* 2. §. *alt. l.* 4. §. 1. *l. certe* 6. §. *ult. l. & habet* 15. §. *eum qui. l. qui precario* 17. *l. ult. in princ.* & §. *ult. ff. de precario. l. quæcumque* 13. §. 1. *ff. de Publiciana. l. ſi ſervus* 22. §. 1. *ff. de noxal. l. communi* 7. §. *inter prædones ff. communi dividundo. l. qui fundum* 12. *quemadmod. ſervit. amitt. l.* 1. §. *ult. ff. uti poſſid. l. ſed ſi vi* 14. *ff. de vi, & vi armata. l. quia ſervo* 16. *ff. de O. & A. l.* 3. C *de pactis inter empt. l.* 2. *C. de præſcriptione* 30. *vel* 40. *annorum.*

§. VI. Præſtabit hæc diſtinctio, & accipiet viciſſim lucem ab exemplo ſequeſtri, in quo cum ſit depoſiti ſpecies, per quam a pluribus res, de qua controverſia eſt, deponitur. *l. ſequeſter* 110. *ff. de V. S. l.* 9. §. 1. & *ſeq. cum l.* 6. *ff. depoſiti.* conſentaneum videtur, non tranſire regulariter poſſeſſionem in ſequeſtrum, niſi expreſſe judex, aut partes velint, ſicut neque in depoſitarium; ſed manere apud deponentem. *arg. l.* 3. §. *illud* 19. *cum* §. *ſequenti. l. qui univerſas* 30. §. *ult. hoc tit. l. officium* 9. *ff. de rei vindicat.* idemque exprimitur quoad ſequeſtrum in *l. intereſſe* 39. *hoc tit.* docentque poſt alios Coraſius *lib.* 3. *miſcell. cap.* 2. *num.* 14. Connan. *lib.* 3. *comm. cap.* 10. *num.* 1. Zaſius *parte* 2. *antinom. num.* 4. Donell. *lib.* 5. *comm. cap.* 13. ubi Hilligerus *lit. E.* Cujac. *lib.* 9. *obſ. cap.* 33. & *lib.* 2. *Juliani ex Minicio*, in *d. l. intereſſe* 39. ubi & expreſſius idem in *recitat.* & Giphanius *num.* 6. Pacius *de depoſito ſect.* 19. *num.* 118. Hotmanus ad *tit.*

Tom. VII. Y

tit. ff. depoſitl in epitomatis num. 16. & ante eos Aretinus in d. l. intereſſe 39. & tamen ſcriptum contrarium eſt, nempe poſſidere ſequeſtrum in l. licet 17. §. 1. ff. depoſiti. cni conciliandæ cum d. l. intereſſe 39. omiſſa diſtinctione communi inter voluntarium ſequeſtrum, & neceſſarium, quam poſt ordinarios ſequuntur congeſti a Pichardo in §. prœterea num. 22. & ſeqq. inſt. quib. mod. re contrahitur obl. Hilligero d. cap. 13. lit. F. rejectis etiam opinationibus Fabri in d. l. licet 17. §. 1. & ex noſtratibus Sahagun in cap. 1. num. 8. & ſeqq. de ſequeſtratione poſſeſſionis. cui ſubſcribunt præter Pichardum ubi ſupra. Caſtillo lib. 3. controv. cap. 16. num. 21. Molina de juſt. tit. 2. diſp. 523. num. 4. Pereyra lib. 1. forenſ. cap. 21. num. 4. diſtinctio eadem quæ in precario adhibenda eſt; ſcilicet ut in ſequeſtrum tranſeat poſſeſſio, quoties poſſeſſio ipſa apud ſequeſtrum depoſita eſt, ut proponitur ſignanter in d. l. licet 17. §. 1. juncto cap. 1. de ſequeſtratione poſſeſſionis. cap. examinata 15. de judiciis. quo caſu aperte id agitur, ut ſequeſter poſſideat, ſicut in precario poſſeſſionis. d. l. & habet 15. §. eum qui ff. de precario. cæterum ſi ſequeſtrum fuerit ſimpliciter rei ipſius cuſtodiæ cauſſa, non poſſidet ſequeſter. d. l. intereſſe 39. ita poſt Duarenum lib. 3. de ſacris eccleſiæ miniſteriis cap. 10. Coraſius, Cujacius, Giphanius, Donellus, & Hilligerus ubi proxime.

§. VII. Ergo ut pergamus, ſuppoſita jam diſtinctione inter precarium rei ipſius vel uſus, & precarium poſſeſſionis, in qua poſtrema precarii ſpecie poſſidere naturaliter vereque eum, qui precario acceperit, affirmamus, an eo caſu poſſideat etiam ille, qui precario conceſſerit, non eſt exploratum: Sed quamvis concedentem poſſidere civiliter affirment poſt Bart. communiter Antiquiores relati a Gilkenio de præſcript. parte 2. membro 3. cap. 8. num 2. Verius tamen omnino eſt, ſi rem ex ratione juris perpendimus, in precario poſſeſſionis concedentem vere non poſſidere, ut ex l. ult. in fine princ. ff. de precaris. ſovet magis, quam firmat noſter Valentia d. lib. 1. illuſtr. tract. 2. cap. 3. num. 19. in fine. & evincit fortiter elegans text in l. Pomponius 13. §. ſi is qui precario hoc tit. ubi ſi quis precario poſſeſſionem rei, quam uſucapiebat, conceſſerit, dubitatur an poſſit uti ad continuandam uſucapionem acceſſione illius, qui precario accepit; docet autem Ulpianus, concedentem non poſſe uti acceſſione, quamdiu manet precarium, ſed ſi precario rupto ſeu revocato receperit poſſeſſionem, (quam nimirum amiſiſſe eum, cum precario conceſſit, Ulpianus ſentit, ſicut & Javolenus in l. interdum 21. §. 1. hoc tit.) utetur acceſſione poſſeſſionis ejus temporis, quo qui precario accepit poſſidebat. ergo in quæſtione & deciſione agnoſcit Ulpianus, concedentem, quamdiu precarium manet, non poſſidere; quia acceſſio poſſeſſionis alienæ non datur, niſi ei, qui ante non poſſidebat, & poſtea poſſidens vult uti acceſſione ejus temporis, quo alter poſſedit. d. l. Pomponius 13. §. acceſſiones. l. pen. §. 1. ff. de diverſ. & temp. præſcript. ideoque manente precario ei, qui conceſſit, non datur acceſſio, quia tunc non poſſidet: datur autem rupto precario, & recepta poſſeſſione, quia jam poſſidet, & quamvis poſſeſſio ejus, qui precario accepit, quia civilis non eſt, non proſit ipſi quoad uſucapionem. l. quæcumque 13. §. 1. ff. de Publiciana. l. qui a ſervo 16. ff. de O. & A. ſicut neque jure acceſſionis alii qui non conceſſit. d. l. Pomponius 13. §. 1. & ult. l. cum heres 11. ff. de diverſ. & temp. præſc. quæ dubitandi ratio fuit in d. l. Pomponius 13. §. ſi is qui precario. proficit tamen & accedit ipſi concedenti: quia juſta eſt non vitioſa. d. l. quæcumque 13. §. 1. l. ſi ſervus 22. §. 1. ff. de noxal. l. communi 7. §. inter prædones ff. communi divid. & civilem qualitatem bonæ fidei, quæ poſſeſſioni precariæ deeſt, mutuatur a concedente, ut ipſi proſit ad uſucapionem. arg. l. poſſeſſio 49. hoc tit. juncta l. 1. §. ſi tibi in fine ff. de itin. actuque private. ſentiunt quamvis non ſatis explicent Cujac. & Giphanius num. 19. in d. §. ſi is qui precario.

§. VIII. Neque contrarium ſuperioribus eſt, quod extat in d. l. & habet 15. §. eum qui ff. de precario. Cujus ſumma proponitur in Synopſi Baſilicōn. lib. 58. tit. 34. quia reſpondendum eſt, concedentem precario poſſeſſionem, quamvis vere proprieque non poſſideat, tamen juris intellectu videri poſſidere, ſive habere apud ſe rem precario datam; qua non diſceſſerit animo poſſeſſione: quomodo legi malim in d. §. eum qui. eſt enim qua pro quatenus, ut in l. cui ſervus 25. ff. ſi quis omiſſa cauſſa teſt. l. pretia 63. verſ. ſed nec ille ff. ad l. Falc. cum traditis ab Ant. Aug. lib. 2. emendat. cap. 2. proinde ſenſus eſt, concedentem habere intelligi poſſeſſionem, quia ſive quatenus ab ea non in perpetuum animo diſceſſit, neque in perpetuum tranſtulit; ſed quamdiu ipſe precarium non revocaſſet, & conſequenter retenta facoltate revocandi. l. 1. & 2. l. cum precario 12. ff. de precario. ideoque & interdictum de precario datur concedenti. d. l. 2. & toto tit. ff. de precario. & contra eum non datur roganti interdictum uti poſſidetis. l. qui precario 17. ff. de precaris. & utroque reſpectu habere poſſeſſionem dicitur concedens. l. ſciendum 15. §. creditor ff. qui ſatisdare cogantur. quia conſideratione juris poſſidere intelligitur, qui interdicto uti poteſt ad recipiendam poſſeſſionem. l. ſi quis vi 17. hoc tit. l. quod ſi in diem 16. §. Julianus ff. de her. petit. l. 1. §. ult. ff. uti poſſidetis.

§. IX. Plane nt jam exponamus Julianum in d. l. non ſolum 33. §. ult. verſ. facilius ff. de uſucap. de qua ſupra §. 5. in princ. pauca invulgata forſitan ex ſuppoſita diſtinctione inter precarium rei vel uſus, & precarium poſſeſſionis breviter obſervanda ſunt. Primum eſt, quod dicitur interdicta uti poſſidetis, & unde vi ei, qui precario accepit, competere contra omnes præter concedentem. d. l. qui precario 17. ff. de precario. l. 1. §. ult. ff. uti poſſ. l. ſed ſi vi 14. ff. de vi & vi arm. §. retinendæ in fine inſt. de interdictis. intelligendum eſſe de precario poſſeſſionis, alioquin qui rem, uſumve ſolum precario accepit, non poteſt uti interdictis illis; quia non poſſidet. l. 1. §. dejicitur 9. & §. interdictum 23. ff. de vi & vi armata. l. 3. §. creditores ff. uti poſſ. quamvis interdictum quod vi aut clam, quia competit ei, cujus intereſt etiamſi non poſſideat. l. is qui 11. §. ult. l. competit 16. ff. quod vi aut clam. detur etiam ei qui precario rem ſolam accepit, & eſt in poſſeſſione nec poſſidet. d. l. is qui 11. §. ego 12. verſ. ſi tamen ff. quod vi, aut clam. cui jungendus Cujac. lib. 2. obſ. cap. 25. & lib. 16. cap. 29. Joann. Robert. lib. 2. animadv. cap. 25. ubi & ipſe & Mercator in notatis. Faber in l. ſi quis 41. ff. de rei vindicat. Hilligerus ad Donell. lib. 15. cap. 34. lit. J. Secundo obſervandum eſt, diſtinctionem, quam in precario ſequimur, adhiberi etiam poſſe in locatione & conductione, in qua quamvis plerumque ſolus uſus transferatur in conductorem, non autem poſſeſſio, ideoque nec colonus nec inquilinus poſſideant. l. officium 9. ff. de rei vindicat. l. 3. §. cæterum 12. l. qui bona 19. l. interdum 21. §. ult. l. ſi quod 25. §. 1. l. qui univerſas 30. §. pen. & ult. cum l. ſeq. l. quamvis 32. §. 1. l. res pignoris 37. l. ſi de eo 40. §. 1. l. peregre 44. §. quibus, cum l. ſeq. hoc tit. l. nunquam 31. §. ſi ſervus. l. non ſolum 33. §. quod vulga in fine ff. de uſucap. l. certe 6. §. is qui rogavit ff. de precario. l. 1. §. denique 10. & §. quod ſervus 22. ff. de vi & vi armat. l. 1. C. communia de uſucap. l. cum in plures 60. §. 1. ff. locati. l. quædam 77. ff. de rei vindicatione. l. ſi pignus 37. ff. de pignorat. act. Poteſt tamen etiam in conductorem poſſeſſio transferri, ſi precarii exemplo conductio ſpecialiter fiat ipſius poſſeſſionis. l. ſi aliquam 28. (quæ ſingularis in hac re eſt) ff. hoc tit.

§. X. Tertio denique obſervandum eſt, regulam illam juris, quæ docet, neque precarium neque conductio-

ductionem rei propriæ conſiſtere, ſcilicet ſi rem ſuam dominus conducat aut precario accipiat. *l. neque pignus* 45. *ff. de reg. jur. l. qui rem* 15. *ff. depoſiti. l.* 4. §. *item* 3. *ff. de precario. l.* 1. §. *ſi tibi ff. de itinere actuque priv. l. si a quo* 21. *ff. de uſucap. l. qui rem* 20. *C. de locati.* intelligendam eſſe de precario, & conductiooe rei ipſius, cujus proprietas apud dominum eſt. *d. l. ſi aliquam* 28. *l. ſi de ee* 40. §. *ult. hoc tit.* non autem in precario aut conductione poſſeſſionis, quæ apud alium eſt, valet enim precarium & conductio etiam in re propria, ſi illius poſſeſſionem, quæ aliena eſt, dominus precario rogaverit aut conduxerit. *d. l. ſi aliquam* 28. *l. qui pignoris* 36. *hoc tit. l. certe* 6. §. *ult. cum l. ſeq. l. ſi debitor* 11. *l. ult. ff. de precario. l. cum & fortis* 35. §. *ult. ff. de pign. act.* quibus conſequens eſt, quoties debitor rem propriam pignori creditori ſuo dedit, & ab eodem poſtea precario rogavit, valere precarium reſpectu poſſeſſionis, quam in pignore creditor habuit. *d. l. certe* §. *ult. ff. de precaris. d. l. cum & fortis* 35. §. *ult. ff. de pignoratitia act.* etſi aliena res fuerit, quam debitor bona fide poſſidens & uſucapiens pignori dedit, & precario poſtea rogavit, continuatur uſucapio debitoris; quia quamvis precaria poſſeſſio per ſe proficere non ſoleat ad uſucapionem. *d. l. Pomponius* 13. §. 1. *hoc. tit. l. quæcunque* 13. §. 1. *ff. de Publiciana. l. cum heres* 11. *ff. de diverſ. & temp. præſcr.* ideoque & uſucapio debitoris in pignore interrumpatur, quoties extincto pignore ſola precaria poſſeſſio ſupereſt, ut in ſingulari ſpecie Julianus docet in *l. ſi rem alienam* 29. *ff. de pignoratitia act.* juncta *l. qui cum* 6. *ff. pro emptore.* tamen cum in propoſito pignus maneat, & ante precarii rogationem eo etiam tempore, quo pignoris vera poſſeſſio apud creditorem erat, debitor uſucaperet ſingulari jure, quamvis omnino non poſſideret. *l.* 1. §. *per ſervum corporaliter hoc tit. l. ſervi* 16. *ff. de uſucap.* multo magis uſucapere debet poſt precarii rogationem, per quam vere poſſidet manente pignore, ut Julianus idem conſiderat in *l. qui pignoris* 36. *hoc tit.*

§. XI. Sit jam Julianus, qui nos nuper non pauca docuit, appoſitiſſimus interpres ſui ipſius in *d. l. non ſolum* 33. §. *ult. verſ. facilius ff. de uſucap.* ubi in primis ſcribit, ſi rem pignori datam creditoris ſervus ſubripiat, non interrumpi uſucapionem debitoris, quia creditoris ſervus creditorem dominum ſuum non privat poſſeſſione, quam habet in pignore. *l. Pomponius* 13. *l. rem quæ* 15. *l. ſi de eo* 40. *hoc tit.* pignore autem & poſſeſſione creditoris manente continuatur uſucapio debitoris ſingulari jure *d. l.* 1. §. *per ſervum corporaliter hoc tit.* ſed etſi debitoris ſervus ſubripiat, quamvis creditor poſſeſſionem amittat. *d. l. rem quæ* 15. *hoc. tit.* docet tamen Julianus, continuari debitoris uſucapionem, & perinde eſſe, ac ſi creditor poſſeſſionem debitori tradidiſſet, non quia, ut Cumanus & Caſtrenſis notant in *d. l. non ſolum* 33. §. *ult.* poſſeſſio injuſta pignoris a ſervo debitoris ſubrepti debitori adquiratur, quod falſum eſt. *l. quod ſervus* 24. *hoc tit.* & ut verum eſſet, noceret potius, quam proficeret uſucapioni debitoris. *l.* 4. §. *quod autem. l. heres* 43. §. 1. *l. ult. ff. de uſucap. l.* 2. §. *ſi ſervus* 10. *cum* §§. *ſeqq. ff. pro empt. l.* 7. §. *ſed enim ff. de Publiciana:* ſed ideo potius, quia quamvis non adquiratur, perinde tamen quoad uſucapionem eſt, ac ſi adquireretur tradita a creditore debitori: namque uſucapio debitoris, quæ ſingulari jure poſſeſſione continuabatur, non ioterrumpitur furto ſervi illa ratione, quoniam ſervus debitoris noo poteſt ſubripiendo facere deteriorem conditionem debitoris domini ſui, quoad uſucapionem. *d. l. non ſolum* 33. §. *ult. d. l. rem quæ* 15. conſequenter in *d. verſ. facilius* Julianus ſubjungit facilius hoc obtinendum, nempe ut uſucapio non ioterrumpatur, ſi debitor poſſeſſionem pignoris a creditore precario acceperit, & precario poſſidente debitore ſervus ejus ſobripuerit, nempe quia cum precarium fuerit poſſeſſionis, quam debitor a creditore accepit, ſolusque habet. *d. l. certe* 6. §. *ult. ff. de precario.* & debitoris ſervus ſubripiendo noo privet dominum ſuum poſſeſſione. *d. l. rem quæ* 15. *d. l. ſi de eo* 40. *hoc tit.* facilius eſt ut uſucapio continuetur hoc caſu, utpote cum poſſeſſione precaria debitoris, quam in præcedentibus, in quibus omnino non poſſidebat & tamen uſucapiebat, ut Julianus idem ratiocinatur in *d. l. qui pignoris* 36. *hoc tit.* id autem non tam facile procedere Julianus ſignificat, ſi debitor a creditore pignus conduxerit, quia conductio quamvis poſſit etiam eſſe poſſeſſionis. *d. l. ſi aliquam* 28. *hoc tit.* quod incoonſpecte negat Caſtrenſis in *d. l. non ſolum* 33. §. *ult. in fine.* plerumque tamen eſt ſolius uſus, ut monuimus ſupra §. 9. quo caſu per debitorem conductorem creditor poſſidet. *l. ſi pignus* 37. *ff. de pign. act. l. res pignoris* 37. *hoc tit.* & tamen eo etiam caſu ſobrepto pignore a ſervo debitoris oſucapio continuatur, quamvis noo ita facile, utpote ſine poſſeſſione ex ſingulari jure & ratione ſupra tradita. *d. l. non ſolum* 33. §. *ult.* ubi Cujacius poſt Caſtrenſem Cumanumque reliqua ejuſdem loci recte explicantes.

§. XII. Eſt & alter finitimus propoſitis in eodem argumento de precario poſſeſſionis pignoris, mihique olim, hodieque difficillimus Juliani locus *lib.* 13. *Digeſtorum* in *l. qui a ſervo* 16. *ff. de de O. & A.* cujus interpretationem paucorum hominum eſſe ſcribit Cujacius, vereorque, ut nec ipſe quidem ſæpius repetitam repererit in *recitat. d. l. qui a ſervo* 16. & in *d. l. qui pignoris* 36. *hoc tit.* & *lib.* 13. *Digeſt. Juliani* utrobique, & *lib.* 44. in *l. ſi rem* 29. *ff. de pignor. act.* nec felicior poſt Albericum Cubotius *lib.* 1. *var. cap.* 29. Giphanius difficultatem diſſimulans io *d. l. qui a ſervo* 16. Nos, ut pro captu interpretemur, ſupponimus in primis id ipſum, quod in fine *d. l. qui a ſervo* 16. Julianus proponit, nempe mutui pignoriſque dationem in ea ſpecie fuiſſe ex cauſſa peculii, ut in *l. ſi ſervus* 32. (quæ ex eodem *lib.* 13. *Digeſtorum Juliani* eſt) *ff. de ſolut.* qua ex cauſſa etiam pignoris poſſeſſio hereditati adquiſita intelligitur. *l. pen. ff. de captivis. l. juſto* 44. §. *ult. ff. de uſucap.* eo itaque ſuppoſito, ut jam Julianum ex Juliano explicemus, ſi quis a ſervo hereditario mutuam pecuniam acceperit, & fundum vel hominem pignoris cauſſa ei tradiderit, & precario rogaverit, *precario poſſidet*, ut emphatice ſcriptum eſt in *d. l. qui a ſervo* 16. hoc eſt, ita poſſidet precario ſolum, ut non poſſideat quod ad uſucapionem, ut in ſimili ſpecie Julianus idem ſcribit in *l. ſi rem* 29. *ff. de pignor. act.* juncta *l. qui cum* 6. *ff. pro emptore.* nam ſicut ſervus hereditarius per traditionem accipiendo proprietatem hereditati adquirit, ut ex Juliano proponitur in *l. in eo* 33. §. *ult. ff. de adquir. rer. dom.* & conſequenter pignoris petitionem & poſſeſſionem ex peculiari cauſſa in *d. l. qui a ſervo* 16. ita & eandem poſſeſſionem hereditati ſemel quæſitam poſtea precario dando efficit, ne res uſucapi poſſit. *d. l. qui a ſervo* 16. id autem, in quo tota ejus textus difficultas verſatur, eam rationem habet; quia ſervus hereditarius poſſeſſionem pignoris ex cauſſa peculiari hereditati quæſitam alienare non poteſt ſine furti vitio, ſi pignus rei mobilis ſit, vel ſaltem mala fide accipientis, ſi pignus fundi fuerit. *l. ſi liberam* 10. *C. quod cum eo. l. interdum* 56. §. *cum autem ff. de furtis. l. rem quæ* 15. *hoc tit.* & quamvis ſtateremur, in ſervo hereditario liberam adminiſtrationem peculii eſſe, quod tamen falſum eſt. *l. quam Tuberonis* 7. §. 1. *verſ. ego autem ff. de peculio.* non poſſet donare. *l. contra* 28. §. *ult. ff. de pactis. l. filius* 7. *ff. de donat. l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pignori. l.* 3. §. *ſervus* 8. *ff. de donat. inter V. & U. l. ſi quis uxori* 52. §. *ſi ſervus* 26. *ff. de furtis*; & ideo nec precario dare. *l.* 1. §. 1. *l. interdictum* 14. juncta *l. duo* 19. §. 1. *ff. de precaris. l. eum qui* 14. §. *is qui precario ff. de furtis.* & conſequenter precarii datio efficit, ne res uſucapi poſſit, neque a debitore propter malam fidem, ſi pignus fundi ſit, neque ab ipſo aut alio propter furtum, ſi pignus rei mobilis veluti homi-

 nis

nis fuerit. *d. l. qui a ſervo* 16. namque etſi commodaſſet, vel depoſuiſſet hereditarius ſervus rem peculiarem, commodati vel depoſiti actionem hereditati adquireret. *d. l. qui a ſervo* 16. juncta *l.* 1. *§. item ſi ſervus* 29. *ff. depoſiti. l. cum hereditas* 9. *C. eodem. tit.* eoque exemplo & adquiſita hereditati fuit per ſervum ex peculiari cauſſa petitio pignoris, & poſſeſſio, cujus reſpectu poſtea per precarium hereditati furtum fieri potuit, & uſucapio impediri, ut in ſimili ſpecie Julianus ſenſit in *l. hereditariæ* 68. juncta *l. bis enim* 70. *l. eum qui* 14. *§. ſi res* 14. *ff. de furtis.*

§. XIII. Huic interpretationi, quam ſuperiore quadriennio ſcripſimus, ut leviora alia omittamus, duo præcipua nunc objici poſſe videntur. Primum eſt, etiam furto commiſſo per precarii dationem pignoris rei mobilis non debuiſſe uſucapionem impediri in *d. l. qui a ſervo* 16. Sicut neque interrumpitur furto ſervi in eadem fere ſpecie in *d. l. non ſolum* 33. *§. ult. ff. de uſucap.* & multo minus impediri debuiſſe uſucapionem pignoris fundi ob malam fidem debitoris accipientis precario a ſervo, qui precario dare non poteſt. *d. l. qui a ſervo* 16. eum mala fides ſuperveniens poſt uſucapionem cœptam eam non interrumpat civili jure. *l. bonæ fidei* 48. *§. in contrarium ff. de adquir. rer. dom. l. unica §. pen C. de uſucap. transform.* Secundum eſt, valere precarii dationem factam a ſervo hereditario, nec per eam furtum committi, eum & valeat ſine furti vitio commodatum depoſitumque in eadem ſpecie. *d. l. qui a ſervo* 16. *verſ. nam etſi.* Quibus tamen objectionibus ut fiat ſatis, obſervandum eſt, nec Julianum in *d. l. qui a ſervo* 16. nec nos proponere, debitorem in ea ſpecie rem, quam pignori dedit, uſucapere cœpiſſe, antequam daret pignori; ideoque nec Julianus in *d. l. qui a ſervo* 16. loquitur de interruptione, ſive interpellatione uſucapionis, ſicut in *d. l. non ſolum* 33. *§. ult.* ſed ita potius, ut affirmet precario dando effici, ne res uſucapi poſſit, hoc eſt, ut poſtea & in futurum non poſſit uſucapio incipere. Plane quod dicimus, debitorem cum pignori dedit nondum cœpiſſe uſucapere, potuit contingere ex temporali vitio, ſive quia tune errans putabat non licere ſibi eam rem per leges uſucapere. *l. ſi fur* 32. *§.* 1. *ff. de uſucap.* ſive quia tunc ignorabat eam rem emptam ſibi a procuratore ſuo. *l. poſſeſſio* 49. *§. ult. hoc tit. l. ſi emptam* 47. *ff. de uſucap.* alias *l.* 2. *ff. pro ſoluto.* quibus caſibus quamvis ponamus impedimentum erroris, vel ignorantiæ ceſſaſſe jam tempore precarii dationis, ipſa tamen efficiet, ne tunc poſſit incipere uſucapio in debitore propter malam fidem, & in alio propter furtum. Non idem autem eſt, ut ſecundæ objectioni reſpondeamus, in commodato, aut depoſito; quia cum ex his neque amittat poſſeſſionem qui deponit, aut commodat, neque transferat in commodatarium, aut depoſitarium. *l. rei* 8. *ff. commodati. l. licet* 17. *§.* 1. *ff. depoſiti.* non eſt locus quæſtioni de impedienda uſucapione propter commodatum, aut depoſitum, ex quibus non transfertur poſſeſſio, ſine qua uſucapio non procedit. *l. ſine* 25. *ff. de uſucap.* & ideo ſolum ſupereſt, ut commodati, vel depoſiti actio hereditati adquiratur. *d. l. qui a ſervo* 16.

§. XIV. Sed ut ex diverticulo ſecundi argumenti propoſiti ſupra §. 5. cujus occaſione non pauca nondum nota, aut notata vulgo expoſuimus, jam ad rectam, regiamque viam interpretationis noſtri §. *ex controrio* revertamur: omittimus brevitati conſulentes leviora pleraque argumenta, quæ opponi regulæ noſtræ ſolent, veluti ex *l.* 6. *§. ult. l. ſi id quod* 25. *§. ult. hoc tit. l.* 1. *§. ult. cum l.* 2. *&* 3. *ff. uti poſſid. l. ſed ſi vi* 14. *ff. de vi & vi armata.* quibus reſpondebis facile ex traditis ſupra §. 4. & præter laudatos a Pichardo in *princ. inſt. num.* 45. *de interdictis.* Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractata* 2. *cap.* 3. *num.* 17. reſpondent Cujacius in *d. l.* 6. *§. ult.* Donellus *lib.* 5. *comm. cap.* 12. Gilkenius *de præſcript. part.* 3. *cap.* 12. *num.* 24. Connanus *lib.* 3. *comm. cap.* 9. *num.* 4. omittimus & aliud ex *l. ſi finita* 15. *§. cum autem* 18. *ff. de damno infect.* de quo ad rem Cujacius *lib.* 9. *obſerv. cap.* 32. Giphanius in noſtro *§. ex contrario num.* 59. Aliud ex *l. alia res* 20. *§.* 1. *ff. de pignoratitia actione. l. ſi fundus* 16. *§. ſi duo ff. de pignoribus.* quibus jungendi poſt Accurſ. & Claſſicus Duarenus in *præſenti.* Balduinus *de pignoribus cap.* 14. *verſ. ut actionis.* Aliud ex *l. ult. ff. uti poſſidetis.* de quo Donellus *lib.* 15. *comm. cap.* 33. ubi Hilligerus *litera D.* Denique aliud ex *l. duo* 19. *ff. de precario. cap. licet* 9. *verſ. ex præmiſſis de probat.* ubi affirmatur, duas ejuſdem generis poſſeſſiones veluti utramque juſtam vel utramque injuſtam non concurrere, non quidem quia concurrerent, ſi diverſi generis eſſent, ut a contrario ſenſu colligitur; ſed quia ad quæſtionem ibi propoſitam de duobus precario aut juſte poſſidere ſe contendentibus id ſatis erat, & extra controverſiam, nec fuit cur ſine cauſſa & extra propoſitum extenderetur ad poſſeſſionem diverſi generis, de qua juris auctores & interpretes diſſentiebant, ut agnovimus ſupra §. 2. & 3.

§. XV. His itaque aliiſque vel expoſitis, vel ex propoſitis facile eludendis argumentis omiſſis, non tamen poſſumus omittere ſingularem in hac re textum, quem primi forſitan in hoc tractatu expendimus in *l. ſciendum* 15. *§. ſi fundus in dotem ff. qui ſatisdare cog.* ubi ita ſcriptum eſt: *ſi fundus in dotem datus ſit; tam uxor, quam maritus propter poſſeſſionem ejus fundi poſſeſſores intelliguntur.* quæ ſententia repugnat juris principiis, quibus docemur maritum res dotales juſte poſſidere. *l.* 1. *&* 3. *ff. pro dote. l. Pomponius* 13. *§. in dote hoc tit. l. unica C. pro dote.* uxorem autem, quamdiu ei reſtitutæ non ſunt res dotales, neque juſte, neque injuſte poſſidere. *l. dotis* 9. *C. ſolut. matr.* utrumque autem eaſdem res neque poſſidere in ſolidum poſſe contra regulam noſtri *§. ex contrario.* neque poſſidere intelligi juris conſideratione, id enim neque intelligi poteſt reſpectu juris, quod uterque in rebus dotalibus habet; quia ſic uterque juſte poſſideret, quod nec Trebatius admitteret, ut in noſtro *§. ex contrario.* neque reſpectu ſatisdationis judicio ſiſti, de qua in *d. l. ſciendum* 15. *per totam ff. qui ſatisdare cog.* quia cum ad evitandam ſatisdationem propter immobilia non tam attendatur poſſeſſio immobilium, quam eorum proprietas, qua quodammodo ſatisdatur. *d. l. ſciendum* 15. *§.* 1. *& §. creditor.* & dotalis fundus tam in dominio uxoris, quam mariti ſit diverſis reſpectibus. *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* cum ſimilibus poſtea explicandis. debuit potius JCtus ſcribere in *d. §. ſi fundus.* non propter poſſeſſionem; ſed propter dominium fundi tam maritum, quam uxorem a ſatisdatione excuſari, idque ipſum ita ſcribi debere ſuadet, quod confeſtim ſequitur in *d. §. ſi fundus: alia cauſſa eſt ejus, qui fundi petitionem perſonalem habet.* Diſtinguitur enim recte, & ex adverſo opponitur perſonalis actio petitioni reali, ſive vindicationi & dominio. *§. omnium* 1. *inſt. de act. l. actionum* 25. *l. actio* 28. *ff. de O. & A. l. pecuniæ* 178. *§. actionis ff. de V. S.* non autem poſſeſſioni, quæ nihil cum actionibus commune habet.

§. XVI. Quo poſtremo argumento motus Cujacius *lib.* 10. *obſerv. cap.* 32. pro verbo, *poſſeſſionem* in *d. §. ſi fundus* exiſtimat legendum, *petitionem*, id eſt, vindicationem dotalis fundi; quam adverſus extraneum tam viro, quam uxori competere, & propter eam poſſeſſores intelligi affirmat poſt Cujacium Heringius *de fidejuſſoribus cap.* 7. *num.* 414. ſed aberrant tamen aperte, ut admonuit Hilligerus ad Donell. *lib.* 38. *cap.* 9. *litera G.* quia vindicatio dotalis fundi marito ſoli competit. *l. doce ancillam* 9. *C. de rei. vindicat.* non autem uxori ante conſtitutionem Juſtiniani in *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* quare omiſſis & aliis Accurſii & Antiquiorum expoſitionibus, quæ ex ſupra traditis convincuntur, affirmandum eſt cum Fabro in *Rat. d. §. ſi fundus.* Schifordeghero *ad Fabrum lib.* 2. *tractatu* 15. *quæſt.* 2.

g. verbis illis *propter poſſeſſionem* ſignificari proprietatem, ut in *l. interdum* 78. *ff. de V. S.* cum adductis ſupra ad *l.* 1. *hoc tit.* §. 6. quæ proprietas cum in rebus dotalibus tam mariti, quam uxoris ſit diverſis reſpectibus. *d. l. in rebus* 30. *l. quamvis* 75. *ff. de jure dot.* propter eam etiam poſſeſſores immobilium eſſe intelliguntur, ne ad ſatisdandum compellantur, ut in *d. l. ſciendum* 15. §. 1. & ſecundo quamvis, ſi ſponte ſatisdederint, obligentur. *l. de die* 8. §. 1. *in fine ff. qui ſatisdare cog.* quam ita poſt Accurſ. & alios exponit noſter Pichardus in §. *ſed hodie num.* 25. *inſt. de ſatisdat.* proinde neque eſt, neque eſſe intelligitur dotalis fundi poſſeſſio apud duos in ſolidum in *d.* §. *ſi fundus.* ſed proprietas, quæ ibi poſſeſſio dicitur, & tam mariti quam uxoris eſt, facit ut excuſentur a ſatisdatione.

§ XVII. Proxima nuper traditis eſt, & inſignita in hoc textu differentia inter poſſeſſionem & dominium, in quo quamvis perinde regula ſit, ut apud duos in ſolidum eſſe non poſſit dominium ejuſdem generis, non magis quam poſſeſſio. *l.* 5. §. *ult ff. commod. l Mævius* 65. § *duorum ff. de leg.* 2. *l.* 5. *ff. de ſtip. ſervorum. l. de hereditate* 19. §. *patet ff. de caſtr. peculio. l quod contra* 141 § *ult. ff. de reg. jur.* Poteſt tamen apud duos eſſe dominium, ſi diverſi generis ſit, quia non ut poſſeſſionis ſubſtantia & ſpecies unica & eadem ſemper eſt, ut oſtendimus ſupra §. 2. & ad *l.* 1. *hoc tit.* §. 19. ita & dominium cujus ſpecies diverſæ potius ſunt intellectu effectuque juris, ex quo dominii eſſentia conſiſtit, ut agnoſcunt, quamvis dominium a poſſeſſione in hac re non ſatis diſtinguant poſt Accurſ. & Claſſicos in *d. l.* 5. §. *ult.* Socinus *reg.* 99. Pinellus in *l.* 1. *part.* 3. *num.* 11. *C. de bonis maternis.* quæ aſſertio in dominio, ut omittam vulgare exemplum domini cui directum, & emphyteutæ, cui dominium utile tribuunt Accurſiani apud Hilligerum ad Donell. *lib.* 9. *cap* 14. *litera P.* certe & electe magis probatur exemplo Quiritarii dominii & Bonitarii, de quibus Theophilus in §. *ult. inſt. de libertinis.* & qualiter in ſtipendiariis prædiis Quiritarium dominium penes Principem populumve ſit, & Bonitarium penes provinciales, diximus. ad *l.* 1. *hoc tit.* §. 8. nunc autem ut exemplis electioribus hoc ipſum illuſtrem, ſit primum in hereditate, cujus dominium Quiritarium heredi adquiri per additionem didici jam olim, & docui ex Cicerone in *Top.* & in *orat. per domo ſua ad Pontifices.* Marco Varrone *lib.* 2. *de re ruſtica cap.* 10. Ulpiano in *fragm. tit.* 19. §. *hereditas, cum ſeq.* & §. *lege inſt.* in §. *ult. inſt. de hered. qual.* non autem per bonorum poſſeſſionem, niſi Bonitarium. § *quos autem inſt. de bonor. poſſeſſ. l.* 1. *ff. eod. tit.* notat poſt Fabrum Schiſordegherus *lib.* 3. *tractatu* 21. *quæſt.* 3. ſecundum quæ explicamus elegantem textum in *l. ſi quis mihi bona* 25. §. *ſed quid ſi mandavit, verſ. aut quid ſi petitam ff. de adquir. her.* proinde heres qui adiit, quamvis poſtea ex fideicommiſſo reſtituat, manet Quiritarius dominus. §. *reſtituta inſt. de fideicommiſſar hered. l. ſi heres* 70. *ff ad S. C. Treb.* & fideicommiſſario Bonitarium dominium dumtaxat adquiritur. *l. facta* 73. *ff. ad S. C. Treb. l.* 3. *ff. ſi uſusfructus petatur. l. Herennius* 42. *ff. de uſuris. l. Pomponius* 13. §. *ſed & legatario hoc tit.* explicat Goveanus *lib.* 1. *variar. cap.* 5. & conſentit fere Pinellus in *l.* 1. *part.* 3. *num.* 11. *C. de bon. maternis.* & poſt Fabrum contra plures Schiſordegherus *d. lib.* 3. *tractatu* 24. *quæſt.* 1. & *ſeqq.*

§. XVIII. Sit ſecundum exemplum in dote, cujus dominium Bonitarium mariti eſt, & Quiritarium uxoris. *l. quamvis* 75. *ff de jure dotium. l. Lucius* 21. § *idem reſpondit* 4. *ff. ad Municip.* vel ſi aliter conſideres, eſt mariti ſubtilitate legum, quibus ipſe in dotis fruitione & adminiſtratione pro domino habetur. *l. doce* 9. *C. de rei vindicatione. l. dotale* 18 §. *dotale ff. de fundo dotali. princ. inſt. quibus alienare licet. l. ſi prædium* 23. *C de jure dot. l. quoties* 47. §. *ult. ff de peculio. l. ſervus* 58. *l. dotalem* 61. *ff. ſolut. matr. l.* 1. *ff. pro dote.* uxoris autem inſpecta naturali veritate, & origine atque exitu dotis; quia & ante nuptias dos ejus fuit, & quamdiu nupta eſt, ex dote alitur, & denique poſt nuptias ei dos reſtituitur tanquam proprium patrimonium. *l.* 3. §. *ergo* 5. *ff de minoribus. l. in eum* 16. *ff. de relig. l.* 4. *ff. de collat. l unica* §. & *hoc C. de rei uxoriæ act. l. pater* 71. *ff. de evict. l.* 2. §. 1. *l.* 7. alias 8. §. *ſi fundum ff. ſolut. matr.* juxta quas explicandus Juſtinianus in *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* vel certe, ut verius breviuſque dicam, tam mariti, quam uxoris eſt diverſis reſpectibus, ut ſentit Harmenopulus in *Promptuario lib.* 4. *tit.* 8. *ad finem.* poſt multos Hilligerus ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 4. *litera F.* Faber *de err. Pragm. dec.* 99. *err.* 1. Schiſordegherus *lib.* 2. *tractatu* 13. *quæſt.* 13. Tertium denique exemplum ſit in cauſſa damni infecti, in qua ſi actor ex ſecundo decreto poſſidere a Prætore jubeatur, conſtituitur ſtatim Bonitarius dominus. *l. ſi finita* 15. §. *ſi ante* 17. & §. *poſtea* 33 *ff. de damno infect. l.* 1. *ff. de fundo dotali. l. uſufructu* 7. §. 1 *ff. de uſufr. l. communi* 7. §. *plane* 9. *ff. communi divid. l.* 3. §. 1. *ff. de rebus eorum.* cui jungendus Cujacius *lib.* 7. *obſerv. cap.* 23. & *lib.* 21. *cap.* 36. contumax autem manet Quiritarius dominus, quouſque poſſidenti actori Quiritarium adjiciatur per uſucapionem. *l. ſed ſi res* 5. *ff. communi divid. l.* 5. *l. his qui* 12. *l. damni* 18. §. *pen. l. cum poſtulaſſem* 44. § *ult. l. ſi finita* 15. §. *Julianus,* & §. *ſi de vectigalibus ff. de damno infecto. l* 3. §. *ult. hoc tit.* juncta *l.* 3. *ff. de uſucap.* docent poſt Fabrum & alios Pichardus in §. *ſumma num.* 154. *inſt. de interdictis.* Schiſordegherus *lib.* 1. *tractatu* 7 *quæſt.* 4. & *lib.* 3 *tractatu* 21 *quæſt* 1. & *ſeqq.* videat etiam, cui vacat, ſimile ſuperioribus exemplum apud Ulpianum in *fragmentis tit.* 1. §. *in bonis,* & *tit.* 19. §. *ſi ſervus.* de quo præter ſupra laudatos Rævardus ad *l.* XII. *Tab. cap.* 16. Briſſ. *lib.* 1. *ſelect. cap.* 22. & congeſti ab Hilligero ad Donell. *lib.* 9. *cap.* 14. *litera P.*

PRÆTERMISSORUM CAPUT SECUNDUM.

Poſſeſſio utrum facti, aut juris ſit, & an filiusfamilias, & ſervus poſſidere ſibi proprie vereque poſſint?

FERIATA DISPUTATIO.

§. I. Interrogatus olim Scævola JCtus, quid feriis agi liceret, reſpondit: *quod prætermiſſum noceret*; ut memorat Macrobius *lib.* 1. *Saturn. cap.* 16. ejus nunc reſponſum ſequuti diſputationem hanc, quæ prætermiſſa commentationi noſtræ de poſſeſſione nimis quam noceret, ne nos ad alia properantes ordinariis lectionum diebus moretur, feriatis explicandam ſuſcipimus; atque in primis priorem ejus partem, a qua poſterior omnino pendet. Ergo in quæſtione nobili, utrum poſſeſſio facti ſit, aut juris, docet ante alios Bart. in noſtra *l.* 1. *num.* 6. & congeſti ab Hilligero ad Donellum *lib* 5 *cap* 6. *litera C.* & *ſequenti.* Pichard. in *princ. inſt. art.* 2. *num.* 37. *de interdictis.* Valentia *illuſtr. lib.* 1. *tractatu* 2. *cap.* 2. *num.* 38. Poſſeſſionem juris eſſe, idque probari creditur in *l. peregre* 44. *hoc tit. l. ſi ea res* 31. §. *ult. ff. de act. empti. l.* 5. *C. de liber. cauſſa l. nemo* 10. *C. hoc tit. cap. dilecto* 28. *de V. S.* quibus junge Cornelium Frontonem *de proprietate ſermonis, verbo habere.* ibi: *ita in habente uſus, in poſſidente jus eſt.* Et invulgatum in hac re textum in *l. ſtipulatio* 38. §. *ſi quis forte ff. de V. O.* ubi enumerata poſſeſſione, uſufructu, & uſu ſequitur illa adjectio, *vel quo alio jure:* quæ ſignanter ſignificat, poſſeſſionem, uſumfructum & uſum, quorum mentio præceſſerat, perinde & pariter jura eſſe: conducit item pro hac parte (ut leviora argumenta omittam) non levis juris ratio, quia,

ſi poſſeſſio facti eſſet, non adquireretur per ſervum domino, quia factum ſui natura perſonale eſt, neque a ſervo in dominum tranſit. *§. ſed cum factum inſt de ſtip ſervorum. l. qui heredi* 44 *ff. de condit. & dem. l. ſi uſusfructus* 14. *§. ſi ita ff. quando dies legat.* & tamen certum eſt, poſſeſſionem per ſervum domino adquiri. *l. adquiruntur* 10. *§. non ſolum ff. de adquir. rer. dom l.* 1. *§. item adquirimus hoc tit. §. item nobis verſ. non ſolum inſt. per quas perſonas:* igitur poſſeſſio non facti; ſed juris eſt.

§. II. E contrario poſſeſſionem facti eſſe, docet poſt Bart. ſibi contrarium in *l. ſi is qui pro emptore num.* 12. *ff. de uſucap.* & præter laudatos ab Hilligero, Pichardo, & Valentia *ubi proxime.* Gilkenius *de præſcript. parte* 2. *membr.* 3. *cap.* 1 *num.* 19. Et expreſſa ea ſententia eſt in *l.* 1. *§. adipiſcimur, & §. ſi vir uxori. l. poſſeſſionem* 29 *hoc tit. l denique* 19. *ff ex quibus cauſſis major. l.* 1. *§ Scævola ff. ſi is qui teſtam. lib. l. in bello* 12. *§. facti ff. de captivis.* ex quibus aliiſque juris locis varie, & valide argumentantur pro hac parte Pichardus, & Valentia *ubi ſupra.* quos non tranſcribo. Obſervo potius, poſſe hoc ipſum deduci primo ex *d. l. ſtipulatis* 38. *§. hi qui, & §. hæc quoque ff. de V. O.* Secundo ex eo, quia poſſeſſionis ſubſtantia tota poſita eſt in detentione & affectu dominandi, ut in definitione diximus ad *l.* 1. *hoc tit. §.* 14. & 15. ſicut autem detentio, quatenus actus corporis eſt, facti eſt, ita & affectus: quoniam animi, & voluntatis eſt, ex facto noſtro non ex jure pendet. *l. bonæ fidei* 48. *§. in contrarium ff. de adquir. rer. dom. l. conſilio* 7. *§ ult. ff de curatore furioſ. l ſi unus* 27. *§. pactus ff de pactis.* Tertio quia, ſi poſſeſſio juris eſſet, non amitteretur ſine aliquo interventu juris. *l. omnia* 100. *ff. de reg jur* ut videre eſt in dominio, quod quia juris eſt, quemadmodum non adquiritur ſola voluntate, niſi accedente modo, & cauſſa jure recepta. *l. nunquam* 31 *ff. de adquir. rer. dom. l.* 3. *§. ſciendum ff. de donat. int. V. & U.* ita neque amittitur ſolo animo ejus, qui dominus eſſe non vult. *l. ſi quis vi* 17. *§.* 1. *hoc tit. l jus agnationis* 34. *ff. de pactis.* & tamen poſſeſſio amittitur nuda voluntate ejus, qui poſſidere non vult, etiam ſi ſit ex cauſſa jure improbata. *l.* 1. *§ ſi vir uxori. d. l. ſi quis vi* 17. *§.* 1. *hoc tit.* Quarto quia ſi poſſeſſio juris eſſet, quemadmodum dominium in legatis per vindicationem relictis per verba illa *ſumito, capito*, adquiritur ipſo jure legatario etiam ignoranti, & ſine traditione ex ſola poteſtate juris ſubſequentis voluntatem teſtantis, ut docent Cajus *lib.* 2. *inſt. tit. de legatis §. vindicationis, & §. cæterum in fine.* Ulpianus *tit.* 19. *de dominiis §. lege.* juncta *l cum pater* 77. *§. fundo. l. cum filius* 76. *§. variis ff. de leg.* 2. *l. ſi partem* 19. *§.* 1. *ff. quemadmodum ſervit. amitt. l. magis* 5. *§. ſi fundum ff. de reb. eorum l quia retro* 35 *ff. ad l Aquil.* ita & adquireretur ipſo jure poſſeſſio, in qua perinde, aut magis expreſſa voluntas teſtantis eſt per verba *capito* aut *ſumito*, ut agnoſcit Cajus in *d. §. cæterum.* & tamen etiam legatario vindicationis non adquiritur ignoranti, & ipſo jure poſſeſſio, ſed ſcienti, volenti, & apprehendenti. *l.* 1. *in princ. & § qui vero* 6. *ff. quod legatorum.* juncta *l. cum heredes* 23. *hoc tit.* Quinto denique, quia ſi poſſeſſio juris eſſet, nihil cauſſæ eſſet, cur res incorporales, quæ juris ſunt, non poſſent vere, & proprie poſſideri; quia in his, quæ juris ſunt, omnia poteſt, polletque jus. *§. ult. inſt. de leg. agnat. tut. l. omnia* 100. *ff. de reg jur.* ergo ideo res incorporales, quæ juris ſunt, non poſſidentur proprie. *l.* 3. *hoc tit. l.* 4. *§. ſi viam ff. de uſucap.* quia poſſeſſio ipſa facti, non juris eſt.

§. III. His ita poſitis, & omiſſis in hac controverſia aliorum diſtinctionibus, quas præter laudatos ab Hilligero, Pichardo, & Valentia ſequuntur Matienzo in *l.* 8. *tit.* 7. *gloſſ.* 1. *num.* 8. *lib.* 5. *Compilat.* Pacius *cent.* 6. *quæſt.* 95. qui vel affirmant poſſeſſionem, dum adquiritur, facti eſſe, & adquiſitam juris, vel civilem eſſe juris, & naturalem facti; vel denique poſſeſſionem omnem mixtam eſſe ex jure & facto, quod poſtremum ſuaderi videtur in *l. poſſeſſionem* 29. *l. poſſeſſio* 49. *in princ. & §.* 1. *hoc tit. l. denique* 19. *ff. ex quibus cauſſ. major. l. nemo* 10. *C. hoc. tit.* juncto ſingulari ad rem textu in *l. in conventionalibus* 52. *§. ult. ff. de V. O.* ſubſcribimus libenter poſteriori ſententiæ, quæ in Academia obtinuit, docetque poſſeſſionis naturam & ſubſtantiam totam facti eſſe. Nec obſtant, quæ in contrarium adduximus §. 1. quippe obſervandum eſt, poſſeſſionem ipſam in multis, quæ ejus ſubſtantiæ non repugnant, multum jure adjuvari, veluti quoad effectus & commoda, quæ poſſeſſioni jure tribuuntur, quorum reſpectu jus poſſeſſionis nominatur in *l. peregre* 44. *hoc tit.* cum laudatis ſupra §. 1. & comparatur juribus in *l ſtipulatio* 38 *§. ſi quis forte ff. de V. O.* & habere dicitur plurimum facti in *l. denique* 19. *ff. ex quib. cauſſis major.* & non continere nudum factum in *l. in conventionalibus* 52. *§. ult. ff. de V. O.* Nempe quia habet etiam, & continet aliquid juris non in ſubſtantia, ſed extrinſecus circa effectus, veluti circa adquiſitionem fructuum rei poſſeſſæ. *l. ait Prætor* 23. *§. item ei ff. ex quibus cauſſis major. l.* 4. *de uſuris.* ſed & quoad adquiſitionem & retentionem poſſeſſionis, quatenus illius natura non repugnat, poſſeſſio *plurimum ex jure mutuatur.* hoc eſt, accipit tanquam alienum & mutuatum, non autem proprium in ſubſtantia habet. *l. poſſeſſio* 49. *hoc tit* veluti, ut adquiratur alieno corpore & facto. *l. ea quæ civiliter* 53. *ff. de adquir. rer. dom. d. l. poſſeſſio* 49. & ut retineatur animo ſolo. *l. poſſeſſionem* 29. *hoc tit. l. nemo* 10. *C. eodem tit.* de qua plenius ad *l.* 1. *hoc tit. §.* 20.

§. IV. Ex eiſdem principiis pendet & explanatio poſtremi argumenti propoſiti ſupra §. 1. *in fine.* & obſcurior pars altera diſputationis noſtræ, an ſcilicet filiusfam. & ſervus poſſidere ſibi proprie vereque poſſint: in qua quæſtione in primis, non eſſe eos capaces poſſeſſionis veræ ſibi adquirendæ, ſuadetur ex ratione illa juris expenſa § 1. *in fine.* nuncque in contrarium leviter inverſa; nempe quia conſtat, poſſeſſionem patri aut domino adquiri per filiumfam. & ſervum. *l.* 1. *§. item adquirimus hoc tit* At ſi filius, aut ſervus capaces ſibi poſſidendi eſſent, cum poſſeſſio tota facti ſit, non tranſiret ab eis ad patrem, vel dominum. *§. ſed cum factum inſt. de ſtip ſerv.* Secundo hoc ipſum exprimi videtur in *l. poſſeſſio* 49. *§.* 1. *hoc tit.* ubi ſcriptum eſt, eos, *qui in aliena poteſtate ſunt, habere poſſidere non poſſe: quia poſſeſſio non tantum corporis; ſed & juris eſt.* id eſt, quia quamvis poſſeſſio facti ſit, habet etiam & mutuatur illud juris, ut in filiofam. non conſiſtat, & multo minus in ſervo, qui capax juris eſt. *l. illa verba* 68. *ff. de V. S. l. quod attinet* 32. *ff. de reg. jur.* Tertio quoad ſervum hoc idem expreſſum eſt in *l. nunquam* 31. *§. ſervus ff. de uſucap.* juncta *l.* 4. *§.* 1. *& §. ſervus* 4. *l. juſto* 44 *§. filiusfam. ff. eod tit. l. filiusfam.* 93. *ff de reg jur. l. denique* 13. *§ idem ait ff. quod vi aut clam.* Quarto denique accedit juris ratio regulaque, quæ docet, eum qui ab alio poſſidetur, veluti ſervus a domino, poſſidere ſibi non poſſe. *l. homo liber* 54. *§. ult. ff. de adquir rer dom. l.* 1. *§. ſed & per eum l. cum heredes* 23 *§.* 1. *hoc tit. l. ſic eveniet* 21. *ff. ad l Juliam de adulteriis. l. qui in ſervitute* 118. *ff de reg. jur. l. neque ſervus* 11. *ff. de uſucap.* quibus argumentis, filiumfam. & ſervum tenere quidem corporaliter, non autem vere poſſidere, ſupponunt pro conſtanti poſt Accurſ. in *l. quod ſervus* 24 *hoc tit.* & in *d. l ſtipulatis* 38. *§. hi qui ff. de V. O.* Bartolus & interpretes fere omnes *ibi*, & in *locis citatis* Duarenus in *l.* 1. *hoc tit.* Donell. *lib.* 5. *comm. cap.* 6. Concius *lib.* 1. *diſputat. cap.* 9. Fab. in *Rat. l. denique* 19. *ff ex quibus cauſſis major.* Gilkenius *de præſcript. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 1. Valentia *lib.* 1. *illuſt. tract* 2. *cap.* 3. *num.* 8. *& cap.* 8. *num.* 3. Pichard. in *princ. inſt. art.* 2. *num.* 35. *& art.* 3. *num.* 66. *&* 81. *de interdictis.*

§. V. Quatuor his argumentis, quæ ſuperiore qua-

quadriennio pro hac ſententia expendimus; nunc ex noviori obſervatione accedit quintum ex *l. ſi cui* 25. §. *ult. ff. de lib. cauſſa.* ubi ſcriptum eſt, ſervum, qui de libertate cum domino litigat, etiam poſt ordinatum liberale judicium, quo tempora liberi loco eſt. *l. ordinata* 24. *ff. de liber. cauſſa. l. lite* 14. *C. eodem tit. l. is autem* 12. *ff. ex quib. cauſſis major. l. ſervum* 33. §. 1. *ff. de procurat. l.* 1. *C. qui dare tutor.* nec a domino poſſidetur; nec poteſt intelligi habere animum adquirendæ poſſeſſionis ei, cujus ſervum ſe eſſe negat. *l.* 3. § *ſi ſervum.* juncta *l. per eum* 50. §. 1. *hoc tit. l. ſi is qui* 15. §. *ſi ſervus ff. de uſucap* adquirere adhuc poſſeſſionem domino, *ſi tamen ſervus ſit*, ut ait *d. lex ſi cui* 25. §. *ult.* ergo quia ſervus eo ipſo, quod ſervus eſt, incapax eſt poſſeſſionis, ideoque, etiamſi nolit, adquirit domino non ſibi. Sextum pro eadem ſententia argumentum eſt in *l. ſi ſervus* 13. *ff. de precario.* ubi ſi filius, ſervusve tuus te ignorante, & ſuo nomine precario rogaverit, teneris de peculio aut de in rem verſo: ergo quia poſſeſſio etiam eo caſu, in quo filius, vel ſervus ſibi, & ſuo nomine poſſidere voluit, vertitur in peculium, aut rem patris, vel domini, & conſequenter eis adquiritur. Septimum argumentum eſt ex *l. qui univerſas* 30. §. *item quod mari hoc tit. l. ſi adoptavero* 17. *ff de precario.* ubi paterfamilias, qui poſſidebat, ſi adrogatione in alterius poteſtatem pervenerit, deſinit eo ipſo poſſidere: ergo quia filiusfamilias incapax eſt poſſeſſionis. Tandem octavo ſic argumentor, ſi, quia poſſeſſio facti non juris eſt, ſervus quamvis incapax juris poſſidere ſibi poſſet, ſequeretur poſſe etiam poſſideri a ſciente, tales eſſe res commercio exemptas a jure, veluti ſacras, religioſas, aut liberum hominem; quia incapacitas & prohibitio juris, ſi reſpectu poſſeſſoris non obſtat ſervo poſſidere ſibi volenti, non eſt, cur magis obſtet reſpectu rei poſſidendæ ei, qui ſciens eſſe commercio exemptam poſſidere vult: Atqui certum eſt, non poſſideri eas res a ſciente tales eſſe, etiamſi cum affectu dominandi teneat. *l. cum heredes* 23. § *ult. l. qui univerſas* 30. §. 1. *hoc tit. l. ſi ſervus* 34. *in fine ff. de ſtip. ſerv.* ergo incapacitas & prohibitio juris faciet etiam, ut ſervus ſciens ſe ſervum eſſe poſſidere ſibi non poſſit.

§. VI. Sed in contrariam ſententiam vocat nos juris ratio, qua docente jam olim affirmavimus, quod obiter tantum tentavit, aut præſenſit Giphan. in *l.* 3. §. *ex contrario num.* 56. *hoc tit.* & quodammodo fatetur Valentia *d. tractatu* 2. *cap.* 2. *num.* 35. *in fine.* nempe ſervos & multo magis filiosfamilias veræ propriæque poſſeſſionis ſibi adquirendæ capaces eſſe. Quæ ſententia in primis probatur ea juris ratione, quia poſſeſſionis eſſentia tota facti eſt, ut pote conſiſtens in detentione & affectu dominandi, quorum utrumque facti eſt, ut notavimus ſupra §. 2. & 3. ſervus autem & multo magis filiusfamilias incapaces ex ſua perſona ſunt eorum, quæ facti ſunt. *l. qui heredi* 44. *ff. de condit. & dem. l. Stichum* 95. §. *uſumfr. in fine ff. de ſolut.* §. *ſed cum factum inſt. de ſtip. ſerv.* poteſt enim etiam ſervus tenere corporaliter, nec poſſeſſio aut poteſtas domini in ſervo impedit, quominus poſſit facto ipſo nolle. *l.* 3. *in fine C. de her. inſt. l.* 1. §. *quid ergo ff. ſi quis omiſſ. cauſſa teſt. l. qui in aliena* 6. §. *ult. ff. de adquir. hered. l.* 1. §. *hæc quæ de ſervis hoc tit.* & facto ipſo velle. *l. ſi ſtipulatus* 76. *l. ult. ff. de V. O.* proinde poteſt ſervus tenere cum affectu dominandi poſſeſſioni, & conſequenter ſibi poſſidere. Confirmatur hæc juris ratio ex eo, quia quamvis jus civile habeat ſervum pro nullo. *l. quod attinet* 32. *ff. de reg. jur.* & quod magis eſt, velit eum incapacem eſſe ſibi poſſidendi, facere quidem poteſt, ne civiliter poſſideat. *l. ſtipulatio* 38. §. *hæc quoque ff. de V. O.* non tamen ne poſſideat naturaliter vereque, ſi cum affectu ſibi poſſidendi teneat juxta naturam ipſam poſſeſſionis, qua attenta nihil intereſt, civiliter quis poſſideat, an naturaliter. *l.* 3. §. *ex contrario hoc tit.* quia naturali jure omnes homines æquales ſunt. *d. l. quod attinet* 32. *l. hos accuſare* 12. *in fine ff. de accuſat.* & cum poſſeſſionis eſſentia facti ſit, nulla juris prohibitio aut incapacitas facere poteſt, ut, qui facto ipſo tenet cum affectu ſibi poſſidendi, non poſſideat. *l. in bello* 12. §. *facti ff. de captivis. l. denique* 19. *ff. ex quibus cauſſis major. l. ſi ita quis* 31. *ff. de evict. l. verum* 31. *ff. de reg. jur.* qua ratione uxor rem a marito donatam quamvis civiliter non poſſideat; quia civili jure prohibetur donatio etiam poſſeſſionis. *l. ſi cum* 26. *l. inter* 46. *ff. de donat. inter V & U.* poſſidet tamen naturaliter, & vere. *l.* 1. §. *ſi vir uxori. l. quod uxor* 16. *hoc tit. l.* 1. §. *ult. ff. pro donato. l.* 1. §. *dejicitur ff. de vi & vi armata.* & eadem ratione ſervus, quamvis civili jure obligationis capax non ſit, tamen naturaliter & ſibi obligat, & obligatur. *l. ſi id quod dominus* 64. *ff. de condict. indeb. l. eo tempore* 50. §. *etiam ff. de peculio. l. heres* 21. §. *ſervo ff. de fidejuſſoribus.*

§. VII. Secundo hæc eadem ſententia probatur ex ipſo modo adquirendæ per ſervum domino poſſeſſionis. Nam ea, quorum ſervus quia juris ſunt incapax eſt, adquiruntur per eum domino civiliter, hoc eſt; per ſervum etiam invitum domino, & ignoranti, & invito. *l. etiam invitis* 32. *l. ea quæ civiliter* 53. *ff. de adquir. rer. dom. l. ſervus* 62. *ff. de V. O. l. placet* 79. *ff. de adquir. vel omit. hered.* poſſeſſio autem, cum adquiritur per ſervum domino, adquiritur naturali ratione, ſicut per liberam perſonam ſibi poſſidendi capacem: *d. l. ea quæ civiliter* 53. *l. traditio* 20. §. *ult. ff. de adquir. rer. dom. l. ſolutam* 11. §. *per liberam ff. de pignerat. act. l.* 1. *C. per quas perſonas. l. eum qui* 14. §. *ult. ff. de furtis.* ideoque neque poſſeſſio adquiritur per ſervum domino invito. *d. l. ea quæ civiliter* 53. *l.* 1. §. *quod igitur* 15. *ff. de vi & vi armata.* neque ignoranti domino, niſi ex peculiari cauſſa. *l.* 1. §. *item adquirimus. l. peregre* 44. § *quæſitum. l.* 3. §. *ſaltus verſ. cæterum hoc tit.* neque per ſervum invitum. *l.* 1. §. *hæc quæ de ſervis hoc tit. l. per ſervum* 37. §. *quod unius ff. de adquir. rer. dom.* ergo ideo adquirit domino poſſeſſionem ſervus, quoties adquirit; quia vult, non quia ipſe ſervus incapax ſit poſſeſſionis, ſi velit ſibi adquirere.

§. VIII. Tertio hæc ſententia, niſi cavillamur, exprimitur in *l. ſtipulatio* 38. §. *hi qui ff. de V. O.* ubi Ulpianus ex Juliano proponit, ſi ſervus ſtipuletur *ſibi habere licere*, eſſe inutilem ſtricte, proprieque acceptam ſtipulationem, quia in ea non factum continetur; ſed jus cujus ſervus incapax eſt. Subjungit autem, in ſervo & filiofamilias, ut ſubſtineatur ea ſtipulatio, accipiendam eſſe de poſſeſſione. ergo ſenſit omnino Ulpianus, ſervum capacem eſſe poſſeſſionis ſibi adquirendæ, quia facti eſt, neque argumento facies ſatis, ſi cum Claſſicis, & Cujacio, Donello, Giphanio, & aliis in *d. l. hi qui. poſſeſſionis* verbum ibi intelligas improprie de detentione nuda, cujus capax ſervus ſit, non autem propriæ poſſeſſionis; id enim ſi ita eſſet, non magis ſibi poſſidendi proprie, quam ſibi habendi capax ſervus erit; & conſequenter inepta & inconſpecta interpretatio Ulpiani *ibi*; qui ad ſuſtinendam ſibi habendi ſtipulationem, quæ proprie accepta in ſervo valere non poteſt, eo confugit, ut ſtipulationem intelligat de poſſeſſione, quæ ſimiliter accepta proprie convenire ſervo non poſſit, maxime cum detentio nuda, quæ improprie poſſeſſionis verbo ſignificatur; perinde continetur verbo *habendi*, teſte eodem Ulpiano in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *habere. l.* 1. §. *quod autem* 33. *ff. de vi, & vi armata.* igitur neceſſario Ulpianus agnoſcit, ſervum capacem eſſe proprie ſibi poſſidendi; non autem ſibi proprie habendi: confirmatur hoc ipſum in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *hæc quoque.* ubi in ſtipulatione *ſibi poſſidere licere* docet Ulpianus, dubitari non oportere, quin & ſervus recte ita ſtipuletur, quia quamvis non poſſideat civiliter, tamen ſtipulatio referenda eſt ad naturalem poſſeſſionem. Atqui ſi

poſſeſſionis propriæ incapax ſervus eſſet, & ſtipulatio *ſibi poſſidendi*, quia proprie accepta valere in ſervo non poſſit, detorquenda eſſet ad detentionem nudam, non minor dubitandi cauſſa foret in ſtipulatione *ſibi poſſidendi*, quam in ſtipulatione *ſibi habendi*, quam futuram inutilem, ſi ſtricte accipiatur, Ulpianus ex Juliano agnoverat in *d.* §. *hi qui*.

§. IX. Quartum novæ & noſtræ aſſertionis argumentum extat in *l.* 4. §. *de illo ff. de uſucap.* ubi cum ſervus ancillam, quam ſubripuerat, pro libertate ſua domino dediſſet, reſpondetur non poſſe dominum uſucapere partum ancillæ apud ſe conceptum, ea ratione reddita: *quia poſſeſſio, quam ſervus vitioſe nactus ſit, domino noceret.* Et tamen certum eſt, poſſeſſioncos furtivæ ancillæ ut pote injuſtam vitioſamque non potuiſſe domino adquiri per ſervum. *l. quod ſervus* 24. *hoc tit.* & ſimiliter certum eſt, dominum, qui furtivam ancillam bona fide a ſervo ſuo pro libertate accepit, poſſe uſucapere partum ejus apud ſe conceptum, & quidem indiſtincte, ſive conceptus ſit ante dationem pro libertate, ſive poſtea, dummodo ſervus ipſe non ſubripuerit, quamvis furtiva ancilla ſit. *l. qui ob pactionem* 9. quam ita intelliges, *ff. pra emptore.* atque etiam quando ſervus ipſe ſubripuit, ſi poſtquam pro libertate dedit, conceptus partus eſt. *l. ſervus* 10. *ff. pro emptore.* quia conceptus utroque caſu eſt non apud furem. *l. qui vas* 48. §. *ancilla ff. de furtis. l. non ſolum* 33. *ff. de uſucap. l.* 3. *C. de uſucap. pro empt.* ergo ideo in *d.* § *de illo.* partus non uſucapitur a domino, quia quamvis conceptus ſit domi, quamdiu ſervus in familia domini erat, eoque ſenſu apud dominum. *l. penes* 63. *ff. de V. S. l.* 1. *ff. de lib. exhibend.* conceptus tamen eſt eo tempore, quo ſervus ipſe ancillam poſſidebat; namque & ſervi animus ancillæ tanquam ſuæ pro libertate domino dandæ oſtendit, eum quamdiu non daret voluiſſe ſibi poſſidere. *l.* 4. §. 1. *cum ſeqq. ff. de manumiſſ. l.* 2. & 3. *ff. de in rem verſo.* & vere poſſediſſe convincit ratio *d.* § *de illo.* cujus ſenſus eſt, ideo partum non uſucapi, quia poſſeſſus ſimul cum matre eſt a ſervo fure, utpote conceptus quo tempore ille ancillam vitioſe poſſidebat, ut interpretatur, quamvis pleraque alia aliter noſter Amaya *lib.* 9. *obſerv. cap.* 1. § 4. *num.* 15. & *ſeqq.* reprehenſus immerito, temereque ab Alphonſu Carranza in *diſp. de partu cap.* 3. §. 1. *num.* 35.

§. X. Quinto in eandem ſententiam accedit textus in *l.* 2. §. *filium ff. pro herede.* juncta *l. Pomponius* 35. *ff. fam. erc.* ubi traditum eſt, filiumfamilias rem a patre donatam, quamvis civili jure non poſſideat, quia eo jure donatio nulla eſt. *l.* 1. §. 1. *ff. pro donato. l. donationes* 25. *C. de donat. inter V. & U.* poſſidere tamen naturaliter vereque, ut fatentur Pinell. in *rubr. part.* 2. *num.* 4. *C. de bon. mat.* Fab. *de error. Pragm. dec.* 42. *errore* 4. *num.* 4. Quamvis aliter poſt Accurſ. in *l. in ſuis* 11. *ff. de lib. & poſt.* Giphan. in *l. cum heredes* 23. *num.* 6. *hoc tit.* Schiſordegherus *lib.* 2. *ad Fab. tractatu* 15. *quæſt.* 2. Hillig. ad Donell *lib.* 5. *cap.* 14. *litera I.* Sexto denique expendi poſſunt Juliani verba in *l. ais Prætor* 23. *ff. ex quib. cauſſis major.* ubi in quæſtione, an captivus, qui dum apud hoſtes eſt aliquid apprehendit, uſucapere poſſit, ita ſcribit in §. 1. *nec cœptam poſſeſſionem poterit implere, dum eſt apud hoſtes.* ſupponit ergo, captivum, etiam dum vere ſervus eſt, incipere poſſidere, non tamen poſſe implere ſeu continuare cœptam poſſeſſionem, ita ut ad uſucapionem proficiat, dum eſt apud hoſtes, quamvis aliter illa verba vulgo accipiantur, & poſſeſſionis vox intelligatur de uſucapione juxta notata ſupra ad *l.* 1. *hoc tit.* §. 4.

§. XI. Coacti pridem fuimus, & nunc cogimur his argumentis & præ cæteris ratione juris; quam expendimus §. 6. & 7. novæ huic & paradoxæ ſententiæ ſubſcribere. Quare ut jam fundamentis contrariis atque in primis priori, de quo ſupra §. 4. *in principio*, reſpondeamus, obſervandum eſt, quod diximus, ea quæ facti ſunt non adquiri per ſervum domino. §. *ſed cum factum inſt. de ſtip. ſervorum.* cum notatis ſupra §. 1. *in fine.* obtinere in his factis, ex quibus, poſtquam factum eſt, nihil remanet, quod adquiri domino poſſit, qualia ſunt ire, agere, & ſimilia. *d. l. ſtipulatio* 38. § *hi qui ff. de V. O. l. unic.* §. *ne autem verſ. ſin vero C. de caduc. tollend.* quæ dicuntur *tranſeuntia facta* a Pragmaticis. Et obtinere etiam, quoties ex voluntate teſtatoris aut contrahentium ſic deſignata eſt perſona, ut ei factum cohæreat, nec tranſire ad alium poſſit. *d. l. unic.* §. *ne autem verſ. ſin vero. l. qui heredi* 44. *ff. de condit. & dem. l. ſi uſusfructus* 14. § *ſi ita ff. quando dies leg. ced.* veluti cum ſervus ſpecialiter ſtipulatur, *ſibi ire, agere, licere. d.* §. *ſed cum factum inſt. de ſtip. ſervorum.* At in adquiſitione poſſeſſionis per ſervum diverſa hæc ſingula ſunt. Tum quia detentio in poſſeſſione eſt res facti non momentanei, & tranſeuntis; ſed permanentis; quoniam poſt apprehenſionem cum affectione dominandi manet poſſeſſio, quæ facti etiam tunc eſt, & retinetur, quamdiu contrario animo non amittitur. *l.* 3. §. *ſaltus. l.* 6. §. *ult. l. ſi id quod* 25. §. *ult. l. peregre* 44. §. *ult. cum l. ſequenti hoc tit.* Tum etiam quia cum dicimus ſervum domino poſſeſſionem adquirere; ſupponimus id fieri ex ſervi voluntate, ſine qua non adquireret. *l.* 1. §. *hæc quæ de ſervis hoc tit.* proinde nihil obſtat, quin ſervus quamvis capax ipſe ſit poſſeſſionis, & poſſeſſio facti ſit, poſſit tamen ſi velit domino adquirere, ſicut & adquireret factum ſtipulationis *ire agere licere*, ſi non ſibi, ſed domino *ire agere* ſtipularetur. *l. quod dicitur* 130. *ff. de V. O.*

§. XII. Faciliores explicatus habet quamvis primo aſpectu difficile ſecundum argumentum ex *d. l. poſſeſſio* 49. §. 1. *hoc tit.* nam jam olim obſervavimus, Papinianum in *d.* §. 1. loqui de rebus peculiaribus, quas quidem ſervus aut filiusfamilias habere ſibi non poſſunt, quia cum habere juris ſit. *d. l. ſtipulatio* 38. §. *hi qui.* ſtatim patri aut domino adquirerent. *l. placet* 79. *ff. de adquir. hered.* ſed neque poſſidere ſibi poſſunt res, quæ peculiares ſunt, quia ſi tanquam peculiares eas tenent, eo ipſo tenent voluntate, & nomine patris, aut domini. *l.* 1. §. *item adquirimus hoc tit. l.* 5. § *ult. ff. de peculio.* & ideo tunc non ſervus aut filius; ſed per eos dominus, aut pater poſſident. *l quod meo nomine* 18. juncta *l. quod ſervus* 24. *hoc tit.* ſi vero tamquam non peculiares res, quæ in peculio ſunt, filius aut ſervus poſſidere ſibi velint, non etiam poſſunt, non quia incapaces ipſi ſint poſſidendi; ſed quia poſſeſſio peculiarium rerum apud patrem, vel dominum jam eſt. *d. l. quod ſervus* 24. nec poſſunt filius, ſervusve adquirere poſſeſſionem, antequam eam dominus, paterve amittant, ne duo in ſolidum poſſideant contra *l.* 3. §. *ex contrario hoc tit.* neque dominus, paterve amittit, quamdiu filius, ſervusve tenent; quamvis teneant affectu ſibi poſſidendi & privandi patrem, vel dominum poſſeſſione. *l. Pomponius* 19. *l. rem quæ* 15. *l. ſi de eo* 40. *hoc tit. l. non ſolum* 33. §. *ult. ff. de uſucap* quia naturalis facultas rei naniſcendæ, qua mediante adquiri & retineri poſſeſſio ſolet. *l. ea quæ* 53. *ff. de adquir. rer. dom. l.* 3. §. *Nerva hoc tit.* conſervari intelligitur patri, vel domino, quamdiu res apud filium, vel ſervum ſunt, cum ſubjectos eos habeant civili & naturali ratione. *l.* 3. & 4. *ff. de juſt. & jure. l. ne tum filiofamilias* 16. *ff. de furtis. l. ult. C. de impub.* eoque pertinet Papiniani ratio in *d. l. poſſeſſio* 49. §. 1. dum docet ideo eos, qui in aliena poteſtate ſunt, res peculiares tenere poſſe, poſſidere non poſſe; quia *poſſeſſio non tantum corporis; ſed & juris eſt.* hoc eſt, quia quamvis detentionem actualem, quatenus facti meri, & corporis eſt, patri aut domino auferant, non tamen auferunt naturalem facultatem tenendi, quæ juris naturalis eſt in poſſeſſione, & per quam poſſeſſio patri, aut domino jam quæſita conſervatur, quamdiu res ſunt apud eos, quos in poteſtate habent. Secundum quæ etiam de rebus peculiaribus explicandi

Digitized by Google

candi ſunt textus in *l. juſto* 44. §. *filius ff. de uſucap. l. filiusfamilias* 93. *ff. de reg. jur. l. denique* 13. §. *idem ait* 2. *ff. quod vi aut clam.* quotum meminimus §. 4. eorumque immemor, & principiorum juris, quæ propoſuimus, multa, magnaque peccat, poſſeſſionem ſervo in peculiaribus rebus concedens in aliis denegans Carranza in *diſp. de Partu cap.* 3. §. 1. *num.* 39. poſt Giphan. in *l.* 3. §. *ex contrario num.* 56. & *ſeq. hoc tit.*

§. XIII. Sed neque urget acriter tertium argumentum ex *l. nunquam* 31. §. *ſervus ff. de uſucap.* nam quod ſcriptum ibi eſt, *ſervum, licet in libertate moretur, nihil poſſidere*, ſic accipiendum eſt, ut nihil poſſideat quoad effectum uſucapionis, quia quamvis ſervus, qui diu in poſſeſſione libertatis moratus eſt ſine dolo malo, ita ut judicium liberale pati paratus ſit, non videatur a domino poſſideri. *l.* 3. §. *ſi ſervus. l. per eum* 50. §. 1. *hoc tit. l. ſi is qui* 15. §. *ſi ſervus ff. de uſucap.* & pro libero interim habeatur ordinato liberali judicio. *l. ordinata* 24. *l. ſi cui* 25. §. *ult. ff. de liber. cauſſa.* cum laudatis ſupra §. 5. cum tamen vere ſervus ſit, & uſucapio ſit effectus poſſeſſionis civilis, ſive modus adquirendi dominii jure civili. *princ. inſt. de uſuc.* ſervus utpote incapax dominii, & civilis juris, etiamſi vere poſſideat, non poſſidet civiliter; ideoque nec uſucapit, quo & ſenſu ſervum non poſſe pro herede poſſidere ſcriptum eſt in *l.* 4. §. *ſervus ff. de uſucap.* & filiusfam. *maxime militem* hoc eſt, duntaxat cum miles eſt, poſſe in caſtris quæſitum uſucapere. *d. l.* 4. §. 1. in qua ſic contra Cujacium expono vocem *maxime* pro *duntaxat*, ut in *l. ſi extraneus* 33. *ff. de jure dotium. l.* 6. §. *ult.* juxta vulgatam lectionem, *ff. de lib. & poſt.* cum congeſtis poſt Albericum & alios *de verbis juris, verbo maxime.* a Briſſ. in *ea voce*, & *lib.* 2. *de ſolut tit. de delegat. pag. mihi* 231. Adde *l.* 12. §. *ſi in agro ff. de fundo inſtruct.* cum Petro Fabro. nec novum eſt, ut poſſidere, aut non poſſidere, etiam cum abſolute dicitur, intelligatur quoad uſucapionem. *l. qui pignoris* 36. *in princ.* juncta *l.* 1. §. *per ſervum corporaliter hoc tit.* præſertim in *d. l. nunquam* 31. cujus quæſtiones ſingulæ ad uſucapionem referuntur; idque ipſum ibi magis evincit, quod ſequitur in *d.* §. *ſervus d. l.* 31. nempe per ſervum pro libero ſe gerentem, ſicut nec ipſum poſſidere, ita nec alium poſſe, quod poſtremum niſi ad poſſeſſionem quoad uſucapionem referatur, falſum aperte eſt, quia poteſt per alienum ſervum, etiamſi a nemine poſſideatur, veluti cum pro libero ſe gerit, poſſeſſio adquiri, ſicut per procuratorem, vel domino, vel alii; cujus nomine illam nanciſcatur, ut agnoſcit Paulus in *d.* §. *ſervus.* juncta *l. ſi me in vacuam* 34. §. *ult. hoc tit. l. ſi cui* 25. §. *ult. ff. de liber. cauſſa.* ergo referenda utraque illa Pauli aſſertio eſt in *princ. d.* §. *ſervus.* ad uſucapionem, quæ neque ſervo ipſi contingit, nec per eum domino, vel alii niſi ſcienti excepta peculiari cauſſa. *l. poſſeſſio* 49 §. *ult. hoc tit. l. ſi emptam* 47. *ff de uſucap.* alias *l.* 2. *ff. pro ſoluto. l.* 2. §. *Celſus cum ſeqq. ff pro emptore.*

§. XIV. Majoris operæ eſt explicatio quarti argumenti ex ratione juris, regulaque, de qua in *l. homo liber* 74. §. *ult. ff. de adquir. rer. dom.* cum adductis ſupra §. 4. ſed ut res dextre intelligatur, ſupponenda eſt diſtinctio duplicis modi adquirendæ retinendæque poſſeſſionis. Primus eſt, cum per nos ipſos facto ipſo actualis detentionis & voluntatis poſſidendi adquirimus, retinemusque juxta naturam ipſam ſimplicem poſſeſſionis, quæ facti eſt, & ſine ullo juris adminiculo. Secundus eſt, cum per alios adquirimus, aut ſolo animo retinemus ſine proprio corporali facto; ſed adjuvante juris ratione per naturalem facultatem, ut notavimus ad *l.* 1. *hoc tit.* §. 20. qua ſuppoſita diſtinctione affirmamus, regulam juris, quæ docet eum, qui ab alio ut ſervus poſſidetur, poſſidere ſibi non poſſe, referendam non eſſe ad primum modum adquiſitionis retentioniſque, quia juxta eum modum ſicut regula juris non impedit, quin ſervus poſſit facto ipſo tenere, & velle ſibi poſſidere, ita neque ut poſſideat, quamdiu ita tenet juxta naturam ipſam poſſeſſionis, junctis traditis ſupra §. 6. referenda ergo regula eſt ad ſecundum modum adquiſitionis retentioniſque, adjuvante jure per naturalem facultatem, quæ cum in ſervo deficiat, quatenus juris & libertatis eſt. §. 1. & 2. *inſt. de jure perſonarum.* & in libero homine, qui ab alio poſſidetur, impedita ſit per poſſeſſionem alterius. *l. atquin* 19. §. *ſi libero ff. de neg. geſt. l.* 3. §. *item feras hoc tit.* non poſſunt poſſidere ſecundo hoc modo, ita ut vel per alios adquirant, vel ſolo animo retineant poſſeſſionem, eoque reſpicit Modeſtinus in *d. l. homo liber* 54. §. *ult.* dum ſcribit, *vix eſſe, ut liber homo*, qui ab alio poſſidetur, *poſſidendo uſucapere poſſit.* ubi ſupponit, poſſe eum proprie poſſidere; ſcilicet juxta primum modum actuali detentione & voluntate: ſed tamen quamvis poſſideat, impoſſibile eſſe ut uſucapiat: *quia nec poſſidere intelligitur, qui ipſe poſſideretur*; ut ait Modeſtinus in *d.* §. *ult.* ſive *non videtur poſſidere*, ut eodem ſenſu ſcriptum eſt in *l. cum heredes* 23. §. 1. *hoc tit. l. qui in ſervitute* 118. *ff de reg. jur.* id eſt, quia cum impedita in eo ſit naturalis facultas per poſſeſſionem alterius, neque intelligitur ſolo animo continuare poſſeſſionem per naturalem facultatem, & impoſſibile eſt, ut continuet actuali voluntate & detentione per ſingula momenta. *l. peregre* 44. *hoc tit.* ideoque & impoſſibile, ut uſucapiat ſine continuatione poſſeſſionis. *l.* 3. *ff de uſucap.*

§. XV. Inde etiam explicandus eſt Paulus in *l.* 1. §. *ſed & per eum hoc tit.* dum docet ſervum, qui ab alio poſſidetur, ſi velit vero domino poſſeſſionem adquirere, neque adquirere domino nec ex peculiari cauſſa. *d. l. homo liber* 54. §. *ult. l. ſi ſervus* 21. *ff de adquir. rer. dom.* nempe quia naturalis facultas, quam retinere per ſervum & ea mediante adquirere dominus ſolet. *d. l. rem quæ* 15. *hoc tit.* impedita in hoc caſu eſt per poſſeſſionem alterius. *l.* 1. §. *idem Vivianus ff. de vi & vi arm.* Neque etiam ſibi tunc ſervum adquirere, quia non ſibi, ſed domino voluit adquirere. *d.* §. *ſed & per eum.* quem ita interpretor, ſicut & *l. neque ſervus* 11. *ff. de uſucap.* cui jungendus Cujacius *lib.* 19. *Pauli ad Edict.* in *l.* 2. *ad finem ff. de Publiciana.* eſt autem in hac re ſingulare jus filii, qui quamvis tanquam ſervus ab alio poſſideatur, adquirit poſſeſſionem patri ex peculiari cauſſa. *l.* 4. *hoc tit.* quia naturalis facultas, quam per filium pater habet, non nititur jure dominii, & poſſeſſionis. *l.* 1. §. *per eum hoc tit. l poteſtatis* 215. *ff. de V. S.* ſed jure poteſtatis patriæ. *l juſto* 44. *ff. de uſucap. l. cum heredes* 23. §. *ult. l per eum* 50. *hoc tit.* notat poſt Accurſ. & alios Giphan. in *d. l.* 4. *hoc tit.* Gilkenius *de præſcript. parte* 3. *cap.* 3. *num.* 23. & contra Cumanum, quem Fulgoſium vocat Cujacius *lib.* 25. *obſ. cap.* 5. Denique & ex ſuperiori diſtinctione ſunt explicanda, quæ traduntur de poſſeſſione captivi in *d. l. cum heredes* 23. §. 1. cum ſimilibus, de quibus ex profeſſo nos ad ſecundam tituli noſtri partem de amittenda poſſeſſione.

§. XVI. Deinde quoad quintum argumentum ex *d. l. ſi cui* 25. §. *ult. ff. de liber. cauſſa.* dicendum eſt, ideo eum, qui de libertate litigat, adquirere domino poſſeſſionem, ſi tamen ſervus ſit, qualis erat in *d.* §. *ult.* qui ex ſervitute in libertatem proclamabat, quia ſi ſervus ſit, præſumitur voluiſſe domino adquirere, niſi aperte contrarium conſtet. *l.* 1. §. *hæc quæ de ſervis. l. ſi rem* 47. *verſ. aliam hoc tit.* Sextum vero argumentum ex *d. l. ſi ſervus* 13. *ff. de precario.* non obſtabit, ſi obſerves, non conſtare in eo textu, precarium poſſeſſionis fuiſſe, idque quamvis conſtaret, Pomponium ſupponere non adquirendam patri, vel domino poſſeſſionem, ſi ignorantibus illis filius, vel ſervus ſibi & ſuo nomine precario rogaſſent, ſicut neque precario habere in eo caſu patrem, vel dominum affirmatur in *d. l. ſi ſervus* 13. tenentur tamen de peculio, vel de in rem verſo, quatenus in utilitatem

tem eorum verſa datio precarii, aut in peculio illius fuerit, qui rogavit. *arg. l. cum ſervus* 16. *ff. ad exhib.* Jam autem ſeptimum argumentum ex *l. qui univerſas* 30. *§. item quod mari hoc tit. l. ſi adoptavero* 17. *ff. de precario.* eam rationem habet, quia qui ſe dat in adrogationem, vult ſua omnia in adrogatorem transferre. *l. pen. §. teſtamento ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* & conſequenter vult etiam poſſeſſionem jam non ſibi ſed adrogatori tenere. *d. l. ſi adoptavero* 17. ubi Bart. & poſt alios Gilkenius *de præſcript. parte* 3. *cap.* 11. *num.* 2. Faber *de error. Pragm. dec.* 70. *err.* 10. Pichardus in *princ. inſt. num.* 36. *de adquiſitione per adrogat.* Octavum denique argumentum, quia pertinet ad *l. qui univerſas* 30. §. 1. *hoc tit.* de qua jam nos in commentatione de amittenda poſſeſſione, intermittimus potius, quam omittimus, opportunius ibi explicandum.

Recitationum ad Tit. Dig. de adquirenda vel amittenda poſſeſſione

PARS ALTERA.

De Amittenda Poſſeſſione.

CAPUT PRIMUM.

Ad l. 3. §. in amittenda 6. cum ſeqq. usque ad §. 10. & §. Nerva 13. §. Labeo 17. cum ſeq. l. quemadmodum 8. l. Pomponius 13. l. rem quæ 15. l. ſi quis 17. §. 1. l. quod meo nomine 18. §. 1. cum l. ſeq. l. ſi id quod 25. per totam. l. qui univerſas 30. cum l. ſeq. l. ſi de eo 40. §. 1. l. peregre 44. §. quibus. l. ſi rem 47. de adq. vel am. poſſ.

§. I. Quam initio hujus commentationis fidem obſtrinximus, liberamus jam, & ex profeſſo aggredimur poſtremam hanc tituli noſtri partem uſu & obſcuritate primariam, & Academicis Anteceſſoribos prætermiſſam. De qua, ut perſpicue, & breviter pro tempore & inſtituto dicamus, proponimus in primis nobilem in hac parte regulam, quæ extat in noſtra *l. quemadmodum* 8. *hoc tit.* juncta *l. fere* 153. *ff. de reg. jur.* ubi ſic ſcriptum eſt: *quemadmodum nulla poſſeſſio adquiri niſi animo, & corpore poteſt: ita nulla amittitur, niſi in qua utrumque in contrarium actum eſt.* Cui tamen regulæ opponuntur ex adverſo textus in *l.* 3. *§. in amittenda. l. ſi quis vi* 17. §. 1. *l. peregre* 44. *§. quibus hoc tit.* ubi probatur eum, qui poſſidere nolit, ſtatim ſolo animo amittere poſſeſſionem, quamvis adhuc in fundo ſit, ſicut e contrario etiam ſolo corpore amittitur poſſeſſio, quamvis animus poſſidentis repugnet, veluti amiſſa naturali facultate tenendi, ut in *d. l.* 3. *§. Nerva* 13. *& §. Labeo* 17. *l. Pomponius* 13. *l. qui univerſas* 30. §. 1. *& ſeqq. hoc tit.* in quibus conciliandis poſt Claſſicos in *d. l.* 3. §. in *amittenda.* & in *d. l. quemadmodum* 8. & præter laudatos ab Hilligero ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 12. *lit. L.* & *cap.* 13. *lit. C.* Pichardo in *§. ult. num.* 60. *inſt. de her. qualit.* varie ſentiunt Rævardus & alii in *d. l. fere* 153. *ff. de reg. jur.* Giphanius in *d. §. in amittenda num.* 64. Hotmanus *illuſtr. quæſt.* 41. *verſ. ſecundum exemplum.* noviſſime poſt plures noſter Joannes Baptiſta Larea *deciſ. Granatenſi* 10. *num.* 28.

§. II. Sed exploſa emendatione Matthæi Gribaldi *lib.* 1. *de ratione ſtudii cap.* 16. qui adjicit vocem *non* in *princ. d. l. quemadmodum* 8. notatus merito a Duareno & Giphanio in *d. §. in amittenda.* Gilberto Regio *lib.* 2. *enuatiaphanōn cap.* 19. Cujacio *lib.* 23. *quæſt. Papiniani* in *d. l. peregre* 44. *§. quibus hoc tit.* rejecta & alia conciliatione Donelli *lib.* 5. *cap.* 13. cui quamvis Academiæ Anteceſſores ſubſcribant, repugnant tamen poſtrema verba *d. l. quemadmodum* 8. placet magis, placuitque ſemper communis Antiquiorum traditio, quam poſt Joannem veterem Gloſſographum apud Accurſium in *d. §. in amittenda, verbo animo.* probant Claſſici fere omnes, & ex novioribus Duarenus & Giphanius *ibi:* Cujacius *ibidem*, & in *d. l. quemadmodum* 8. *& lib.* 65. *Pauli ad Edict.* in *d. l. fere* 153. Petr. Fab. in *l. nihil* 35. *ff. de reg. jur.* Pacius *cent.* 6. *quæſt.* 96. & relati ab Hilligero ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 13. *lit. C.* docentes, cum de amittenda poſſeſſione quæritur, diſtinguendum eſſe, utrum amiſſio ab animo incipiat, an a corpore. Nam ſi a corpore incipiat, veluti in eo, qui ex ſundo quem poſſidebat egreſſus eſt, niſi utrumque in contrarium agatur, & accedat egreſſioni corporis animus non poſſidendi, non amittitur poſſeſſio, ſicut neque adquiſita fuit, niſi animo, & corpore. *d. l. quemadmodum* 8. *d. l. fere* 153. quarum comparatione & regula utitur ad hunc caſum eleganter Papinianus hinc explicandus in *d. l. peregre* 44. *§. quibus verſ. nam ejus. & l. quamvis* 46. ubi Cujac. *lib.* 23. *quæſtionum Papiniani hoc. tit.* ſed ſi ab animo amiſſio incipiat, veluti in eo, qui cum corpore in fundo ſit non vult poſſidere, amittitur ſtatim poſſeſſio ſolo animo, quamvis eo ſolo adquiri non poſſet. *d. §. in amittenda cum §. ſeq.* quibus conjunctis hæc diſtinctio firmatur, ex qua & apparet, regulam *d. l. quemadmodum* 8. temperandam eſſe adjecta voce *fere*, quæ propoſita initio *d. l. fere* 153. cujus eadem inſcriptio eſt cum *d. l. quemadmodum* 8. repetita intelligi debet etiam in *fine d. l.* 158. ut ante alios ſenſit Harmenopulus in *Promptuario lib.* 2. *tit.* 1. *ſcholio* 1. *in fine.* Plane, quod ſupra expendimus, ſolo etiam corpore poſſeſſionem amitti. *d. l.* 3. *§. Nerva* 13. cum ſimilibus. non obſtat regulæ *d. l. quemadmodum* 8. ſive quia is, cui deficit naturalis facultas tenendi, intelligitur neceſſario abjeciſſe animum poſſidendi, & conſequenter animo & corpore poſſeſſionem amittit. *l. ſi id quod* 25. *§. ult. hoc tit. l.* 1. *§. ſive autem ff. de vi & vi armata.* ſive potius, quia quemadmodum in adquirenda poſſeſſione ſupponimus naturalem facultatem tenendi facto ipſo, ita & ne amittatur, ſupponi debet. *l.* 1. *§. pen. ff. de vi & vi armata.* juncta comparatione *d. l. quemadmodum* 8. quam ita recte in hoc exaudit Donell. *d. lib.* 5. *cap.* 12.

§. III. Proxima ſuperioribus eſt, inſignitaque differentia inter amiſſionem dominii, & poſſeſſionis, nam cum poſſeſſio (ut diximus) ſolo animo amittatur ab eo, qui non vult poſſidere. *d. §. in amittenda.* dominium tamen nihilominus ejus manet, qui dominus eſſe non vult, niſi transferat ex cauſſa jure recepta. *d. l. ſi quis vi* 17. §. 1. *hoc tit.* nimirum quia poſſeſſio facti & dominium juris eſt, ut expoſuimus in diſputatione feriata §. 2. docentque Giphan. in *d. l. ſi quis* 17. §. 1. *num.* 5. ubi præſenſerunt Alciatus, & Cujacius, Connanus *lib.* 3. *comm. cap.* 9. *num.* 2. quamvis aliter poſt Albericum, Alexandrum, & alios in *d.* §. 1. Gomezius in *l.* 45. *Tauri num.* 110. Zaſius *lib.* 2. *intellect. ſing. cap.* 2. Coraſius *lib.* 6. *miſcellaneorum cap.* 20. cui differentiæ conſequens illa eſt, nempe dominium non amitti ab eo, qui ſic rem dat, ut ſtatim recipiat. *l. qui ſic* 55. *ff. de ſolut. l. ſi heres* 11. juncta *l. Stichum* 39. *§. ſi heres ff. de ſtat. liber.* niſi ſcilicet momentanea hæc datio effectum aliquem juris reſpiciat remanſurum penes accipientem. *l. qui id quod* 33. §. 1. *ff. de donat. l. ſi quis duos* 67. *ff. de ſolut. l. ſervus* 58. *ff. ſolut. matr. l. ſi tibi* 20. *ff. de reb. cred.* ubi Donellus, Faberque in *Rat.* & Cujacius *lib.* 18. *Digeſt. Juliani.* Giphanius in *d. l. qui id quod* 33. §. 1. poſt multos Briſſonius *lib.* 1. *de ſolut. pag. mihi* 198. poſſeſſio autem amittitur ab eo, qui ſic transfert, ut iterum recipiat & *repoſſideat*, ut ex Pandectis florentinis, & Baſilicis recte legitur in *l. ſicut* 8. *§. ſupervacuum ff. quibus modis pignus vel hypotheca ſolv.* juncta *d. l. ſi quis* 17. §. 1. ubi Cujacius. Neque propoſitis circa dominium obſtat, quod cum Sabinianis obtinuit, rei pro derelicto habitæ dominium ſtatim amitti, etiam priusquam ab alio occupetur, & conſequenter ſola voluntate. *l.* 1. & 2. §. 1. *& tit. toto*

ff.

ff. pro derelicto. l. falſus 43. §. *qui alienum, cum ſeq.* & §. *ſi jactum* 11. *ff. de furtis. l. quemadmodum* 38. §. 1. *ff. de noxal.* quia omiſſa opinatione Hotmani in §. *pen. inſt. de rer. diviſ.* agnoſcentis veſtigium diſſenſionis Proculejanorum in *d. l. ſi quis* 17. §. 1. verius reſpondebitur, in habitis pro derelicto non amitti dominium ſola voluntate, qnin potius accedere abjectionem ſive factum derelinquendi contrarium traditioni, & occupationi. *d. l.* 1. *ff. pro derelicto. d.* §. *pen inſt. de rer. diviſ.* quo facto res veluti donatur primo occupanti, & legitimo modo alienatur. *l quod ſervus* 36 *ff. de ſtip. ſervorum. l.* 5. *ff. quæ ia fraudem creditorum.* ſentiunt poſt Accurſium Caſtrenſis, Cnmanus, & alii in *d. l. ſi quis* 17. §. 1. docetque Cujacius *lib.* 21. *obſ. cap.* 8. & *lib.* 54. *Pauli ad Edictum* in *d. l.* 2. *ff. pro derelicto.* Fab. in *Rat. d. l. quemadmodum* 38. §. 1. *ff. de noxal.* Connanus *lib.* 3. *comm. cap.* 3. *nam.* 3. poſt Giphanium Hilligerus ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 13. *lit. A.*

§. IV. Accedit jam propoſitis electa magis, eleganſque differentia, quippe dominium adeo non amittitur nuda volnntate, ut etiam poſt rei traditionem, ſi accipienti non adquiratur, remaneat penes eum, qui amittere, & transferre voluit, in quam ſententiam vulgo abutuntur textu in *l. nec utilem* 20. *ia fiae ff. ex quibus cauſſis major.* cujus tamen alia & aliena omnino mens eſt, expoſita rectiſſime Baroni, & Fabro *ibidem.* nec percepta ſatis Cujacio in *quæſt. Papin. lib.* 13. in *d. l. nec utilem* 20. & *lib.* 3. in *l. denique* 19 *ff. ex quib. cauſſis major.* Fortaculo in *Necyomantia dialogo* 78. probatur tamen recte, quod diximus, in *l. vir axori* 39. *verſ. ſed ſi promiſſor ff. de donat. inter V.* & *U. l. cum quis* 38. §. *ſi debitorem verſ. alioquia ff. de ſolut.* de cujus conciliatione cum *l,* 3. §. *ult. ff. de donat. iater V.* & *U.* videndus Cujacius *tractatu* 7. *ad Africanum* in *d. l.* 38. § 1. Faber *lib.* 3. *conject. cap.* 19. Schifordegherus *ad Fabrum lib.* 2. *tractata* 16. *quæſt.* 5. e contrario autem poſſeſſio amittitur ab eo, qui tradendo transferre voluit: quamvis accipienti non adquiratur. *l.* 1. § *ſi vir uxori.* & §. *per procuratorem.* noſtra *l. quod meo nomine* 18. §. 1. *hoc tit.* ubi differentiam hanc poſt Bart. & Antiquiores exponit Giphanius *num.* 7. Gomezius in *l.* 45. *Tauri num.* 24. & 110. ſed hæc ita, ſi pure & abſolute animus ſit amittendi poſſeſſionem, qualis animus plerumque præſumitur in traditione rei præſentis, cujus poſſeſſionem abſolute tradens eo animo eſt, ut ſtatim amittat, quia exiſtimat ſe ſtatim transferre, & ideo amittit, quamvis accipienti non adquiratur. *d. l* 1. §. *per procuratorem. d. l. quod meo nomine* 18. §. 1. diverſum antem eſt in traditione poſſeſſionis rei abſentis, in quam quis mittitur, ut eam occupet; tunc etenim non aliter poſſeſſionem amittimus, quam ſi ei cui volumus adquiratur. *l cum fundum* 18. *verſ. neque enim ff. de vi & vi armata.* cui jungendus præter Cujacinm *lib.* 26. *quæſt. Papin. ibidem.* Donellus *lib.* 15. *comm. cap.* 31. noviſſime noſter Larea *deciſione Granatenſi* 10. *num.* 45. quia & omitti præſumitur quodammodo ſub conditione, ſi alii adquiratur. *l. qui abſenti* 38. §. 1. *hoc tit.* docet ita & diſtinguunt Connanus *lib.* 3. *comm. cap.* 8. *nam.* 6. & veluti conſentit Giphanius in *l. ſi me* 34. & in *d. l. quod meo nomine* 18. §. 1. *num.* 8. quamvis aliter cum Antiquioribus Cujacius in *d. l.* 1. §. *ſi vir uxori hoc tit.* Donellus *lib.* 5. *comm. cap.* 13.

§. V. Ex propoſita diſtinctione inter poſſeſſionem rei præſentis, & abſentis explicandus eſt difficilis alioquin Ulpiani locus in *l. ſi me* 34. *verſ. ergo hoc tit.* cujus hæc ſit paraphraſis. Emptor fundi Semproniani miſſus eſt per errorem a venditore in poſſeſſionem fundi Corneliani, qui in præſentia non erat, in eumque ivit, cum tamen per errorem putaret, mitti ſe in fundum Sempronianum, quem emerat: ait Ulpianus, emptorem non adquirere poſſeſſionem fundi Corneliani, niſi in nomine ſolo error fuerit, veluti ſi & venditor mittendo, & emptor eundo in corpore fundi Corneliani, & poſſeſſione ejus adquirenda conſenſerint; quamvis emptor Sempronianum vocaret, & venditor Cornelianum. *l. in venditionibus* 9. §. 1. *ff. de contrab. emptione. l.* 4. *ff. de leg.* 1. *l. ſi in nomine* 30. *ff. de V. O. quando autem*, ſive, *quoniam autem*, in ſpecie prius propoſita, in qua emptor poſſeſſionem non adquirit, *ia corpore non conſenſerimus*, quomodo negative cum vulgatis & veteribus libris potius, quam affirmative cum florentinis legendum eſt in *d. l. ſi me* 34. *verſ. quoniam.* ubi Cujacius. dubitari poteſt, an ſaltem a venditore recedat poſſeſſio Corneliani ea ratione, quia emptore in illum miſſo voluit poſſeſſionem transferre & amittere: *& animo deponere, & mutare nos poſſeſſionem poſſe, & Celſus, & Marcellus ſcribuat*, in *d. l.* 18 §. 1. *cum l. ſequenti hoc tit. & ſi animo adquiri poſſeſſio poteſt*, ſolo ſcilicet juxta eundem Celſum, Marcellum, Nervam, aliosque Proculejanos poſt Labeonem, quorum ſententiæ quamvis reprobatæ veſtigia nondum notata vulgo extant in *l.* 3. §. *Neratius. d. l.* 18. *in priac.* & §. *ſi venditorem. l. quarundam* 31 *hoc tit. l. theſaurus* 15. *ff. ad exbib. l. certi* 9. §. *ult. ff. de rebus credit.* juncto Hotmano *illuſtr. quæſt.* 41. *verſ. ſecundum exemplam.* dubitari etiam poteſt, numquid adquiſita ſit emptori poſſeſſio, vel Semproniani, in quem ſe mitti putavit, vel Corneliani, in quem miſſus eſt & ingreſſus. Verum ut Ulpianus, his dubitandi cauſſis neglectis, concludit in *d. l. ſi me* 34. non adquirit emptor poſſeſſionem, nec Semproniani; quia errans voluit, & non apprehendit, neque Corneliani, quia nec voluit, dum errans in corpore putat eſſe Sempronianum. *arg. l. in venditionibus* 9. *ff. de contrab. emptione.* cum ſimilibns. Ergo & conſequenter neque venditor amittit poſſeſſionem Corneliani, quia cum in præſentia non ſit, ſed in ejus abſentis poſſeſſionem emptor mittatur, non ante, aut aliter recedere venditor intelligitur de poſſeſſione, quam veluti ſub conditione, ſi emptori adquiratur. *d. l. qui abſenti* 38. §. 1. *hoc tit. d. l. cum fundum* 18. *ff. de vi & vi armata.*

§. VI. Præterea ut ſupra expoſitis differentiis inter amiſſionem dominii, & poſſeſſionis aliam non diſſimilem connectamus, ſciendum eſt, dominium, quia juris eſt, non amitti regulariter domino ignorante. *l. ſi procurator* 35. *ff. de adquir. rer. dom.* neque eo invito, aut ſine facto ejus per injuriam alterius ex regula *l. id quod noſtrum* 11. *l. non debet* 74. *ff. de reg. jur.* juncta *l. ſi ego* 9. §. *ſi res ff. de jure dot.* cui addendus pro multis noſter Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 4. poſſeſſio autem non tantum poſſeſſore volente, de quo hactenus, ſed eo etiam ignorante, aut invito ſæpe amittitur extraneo facto, vel caſu, ut notant differentiam agnoſcentes Giphanius in *d. l. ſi quis* 17. §. 1. *num.* 18. *hoc tit.* noſter Valentia *illuſtr. lib.* 1. *tractata* 2. *cap.* 2. *aam.* 36. ad quem modum amittendæ poſſeſſionis pertinent ex laudatis in hujus commentationis inſcriptione textus in *l.* 3. §. *ſi quis nuntiet, cum duobus* §§. *ſeqq.* & §. *Nerva* 13. *usque ad* §. *ſi rem. l. Pomponius* 13. *l. rem quæ* 15. *l. ſi id quod* 25. *l. qui univerſas* 30. *cum l. ſequenti. l. ſi de eo* 40. §. 1. *l. peregre* 44. §. *quibus. l. ſi rem* 47. *hoc tit.* quibus breviter & perſpicue explicandis præmittenda eſt inſignis diſtinctio, quoad amiſſionem poſſeſſionis, inter eum caſum, quo per nos ipſos, & eum quo per alios ſive alieno corpore poſſidemus, ut propouitur a Papiniano in *d. l. peregre* 44. §. *quibus.* neque exponitur ſatis recte poſt Accurſ. a Caſtrenſi, Alberico, Cumano, Alexandro, & Giphanio in *d.* §. *quibus.* Jaſone in *d. l.* 3. §. *in amittenda num.* 12. Alciato in *d. l. quod meo nomine* 18. *num.* 8. *hoc tit.* Gomezio in *l.* 45. *Tauri num.* 109. *verſ. item.* ſed eorum ſententia omiſſa, quam & convinci poſſe jam diu obſervavi ex *d. l. qui univerſas* 30. §. *quod per colonum.* juncta *l. ſi de eo* 40. §. 1. *hoc tit. l. cum fundum* 18. *verſ. aeque enim*, ſumpto argumento a contrario ſenſu, *ff. de vi & vi armata.* affirmandum eſt, Papiniani ſententiam in *d. l. peregre* 44. §. *quibus.* & differentiam ab eo propoſitam in eo verſari, ut quamvis poſſeſſionem, quam per nos retinemus, amit-

amittamus, vel ſolo animo, ut in *d. §. in amittenda.* vel etiam corpore & animo; nempe ſi animo non poſſidendi diſcedamus ex fundo, diverſum tamen ſit in poſſeſſione, quam per ſervum aut colonum retinemus, quæ non amittitur, niſi eam alius occupet, quamvis ſervus, colonusve animo non poſſidendi recedant. *d. l. 3. §. ſi quis nuntiet in fine hoc tit. l. qui fundum 7. ff. pro emp. l. cum quis 31. ff. de dolo. l. ult. C. ſi aliena res pignori. l. ult. C. hoc tit.* ſentiunt ita, quamvis non ſatis explicent Cujacius *lib. 23. quæſt. Papin.* in *d. §. quibus.* Connanus *lib. 3. comm. cap. 9. num. 5.* Merillius in *50. deciſ. Juſtiniani* ad *l. ult. num. 8. C. hoc tit. pagina* 466.

§. VII. Subſiſtamus tamen parumper. Obſtat enim, quominus progrediamur, & Papiniani diſtinctioni ſic expoſitæ refragatur acriter Africanus in *l. ſi de eo 40. §. 1. hoc tit.* ubi ex ſententia Juliani, qui Sabinianus fuit. *l. 2. §. ult. ff. de orig. jur.* & ejuſdem quaſi addictus diſcipulus Africanus *l. 3. §. & quid 4. ff. de agnoſc. lib. l. cum ſervus 39. ff. de leg. 1.* ideoque & Juliani tanquam Magiſtri ſui ſententias ſolet proponere Africanus ſub hac auctoritatis veluti Pythagoricæ formula: *reſpondit, exiſtimavit, ait, notat,* & aliis ſimilibus. *l. tutor 19. §. ult. ff. ad S. C. Vellejanum. l. & hæc 35. §. ult. ff. locati. l. ſi ſervus 61. ff. de furtis.* ut poſt Accurſ. in *l. Stichus 16. verbo reſpondit ff. de peculio legato.* conjectatur Cujacius *lib. 7. obſerv. cap. 2.* & in *principio tractatuum ad Afric.* ſcriptum eſt, ſi colonus de poſſeſſione diſceſſerit ſponte nempe animo deſerendæ poſſeſſionis, amitti eam & interpellari. Conſentit Africano Pomponius in *l. ſi colonus 31. hoc tit.* ubi *lib. 32. ad Sabinum.* & ex ejuſdem disciplina ſcribit: *ſi colonus non deſerendæ poſſeſſionis cauſſa exiiſſet de fundo, & eo rediiſſet, locatorem eundemque dominum poſſidere:* proinde a contrario ſenſu ſignificat, amittere dominum poſſeſſionem, ſi ejus deſerendæ animo colonus diſceſſit. Hæc cum tam manifeſte repugnent Papiniano & præcedentibus, conſtetque ex *l. ult. C. hoc tit.* controverſam fuiſſe hanc quæſtionem inter Proculejanos, & Sabinianos, probabiliter ſane affirmatur extare in *d. l. ſi colonus 31.* & in *d. l. ſi de eo 40. §. 1.* veſtigia opinionis Sabinianorum, quos & ſequuntur Albericus in *d. l. ſi colonus 31.* Cumanus in *d. l. ſi de eo 40. §. 1. num. 2.* quemadmodum contraria ſententia, quam cum Juſtiniano ſequimur in *d. l. ult.* nempe ut poſſeſſio non amittatur, etiamſi eam colonus deſerat, proponitur ex Proculo in *d. l. cum quis 31. ff. de dolo.* ad quam etiam fortaſſe reſpicit Papinianus, vulgo in hac parte non animadverſus, in *l. ſi rem mobilem 47. hoc tit.* ubi dum ex Nerva filio, qui Proculejanus fuit. *l. 2. §. ult. ff. de orig. jur.* proponit cuſtodiam omiſſam, ſive neglectam rerum mobilium; quamvis alius eas non invaſerit, afferre damnum veteris poſſeſſionis, eamque amitti. *l. 3. §. Nerva cum ſeqq. hoc tit.* e contrario ſignificat, rerum immobilium non amitti poſſeſſionem, etiamſi negligatur cuſtodia, velnti a colono diſcedente animo poſſeſſionis omittendæ. Docent & diſſenſionem agnoſcunt Cujacius *ubi proxime,* & *lib. 26. quæſt. Papiniani* in *d. l. ſi rem 47. & tractatu 7. ad Afric.* in *d. l. ſi de eo 40. §. 1.* Giphanius *ibi num. 10.* & in *d. l. 3. §. ſi quis nuntiet num. 69. hoc tit.* Faber in *Ration. ad l. cum quis 31. ff. de dolo.* & *de error. Pragm. dec. 4. errore 2.* & *decade 5. errore 2.* Merillius *ubi ſupra,* & *lib. 1. obſerv. cap. 7.* noſter Velaſco in *Concertationibus Proculi, & Caſſii* ad *d. l. ſi de eo 40. §. 1.*

§. VIII. Si cui tamen hæc ratio interpretandi minus placebit; quia veluti antinomiam agnoſcit contra *l. 2. §. contrarium 15. C. de veteri jure enucl.* quod attinet ad *d. l. ſi de eo 40. §. 1.* rejectis interpretationibus Accurſii, Bartoli, Caſtr. & aliorum *ibi,* affirmantium legendum eſſe in *d. §. 1. idem pro aliud.* quomodo & legere videtur Donellus *lib. 5. comm. cap. 13.* & ſequitur Giphanius in *d. l. ult. num. 14. C. hoc tit.* rejecta & alia diſtinctione Connani *lib. 3. comm. cap. 9. num. 9.* quæſtio ab Africano propoſita ſic explicanda forſitan eſt. Colonus, per quem dominus poſſidebat, deceſſit: quæritur an coloni morte amittat dominus poſſeſſionem. Africanus, ut reſpondeat, ſupponit *receptum eſſe propter utilitatem, ut per colonum poſſeſſio & teneretur, & contineretur.* utilitas autem in eo eſt, ne dominus cogatur per ſe & perpetuo poſſeſſioni inſiſtere. *l. peregre 44. verſ. alioquin hoc tit.* Unde & receptum, ut poſſideamus per alios non tam juxta naturam ſimplicem poſſeſſionis, quam adjuvante juris ratione per naturalem facultatem. *l. ea quæ 53. ff. de adquir. rer. dom. l. 3. §. Nerva hoc tit.* diximus ſupra ad *l. 1. hoc tit. §. 20.* notatque ad rem Giphanius in *d. l. ſi de eo 40. §. 1. num. 3.* Quo ſuppoſito reſpondet quæſtioni Africanus, colono mortuo non ſtatim poſſeſſionem interpellari: ſed retineri animo domini propter eandem utilitatis rationem. *d. l. 3. §. ſi quis nuntiet. l. ſi id quod 25. §. 1.* juncta *l. peregre 44. hoc tit. l. nunquam 31. §. ſi ſervus ff. de uſucap.* noviſſime noſter Valentia *lib. 3. illuſtr. tractatu 1. cap. 2. num. 13.* ut proinde appareat, vitioſas eſſe & otioſas circa contextum Africani emendationes Fabri *d. decade 4. errore 2. in fine* non ſtatim itaque poſſeſſio interpellatur, ſed tunc demum, cum dominus eam per ſe occupare neglexerit: quia cum mortuo colono, qui nec tenere jam, nec tenere velle poteſt, detentio vacua manſerit, & tanquam res nullius expoſita occupanti. *l. denique 13. §. quæſitum ff. quod vi aut clam. l. quod ſervus 36. ff. de ſtipulatione ſervorum.* negligere, & quodammodo pro derelicto habere poſſeſſionem dominus præſumitur, ſi ſciens eam non occupet. *l. furtum 37. §. 1. ff. de uſucap. l. licet 4. C. hoc tit.* idque intra tempus modicum arbitrio judicis definiendum, ut cenſent Connanus, Faber, & Giphanius *ubi ſupra.* Gomezius in *l. 45. Tauri num. 102.* *Aliud exiſtimandum,* ait Africanus, *ſi colonus ſponte poſſeſſione diſceſſerit.* Nempe quia tunc eo uſque non interpellatur poſſeſſio domini, ut neque illam negligere præſumatur, etiamſi ſciens non occupet, ea forſitan ratione, quia colonus quamvis ſponte diſcedens poteſt propoſito redeundi poſſeſſionem domino conſervare. *argumento l. ſi rem 47. verſ. videlicet hoc tit.* idque quia fieri poteſt, neque deſerta a colono, neque neglecta a domino poſſeſſio intelligitur: ſed hæc, nempe quæ diximus tam de morte coloni, quam de diſceſſu, ita ſunt vera, ſi nemo interim poſſeſſionem occupaverit; de quo poſtea.

§. IX. Deinde quod attinet ad *l. ſi colonus 31. hoc tit.* quam expendimus ſupra §. 7. omiſſa adnotatione Giphanii in *d. l. ſi colonus 31.* tentari poteſt, intelligendam eſſe *d. l. ſi colonus 31.* juxta ſpeciem, quæ ex *libris ad Sabinum* præcedit in *l. qui univerſas 30. §. ult. hoc tit.* & continuari quaſi videtur ab eodem Pomponio *lib. 32. ad Sabinum* in *d. l. ſi colonus 31. l. Pomponius 29. ff. quib. modis uſusfr. amitt. l. ſi id quod 25. §. 1. hoc tit.* nempe quando colonus fundum alii locavit, atque ita non deſerendæ poſſeſſionis cauſſa diſceſſit, & poſtea rediit, quo caſu ait Pomponius, *eumdem locatorem,* id eſt, primum eumque dominum, quem ſignanter ita diſtinguit a ſecundo locatore nempe colono, retinere poſſeſſionem, quia cum ex locatione regulariter non transferatur poſſeſſio, ut notavimus ſupra §. 9. in *l. 3. §. ex contrario hoc tit.* & ſecundus conductor teneat nomine primi, cujus rem eſſe exiſtimat, poſſidet & per eum primus locator. *l. cum in plures 60. §. 1. ff. locati. d. l. Pomponius 29. verſ. quamquam.* cum nuper laudatis. Diverſum autem eſſet, idque a contrario ſenſu Pomponius ſignificat, ſi diſcedens colonus fundum vendidit traditque, ideoque nec rediit: quo caſu poſſeſſionem locator amittit. *d. l. Pomponius 29. in pr. l. peregre 44. §. quibus. l. non ſolum 33. §. qui pignori ff. de uſucap. l. 1. C. de uſucap. pro emptore. l. 3. §. ſi quis nuntiet hoc tit.* ibi: *etſi alii tradiderint,* juxta vulgatam lectionem, quam tuentur poſt Claſſicos Donellus *lib. 5. comm. cap. 14.* ubi Hilligerus *lit. K.* Giphanius

in

in *d. §. ſi quis nunciet num.* 70. Cujacius *ibi*, & *lib.* 26. *quæſt. Papin.* in *l. cum fundum* 18. *ff. de vi & vi arm.* Faber in *Rat. d. l. Pomponius* 29. Merillius *lib.* 1. *obſ. cap.* 7.

§. X. Sed res nondum in tuto. Quippe poſtrema aſſertio hæc de amiſſione poſſeſſionis colono vendente, & tradente infirmari videtur in *l. quamvis* 32. §. 1. *hoc tit. l. cum nemo* 5. *l. ult. C. hoc tit.* quibus coacti Duarenus in *d. §. ſi quis nunciet.* Giphanius in *l. ult. num.* 17. *C. hoc tit.* contendunt venditione, & traditione coloni non amittere dominum poſſeſſionem. Sed ut propoſitis juris locis expendens una opera & explicans breviter faciam ſatis, exploſa conjectura Merillii *lib.* 1. *obſ. cap.* 7. diſſenſionem etiam in hac parte agnoſcentis inter Proculejanos, & Sabinianos, obſervandum in primis eſt, quod ad textum in *d. l. quamvis* 32. §. 1. ideo ibi poſſeſſionem non amitti colono vendente; quamvis ab emptore conduxerit, eoque ipſo poſſeſſio per actum fictum conductionis transferri ſoleat. *l. quædam* 77. *ff. de rei vindicatione. l. qui bona fide* 19. *hoc tit.* quia cum colonus vere non tradiderit; ſed in detentione manens mercedes priori locatori præſtiterit, non intelligitur voluiſſe per actum fictum conductionis transferre poſſeſſionem, quam non habuit; quamvis diverſum eſſet, ſi haberet. *d. l. Pomponius* 29. *ff. quibus modis uſusfr. amitt.* docent Connanus *lib.* 3. *comm. cap.* 9. Cujacius & Giphanius ſibi contrarius in *d. l. quamvis* 32. §. 1. Donellus *lib.* 5. *cap.* 12.

§. XI. Nec ad rem magis pertinet, quod objicitur ex *d. l. cum nemo* 5. *d. l. ult. C. hoc tit.* namque in *d. l.* 5. omiſſa interpretatione Cujacii, & Giphanii *ibi.* ſic cum Accurſio *gloſſa* 1. *in fine.* Bartolo *ibidem.* aliisque fingenda ſpecies eſt. Colonus mala fide poſſeſſionem dominiumque fundi ſibi habere conſtituens emit eum ab extraneo, quem ſciebat non eſſe dominum, atque ita prolapſus eſt ad vitium illicitæ emptionis, quæ venditio appellatur in *d. l.* 5. ex regula *l. veteres* 19. *ff. de actionibus empti.* in ea ſpecie reſcribitur, non potuiſſe colonum *cauſſam poſſeſſionis* (hoc eſt detentionis, quam ex conducto habuit, quæ *poſſeſſio* ibi dicitur, ut in *l. communi* 7. §. *neque colonis ff. communi divid.* cum congeſtis ſupra ad *l.* 1. *hoc tit* §. 22.) mutare ſibi per emptionem. *l.* 2. §. *quod vulgo ff. pro herede. nulla* nempe, ut ait *d. l.* 5. *extrinſecus accedente cauſſa*, veluti ignoratione juſta coloni ementis ab eo, quem domini heredem eſſe exiſtimabat, ut in *l. non ſolum* 33 §. *quod vulgo in fine ff. de uſucap. l.* 3. §. *illud* 19 *in fine hoc tit.* proinde cum colonus, quamvis emerit, uſucapere non potuerit. *d. l* 2. §. *quod vulgo ff. pro herede.* certum eſt, ea emptione dominii ſeu dominii jus non convelli, ut reſpondetur in *d. l* 5.

§. XII. Deinde quod ſcriptum eſt in *d. l. ult. C. hoc tit.* nihil penitus domino præjudicari, ſi colonus poſſeſſionem alii *prodiderit*, non omnino idem eſt, ac ſi tradiderit, ut male interpretum vulgus exponit, & Giphanius, Merilliusque in *d. l. ult.* nec negamus, *perdere* & *tradere* interdum pro eodem uſurpari; ut apud Claudian. 2. *in Rufinum*, ibi:

Proditor unus iners anguſto tempore vertit.

Sic enim olim inter Chriſtianos vocabant *traditores*, qui gentilibus in perſequutione ſcripturas ſacras diſperdendas prodiderant, de quibus explicandus *Canon* 13. *concilii Arelatenſis* 1. & apud optatum Milevitanum *lib.* 1. *adverſus Parmenianum.* notant Baronius *tomo* 2. *annal, anno Chriſti* 302 *num.* 16. & *tom.* 3. *anno* 306. *cum ſeqq.* Pater Cerda in *adverſ. ſacris cap.* 35. *num.* 2. Unde & hodie Idiomate noſtro derivata vox, *Traidores*, & Italico *Traditores*, ut notat Ambroſius Morales in *Chronico Hiſpaniæ lib.* 10. *cap.* 8. *in fine.* cæterum in *d. l. ult. prodere* non eſt tranſferre aut tradere; ſed poſſeſſionem vacuam & deſertam relinquere dolo malo, *ut locus aperiatur alii eandem poſſeſſionem detinere.* Ideoque in *d. l. ult.* conjungitur is, qui prodidit dolo, ei qui dereliquit deſidia, & utroque caſu aſfirmatur, non amitti poſſeſſionem ſola diſceſſione coloni, ut notavimus ſupra §. 6. & interpretantur Donellus *d. lib.* 5. *cap.* 13. Connanus *d. lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 7. & 8. Cujacius in *d. l. ult.* Faber *de error. Pragm dec.* 4. *err.* 2. *num.* 6.

§. XIII. Verum adhuc pro Duareno, & Giphanio obſtant propoſitis invulgati textus in *l. ult. C. ſi aliena res pignori l. per colonum* 17. *C. de agric. & cenſitis. l. ult. C Theodoſ. de pignoribus.* quibus exprimitur, per colonum, etiamſi pignori dederit, & conſequenter poſſeſſionem tradiderit, nullum præjudicium poſſeſſioni domini imponi, contra *d. l. non ſolum* 33. §. *qui pignori ff. de uſucap.* cum ſupra laudatis: ſed obſervandum eſt cum Cujacio in *recitat. ad tit. C ſi aliena res pignori.* extare in *d. l. ult.* partem unius, ejuſdemque conſtitutionis Honorii, & Theodoſii ad Joannem Præfectum Prætorio, cujus portiones etiam extant in *l.* 2. *C. ne liceat potentioribus. l. ult. C quod cum eo. l.* 4. *C. de executoribus. d. l. ult. C. Theodoſ. de pignoribus. d. l. per colonum* 17. *C. de agricolis & cenſitis.* quibus conjunctis recte colligitur aut intelligitur, non negari in *d. l. ult. C. ſi aliena res pignori.* dominum poſſeſſionem amittere pignoratione & traditione coloni: amittit enim, quia ex cauſſa pignoris poſſeſſio tradita adquiritur creditori, quamvis rei alienæ ſit pignus. *d. l. non ſolum* 33. §. *qui pignori. l. ſervi* 16. *ff. de uſucap. l.* 1. §. *per ſervum corporaliter. l. qui pignoris* 36. *hoc tit.* ideoque neque pignoris obligatio conſiſtat. *l. quæ prædium* 6. & *toto tit. C. ſi aliena res pignori.* proin ea duntaxat mens eſt *d. l. ult.* ut per colonum, ſimilesve invito, aut inſcio domino pignori dantes nullum præjudicium imponatur domini poſſeſſioni, ita ſcilicet, ut ea obligata maneat pignoris nexu, quo rem afficere non potuit colonus, idcircoque nihil obſtat, quominus poſſeſſionem amiſſam dominus recuperet juris remediis, cum non oporteat pro coloni debitis domini inviti, aut ignorantis poſſeſſionem retineri. *l. ſervus* 6. & *d. l. ult. C. quod cum eo. d. l.* 4. *C. de exequutoribus. d. l. per colonum* 17. ubi Cujacius. *d. l. ult.* ubi Hotmanus, *C. ſi aliena res pignori.*

§. XIV. Progrediamur in explicandis differentiis quoad amiſſionem inter poſſeſſionem, quam per nos, aut per alios habemus, cum Papiniano in *d. l. peregre* 44. §. *quibus.* cujus, & primæ differentiæ occaſione pleraque de amiſſione poſſeſſionis per colonum tractavimus §. 6. & *ſeqq.* nunc itaque obſervanda eſt altera differentia, ſeu ſeparatio amittendæ poſſeſſionis. Illa enim, quam per alios veluti colonum habemus, amittitur nobis quoque ignorantibus, ſive colonus alii tradiderit, de quo ſupra §. 9. *in fine.* ſive invito, dejectoque colono, aut eo abſente & ignorante alius eam cum affectu poſſidendi ingrediatur. *d. §. quibus in fine. l.* 1. §. *quod ſervus* 22. *l. ult. ff. de vi & vi armata.* Sabinus JCtus apud A. Gellium *lib.* 11. *noct. attic. cap. ult.* poſſeſſio autem, quam per nos animo retinemus, non amittitur ignorantibus nobis aut abſentibus; etiamſi ab alio occupata ſit. *l.* 6. §. *ult. l. quod meo nomine* 18. §. *pen. l. ſi id quod* 25. §. *ult. d. l. peregre* 44. §. *ult. l. quamvis* 46. *hoc tit.* ſcilicet quia quemadmodum obligationes eo contrario modo tolluntur, quo contrahuntur. *l. prout* 80. *ff. de ſolut. l. nihil* 35. *l. fere* 153. *ff. de reg. jur.* ita poſſeſſio, quæ coloni corpore, & detentione nitebatur. *l.* 1. §. *non alii* 45. *ff. de vi & vi arm.* amittitur contraria detentione, & occupatione ingredientis, quæ coloni detentionem excludit; quamvis, ſi colonus diſcedat decedatve, neque alius occupet, retineatur poſſeſſio animo ex ratione illa juris, ne coloni ſola malitia, vel negligentia nobis præjudicet. *d. l. ult. C. hoc tit.* e contrario autem poſſeſſio, quam per nos ſolo animo retinemus, non debet amitti ſine animo veluti ab ignorante occupationem alterius, ut ratiocinatur Papinianus ſic exponendus in *d. l.*

quam-

quamvis 46. *hoc tit.* quem quia non capiunt, carpunt Cumanus & Giphanius *ibi.* nec ſatis explicant poſt Claſſicos Cujacius *lib.* 23. *quæſt. Papin. ibidem.* Connanus *d. lib.* 3. *comm. cap.* 9. *num.* 5.

§. XV. Jam vero poſteriori huic differentiæ plenius intelligendæ ſciendum eſt, non pertinere eam ad res mobiles, in quibus propria & perpetua fere regula eſt, quæ proponitur in *l.* 3. §. *Nerva hoc tit.* rerum mobilium, ſive per nos, ſive per alios poſſideamus, amitti poſſeſſionem nobis quoque ignorantibus, quoties ſub cuſtodia noſtra eſſe deſinunt, vel quia effugerunt poteſtatem noſtram, quamvis a nemine occupatæ ſint. *d.* §. *Nerva cum ſeqq. l. Pomponius* 13. *l. ſi id quod* 25. *l. ſi rem* 47. *verſ. hujus hoc tit.* & quia occupatæ ſunt ab extraneo, nempe furto, aut rapina. *l. rem quæ* 19. *hoc tit. l. naturaliter* 5. *ff. de uſucap.* vel etiam ab eo, per quem poſſidemus, veluti depoſitario, ſi tamen rem contrectaverit & loco moverit. *l. inficiando* 67. *ff. de furtis. l.* 3. §. *ſi rem. l. ſi quis rem* 20. *d. l. ſi rem* 47. *hoc tit.* in qua depoſitarium ita ſibi poſſidere nec reddere conſtituiſſe, ut etiam contrectaverit, ſupponendum eſt, ſicut & in *l. ſi quis uxori* §. *cum creditorem* 7. *ff. de furtis.* quo pro conſtanti ſuppoſito recte affirmatur, eum qui depoſuit amittere poſſeſſionem *confeſtim vel ignorantem*, id eſt, ſtatim poſt contrectationem, etiam antequam ſciat: quia ſi ſolo defectu cuſtodiæ rerum mobilium, quamvis a nemine occupatæ ſint, amittitur poſſeſſio, utique & multo magis, ſi contrectentur a depoſitario. *d. l. ſi rem* 47. juncto *d.* §. *Nerva.* cum traditis ſupra §. 7. *in fine.* alioquin ſi ſola inficiatio ſine contrectatione interveniret, neque dominus ignorans amitteret, neque depoſitarius adquireret poſſeſſionem. *d. l.* 3. §. *ſi rem.* quamvis diverſum ſit, ſi a domino volente permittatur depoſitario poſſidere; quo caſu per detentionem, quæ ex depoſito præceſſit, junctam præſenti animo poſſidendi adquirit poſſeſſionem ſine nova apprehenſione. *l. certi* 9. §. *alt. cum l. ſequenti ff. de reb. cred. l qua ratione* §. *interdum ff. de adquir. rer. dom.* docent ſingula hæc latius exponentes Donellus *lib.* 5. *comm. cap.* 12. Faber *de error. Pragm. dec.* 75. *err.* 5. & 7. poſt alios noſter Valentia *illuſtr. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 19. & *ſeqq.*

§. XVI. Pertinet itaque proprie ad res immobiles differentia illa, cujus meminimus §. 14. ideoque Papinianus eam proponens loquitur de poſſeſſione, quam alius ingreſſus eſt, veluti fundi, aut ſaltus in *d.* §. *quibus cum ſequenti.* & in *d. l. quamvis* 46. ſicut eodem reſpectu de re mobili, ut immobiles excludat, concepta regula eſt *d.* §. *Nerva.* & *d l. ſi rem* 47. ubi poſt Antiquiores, & jam laudatos Giphanius & Cujac. *lib.* 26. *quæſt. Papiniani.* Ergo res immobiles cum ſolo cohæreant, ideoque nec moveri, aut contrectari, nec perdi poſſint. *l.* 2. *verſ. ubi quarta C. quando & quibus quarta pars debeatur.* non perinde ſub cuſtodia noſtra eſſe deſinunt ſola omiſſione. *d. l ſi rem* 49. ſed nec furto, aut rapina, quæ in res immobiles proprie non cadunt. *l. rem quam* 38. *ff. de uſucap. l. verum* 25. *ff. de furtis. l. item* 14. §. *qui vim ff. quod met. cauſſa.* §. *quod autem* 7. *inſt. de uſucap.* eaque ratione quamvis colonus, vel depoſitarius rem immobilem animo ſibi poſſidendi occupent, cum tamen neque moveant, neque proprie contrectent, nec ipſi adquirunt, nec nos ignorantes amittimus poſſeſſionem, quaſi nec ſub cuſtodia noſtra eſſe res deſinat, donec vel dejiciamur, vel animo omittamus poſſeſſionem, ut inſinuatur in *l. colonus* 12. *l. cum fundum* 18. *ff. de vi & vi arm. d. l.* 3. §. *ſi rem. d.* §. *quibus. d l. ſi rem* 47. & præſumit potius, quam putat Cujacius *lib.* 26. *quæſt. Papiniani ibidem:* quamvis diverſum ſit, ſi colono dejecto, vel abſente, vel tradente alius occupaverit; quia tunc cuſtodia corporalis coloni, per quem poſſidebamus, excluditur alterius occupatione, ut notavimus ſupra §. 14. Denique rem immobilem, quam per nos poſſidemus, etiamſi alius occupaverit, nec deſinimus poſſidere; quamdiu ignoramus. *d.* §. *quibus d. l. quamvis* 40. *cum l. ſequenti.* nec etiam poſtquam ſcimus, niſi vel revertentes dejiciamur, vel timentes dejectionem diſceſſerimus, aut reverti nolimus. *l.* 3. §. *ſi quis nunciet. l.* 6. §. *alt. cum l. ſequenti. l. quod meo nomine* 18. § *pen. l. ſi id quod* 25 §. *alt. hoc tit. l. non ſolum* 33. §. *ſi dominus ff. de uſucap. l.* 1. § *ſive autem* 24. & §. *idem Labeo* 29. *l* 3. §. *ſi quis* 6. *cum* §. 7. & 8. & §. *uti frui ff. de vi & vi arm.* non autem ſi alterius damni metu, non tamen dejectionis, quin potius affectu non amittendi poſſeſſionem ſit deſerta prædii cultura. *l. licet* 4. *C. hoc tit.* Donellus *d. lib.* 5. *cap.* 12.

§. XVII. Sed repugnant non leviter his, quæ diximus ex *d.* §. *ſi quis nunciet.* cum proxime laudatis, obſcuri textus in *l. metum* 9. *verſ. denique ff. quod metus cauſſa. l.* 4. § *item ſi occupaveris* 28. *ff. de uſucap.* quibus conciliandis, quia expendere ſingillatim non vacat, omiſſis traditis poſt alios a Jaſone in *d. l.* 6. §. *ult. num.* 32. *hoc tit.* exploſis etiam emendationibus Cujacii in *d. l. non ſolum* 33. §. *ſi dominus ff. de uſucap.* & in *d. l. metu* 9. Fabri in *Rat. ibidem.* Pacii *cent.* 2. *quæſt.* 70. Affirmandum eſt cum Accurſio, Caſtrenſi, & aliis in *d. l.* 33. §. *ſi dominus.* Hilligero ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 31. *lit. L.* Pichardo in *d.* §. *recuperandæ num.* 8. *inſt. de interd.* diſtinguendos eſſe juris effectus, quorum reſpectu quæritur, an qui metu fugit, aut reverſus non eſt, videatur vi dejectus: namque in primis quoad poſſeſſionem certum eſt, eum amittere tanquam dejectum, ſive timens dejectionem nolit reverti, ut in *d.* §. *ſi quis nunciet. d. l. etſi nolit* 7. *l. ſi id quod* 25. §. *alt. hoc tit.* ſive profugerit venientes armatos; quamvis illi non occupaverint poſſeſſionem. *d. l.* 33. § *ſi dominus.* ſed quoad interdictum *unde vi*, quod dejecto datur contra dejicientem. *l.* 1. *l. cum a te* 7. *ff. de vi & vi armata.* non habetur pro vi dejecto, qui metu armatorum fugit, aut reverti noluit, ſi illi non occupaverint poſſeſſionem. *d l.* 1. § *idem Labeo* 29. *l.* 3. §. *ſi quis* 6. *ff. de vi & vi armata.* Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 6. §. *dejicitur.* quippe, ſi non occupaverint, non eſt contra quem agatur interdicto *unde vi* tanquam contra dejicientem, cum potius ſuo metu, quam aliena vi dejectus ſit poſſeſſor; ideoque nec quod metus cauſſa actio illi datur. *d. l. metum* 9. *verſ. denique.* qui explicandus ita eſt ex *d.* §. *idem Labeo* 29. in eo autem diverſi juris eſt, qui præſenti vi dejicitur, habet enim interdictum contra dejicientem, etiamſi ille non apprehenderit poſſeſſionem *l.* 4. §. *ſi tu me vi ff. de uſucap.* Plane iſto caſu, quo dejiciens non apprehendit poſſeſſionem, ſi alius poſtea eam vacuam occupaverit, non impeditur uſucapio fundi tanquam vi poſſeſſi. *d.* §. *ſi tu me vi.* ubi ratio, & *l.* 33. §. *ſi dominus ff. de uſucap.* quin, quod eſt amplius, qui vacuam poſſeſſionem occupat, quamvis venientem dominum poſtea prohibeat, non intelligitur vi poſſidere quoad interdictum: quia id ei ſoli datur, qui cum poſſideret dejicitur, non autem domino, qui incipere poſſidere vetatur. *d. l.* 4. §. *item ſi occupaveris* 28. *l.* 1. §. *eum qui* 26. *l. quod eſt* 3. §. *uti frui. l. colonus* 12. *l. cum fundum* 18. *ff. de vi & vi arm.* notant Donellus *lib.* 5. *cap.* 27. Cujacius, Duarenus, & Giphanius in *d. l.* 6. §. *ult. hoc tit.*

CA-

Digitized by Google

CAPUT SECUNDUM.

De amiſſione poſſeſſionis morte, furto, aut captivitate, ſive *de Poſſeſſione hereditatis, & captivi.*

Ad l. 1. §. item 5. l rem quæ 15. l. cum heredes 23. in princ. & §. 1. l. qui univerſas 30. §. quod per colonum de adq. vel am. poſſ. l. ſi is qui pro emtore 15. ff. de uſucap. l. 1. §. Scævola ff. ſi is qui teſtam. liber eſſe &c.

§. I. A communibus, & ſimplicioribus de amittenda poſſeſſione regulis, quales hactenus expoſuimus, pergimus jam ad eas, quæ veluti arcem, apicemque materiæ noſtræ tenent, quibusque vix in tota jurisprudentia aliæ illuſtriores, aut magis cum cura dicendæ. Ergo ut ab extrema rerum omnium linea, primarioque amittendæ poſſeſſionis caſu incipiamus, ſcilicet morte poſſeſſoris, ſicut ea ſolvit alia omnia, ita etiam facit, ut poſſeſſio intercidat, cum deſierit poſſeſſor mortuus tenere, & poſſe tenere. Illud proprium poſſeſſionis eſt, ut quamvis alia omnia, quæ juris ſunt, & defuncti fuerunt, tametſi morte illius vere interciderint. *l. liber 13. §. ſi ſervus ff. ad l. Aquil. l. 3. ff. de peculio. l. denique 13. §. quæſitum ff. quod vi aut clam. l. 1. in princ. ff. de diviſ. rerum.* conſerventur fictione & intellectu juris in hereditate jacente. *l. 3. ff. de bon. poſſ. l. nihil 24. ff. de V. S. l. hereditas 62. ff. de reg. jur.* poſſeſſio tamen ſic morte poſſeſſoris amittatur, ut neque in hereditate continuetur juris fictione. *l. 1. §. Scævola ff. ſi is qui teſtamento liber.* nempe quoniam, ut ibi ſcriptum eſt, poſſeſſio *facti eſt & animi*, hoc eſt, & corporale factum, ut adquiratur, & animum ſaltem cum facultate apprehendendi, ut retineatur, requirit; atque ita utroque reſpectu eſt facti, ut notavimus in *diſputatione feriata* §. 2. & utroque reſpectu perſona imaginaria hereditatis incapax eſt poſſeſſionis, ut pote rei quæ factum corporis, & animum perſonæ deſiderat. *l. hereditas 61. ff. de adquir. rer. dom. l. uſusfructus 26. ff. de ſtip. ſerv.* nec poteſt fictio juris ad poſſeſſionem, quæ facti eſt, pertinere. *l. denique 19. ff. ex quibus cauſſis major. l. in bello 12. § facti ff. de captivis.* in eoque diverſa & deterior hereditatis cauſſa eſt, quam furioſi, qui quamvis incapax etiam ſit animi retinendæ poſſeſſionis, quoniam tamen non poteſt habere animum amittendi, retinet poſſeſſionem adquiſitam ante furorem. *l. ſi qui 27. l. poſſeſſionem 29. hoc tit.* nimirum quia furioſus capax eſt apprehendendi facto ipſo, cujus tamen perſona ficta hereditatis expers omnino eſt, ut notat, nec exponit Scholiaſtes librorum juris Baſilicon *lib. 6. tit. 13.* in *d. l. 1. §. Scævola.*

§. II. Nec huic juris principio obſtat, quod dicitur, cœptam uſucapionem a defuncto in hereditate continuari & impleri. *l. nunquam 31. §. pen. l. cœptam 40. l. juſto 44. §. nondum ff. de uſucap. l. 2. §. etiam 18. l. 6. §. ult. ff. pro emptore.* cum tamen uſucapio ſine poſſeſſione non procedat. *l. fine 25. d. l. juſto 44. §. ult. ff. de uſucap. l. denique 19. ff. ex quib. cauſſis major.* quippe reſpondetur, receptum eſſe id ſingulari jure & utilitatis ratione, ne caſu mortis perquam frequenti, & infirmitate humanæ naturæ uſucapio introducta publico bono interrumperetur. *d. l. juſto 44. §. nondum.* juncta *l. ſi de eo 40. §. 1. l. peregre 44. hoc tit.* eoque ſingulari jure effectum, non ut hereditas poſſideat quod facti eſt, & jure impoſſibile. *d. l. 1. §. Scævola. d. l. denique 19.* ſed ut ſine poſſeſſione continuetur in hereditate uſucapio, quæ juris eſt, & *poſſeſſio* appellatur in *l. cum miles 30. verſ. quia ff. ex quibus cauſſis major.* diximus ſupra ad *l. 1. hoc tit.* §. 5. quemadmodum eodem exemplo quamvis pignoris traditi vera poſſeſſio apud creditorem ſit, ut jam inter noſtrates merito obtinuit ex *l. ſi creditor 28. l. cum & ſortis 35. §. alt. l. ſi pignus 37. ff. de pign. act. l. 1. §. per ſervum corporaliter. l. qui pignoris 36. cum l. ſequenti hoc tit. l. per ſervum 37. ff. de adquir. rer. dom. l. ſciendum 15. §. creditor ff. qui ſatisdare cogantur. l. ſi is qui 11. §. 1. l. grege 13. §. & in ſuperficiariis ff. de pign. l. ſi cum venditor 66. ff. de evict. l. quæcumque 13. §. 1. ff. de Publiciana. l. ſi ſervus 22. §. 1. ff. de noxalibus. l. non ſolum 33. §. ult. ff. de uſucap.* quibus addes *l. debitor 59. ff. ad S C. Treb. l. in actione 19. §. ult. ff. de furtis. l. qui a ſervo 16. ff. de oblig & act. l. certe 6 §. alt. ff. de precario. l. 2. C. de diſtr. pign.* Debitor tamen jure intelligitur poſſidere quoad uſucapionem, hoc eſt, ſine poſſeſſione uſucapionem continuat ſingulari jure. *d. l. 1. § per ſervum corporaliter. l. qui pignoris 36. hoc tit. l. ſervi 16. l. non ſolum 38. §. qui pignori cum ſequentibus ff. de uſucap. l. ſi rem 29. ff. de pignor. act.* notant præter congeſtos ex noſtratibus a Valentia *lib. 1. illuſtr. tractatu 2. cap. 11. num. 17.* Gomezius in *l. 49. Tauri num. 81. ad finem.*

§. III. Plane antequam pergamus, quoad hæc duo exempla ſingularis juris in uſucapione hereditatis, & debitoris in pignore, digniſſima explicatu eſt, & invulgata forſitan conſideratio, quæ me jam diu non leviter pungit, ex comparatione captivi, in quo jus certum eſt, interruptam captivitate uſucapionem non reſtitui reverſo, ſive quia fictio poſtliminii, ut pote juris, non operatur in poſſeſſione, quæ facti eſt, & ſine qua uſucapio non conſiſtit. *l denique 19. l. ait Prætor 23. §. 1. ff. ex quibus cauſſis major. l. in bello 12. §. facti ff. de captivis. l. ſi is qui pro emptore 15. ff. de uſucap.* ſive quia iniquiſſimum eſſet, ut uſucapione continuata, aut reſtituta ſine poſſeſſione auferretur priori domino jure ſingulari dominium, quod jure communi non abſtulit uſus, ſive poſſeſſio amiſſa per captivitatem. *l. nec utilem 40. ff. ex quib. cauſſis major.* quam ita exponunt laudati ſupra *cap. 1. de amittenda poſſeſſione* §. 4. quæ rationes & captivi comparatio ſi rectæ ſunt, evincere videntur; aut in hereditate & debitore quoad pignus continuationem uſucapionis admitti non debuiſſe, aut ſi in his caſibus admittitur uſucapio ſine poſſeſſione juris fictione & intellectu, admitti etiam debere in captivo, fictione & jure poſtliminii operante in uſucapione, quatenus ſine poſſeſſione & per ſe omnino juris eſt. *d. l. denique 19.* Sane in hac re explicanda nobis jam olim videbatur, dici poſſe frequentiam caſus mortis in hereditate. *d. l. ſi de eo 40. §. 1. hoc tit.* & utilitatem frequentiæ pignoris in debitore. *l. qui autem 14. §. 1. ff. de conſtituta pecunia. l. certe 6. §. ult. ff. de precario.* cauſſam fuiſſe introducendi ſingularis juris, quo attento continuaretur uſucapio ſine poſſeſſione utilitatis cauſſa contra regulas juris, rationesque. *d. l. denique 19. cum l ſequenti.* Plane hoc jus ſingulare neque produci ad conſequentias potuit. *l. quod vero 14. ff. de legibus. l qui negotia 34. ff. mandati. l. ſi emptam 47. ff. de uſucap.* alias *l. 2. ff. pro ſoluto.* neque admitti in captivo debuit; vel quia non adeo frequens caſus captivitatis, ut eadem in eo utilitatis ratio introducendo ſingulari juri, ut in re ſimili Papinianus in *l. juſto 44. in princ. ff. de uſucap.* vel quia parum favorabilis caſus captivitatis, quem plerumque ignaviæ & timori imputabat Romana civitas, minime in captivos indulgens, ut loquitur Manlius Torquatus apud Livium *lib. 22.* & ſignificatur in *l. in bello 12. ff. de captivis.* cui jungendi ſunt Cujacius *lib. 19. obſerv. cap. 7.* & in *l. 5. ff. de pactis.* & in *l. unica ff. ſi quis jus dicenti non obtemp.* Petrus Faber *lib. 1. ſemeſtr. cap. 7.* A. Faber in *juriſpr. Papin. tit. 11. principio 8. illatione 7.* Valentia *illuſtr. lib. 1. tractatu 3. cap. 5. & 6.*

§. IV. Nunc autem re altius conſiderata exiſtimo affirmari ſubtilius forſitan poſſe, differentiæ rationem inter hereditatem, debitorem, & captivum in eo eſſe, quod, cum uſucapio, etiam tunc cum ſingulari jure ſine poſſeſſione procedit, ſit adjectio,

ſive adquiſitio dominii per continuationem temporis lege definiti. *l. 3. ff. de uſucap.* requirit utique perſonam, quæ uſucapiat, & cujus emolumento tempus cedat, quæ perſona ſaltem ficta, & civilis in hereditate eſt, & vera in debitore quoad pignus. At in captivo, quamdiu apud hoſtes eſt, non eſt perſona vera aut civilis, quæ capax ſit uſucapionis. *l. hactenus* 11. *ff. de conſtit. pecunia. l. poſtquam* 5. juncta *l. ſi a te* 10. *ff. ut legat. nomine caveatur.* non vera, quia veritate attenta ſervus hoſtium tunc eſt, & incapax juris uſucapionis. *l. 3. §. ult. ff. de V. S.* non civilis quoad uſucapionem etiam attenta poſtliminii fictione; quia quamvis ea attenta etiam civilem ſtatum perſonæ retinere captivus fingatur in eum caſum, quo reverſus fuerit; quoniam tamen incertum eſt, an reverſuros, vel apud hoſtes moriturus, poſtliminii poteſtas interim eo duntaxat pertinet, ut ſuſpendat captivi ſtatum & jura, quæ reverſo reſtituat. *l. illa inſtitutio* 32. *§. 1. ff. de her. inſt. l. pen. ff. de ſuis & leg. l. bona* 22. *§. quæ peculiari ff. de captivis.* de quo & inferius contra plures dicemus. Proinde illa jura, quæ ſola continuatione & tranſcurſu temporis inſpiciendi in perſona captivi, ſi ille in civitate ſemper fuiſſet, adquireret, vel amitteret, ſic ſuſpenduntur poſtliminio, ut neque interim tempus cedat, ut captivo noceat, qualia exempla ignorata vulgo ſunt in *l. ſi ſervus* 25. *ff. de ſtip. ſerv. l. 1.* juncta *l. 4. ff. de diverſ. & temp. præſcript.* juxta interpretationem Cujacii *lib.* 16. *obſerv. cap.* 38. Valentiæ *lib. 3. illuſtr. tractatu* 1. *cap. 2. num.* 11. quamvis aliter poſt alios Schiſordegherus *ad Fabrum lib. 2. tractatu* 16. Heringius *de fidejuſſ. cap. 6. num.* 65. ſunt & ſimilia exempla in *l. pen. §. 1. ff. de bon. poſſ. ſecundum tab. l. ſed etſi* 23. *ff. de uſuris.* neque etiam tempus cedat, ut captivo proſit. *l. 2. §. 1. ff. quando de peculio actio annal. eſt. l. 3. §. ſed ſi ex improviſo. l. 5. §. ſi poſt* 7. *l. qui excubias* 10. *§. 1. l. pen. ff. de re militari. l. 1.* ubi Cujacius, & *l. 5. C. eodem tit.* ergo eadem ratione, & exemplo, etiamſi fateremur, parem utilitatis cauſſam eſſe in captivo atque in hereditate continuandæ uſucapioni ſine poſſeſſione ſingulari jure, tamen id fieri non potuit etiam poſtliminii fictione, quia ea non inducit interim perſonam certam civilemque, quæ uſucapiat; ſed perſonæ jurium, etiam quæ tempore adquiruntur, ſuſpenſionem, quæ ſuſpenſio continuationi uſucapionis repugnat. Diverſum eſt, quoties tempus, quod nocere, aut prodeſſe in conſequentiam captivo poteſt, non in perſona illius inſpicitur: ſed alterius, qui in civitate eſt: tunc enim non ſuſpenditur poſtliminio, quominus cedat damno aut lucro captivi. *d. l. 4. ff. de diverſ. & temp. præſcript. l. 1. §. 1. in princ. l. ait Prætor* 23. *§. hi plane 3. in fine ff. ex quib. cauſſis majores.*

§. V. Ex qua animadverſione illuſtrari præter vulgarem captum poteſt Papinianus nondum fortaſſe in hoc tractatu expenſus aut expoſitus in *l. juſto* 44. *§. etſi poſſeſſionis in fine ff. de uſucap.* ubi ſingulares duo caſus proponuntur, in quibus ſufficit bona fides neceſſaria ad uſucapionem initio primæ poſſeſſionis, quamvis non adſit tempore ſecundæ poſſeſſionis contra regulam *l. ſi is qui* 15. *§. pen. ff. de uſucap. l. qui fundum* 7. *§. qui bona ff. pro empt.* Primus caſus eſt in partu alienæ ancillæ, quam prægnantem poſſidere quis bona fide & ex juſta cauſſa cœpit, & poſtea alienam eſſe ſcivit, antequam pareret; quo caſu duæ quodammodo ſunt poſſeſſiones partus. Prima ejus temporis, quo fuit in utero, & cum matre prægnante ſimul traditus & poſſeſſus fictione juris. *arg. l. rerum mixtura* 30. *§. Labeo in fine ff. de uſucap. l. inficiando* 67. *ff. de furtis.* Secunda autem propriaque & vera magis poſſeſſio ejus temporis, quo poſtquam naſcitur, apprehenditur. *l. ſi ego* 11. *§. partus ff. de Publiciana.* & tamen quamvis initio ſecundæ hujus præſentisque poſſeſſionis mala fides adſit, ideoque & impedienda uſucapio videretur ex regula *l. ſi is qui* 15. *§. ult. ff. de uſucapionibus.* inſpicitur tamen potius cauſſa, ſeu titulus traditionis matris, & bona fides ejus temporis, ut uſucapio partus continuetur ea forſitan ratione, quia poſſeſſio prima non tam amiſſa & interrupta, quam continuata & juncta ſecundæ poſſeſſioni eſt, ut pro unica veluti habeantur. notant, quamvis nec ſatis explicantes nec omnino conſentientes poſt Claſſicos, & Cujac. *lib.* 23. *quæſt. Pap.* in *d. l. juſto* 44. *§. etſi poſſeſſionis.* noſter Amaya *lib. 3. obſerv. cap. 1. §. 2. num.* 61. & *§. 3. num.* 20. & *§. 4 num.* 33. Carranza *de partu cap. 3. §. 1. num.* 51. Secundus caſus eſt in ſervo, qui bona fide puſſideri cœpit, & poſtea ab hoſtibus captus eſt, ac deinde poſtliminio revertitur, & poſſeſſionem recuperat poſſeſſor eo tempore, quo jam alienum eſſe ſcit, in qua ſpecie idem jus eſſe, atque in priori docet Papinianus in *d. §. etſi poſſeſſionis.* & conſequenter ſentit, continuari in ea ſpecie uſucapionem fictione poſtliminii, vel jure ſingulari ſine poſſeſſione ejus temporis, quo ſervus apud hoſtes eſt, vel continuata priori poſſeſſione ante captivitatem cum ſecunda recuperata poſt reverſionem. Utrumque autem, & ſupra a nobis traditis repugnat, & ſententiæ *d. l. denique* 19. *ff. ex quibus cauſſis major.* cum ſimilibus. nam ſi captivitate poſſeſſoris, qui per ſe poſſidebat, interrumpitur uſucapio, ſic ut nec jure ſingulari ſine poſſeſſione nec fictione poſtliminii per poſſeſſionem continuetur, aut reſtituatur; quia facto ipſo deſiit captivus tenere & poſſe tenere, & conſequenter poſſidere. *l. cum heredes* 23. *§. 1. hoc tit. l. 1. §. ſive autem* 24. & *§. pen. ff. de vi & vi arm.* non eſt, cur idem non operetur rei poſſeſſæ, ſive ſervi, qui poſſidebatur, captivitas, per quam perinde poſſeſſor facto ipſo tenere, & poſſe tenere, & conſequenter poſſidere deſinit. *l. naturaliter* 5. *ff. de uſucap. l. 3. §. Nerva. l. rem quæ* 15. *hoc tit.* conducunt elegantes textus in *l. ſi ſervus* 16. *ff. de interr. in jure faciend. l. ſi cum quis* 41. *§. 1. ff. de furtis.*

§. VI. Non vident, aut diſſimulant hæc juris turbamenta Cujacius, & Noviores laudati ſupra, ſed probabiliter poſt Accurſium Bart. Caſtr. & Cuman. in *d. §. etſi poſſeſſionis.* reſpondent, non eam Papiniani mentem eſſe, ut idem ſit in ſervo ab hoſtibus capto & reverſo, atque in priori caſu quoad hoc, ut uſucapio & poſſeſſio ante captivitatem ſervi continuetur, & poſt captivitatem aut reverſionem; ſed ut bona fides, quæ ante captivitatem fuit, jungatur poſſeſſioni apprehenſæ poſt reverſionem, & proficiat uſucapioni tunc inchoandæ, etiamſi bona fides tunc non adſit. Nobis autem fortaſſe audentius, ſed accommodatius ad priorem ſpeciem *d. §. etſi poſſeſſionis.* tentari poſſe videtur, continuari uſucapionem nec interrumpi captivitate ſervi, qui poſſidebatur, aliter atque captivitate poſſeſſoris; nempe, quoniam captivo poſſeſſore non eſt perſona, quæ uſucapere poſſit, etiam ſine poſſeſſione ſingulari jure; quia poſtliminio non tam perſona & continuatio, quam perſonæ jurium, etiam quæ tempore adquiruntur, ſuſpenſio inducitur. At ſervo captu qui poſſidebatur, quamvis perinde atque captivo poſſeſſore poſſeſſio interrupta ſit, & poſtliminio fiat, ut dubitari, non autem ut decidi, aut dici poſſit, captivum ſervum eſſe in poteſtate prioris poſſeſſoris. *l. ſi ſervus* 16. quam ita intelliges, *ff. de interrog. in jure faciendis d. l. ſi cum quis* 41. *§. ult. ff. de furtis.* manet tamen in civitate perſona poſſeſſoris, cujus capacitas & jura poſtliminio non ſuſpenduntur, quominus continuare uſucapionem poſſit ſine poſſeſſione ſingulari jure, & exemplo hereditatis & debitoris in pignore, ideoque & bona fides primæ poſſeſſionis ante captivitatem inſpicitur, neque continuationi uſucapionis obſtat mala fides ſecundæ poſſeſſionis recuperatæ poſt reverſionem, quia & ante eam ſine poſſeſſione vera continuabatur, ut in priori ſpecie *d. §. etſi poſſeſſionis.* juncta *l. Pomponius* 13. *§. ſi is qui precario. l. qui pignoris* 36. *hoc tit. l. non ſolum* 33. *§. ult. ff. de uſucap.* cum traditis ſupra §. 7. & 10. *cum ſeq.* ad *l. 3. §. ex contrario hoc tit.*

§. VII. Ex eiſdem principiis colligitur, aut intelli-

ſligitur ratio, cur in his rebus, quas per ſubjectas juri ſuo perſonas veluti filium aut ſervum captivus poſſidebat, antequam caperetur, aut poſt captivitatem per eaſdem perſonas ex peculiari cauſſa apprehenduntur, poſſeſſio & uſucapio continuetur, etiam quamdiu ille apud hoſtes eſt. *l. in bello* 12. *§. facti. l. bona* 22. *§. quæ peculiari. l. ſi poſtliminio* 29. *ff. de captivis. l. juſto* 44. *§. ult. ff. de uſucap. l. ait Prætor* 23. *§. hi plane ff. ex quib. cauſſis major.* nempe quia exiſtentibus filio, vel ſervo in civitate & poſſeſſione, ut ſignanter proponit in *d. l. in bello* 12. *§. facti.* quidquid in poſſeſſione meri facti fuit, non deficit, aut amittitur corporaliter; ſed retinetur continuaturque, ut in *l.* 1. *§. non alii* 49. *ff. de vi & vi armata. l. nunquam* 31. *§. ſi ſervus ff. de uſucap.* maxime ex peculiari cauſſa. *l.* 3. *§. cæterum* 12. *hoc tit.* naturalis autem facultas, quatenus juris eſt, in perſona poſſeſſoris captivi non abrumpitur poſtliminio; ſed ſuſtinetur, & ſuſpenditur. *l. illa inſtitutio* 32. *§.* 1. *ff. de her. inſt. l. ſi quis poſtumos* 9. *§. ſi filium ff. de lib. & poſt.* proinde cum poſſeſſio per perſonas, quæ in civitate manent, retineatur facto ipſo, ejuſque continuatio non impediatur captivitate, aut poſtliminio ex ratione *d. l. in bello* 12. *§ facti.* & abſurdum videatur, continuata poſſeſſione, in qua quia facti eſt poſtliminium non operatur, non continuari uſucapionem, quæ juris eſt, & tota obnoxia poſtliminii fictioni, receptum eſt, ut etiam uſucapio in his caſibus procedat, & continuetur eo colore quaſi poſtliminium, quamvis perſonam interim, quæ uſucapiat, non tribuat, facit tamen, ne abſciſſa, aut ſublata videatur, quæ erat, atque ita ſubſequitur factum perſonarum, quæ in civitate & poſſeſſione manſerunt. *d. §. facti.* diverſum eſt in rebus, quas per ſe poſſidebat captivus, antequam caperetur; quia cum facto ipſo deſinat tenere, & poſſe tenere, nec remaneant perſonæ in poſſeſſione, quarum continuationi, & facto poſtliminium ſerviat, neceſſe eſt poſſeſſionem & uſucapionem interrumpi. *d. l. denique* 19. *d. §. facti.* de quibus poſtea copioſius.

§. VIII. Sed ut pergamus in explicando primario illo juris principio, quod ſequuti ſupra §. 1. affirmavimus, hereditatem non eſſe capacem continuandæ poſſeſſionis defuncti; quia poſſeſſio facti eſt & animi: infertur inde in primis, non poſſe etiam adquiri hereditati poſſeſſionem per ſervum hereditarium, idcircoque eum ſervus hereditarius poſt mortem domini peculii nomine rem tenere cœpiſſet, Papinianus ſcripſit, ſtricto & communi jure non incipere uſucapionem ante aditam hereditatem, quia, cum defunctus non poſſediſſet, nec hereditas poſſidere poſſit, non potuit uſucapio incipere ſine poſſeſſione. *l.* 45. *§. ult. ff. de uſucap.* ſed cum receptum ſit ſingulari jure, ex peculiari cauſſa poſſeſſionem etiam ignoranti domino adquiri animo, & corpore ipſius ſervi, & uſucapionem procedere. *l.* 3. *§. cæterum* 12. *l.* 4. *l. peregre* 44. *§.* 1. *hoc tit. l. Labeo* 8. *l. nunquam* 31. *§. ſi ſervus. l. juſto* 44. *§. ult. l. ſi emptam ff. de uſucap. l.* 2. *§. Celſus* 11. *cum ſeqq. l. qui bona* 7. *§. ult. ff. pro empt. l. interdum* 56. *§. ſi res ff. de furtis.* conſequens etiam fuit, eodemque ſingulari jure comprehenſum, hereditati quoque, ut dominæ & perſonæ civili, ex peculiari cauſſa adquiri poſſeſſionem poſſe animo & corpore hereditarii ſervi. *l. qui a ſervo* 16. *ff. de O. & A.* (juxta quam proponi, & exponi poteſt non vulgariter ſpecies *l. gerit* 88. *ff. de adquir. her.* quamvis eam aliter explicent Cujacius *lib.* 1. *quæſt. Pauli ibidem.* Benedictus Pinellus *lib.* 1. *ſelect. cap.* 9. *num.* 11. poſt alios noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 1. *cap.* 2. *num.* 14.) & conſequenter ex peculiari cauſſa uſucapionem etiam jacente hereditate incipere. *l. pen. ff. de captivis. l.* 1. *§. item adquirimus in fine hoc tit. l. ſive ego* 9. *§. ult. cum l. ſequenti* (cujus propoſitio ad Municipes non ad hereditatem referenda eſt præter mentem veterum & noviorum) *ff. de Publiciana. d. l. juſto* 44. *§. nondum ff. de uſucap.* ubi Papinianus hoc ipſum receptum eſſe jure ſingulari admonuit, ut diſtingueret a communi & ſtricto, quod propoſuerat in *d. l. ult. §. ult.* ut conciliant poſt Cujacium Valentia *ubi proxime num.* 17. & *lib.* 1. *tractatu* 3. *cap.* 4. *num.* 9. Faber in *juriſpr. Papin. tit.* 11. *principio* 8. *illat.* 26. quamvis aliter, nec improbabiliter Pacius *cent.* 7. *quæſt.* 2.

§. IX. Deinde & ſuperioribus principiis conſequens, aut conſentaneum eſt, neque heredi poſt aditionem adquiri poſſeſſionem hereditariæ rei, antequam corporaliter apprehendat. *l. cum heredes* 23. *l. qui univerſas* 30. *§. quod per colonum hoc tit. l.* 1. *§. Scævola ff. ſi is qui teſtam. lib. l. ſi ager* 50. *ff. de rei vindicatione. l. ſi ſervi* 14. *C. de jure delibor.* nempe quia ſive poſſeſſio defuncti fuit, ſive poſt mortem ejus per ſervum hereditarium extra peculiarem cauſſam, & ante hereditatem aditam apprehenſa, non potuit in hereditate conſiſtere, & ideo neque aditione ejus in heredem transfundi: quoniam aditio in heredem ea tantum transfundit, quæ vel defuncti, vel hereditatis fuerunt, veluti jura, quæ in hereditate conſtiterunt, non autem poſſeſſionem, quæ quia facti eſt, nec fuit hereditatis, nec adquiri poteſt heredi ſine facto adprehenſionis. *d. l. cum heredes* 23. *d. l.* 1. *§. Scævola.* plene poſt Claſſicos Tiraquell. in *tract. Le mort part.* 1. *declarat.* 3. *num.* 2. *& ſeqq.* Gilkenius *de præſcript. part.* 2. *membro* 3. *cap.* 3. *num.* 136. & congeſti ab Hilligero ad Donell. *lib.* 7. *cap.* 10. *litera C.* eamque regulam, quamvis in ſuis heredibus ceſſare non pauci exiſtimaverint *arg. l. cum miles* 30. *ff. ex quibus cauſſis majores.* cujus alia, & aliena omnino mens eſt expoſita ſupra ad *l.* 1. *hoc tit. §.* 5. tamen obtinere etiam in ſuis heredibus ex ſententia & ratione *d. l. cum heredes* 23. docent pluribus & contra plures Caſtillo *lib.* 3. *controv. cap.* 22. *num.* 19. *& ſeqq. & cap.* 24. *num.* 3. Radulphus Fornerius *lib.* 2. *rer. quot. cap.* 25. quibus proximum, notandumque ad forenſem uſum eſt, ut quamvis poſt Canonicam inſtitutionem, ſeu collationem titulus & veluti dominium Beneficii Eccleſiaſtici ſtatim adquiratur. *cap. ſi tibi abſenti de præbendis lib.* 6. non tamen poſſeſſio ſine apprehenſione ipſius beneficii ſeu dignitatis, ut poſt ordinarios in *cap. cum ſuper de cauſſa poſſeſſionis.* monent Covarr. *lib.* 3. *variar. cap.* 16. *num.* 6. Flaminius *de reſignatione lib.* 1. *quæſt.* 6. *num.* 3. *&* 53. & ad ſimiles caſus producunt Peregrinus *de jure Fiſci lib.* 5. *tit.* 1. *num.* 52. Gratianus *diſcept. forenſ. tom.* 2. *cap.* 309. *num.* 7.

§. X. Rurſus eodem hereditatis exemplo, & jure, quemadmodum defuncti uſucapio ſine poſſeſſione in hereditate continuatur, aut ex peculiari cauſſa incipit ſingulari jure. *d. l. juſto* 44. *§. nondum.* ita & utrumque ſingulare jus receptum eſt in herede poſt aditionem ante apprehenſam poſſeſſionem. *l.* 1. *§. item adquirimus in fine. l. Pomponius* 13. *§. quæſitum, cum §. ſequenti hoc tit. l. nunquam* 31. *§. pen. l. heres* 43. *ff. de uſucap. l.* 2. *§. etiam* 18. *l. qui cum* 6. *§. ult. ff. pro emptore. d. l. cum miles* 30. *ff. ex quib. cauſſis major. d. l. ſive autem* 9. *§. ult. ff. de Publiciana.* eoque pertinet & explicandum inde eſt, quod proponitur in *d. l. qui univerſas* 30. *§. quod per colonum hoc tit.* ubi Paulus docet, eam etiam poſſeſſionem, quam per colonum defunctus habuit, in heredem non tranſire; quia colonus ſuo corpore miniſterium duntaxat præbuit poſſeſſioni, quæ defuncti propria fuit. *arg. l. quod meo nomine* 18. *hoc tit.* & conſequenter cum defunctus poſſidere deſierit, extincta poſſeſſio eſt, nec de illa retinenda aut continuanda; ſed de adquirenda heres agere debet; adquiri autem non poteſt, niſi ipſe corporaliter nactus ſit poſſeſſionem; *retinere enim animo poſſeſſionem poſſumus, adipiſci non poſſumus. d. l. cum heredes* 23. juncta *l.* 3. *in princ. hoc tit. d. §. quod per colonum.* quem ita explicant poſt Accurſium Bart. & Caſtr. *ibi.* Tiraquell. *de conſtituto part.* 2. *ampliatione* 12. *num.* 5. Gomezius in *l.* 45. *Tauri num.* 67. Diverſum autem non contra-

trarium eſt, quod ſequitur in *d. §. quod per colonum in fine.* ſcilicet poſſe heredem uſucapere per colonum rem, quam defunctus per colonum poſſidebat, & pro emptore uſucapiebat, non quidem quia poſſesſio a defuncto per colonum habita continuetur heredi ſine apprehenſione, ut contra ſupra tradita contendit perperam ex *d §. per colonum in fine.* poſt alios Joann Gratian. *regula* 222. *num.* 10. ſed quia uſucapio defuncti continuatur ſingulari jure in hereditate & herede ſine poſſeſſione. *d. l. cum miles* 30. *ex quib. cauſſis major.* notant ad rem Cujacius & Giphanius in *d. §. quod per colonum.* ſane qnemadmodum uſucapionis exemplo, & ex *d. l. cum miles* 30. dextre minus expoſita, receptum hodie moribus eſt in aliis provinciis, ut poſſeſſio defuncti etiam in extraneis heredibus continuari intelligatur, quod Galli efferunt *le mort ſaiſit les vifs.* ut teſtantur laudati a Valentia *d. lib.* 3. *tractatu* 1. *cap.* 2. *num.* 18 ita & apud nos civilis, naturaliſque poſſeſſio bonorum majoratus, mortuo, ultimo poſſeſſore, transfertur in ſequentem ſucceſſorem ipſo jure ſine apprehenſione ex *l.* 45. *Tauri. l.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Comp* hoc eſt, perinde habetur, acſi translata eſſet, quoad effectus juris, de quo præter laudatos a Valentia *ubi proxime*, & *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 11. *num.* 26. & *ſeqq.* Gilkenius *de præſcript. part.* 2. *membro* 3. *cap.* 11. *num.* 9.

§. XI. Præterea, ut progrediamur, ex eodem principio juris de hereditate incapace poſſeſſionis docet jam, deducitque cum Scævola Ulpianus in *d. l.* 1. *§. Scævola ff. ſi is qui teſtamento lib.* non fieri furtum hereditati, quod & ipſum traditum eſt in *l. ſi ſervus* 4. *ff. de noxalibus. l.* 2 & *l. ult. ff. expilatæ hereditatis. l. in ea* 33. *§.* 1. *ff. de adquir. rer. dom. l. hereditariæ* 68. *ff de furtis. l.* 3. *§. nunc videamus in fine ff de ſuſpect. tut. l. ſi quis extraneus* 21. *ff. de adquir her. l.* 21. *tit.* 14. *Part.* 7. Ejus autem aſſertionis ratio ea redditur in *d. §. Scævola.* quia cum furtum ſit contrectatio fraudoloſa, per quam res mobilis lucri faciendi cauſſa loco movetur, & aufertur invito. *l.* 1. *§. ult. l. verum* 25. *ff. de furtis.* ſemper poſſeſſio furto intervertitur. *l* 3. *§. ſi rem. l. rem quæ* 15. *hoc tit. l. non ſolum* 33. *§. ult. ff. de uſucap.* ſive nunquam fit furtum ſine interverſione poſſeſſionis, & ideo ſi posſeſſor nullus ſit, quia non eſt cui auferatur, ſive intervertatur poſſeſſio, non fit furtum, & conſequenter neque hereditati fieri furtum poteſt, quia poſſeſſionem hereditas non habet. *d. § Scævola.* neque contrarium eſt, quod colligitur ex *l. illud* 40. *§. ult.* juncta *l. ſi a domino* 36. *§. ſi poſſeſſor ff. de her. petit.* nempe fieri furtum rei hereditariæ ante aditam hereditatem, &, ſi poſſeſſoris ſervus id furtum fecerit, noxalem furti actionem eo nomine competentem pertinere ad officium judicis petitionis hereditatis, ut abſolvatur poſſeſſor, ſi ſervum noxæ dedere paratus ſit, ſive ut apertius in eandem ſententiam ſcriptum, nec notatum forſitan adhuc eſt, in *l. in ratione* 30. *ff ad l. Falcid.* & furtum fieri jacente hereditate, & actionem furti adquiri. Non eſt, inquam, contrarium, quod ex duobus his locis colligitur; eſt enim utrobique ſupponendum, fieri furtum rei hereditariæ, quibus poteſt, veluti cum poſſeſſio rei hereditariæ penes creditorem fuit, cui defunctus pignori dederat, quo caſu furtum fieri rei hereditariæ traditum eſt in *l. hereditariæ* 68. *cum ſeqq ff de furtis.* vel etiam quoties poſſeſſio hereditati adquiſita proponitur per ſervum hereditarium ex peculiari cauſſa, quo etiam caſu ejuſque poſſeſſionis reſpectu fieri furtum hereditati poteſt. *l. qui a ſervo* 16. *ff. de oblig & act.* diximus ſupra §. 11. ad *l.* 3. *§. ex contrario hoc tit.* notatque primum illud poſt alios noſter Valentia *d. lib.* 3. *tract.* 1. *cap.* 2. *num.* 21.

§. XII. Sed cum vel Cicero teſtetur *lib.* 7. *familiar. epiſt.* 23. *ad Trebat.* quæſtionem hanc de furto rei hereditariæ controverſam fuiſſe inter veteres JCtos, affirmantibus Sexto Ælio, Marco Manilio, & Marco Bruto, poſſe furti agere heredem ex furto ante aditam hereditatem facto, cum tamen id negarent Trebatius & Mutius Scævola, cujus ſententia proponitur in *d. §. Scævola.* pretium operæ eſt, ut diſpiciamus, quæ utriuſque partis momenta ſint: & ſane controverſiæ cardo in eo eſt, quod poſſeſſionem non præciſe requiri ad furtum, cum id fieri etiam poſſit vel uſus, vel ipſius rei reſpectu, expreſſum videtur in *l.* 1. *§. ult. ff. de furtis.* vel etiam reſpectu dominii. *l. ſi gratuitam* 17. *§. ſi quis ſponſionis ff. de præſcript. verbis. l.* 1. *ff. de diſtr. pign. l. ſi apes* 26 *§.* 1. *l ſi dominium* 47. *l. furtivam* 74. *l. ſi vendidero* 80. *§. ult. l. fullo* 82. *§.* 1. *ff. de furtis. l de his* 11. *C. eodem tit. l. ult. ff. expilatæ her.* & rei, cujus poſſeſſor nullus ſit, fieri furtum poſſe vel ſine interverſione poſſeſſionis, probari ſolet ex *l. in actione* 19. *§ ult. l. qui tabulas* 27. juncta *l. ſi hereditariæ* 30. *l. ſi cum quis* 41. *l. falſus* 43. *§. ſi jactum. l qui vas* 48. *§. ancilla. l. ſi quis uxori* 52. *§. ſi ſtatu liber. l. ſi ſervus* 61. *§. locavi. l. ſi is qui* 66. *in princ.* & *§.* 1. *ff. de furtis. l.* 1. *§.* 1. *ff ſi is qui teſtamento. l. qua ratione* 9. *§. ult. l. Pomponius* 44. *ff. de adquir. rer. dom. l.* 3. & 5. *ff. de incendio ruina. l. ſi homo* 35. *ff. de uſucap. l. ancillæ* 12. *C. de furtis:* quas ſigillatim expendunt poſt alios, quos non tranſcribo, Cujacius *lib.* 26. *quæſt. Papiniani* in *l.* 1. *ff. de diſtract. pign.* Benedict. Pinellus *lib.* 2. *ſelect. cap.* 9. *num.* 5. & ex Salmanticenſibus primarii viri Pichardus ad *tit. de adquir. her. cap.* 2. *num.* 42. Amaya *lib.* 2. *obſ. cap.* 7. *num.* 11. & *ſeqq.* Valentia *ubi proxime num.* 23. quibus in eandem ſententiam primo adjicimus textum in *l. ſi pignore* 54. *in princ.* & *§.* 1. *l. ſi is qui pignori* 75. *ff. de furtis.* quibus traditum eſt, creditorem, qui pignore utitur, aut id non jure vendit, & commodatarium, qui alii commodat, teneri furti actione, & tamen cum poſſeſſio pignoris ſit creditoris, non autem debitoris, ut notavimus ſupra §. 2. in commodato autem poſſeſſio neque primi commodatarii ſit, neque in ſecundum transferatur. *l. qui univerſas* 30. *§. ult. hoc. tit.* fateri neceſſe eſt, furtum utroque caſu fieri ſine interverſione poſſeſſionis. Secundo expendimus textum in *l. cum qui* 14. *§. ſi res ff. de furtis.* ubi ſcriptum eſt, in re pignorata creditori, quo poſtea mortuo & ante aditam ejus hereditatem ſubripitur, adquiri furti actionem domino rei. Et vero conſtat, poſſeſſionem ejus translatam ex cauſſa pignoris in creditorem ſic eo mortuo intercidiſſe, ut nec in hereditate creditoris, nec penes debitorem fuerit, quo tempore furtum factum eſt. Tertio pro eadem ſententia urget, quod proponitur in *d. l. hereditariæ* 68. *ff. de furtis.* fieri furtum ejus rei, quam defunctus commodaverat; nam cum in commodatore poſſeſſio amiſſa fuerit morte. *d. l. qui univerſas* 30. *§. quod per colonum hoc tit.* & in commodatarium non poſſeſſio, ſed detentio translata ſit. *d l. qui univerſas* 30. *§. ult. l.* 3. *§. illud* 19. *cum ſequenti hoc tit. l. rei commodatæ* 8. *ff. commod.* apparet fieri furtum ſine poſſeſſione, utpote rei, quæ a nemine tunc poſſidetur. Quarto pro eadem ſententia obſtat nobis Ulpianus in *l.* 5. *§. idem ait ff. de inſt. act.* ubi ſi Pollinctor ſervus Libitinarii, qui veſtem, aliaque funeri neceſſaria, & ſervum Pollinctorem cadaveri curando & efferendo locabat, ſpoliaverit mortuum ea veſte, qua funerandus erat, ſcriptum eſt, furti actionem competere, cum tamen ea veſtis neque a mortuo posſideretur, neque ab alio, quia quiſquis eam in funus voluit & credidit erogari, eo ipſo poſſeſſionem amiſit & dereliquit, *arg. l. ſi quis* 17. *§.* 1. *cum l. ſequenti §.* 1. *hoc tit. l falſus* 43. *§. ſi jactum ff. de furtis.* Quinto accedit exemplum fugitivi ſervi, quem ſui furtum facere conſtat. *l.* 1. *C. de ſervis fugitiv. l. ancilla* 60. *ff. de furtis* & quidem ſine interverſione poſſeſſionis, quam retinet in fugitivo dominus, quamdiu ab alio non poſſidetur. *l.* 1. *§. per ſervum qui in fuga. l. Pomponius* 13. *l. rem quæ* 15 *hoc tit.* Sexto denique expendi poteſt Paulus in *l. creditoris* 15, *§. ult.* juncta *l. ſi is qui* 59. *ff. de furtis. l. rem*

21.

21. *ff. commod.* ubi ſi commodator ſurripuerit rem commodatam, datur in eum furti actio commodatario, ſi iſte juſtam cauſſam habuerit rei retinendæ, veluti ob impenſas in eam factas. Atqui eo etiam caſu poſt retentionem poſſeſſio eſſet commodatoris non commodatarii. *l. ſi quis rem* 20. *hoc tit.* ergo furtum a commodatore fit ſine interverſione poſſeſſionis.

§. XIII. Hæc & ſi quæ ſimilia expendi poſſunt, rem adeo apud me ambiguam ancipitemque faciunt, ut promptius mihi ſit in hac controverſia cum Academicis dubitare, quam cum JCtis certum concludere, & ſignare reſponſum. Namque & adhuc pro ſententia affirmantium, hereditariæ rei furtum fieri, extat ignotus vulgo, nec ignobilis textus in *l. ſi ſervum* 71. *§. ult. ff. de adquir. her.* & e contrario pro ſententia Scævolæ, quatenus docet furtum non fieri niſi poſſeſſionis & rei poſſeſſæ, præter teſtimonium, quo unico fere omnes nituntur in *d. §. Scævola.* conſpirare etiam videntur textus in *l. inficiando* 67. *ff. de furtis. l.* 3. *§. ſi rem hoc tit. l. contra* 6. *§. ult. ff. de act. rerum amot. l.* 1. *ff. de diſtr. pign. l.* 2. *§.* 1. *ff. expilat. her.* & electe eleganterque Ulpianus vulgo in hac parte non animadverſus in *l. falſus* 43. *§. ſi qui indebitum ff. de furtis.* ubi ſi is, qui ſciens indebitum accepturus erat, delegaverit, ut alii ſolvatur, ſi abſente delegante ſolvatur, non tenetur furti; ſin autem eo præſente, furtum facit & furti tenetur; nimirum quia præſentia efficit, ut ille ipſe, quo delegante & præſente ſolvitur, prius poſſeſſionem adquirere & intervertere intelligatur fictione brevis manus, quæ non niſi inter præſentes operatur. *l.* 1. *§. ſi juſſerim hoc tit. l. ejus rei* 46. *cum l. ſequent. l. quædam* 77. *ff. de rei vindic.* ergo e contrario ſi abſente delegante ſolvatur, ideo cum eo non eſt furti actio, quia ſine interverſione poſſeſſionis furtum non fit. Denique pro eadem ſententia decretorium argumentum eſt in herede, cui poſt aditam hereditatem & ante apprehenſam poſſeſſionem jam domino ſubreptæ rei, quæ hereditaria fuit, denegari furti actio non poſſet, niſi quia non fit furtum rei, cujus nullus poſſeſſor eſt. *d. §. Scævola. l. ſi homo* 35. *ff. de uſucap. l. ſi ſervus* 40. *ff. de noxal. l. is enim* 70. *ff. de furtis. l.* 2. *§.* 1. *ff. expilat. her.* acceduntque huic ſententiæ interpretes librorum juris Baſilicōn *lib.* 60. *tit.* 13. *l.* 1. *§.* 15. *& tit.* 12. *l.* 19. *§. ult. & l.* 41. *&* 48.

§. XIV. Sed quando aut ampliare aut ſubſiſtere nec otii, nec negotii noſtri jam erat, ſubſcribebamus interim pendente titulo (ut de artificibus Plinius loquitur in *præfatione natur. Hiſt.*) inauditæ noſtratibus Fulgoſii ſententiæ in *l. ſive* 10. *§. tamdiu num.* 7. *ff. de condict. furt.* & in *l. ſi abducta* 10. *num.* 7. *C. de furtis.* quem non laudatum ſequitur noſter D. Joann. Chumazero *ſelect. diſp.* 4. ei autem ſententiæ, & exponendo *d. §. Scævola.* præmonemus in primis, quod in principio ibi proponitur, *furtum fieri poſſeſſionis*, non eo pertinere, ut excludat furtum reſpectu ipſius rei, vel uſus, ut in *d. l.* 1. *§. ult. ff. de furtis.* cum laudatis ſupra §. 12. ſed ideo de furto poſſeſſionis Scævola loquitur, quia idem in eadem *l.* 1. *§. hæc actio ff. ſi is qui teſtamento.* juncta *l. aut ia qua* 69. *ff. de furtis.* tractaverat de re, in qua defunctus poſſeſſionem ſolam proprie habuit, veluti in accepta pignori, aut bona fide poſſeſſa a defuncto, & ante aditam ejus hereditatem ſubrepta a ſervo hereditario, qui teſtamento liber eſſe juſſus fuerat, eoque caſu in locum deficientis furti actionis propter ſervitutem ſcripſerat, dandam eſſe Prætoriam actionem ex Edicto illius tituli *ff. ſi is qui teſtamento.* Quod caſus ut jam plenius tractet, doceatque, in eis non ſolum furti actionem deficere, quia ſervus proprius hereditatis ſubripuit. *l. ſervi* 17. *ff. de furtis.* ſed & alia ratione furtum hereditati fieri non potuiſſe, proponit in *d. §. Scævola.* furtum fieri poſſeſſionis, quia quamvis furtum uſus etiam vel ipſius rei fieri poſſit, tamen reſpectu creditoris in pignore, aut poſſeſſoris bonæ fidei furtum plerumque fit poſſeſſionis. *l. furtivam* 74. *ff. de furtis. l.* 1. quam ita expono, *ff. de diſtractione pignoris.* & quia contrectatio furis, qua deficiente furtum non fit. *d. l.* 1. *§. ult. d. l. falſus* 43. *§. ſi is qui indebitum*, quam ita intelliges, *ff. de furtis.* ſicut detentioni prioris poſſeſſoris proprie opponitur, ita & primario ac principaliter poſſeſſionem aufert juxta textus ſic accipiendos in *d. l. inficiando* 67. *ff. de furtis. d. l.* 3. *§. ſi rem hoc tit.* inde itaque infert Scævola, ſi nullus ſit poſſeſſor, furtum non fieri, nempe in eisdem & hereditatis intuitu, cui cum non auferatur furto ipſius rei detentio aut uſus, quorum incapax eſt, quia perſonam & factum deſiderant. *l. hereditas* 61. *ff. de acquir. rer. dom.* neque dominium, quia id nunquam furtum aufert, & in hereditate ſemper futurum fuit ſine effectu acquirendæ ei poſſeſſionis detentionis aut uſus rei ſurreptæ, non poteſt hereditati furtum fieri, niſi quo caſu poſſideat. ut in *l. qui a ſervo* 16. *ff. de O. & A.* cum adductis ſupra §. 11. & ſimiliter explicando textu in *d. l. ſi ſervum* 71. *§. ult. ff de acquir. hered.* quamvis aliter ibi Accurſius & Cumanus. Proinde cum poſſeſſionem hereditas non habeat, ei furtum non fit. *d. §. Scævola.* cujus ſententia exaudienda ita eſt, & coarctanda ad ſpeciem hereditatis, de qua *ibi*, & in *l. contra* 6. *§. ult. ff. de actione rerum amotarum. l.* 2. *§.* 1. *ff. expilatæ hered.* plane heredi poſt aditam hereditatem ideo ante apprehenſam poſſeſſionem non datur furti actio etiam jure dominii, quia dominium, quod tunc habet, eſt illud ipſum, quod in hereditate inefficax fuit ad parandam furti actionem, ut pote ab hereditate transfuſum in heredem per addictionem & ſine apprehenſione. *l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. *d. §. Scævola.* & conſequenter transmiſſum cum eodem jure & qualitate, ut ad rem notant Fulgoſius & Chumazero *ubi ſupra.* quibus, ut præmonui, ſubſcribo, quatenus affirmant, extra caſus hereditatis, & heredi etiam non poſſidenti, ſi interſit, jure dominii vel ipſius rei uſus aut detentionis juſtæ fieri furtum, & actionem furti competere.

§. XV. Jam vero ut amiſſioni poſſeſſionis morte, vel furto conjungamus captivitatis caſum, quem poſtremum diſputationis noſtræ inſcriptio pollicita eſt, proponimus in primis, captivitate poſſeſſoris, qui per ſe poſſidebat, amitti poſſeſſionem, & uſucapionem, neque reſtitui poſtliminio. *l. ſi is qui pro emptore* 15. *princ. ff. de uſucap. l. cum heredes* 23. *§.* 1. *hoc tit. l. in bello* 12. *§. facti ff. de captivis. l. denique* 19. *l. ait Prætor* 23. *§.* 1. *ff. ex quibus cauſſis major.* ejus autem principii ratio in poſſeſſione (de qua nunc quærimus, quia de uſucapione ſatis jam ſupra §. 3. *& ſeqq.*) reddi ea ſolet, quia naturalis facultas libertatis propria, per quam poſſeſſio retinetur, abrumpitur captivitate ſimul cum libertate & aliis, quæ ad ſtatum perſonæ captivi pertinent, nec ſuſpenduntur poſtliminio, ut contendit Faber in *juriſpr. Papin. tit.* 3. *princ.* 1. *illatione* 2. *& tit.* 11. *principio* 7. *per tot.* Hilliger. ad Donell. *lib.* 2. *cap.* 26. *lit. B.* Valentia *lib.* 1. *tract.* 3. *cap.* 7. *num.* 11. Nobis autem jam olim placuit, captivum ſicut alia jura ita etiam libertatem & naturalem facultatem, quatenus juris eſt, retinere poſtliminio fingi, ſive ſuſpendi in caſum, quo revertitur. *l. illa inſtitutio* 32. *§.* 1. *ff. de her. inſt. l. ſi ſervus* 16. *ff. de interrog. in jure faciend.* alioquin poſſeſſio, quam per ſubjectas ſibi perſonas ante captivitatem habuit, continuari poſtea non poſſet, neque quamdiu apud hoſtes eſt, ei adquiri etiam ex peculiari cauſſa, quia ſingulare jus hujus adquiſitionis ſupplet defectum ſcientiæ, non autem capacitatem perſonæ cui adquiritur. *l. Labeo* 8. *in princ. & §.* 1. juncta *l. juſto* 44 *§. ult. ff. de uſucap. d. l. in bello* 12. *§. facti.* Ideo itaque poſſeſſio ab eo, qui per ſe poſſidebat, & poſtea captus eſt, amittitur, quia rem in civitate relictam nec tenet corporaliter, nec facto ipſo poteſt tenere poſt captivitatem. *d. §. facti. d. l. cum heredes* 23. *§.* 1. quod cum contingit, amitti-

tur poſſeſſio, quamvis naturalis facultas, quatenus juris & libertatis propria eſt, retineatur. *l.* 1. §. *ſive autem* 24. & §. *pen. ff. de vi & vi armata.* neque ſuſtinetur, aut reſtituitur poſſeſſio poſtliminio; quia id utpote juris non operatur in poſſeſſione, quæ facti eſt, & facto eget, ut retineatur & adquiratur. *d. l. denique* 19. *d. l. ſi is qui pro emptore* 15.

§. XVI. Sane interdum poſſeſſio & uſucapio continuatur, & reſtituitur captivo per poſtliminium, nempe in his rebus, quas per ſubjectas ſibi perſonas ante captivitatem poſſidebat, ſive ex peculiari cauſſa, ſive non, ut indiſtincte probat Julianus in *d* § *facti.* & contra communem diſputat late Faber in *Rat. d. l. denique* 19. nec movemur eo, quod in hac ſpecie contra Julianum Marcellus ſenſit, nihil intereſſe, ipſe poſſediſſet captivus, an ſubjecta ei perſona. *d.* §. *facti verſ. Marcellus.* quoniam cum utroque caſu captivus ipſe ſit, qui poſſidet, non debet poſtliminio plus juris habere in his, quæ per ſervos, quam quæ per ſe poſſedit, ut ex Marcello proponitur in *d. l ſi is qui pro empt. verſ. Marcellus.* & hoc amplius ſubtili forſitan nec vulgata ratione; quia cum ſervum ipſum, quem per ſe poſſidebat, deſinat poſſidere captivus. *d. l. denique* 19. abſurdum videtur, ut per ſervum, quem non poſſidet, aliarum rerum adquirat retineatve poſſeſſionem etiam ex peculiari cauſſa. *l. bono liber* 54. §. *ult. ff. de adquir. rer. dom. l.* 1. § *ſed & per eum hoc tit. l.* 1. §. *idem Vivianus ff. de vi & vi arm.* verior tamen & utilior eſt Juliani ſententia, cujus rationem expoſuimus ſupra §. 7. neque ſubtilis minus, ut affirmat temere Faber in *juriſp. Papin. tit.* 11. *principio* 8. *illatione* 9. Nam quod diximus, non poſſe dominum poſſidere per ſervum, quem non poſſidet, verum eſt, quoties ſervus ab alio poſſidetur, ut in *d l.* 1. § *idem Vivianus.* cum nuper laudatis. ſed quamdiu ab alio non poſſidetur, poteſt per eum dominus poſſidere & uſucapere. *l. ſi cui* 25. §. *ult. ff. de liber. cauſſâ. l.* 1. §. *per ſervum qui in fuga. l.* 3. §. *ſi ſervus. l. ſi me* 34. §. *ult. hoc tit* quamvis aliter reſpondeat Cujacius *lib.* 23. *quæſt. Papin.* in *d. l. juſto* 44. §. *ult. ff. de uſucap.* Plane in rebus apprehenſis a filio vel ſervo captivi, poſtquam ille apud hoſtes eſt, receptiſſima diſtinctio eſt, ut ſiquidem ex cauſſa peculiari incipiant a captivo poſſideri & uſucapi, at vero ex alia cauſſa non item. *d. l. juſte* 44. §. *ult.* ubi diſtinctionis ratio proponitur. *d. l. in bello* 12. §. *facti. l bona* 22. §. *quæ peculiari. l. pen. ff. de capt. d. l. ait Prætor* 23 §. *hi plane. ex quibus cauſſis major* Cujus verba illa, *ex peculiari cauſſa*, ad diſtinctionem hanc reſpiciunt, neque irreptitia ſunt, ut ſuſpicatur Fab. *ibidem.* ſicut & juxta eandem diſtinctionem explicanda eſt *l. neque* 11. *ff. de uſucap* ut poſt Accurſium ibi notat Cujacius *lib.* 19. *Pauli ad Edict.* in *l.* 2 *ad finem ff. de Public.*

§. XVII. Hæc ita de eo caſu, quo captivus revertitur, & de poſtliminii tunc jure quoad poſſeſſionem, quam per ſe aut per ſubjectas perſonas habuit ante captivitatem, aut poſtea ei adquiſita eſt: ſed ſi de Cornelia lege quæratur, per quam captivus, quo caſu apud hoſtes moritur, fingitur præmortuus ex die captivitatis. *l. in omnibus* 18. *ff. de capt. d. l. juſto* 44. §. *ult.* omiſſa Florentina negativa lectione *d. l. ſi is qui pro emptore in fine.* quam ſequitur Scholiaſtes Baſilicon *lib.* 60. *tit.* 12. *l.* 41. veriſimilius eſt, uſucapionem, quam per ſe captivus inchoavit, quamvis reverſo ipſi non proſit per poſtliminium, quia in ſua vita poſſeſſionem amiſit, ut expoſuimus ſupra §. 15. prodeſſe tamen heredi ejus per legem Corneliam: quia non in ſua vita, ſed eo tempore, quo captus & per fictionem mortuus eſt, deſiit poſſidere. *d. l. ſi is qui pro emptore* 15. *in princ.* ſic explicando, *verſ. ſed verum.* idque ipſum eadem ratione in uſucapione, quam per ſervum ante captivitatem, aut poſt captivitatem ex peculiari cauſſa inchoavit, Julianus cenſuit circa legem Corneliam. *d. l. in bello* 12. §. *facti. d. l. bona* 22. §. *quæ peculiari.* ſic tamen, ut in uſucapione poſt captivitatem inchoata per ſervum (ſcilicet ex peculiari cauſſa, ut ſupponendum eſt in *d. l. ſi is qui pro emptore verſ. quod ſi ſervus.* ſicut & in *l. ſi ſervo* 28. *l. juſte* 44. § *nondum ff. de uſucap. l. ſi me* 34. §. *ult. hoc tit. l. ſive* 9. §. *ult. ff. de Public.*) agnoſceret Julianus, dubitari cauſatius poſſe, an per legem Corneliam ad heredes captivi pertineat, ut proponitur in *d. verſ. quod ſi ſervus d. l. ſi is qui pro emptore.* ideo forſitan, quia lex Cornelia, per quam captivus mortuus fingitur, ex quo captus eſt, non videtur poſſe pertinere ad uſucapionem inchoatam poſt captivitatem. *arg. l. ejus* 8. *ff. qui teſtamenta facere poſſunt. l. quædam* 7. *ff. de jure codicill.* ſed Marcellus in hac ſpecie exiſtimavit, poſſe plenius fictionem legis Corneliæ accipi, quam poſtliminii, quia in hoc eadem dubitandi ratio militat, quæ in lege Cornelia ſecundum Julianum, & quidem major in poſtliminio ex conſideratione Marcelli in *d. l. ſi quis pro emptore, verſ. quemadmodum.* quem expendimus ſupra §. 16. & lex Cornelia nihil in poſſeſſione aut uſucapione fingere neceſſe habet; ſed hereditatem captivo tribuit tanquam mortuo, ex quo captus eſt. *l.* 1. §. *lex Falcidia. l. lex Cornelia* 18 *ff. ad l. Falc.* hereditate autem inducta ſingulare jus facit, ut uſucapio in ea continuetur, aut ex peculiari cauſſa incipiat juxta tradita ſupra §. 2. & 3 & conſequenter verum eſt, *in heredibus locum habere uſucapionem. d. l. ſi is qui pro emptore, in fine.* cujus vulgatam hanc lectionem ſequitur poſt multos Valentia *d. lib.* 1. *tract.* 3. *cap.* 11. proſequuntur varie ſentientes poſt Claſſicos *ibidem.* & congeſtos ab Hilligero ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 20. *lit. L.* Amaya *lib.* 2. *obſ. cap.* 1. *num.* 4. Velaſco in *concertat Proculi pag.* 135. Covarr. in *reg. poſſeſſor parte* 2. §. 1, *num.* 6. Duarenus ad *tit. de in integrum reſtitut. parte* 2. *Edicti pag. mihi* 129. Gilkenius *de præſcript. parte* 3. *cap.* 5.

ADPEN-

A D P E N D I X
RECITATIONUM AD TITULUM DIG. DE ADQUIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE,

SIVE

Ad inſignem §. *nihil commune l. naturaliter* 12. *de adq. vel am. poſſ.*

DE CONCURSU JUDICII PETITORII, ET POSSESSORII, DE INTERDICTIS, REMEDIISQUE POSSESSORIIS

METHODICA TRACTATIO.

PERTINET Ulpiani diſputatio in hoc §. *nihil commune.* ad primarium, propriumque effectum poſſeſſionis, nempe interdicta, ſive remedia poſſeſſoria, & complectitur inſpectionem inter alias hujus tractatus longe utiliſſimam & obſcuriſſimam. de concurſu judicii petitorii, & poſſeſſorii in foro pariter & Scholæ celebrem, dignamque in qua bonæ bene collocentur horæ, ut commendant ex profeſſo illuſtrantes Coraſius, Alciatus, Ferretus, Cujacius, & Giphanius ad *noſtrum textum.* idem Cujacius *lib.* 7. *obſerv. cap.* 38. Goveanus *lib.* 1. *variar. lect. cap.* 3. Charondas *lib.* 1. *veriſim. cap.* 6. Hotmanus *illuſtr. quæſt.* 31. Duarenus *lib.* 1. *diſputat. cap.* 19. Gilkenius in *l. edita num.* 153. *C. de edendo.* Hillig. ad Donell. *lib.* 17. *cap.* 18. *litera K.* nos ut breviter, & perſpicue explicemus, & Ulpiniani ſententiam commentarii tunica veſtiamus, concinna potius quam longa, prænotabimus in commune quædam de *petitoriis judiciis & poſſeſſoriis*; deinde de *interdictis*, & remediis ſimilibus eorumque ſpeciebus, tandemque de *concurſu petitorii judicii & poſſeſſorii* pro Ulpiani explanatione dicemus, ſingula ſuis capitibus complectentes.

C A P U T   P R I M U M.

De appellatione & jure Petitorii judicii, & de interdictis in commune.

§. I. In primis ſciendum eſt, inter alias judiciorum differentias, quas pluribus exſequitur Maranta *de ordine judic. part.* 4. *diſtinctione* 1. *& ſeqq.* eam eſſe præcipuam propriamque hujus quæſtionis, ut judicium aliud ſit *petitorium*, aliud *poſſeſſorium*, auctore Accurſ. in *l. momentaneæ gloſſa* 1. *C. qui legitimam perſonam. Petitorium* eſt, in quo de proprietate contenditur. *l. qui petitorio* 36. *ff. de rei vindicatione.* §. *retinendæ* 4. *inſt. de interd. cap cum ſuper* 4. *& cap. cum dilectus* 6. *de cauſſa poſſeſſionis.* quia in rem actio, qua proprietas vindicatur, ſolet appellari *petitio. l. actio* 27. *ff. de O. & A. l. pecuniæ* 178. §. *actionis ff. de V. S. Poſſeſſorium* vero judicium eſt, in quo de poſſeſſione litigatur. *l. is qui deſtinavit* 24. *ff. de rei vindicatione. l.* 1. §. *inter ff uti poſſidetis.* proinde cum judicia petitoria & poſſeſſoria ſint quodammodo correlativa, ſibique invicem reſpondentia, ideoque & poſſeſſorium ceſſet, ubi petitorium habere locum non poteſt, ut docet Coraſius in *præſenti in anteludiis num.* 12. conſequens eſt, ut in mere perſonalibus præſtationibus, quarum nomine ſola in perſonam actio, non autem realis ſive petitorium judicium competit. §. *omnium* 1. *inſt. de action.* veluti quoties ſine reſpectu ad rem certam præſtatur quantitas, aut ſpecies annua, quæ tanquam debita quotannis exigitur, non tanquam propria vindicatur. *d.* §. *omnium* 1. non etiam competant remedia poſſeſſoria; quia nec incorporales res veluti jura, actioneſque poſſidentur. *l. ſervus* 43. §. *incorporales ff. de adquir. rer. dom. l.* 4. §. *ſi viam ff. de uſucap.* nec quaſi poſſidentur quidem tales præſtationes, quæ perſonam, non rem reſpiciunt, ideoque nec de his competit interdictum *quorum bonorum. l.* 2. *ff. quorum bonorum.* cujus argumento docet Cujac. *ibi lib.* 20. *Pauli ad Edict.*

§. II. Sed quamvis hæc, ut vulgo loquuntur, legiſtarum ſententia ſit in diſputando veræ, ſolidæque jurisprudentiæ conformior, obtinuit tamen magis in praxi contraria opinio Pontificii juris interpretum, aſſerentium etiam pro præſtationibus annuis mere perſonalibus ad conſervandum earum ſtatum quaſi poſſeſſorium competere remedia poſſeſſoria, ut probari videtur in *cap. querelam* 24. *de elect. cap. ſicut* 16 *de ſententia & re judicata.* ubi communiter Pontificii DD. & in *cap. conqueſtus de foro competenti,* inclinat in hanc ſententiam poſt multos P. Greg. *part.* 3. *Syntagm. lib.* 21, *cap.* 9. *num.* 10. quibus congruit, quod apud nos deciſum eſt in *l.* 8. *tit.* 11. *lib.* 2. *Comp.* nempe in cauſſis nobilitatis, quamvis contendatur de jure perſonarum ſtatus, competere tamen remedia poſſeſſoria vel quaſi. Sane in realibus præſtationibus, quæ certæ rei ratione ſeu reſpectu debentur, poſſe exerceri remedia quaſi poſſeſſoria, receptiſſimum inter omnes eſt *arg. l. pen. ff. de ſervit. cap. ult. de reſtit. ſpoliatorum*, cum ſimilibus. veluti pro penſione emphyteutica, de qua Valaſcus *de jure emphyteutico quæſt.* 18. *num.* 10. & pro penſionibus beneficialibus, quæ ex fructibus certi beneficii præſtantur. *d. cap. querelam* 24. *de elect.*

§. III. Deinde prænotandum eſt, remedia poſſeſſoria vocari in uſu juris *interdicta*, quia in interdictis plerumque, ſive maxime de poſſeſſione aut quaſi poſſeſſione contenditur. *princ. inſt. de interdict.* quamvis aliquando interdicta dominii & proprietatis cauſſam contineant. *l.* 2. §. *quædam ff. de interdictis. l. ſunt perſonæ* 43. *ff. de religioſis. l.* 1. §. *ult. ff. de aqua quotid. & æſtiva.* explicant Cujac *lib.* 5. *obſerv. cap.* 19. & *lib* 8. *quæſt. Papin.* in *d. l. ſunt perſonæ* 43. P. Greg. *lib.* 21. *Syntagm. cap.* 9. *num.* 4. Duarenus *lib.* 1. *diſput. cap.* 19. Pichardus in *princ. inſt. num.* 131. *de interdict.* in eoque largiter aberrant, affirmantes omnia interdicta poſſeſſoria eſſe, Faber *lib.* 16. *conject. cap.* 20. Donellus in *rubr. C. de interdict.* Barboſa falſo hanc ſententiam Duareno imponens in *l. ſi de vi* 37. *num.* 6. *ff. de judiciis.* Unde facile intelliguntur variæ interdictorum diviſio-

ſiones, quarum mentio in jure noſtro; veluti ut interdicta ſint *prohibitoria*, vel *reſtitutoria*, vel *exhibitoria*, ut in §. *ſumma* 1. *inſt. de interdictis. l.* 1. §. *interdictorum* 10. *ff. eodem tit.* ſumpta ſcilicet diviſione ex forma & genere interdictorum, in quibus Prætor vel fieri prohibet, vel reſtitui jubet, vel exhiberi præcipit, ſive poſſeſſionem, ſive proprietatem reſpiciant, quemadmodum alia etiam conſideratione & reſpectu ſolius poſſeſſionis interdicta ſic dividuntur, ut vel ſint *adipiſcendæ poſſeſſionis*, vel *retinendæ*, vel *recuperandæ*. §. *ſequens Inſt. de interdictis. l.* 2. §. *ult ff. eodem tit.* Rurſus & reſpectu materiæ, rerumque, quarum nomine interdicta exercentur, dividuntur etiam in *publica*, vel *privata*, & in ea, quæ de rebus divinis, vel humanis, & ſic deinceps, ut in *l.* 1. & 2. *ff. de interdictis.* denique attentis aliis conſiderationibus temporis aut perſonarum litigantium dicuntur interdicta quædam *duplicia*, & quædam *ſimplicia. d. l.* 2. *in princ.* §. 3. *inſt. de interd.* & quædam *annalia*, quædam *perpetua. l.* 1. §. *ult. ff. eodem tit.* P. Greg. *d. lib.* 21. *cap.* 9. *num.* 9.

§. IV. Hinc etiam colligitur, attentis diverſis reſpectibus & conſiderationibus, quæ in propoſitis diviſionibus cernuntur, recte etiam convenire & componi poſſe varias verbi *interdictum* alluſiones, & notationes ſive etymologias, quas JCti veteres tradiderunt exemplo Stoicorum, de quibus ſupra ad *l.* 1. *hoc tit.* §. 1. & *ſeqq.* Quippe reſpectu interdictorum prohibitoriorum non male derivari *interdictorum* vox videtur ab *interdicendo*, ſeu prohibendo & denunciando, ne quid fiat. *d.* §. 1. *verſ. ſunt tamen inſt. de interd.* reſpectu vero interdictorum; in quibus proprie quæritur de ſola poſſeſſione, videtur propria magis notatio a verbis *interim* & *edico*, quia formæ iſtæ, conceptioneſque verborum quodammodo a Prætore interim dicuntur, & ad tempus, donec pleniori judicio de proprietate pronuncietur, ut notat Anianus ad Julium Paulum *lib.* 5. *ſent. tit.* 6. *in princ.* Divus Iſidorus *lib.* 5. *originum cap.* 25. *ad finem.* Denique generaliter magis omniumque interdictorum reſpectu ſic dicuntur, quaſi inter duos dicta, quod Juſtinianus ſequitur in *d.* §. 1. *in fine inſt. de interd.* ubi & Theophilus. multa ad rem poſt multos Pichardus in *rubr. num.* 3. & *ſeqq. inſt. de interd.* P. Greg. *d. lib.* 21. *cap.* 9 *num.* 3. Briſſonius & alii *de verbis juris*, *verbo interdictum.* Donellus *lib.* 21. *comm. cap.* 2. ubi Hilligerus *litera N.* quibus adjicio, interdicta ab edictis in eo diſtare, quod edictum ſit jus generale in albo a Prætore propoſitum, e contrario vero interdictum eſt formula ſpecialis, quam Prætor juxta edicti generalem tenorem ſingulis litigantibus accommodat. *l.* 1 *in fine ff. de interdictis.* §. *Prætorum inſt. de jure naturali.* Paulus *lib.* 4. *ſent. tit.* 7. §. *ult.* Unde quod contra edictum ſit, non male etiam contra interdictum fieri dicitur. *l. Prætor* 20. §. 1. *ff. de oper. novi nuntiatione.* juncta *l.* 1. §. 1. *ff. ne vis fiat ei. l.* 2. *C. quorum bonorum. l.* 1. §. *annus* 39. *ff. de vi* & *vi armata.* in quibus ſingulis perperam pro *interdicti* voce *edictum* reponit Cujacius *lib.* 5. *obſerv. cap.* 17. explicant late P. Greg. *d. cap.* 9. *num.* 4. poſt plures Pichardus *ubi proxime num.* 20. & *ſeqq.* Hillig. *d. litera N.* Panciroll. *lib.* 10. *theſ. var. cap.* 34.

CAPUT SECUNDUM.

De interdictorum Speciebus, Adipiſcendæ, Retinendæ & Recuperandæ poſſeſſionis.

§. I. His in commune poſitis conſequens eſt, ut interdicta proprie poſſeſſoria, quatenus noſtri textus commentatio poſtulat, breviter enarremus, & illuſtremus: ergo retenta illa eorum diviſione, ut vel ſint poſſeſſionis adipiſcendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ, ſciendum eſt, interdictorum adipiſcendæ poſſeſſionis, quæ poſſeſſionis naneiſcendæ cauſa accommodantur illis, qui poſſeſſionem ante nacti non fuerunt. *l.* 2. §. *ult. ff. de interdictis.* §. *adipiſcendæ inſt. eodem tit.* tres potiſſimas ſpecies eſſe, *quorum bonorum*, *quod legatorum*, & *Salvianum.* Primum illud *quorum bonorum* ſic appellatur a prioribus verbis edicti Prætorii, quo proponitur, ut notat poſt Alciatum Balduinus in §. *ſequens num.* 4. *inſt. de interd.* datur autem hoc interdictum bonorum poſſeſſori, cui ſcilicet Prætoria edicto data jam eſt bonorum poſſeſſio juris. *l.* 3. §. 1. *ff. de bon. poſſeſſionibus.* daturque pro adipiſcenda poſſeſſione corporali bonorum, quæ alius pro herede, vel pro poſſeſſore poſſidet. *l.* 1. & 2. *ff. quorum bonorum. d.* §. *adipiſcendæ inſt. de interdict. l. hoc amplius* 29. *ff. de furtis.* & ex ſententia edicti accommodatur etiam ei, qui jure civili heres eſt, utile interdictum *quorum bonorum. l.* 1. *C. quorum bonorum.* quam ita explicant pleraque alia de hoc interdicto cumulantes Maranta *de ordine judiciorum part.* 4. *diſtinctione* 7. *num.* 3. Gomezius in *l.* 45. *Tauri num.* 128. & ex noſtratibus Pichardus in *d.* §. *ſequens num.* 4. & 19.

§. II. Secundum interdictum adipiſcendæ poſſeſſionis eſt *quod legatorum*, ſic ſimiliter dictum ex prioribus verbis edicti, quo promittitur heredi, vel bonorum poſſeſſori pro adipiſcenda poſſeſſione bonorum, quæ legatarius ſine voluntate heredis occupavit. *l.* 1. §. 1. & paſſim, *ff. quod legatorum.* ubi in *verſ. etenim* ratio hujus interdicti concedendi redditur, quoniam ſcilicet *æquiſſimum Prætori viſum eſt, unumquemque non ſibi ipſum jus dicere occupatis legatis; ſed ab herede petere. l. unica C. ne quis in ſua cauſſa judicet, vel jus ſibi dicat. l. ſi ex ſtipulatione* 5. *hoc tit.* ſunt autem quoad effectum hujus interdicti exæquata legata fideicommiſſis. *l.* 1. *ff. de leg.* 1. quam poſt Rævardum *lib.* 3. *var. cap.* 4. Pichardum in §. *ſed non uſque num. ult. inſt. de leg.* & *ad tit. ff. de leg.* 1. *cap.* 3. *num.* 57. Explicat ita cum Cujacio & aliis noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 5. *de leg. cap. ult. num.* 24. & *ſeqq.* Plane in legatis per vindicationem relictis locum non habere interdictum *quod legatorum*, contendit A. Fab. *lib.* 6. *conject. cap.* 1. ut colligere licet ex Cajo *lib.* 2. *inſt. tit.* 5. *de leg.* §. *vindicationis* 2. dum ſcribit, legatarium vindicationis ſtatim poſt mortem teſtatoris non exſpectato herede poſſe ſibi rem legatam præſumere, neque idcirco calumniam ab herede ſuſtinere debere, id eſt, non teneri interdicto *quod legatorum*, quia quaſi calumnioſe heres faceret, ſi peteret poſſeſſionem a legatario, cui mox eandem eſt reſtituturus. *arg. l. dolo* 8. *ff. de dolo.* conducit receptiſſima traditio Antiquiorum affirmantium, ſi teſtator legatario promiſerit, ſeu licentiam conceſſerit occupandi legatum propria auctoritate, ceſſare hoc interdictum *quod legatorum arg. l. Titia* 34. §. 1. *ff. de leg.* 2. docet cum pluribus Sarmiento & alii in *d. l. Titia* 34. §. 1. intelligitur autem permittere, ſi his verbis utatur: *vindicet capiatve legatarius.*

§. III. Verior tamen omnino eſt contraria acceptio, quam inſinuat Donell. *lib.* 9. *comm. cap.* 9. nempe ut etiam in legatis per vindicationem, ſicut in aliis omnibus interdictum *quod legatorum* competat; idque in primis probatur in *d. l.* 1. §. *qui vero ff. quod legatorum.* ubi docemur, etiam in legato præceptionis uni ex heredibus relicto locum eſſe interdicto *quod legatorum* pro ea parte, quam heres jure legati habet, & tamen conſtat, legata per præceptionem & per vindicationem ejuſdem prorſus naturæ fuiſſe ex Ulpiano in *fragm. tit.* 24. *de leg.* §. *per præceptionem* 11. & agnoſcit Faber, quamvis contextum *d.* §. *qui vero.* a Triboniano interpolatum affirmet, *d. lib.* 6. *conject. cap.* 1. deinde hoc idem colligitur ex *l.* 2. *ff. quod legatorum.* ubi ſupponitur, competere interdictum *quod legatorum* etiam pro eo legato, in quo jus accreſcendi locum habet: ergo & pro legatis per vindicationem, in quibus proprie & principaliter vetere jure locum habuit jus accreſcendi, non autem in relictis per damnationem, ut diſces ex Ulpiano *d. tit.* 24. *de leg.* §. *ſi duobus* 12. *cum ſeq.* Cajo *d. lib.* 2. *inſt. tit.* §.

de

de leg. §. 2. 5. & 6. neque A. Fabro favet idem Cajus in *d.* §. *vindicationis.* cujus alia omnino mens eſt, ſcilicet ut legatarius, qui rem ſibi legatam per vindicationem non exſpectato herede præſumpſit, non debeat pati eo nomine calumniam ab herede, nempe quaſi rem hereditariam ſubtraxerit, & eo ſacto legatum amiſerit, ex regula *l. non dubiam* 5. *C. de legatis. l. Paulus* 48. *ff. ad S. C. Trebell.* juncto ſingulari textu in *l. hereditatem* 68. alias *l. computationi* §. *ult. ff. ad l. Falcidiam.* illa enim regula *d. l. non dubiam* 5. non habet locum in legatis per vindicationem, quorum dominium ſtatim a morte teſtatoris adquiritur legatario ipſo jure, ut ſignificat Cajus *d. tit. de legatis* §. *cæterum.* juncta *l. cum filius* 76. §. *variis. l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. *l. a Titio* 61. *ff de furtis.* ideoque non videtur legatarius ſubtrahere rem hereditariam, dum legatum occupat, cujus jam dominus eſt; quamvis diverſum ſit in legatis per damnationem, quæ hereditariæ manent; quia ex illis ſola perſonalis actio ex teſtamento ignoranti legatario adquiritur. *l. cum vero* 26. §. *ult ff. de fideicomm. libertatibus. l. Pomponius* 13. §. *ſed & legataria hoc tit. l. filiusfamilias* 16. *ff. qui teſtam. facere poſſ.* quibus jungendi ſunt differentiam hanc obſervantes præter laudatos a Valentia *ubi proxime d. cap. ult. num.* 3. & 11. Cujacius *lib.* 25. *obſerv. cap.* 33. Faber *d. lib.* 6. *conject. cap.* 1. Caſtillo *de uſufr. cap.* 9. *num.* 10. & *ſeqq.* Morla in *emperio tit.* 8. *quæſt.* 3. *num.* 13. & *ſeqq.* Denique nec pro Fabro movet ſententia Bartoli, contrariam enim receptiorem eſſe & veriorem conſtat ex traditis a Ripa in *d. l. centuria num.* 69. *ff. de vulgari:* quibus adde de interdicto hoc tractantem præter laudatos a Pichardo in *d.* §. *ſequens num.* 1. *inſt. de interd.* Marantam *de ordine judiciorum parte* 4. *diſtinctione* 4. & 10.

§. IV. Tertium adipiſcendæ poſſeſſionis interdictum eſt *Salvianum*, dictum ita, & inventum a Salvio Juliano Juriſconſulto perpetui Prætorii edicti compoſitore. *l.* 2. §. *ſed quia divinæ C. de veteri jure enucleando. l. ſi quis ſervum* 10. *C. de condict. indeb.* auctoreque novi hujus edicti, ut *arg. l.* 1. *ff. de Salviano interd.* juncta *l.* 3. *ff. de conjungendis cum emancipato. l.* 1. §. *ſi pater ff. de ventre in poſſ. mitt.* exiſtimant cum Cujacio & aliis Fab. de *error. Pragm. dec.* 58. *err.* 6. Pichardus in *d.* §. *ſequens num.* 16. cum pluribus Statilius Pacificus in *tract. de Salviano interdicto in præfatione num.* 3. quamvis aliter ſentiat Mendoza *lib.* 2. *diſputat. cap.* 4. *num.* 27. datur autem hoc interdictum domino fundi pro adipiſcenda poſſeſſione earum rerum, quas colonus pignoris nomine pro mercede fundi in eundem invexit. *d. l.* 1. *ff. de Salviano interdicto.* ſive, *quas pro mercedibus fundi pignori futuras colonus pepigit*, ut Juſtinianus loquitur in *d.* §. *adipiſcendæ in fine inſt. de interdict.* atque ita expreſſa conventione ſuppoſita, ſine qua res illatæ in prædium ruſticum non tenentur vinculo pignoris. *l eo jure* 4. *ff. in quibus cauſſis pign. vel hypoth. tacite contrahitur. l. certi* 5 *C. de locato.* quia fructus prædii ſunt pignori, & domino pro cautione ſufficiunt. *l. in prædiis* 7. *ff. in quibus cauſſis pign. vel hypoth.* quamvis autem illatæ res in prædium urbanum tacito jure pignori ſint, etiamſi nihil convenerit. *l. item* 4. *ff. de pactis.* directum tamen Salvianum pro illatis in urbanum prædium non datum, quia nec propoſitum eſt, quamvis utile accommodari verius ſit, ut reſolvunt ſic conciliandi Pacificus *de Salviano interdicto inſpectione* 3. *cap.* 4. *num.* 22. & *cap.* 5. *num.* 10. Mareſcottus *lib.* 2. *variar. cap.* 118. *num.* 1. Fab. *d. dec.* 58. *err.* 1.

§. V. Illud circa interdictum iſtud valde apud interpretes controverſum eſt, an ſcilicet interdictum hoc competat adverſus alium debitorem quam colonum, ſi tamen debitoris hujus bona, reſve, quarum de poſſeſſione adipiſcenda hoc interdicto agendum eſt, creditori obligatæ ſint: in qua quæſtione deciſum videtur, competere interdictum adverſus quemcumque debitorem in *l.* 1. (ibi: *non interdicto Salviano. id enim tantummodo adverſus conductorem debitoremve competit*) *C. de precario.* Cujus argumento ita docet poſt Bartolum *ibidem quæſtione* 1. Eguinarius Baro *lib.* 6. *manual. tit.* 33. Verius tamen eſt, non competere, quia duntaxat contra colonum propoſitum legimus. *tota tit. ff. de Salviano interdicto.* & poſt Bald. in *d. l.* 1. affirmant Sarmiento *de reditibus eccleſ. parte* 3. *cap.* 2. *num.* 19. Donell. in *d. l.* 1. *num.* 3. neque obſtant verba, quæ expendimus in *d. l.* 1. *C. de precario.* quippe rejecta opinatione Donelli *ibidem.* reſpondendum eſt, ea verba, quamvis disjunctiva videantur, accipienda eſſe pro conjunctis ex regula *l. ſæpe* 53. *ff. de V. S.* ut proinde totius *legis* ſententia ſit, interdictum Salvianum tantummodo adverſus conductorem, qui debitor ſit, competere; nam ſi conductor debitor eſſe deſinat diſſoluta pignoris obligatione, interdictum etiam ceſſat; at vero adverſus extraneum, qui res invectas, & pignori obligatas poſſidet, hoc interdictum ceſſare; quamvis Serviana actione conveniri poſſit, ſive quaſi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. §. *item Serviana inſt. de act.* competit ſane adverſus extraneum tertiumve poſſeſſorem utile ſaltem interdictum Salvianum. *l.* 1. §. 1. *ff. de Salviano interdicto.* quam ita exponunt, & componunt cum *d. l.* 1. *C. de precario.* communiter poſt Antiquiores Donellus *ibi.* Duarenus in *paraphraſi ad titulum ff. de Salviano interdicto in fine.* Cujacius *lib.* 5. *obſ. cap.* 24. & *lib.* 49. *Digeſt. Juliani* in *d. l.* 1. *ff. de Salviano interd.* Pacificus *ubi proxime inſpectione* 1. *cap.* 1. *num.* 22. quamvis aliter poſt Hotmanum in §. *interdictum quoque inſt. de interdictis.* A. Fab. *de err. Pragm. d. dec.* 58. *per totam.* quatenus vero & qualiter interdictum hoc Salvianum remediumque poſſeſſorium differat a Serviana & hypothecaria, quæ petitoria judicia ſunt, explicat late Donell. in *d. l.* 1. *num.* 9. *C. de precario.*

§. VI. Hæc de tribus primariis interdictis adipiſcendæ poſſeſſionis, quibus in uſum gratiamque veſtram libet ſubjungere, breviterque explicare ſimilia alia, & in praxi frequentia adipiſcendæ poſſeſſionis remedia. Tale autem olim fuit edictum D. Hadriani ſub occaſione viceſimæ partis hereditatis introductum, ut ait Juſtinianus in *l. ult. de edict. D. Hadriani.* nam cum ex lege Julia de viceſima ſolveretur fiſco viceſima pars hereditatum & legatorum ac donationum cauſſa mortis, quæ extraneis, vel divitibus obvenirent, ut refert Dio Caſſius *lib.* 55. *Hiſtoriæ.* extatque ejus rei mentio apud Plinium in *Panegyrico ad Trajan.* & *lib.* 7. *epiſt.* 14. Capitolinum in *M. Antonino.* Lampridium in *Heliogabalo.* & in *inſcriptionibus. l. nulli* 13. *ff. de tranſact. l. ſi mutus* 7. *ff. qui teſtamenta facere poſſunt. l. computationi* 68. *ff. ad l. Falc. l. funeris* 37. *ff. de religioſis. l. mille* 154. *ff. de V. S.* juncta *l. filiusfam.* 114. §. *Divi ff. de leg.* 1. *l.* 2. *C. de tranſact. l. decem* 6. *in fine ff. de fideicomm. libert. l.* 2. §. *ſi quid* 16. *ff. de her. vel actione vendita. l. in ſuis* 11. *ff. de lib. & poſt. l. ult. ff. de interrog. in jur. faciend* eademque Julia lege de viceſima cautum eſſet, teſtamentum ſtatim poſt mortem teſtatoris aperiri, ne mora fieret neceſſario vectigali, ut ait Paulus *lib.* 4. *ſent. tit.* 6. *de viceſima* §. *ult.* ſecutum eſt D. Hadriani edictum, quod ut proveheret exponeretque magis legis viceſimariæ ſanctionem, juſſit ut intra tres, aut quinque dies poſt mortem teſtatoris apertura teſtamenti ſequeretur, ut ait Paulus *d. tit.* 6. §. *ult.* & ut Magiſtratus decreto de aperiendis tabulis appellatio non recipiatur. *l. ult. ff. de appellat. recip. l. quiſquis* 6. *C. quorum appellat. non recip. l. quiſquis* 26. *C. Theodoſ. eod. tit.* cujus Gratianus meminit in *fine cauſſæ* 2. *quæſt.* 6. & heredem petentem mitti ſtatim in poſſeſſionem, ut in Valentiniani *Novella* 1. *de teſtamentis. l. filiam* 56. *ff. ad S. C. Treb.* neque in contrarium recipi appellationem. *d. l. ult. ff. de appellat. recip. d. l. quiſquis* 26. in qua Tribonianus omiſit mentionem edicti D. Hadriani, quæ exta-

bat in eadem lege in *C. Theodoſiano.* ſicut omiſit etiam in *l. ult. C de Codicillis.* juncta *l. ult. C. Theodoſ. de teſtam.* quia ſublatum jam erat a Juſtinianu in *l. ult. C. de edict. D. Hadriani.* notant Balduinus in *Juſt. pag. mihi* 266. & ad *Legg. de jure civili pag.* 186. Cujacius in *recitat. ad titulum C. de edict. D. Hadriani.* Donell. & Giphan. in *d. l. ult. C. de edict. D. Hadriani.*

§. VII. Sublato itaque, ut diximus, edicto D. Hadriani ſucceſſit in locum ejus conſtitutio Juſtiniani in *d. l. ult. C. de edicto D. Hadriani.* qua cavetur, ut ſi heres ex aſſe, vel ex parte inſtitutus proferat coram competenti judice teſtamentum forma extrinſeca ſolemne, ſive carens omni vitio ſub ſenſu cadente, mittatur in poſſeſſionem omnium rerum hereditariarum, nulla temporis præſcriptione obſtante, niſi talis ſit, quæ etiam hereditatis petitionem excluderet, & omiſſa quæſtione, an teſtamentum verum ſit, an falſum, & an jure valeat nec ne: idque ſummario judicis officio adverſus omnes rerum hereditariarum poſſeſſores quocumque titulo, quamvis ſingulari, non tamen modo legitimo poſſidentes, præterquam ſi contra eum agatur, qui ſe inſtitutum ſimili teſtamento dicat, idque oſtendat, quo caſu de utriusque jure plene cognoſcitur, & hic vincit in poſſeſſione, qui potiori jure mitti videtur. *d. l. ult.* explicans poſt antiquiores Donell. Giphan. & alii in *d. l. ult.* Coſta in §. *& quid ſi tantum parte* 1. *num.* 49. Parladorius *lib.* 2. *rer. quot. cap.* 5. Caſtillo *lib.* 3. *controv. cap.* 24. cui remedio veluti ſupplendo acceſſit apud nos *Soriana* (ut vocant) *lex* 3. *tit.* 13. *lib.* 4. *Compilat.* ex qua filiis, aut conſanguineis defuncti, eiſdemque heredibus ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato ſummarium remedium miſſionis in poſſeſſionem bonorum defuncti conceditur contra quoſcumque eorum invaſores, qui ad reſtitutionem ſimul cum æſtimatione eorum condemnantur, ut exponunt late præter Parladorium, & Caſtillo *ubi proxime.* Azevedo in *d. l.* 3.

§. VIII. Eſt & aliud moribus noſtris celebre adipiſcendæ, ſeu retinendæ poſſeſſionis remedium, quod *Tenutam* dicimus, proprieque competit pro conſequenda corporali detentione, ſeu poſſeſſione, & pro tuenda civiliſſima illa poſſeſſione bonorum Majoratus, quæ in ejus ſucceſſorem ſequentem mortuo ultimo poſſeſſore transfertur ex Regia *l.* 45. *Tauri. l.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Compilat.* diximus ſupra ad *partem* 2. *noſtri tituli de amittenda poſſeſſione cap. ult.* §. 10. Namque quamvis ſucceſſor Majoratus ex univerſa hereditate aut ipſius parte inſtitutus poſſit etiam uti remedio *d. l. ult. C. de edict. D. Hadr.* ut reſolvunt Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 3. Gomezius in *d. l.* 45. *Tauri num.* 118. Caſtillo *d. lib.* 3. *controv. cap.* 24. *num.* 25. *& ſeqq.* Eſt tamen introductum proprium aliud in Majoratibus remedium legibus Regiis, poſt quas eo jure utimur, ut Majoratus ſucceſſor intra 6. menſes a morte ultimi poſſeſſoris coram ſupremo Regio Senatu petat miſſionem in poſſeſſionem bonorum Majoratus, quæ quidem miſſio, ſive *Tenuta* intra 80. dies Regii Senatus ſententia terminanda eſt, ut & ſtatim ſententia executioni mandetur, omni ſupplicationis, vel alterius remedii recurſu excluſo juxta deciſionem Romani juris in *l. unica C. de momentanea poſſeſſione.* & controverſia ſuper Tenuta, vel poſſeſſione deinceps ceſſante proprietatis ſolius cauſſa ſtatim remittitur Regio Prætorio, ſeu Cancellariæ, ad quam pertinere videbitur, ut abrogatis ex parte *l.* 9. *&* 10. *tit.* 7. *lib.* 5. *Comp.* conſtitutum eſt noviſſime in *l.* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. *parte* 3. *Comp.* ubi Narbona ex profeſſo, Paz in *tractatu de Tenuta cap.* 1. *& ſeqq.* Matienzo, & Azevedo in *d. l.* 9. *&* 10.

§. IX. Sequitur, ut videamus de *retinendæ poſſeſſionis* interdictis, cujus generis quamvis plura remedia ſint, ut liquet ex traditis a P. Gregorio *lib.* 21. *Syntagm. cap.* 9. & proſequitur 9. remedia Menoch. in *tractatu de retinend. per tot.* duo tamen præcipua ſunt; *uti poſſidetis* & *utrubi*; & utrumque ex prioribus verbis Prætorii edicti, quod proponitur, ita nuncupatum eſt. *l.* 1. *ff. uti poſſidetis. l.* 1 *ff. utrubi.* competit autem interdictum *uti poſſidetis* pro rebus ſoli, ſive immobilibus, & *utrubi* pro rebus mobilibus, atque utrumque eo caſu, quo inter duos, pluresve contenditur, uter poſſideat, in eumque effectum, ne vis deinceps fiat ei, quem poſſidere litis conteſtatæ tempore non ab adverſario vi, aut clam, aut precario fuerit probatum. §. *retinendæ inſt. de interd. l.* 1. §. *inter cum* §§. *ſeqq ff uti poſſ.* quamvis autem veteri jure pleræque aliæ eſſent inter duo hæc interdicta differentiæ, poſtea tamen illis ſublatis, ſolaque differentia manente, quoad res mobiles, vel immobiles, de quarum poſſeſſione contenditur, ut jam diximus, exæquata eſt utriusque interdicti vis, ac poteſtas. *l.* 1. §. 1. *ff. utrubi. d.* §. *retinendæ* ubi multa poſt multos noſter Pichardus, Maranta *de ordine judiciorum part.* 4. *diſtinctione* 7. *num.* 14. Donellus *lib.* 15. *comm cap.* 32.

§. X. Frequenter vero hoc *retinendæ poſſeſſionis*, ſive *uti poſſidetis* interdictum in duo veluti capita ſcindi ſolet, quorum ſcilicet aliud *plenarium*, aliud *ſummarium*, ſeu *ſummariſſimum* vocatur, ex quibus hoc ſummarium ſe habere dicitur tanquam plenarii præparatorium, ſicut plenarium eſt præparatorium reſpectu proprietatis, ut latius explicat Covarr. in *practicis cap.* 17. *Plenarium* eſt id, in quo plena adhibita cognitione de poſſeſſione definitive pronunciatur, & declaratur alterum poſſidere, & ne vis fiat ei juxta ſupra adnotata. *Summarium* autem, ſeu *ſummariſſimum*, quod apud nos vocatur *Juicio de interim*, tunc locum habet, quando uterque litigatorum ſe poſſidere ita contendit, ut poſſeſſionem in judicium deducere, ac de ea libellum judici offerre nolit, quo caſu judicis officium eſt, adhibita ſummaria cognitione, & ſine præjudicio principalis litis, ſuper poſſeſſione vel proprietate, quamdiu de ea plene non pronunciatur, declarare alterum ex litigatoribus poſſeſſorem eſſe interim, eumque ab alio non turbari, non moleſtari, qui litis motæ tempore poſſidebat. *cap. cum veniſſent* 6. *verſ. nos igitur de inſt. l. liberis* 7. §. *ult. ff. de liber. cauſſa.* nec permittere ad arma, & rixam procedere eos, quos ſua poteſt juriſdictione componere, ut in *l. ſi cujus* 13. §. *ſed ſi inter duos.* alias *l. æquiſſimum* 17. *ff. de uſufr.* quod remedium duxiſſe originem videtur a vetere illo judicio vindiciarum, de quo Pomponius in *l.* 2. §. *& cum placuiſſet* 24. *ff. de origine jur.* ubi Budæus, Coraſius, & alii, Alciatus *lib.* 1. *parerg. cap.* 9. & *lib.* 6. *cap.* 24. & *lib.* 8. *cap.* 24. Alex. ab Alex. *lib.* 6. *dier. gen. cap.* 10. Cujacius *lib.* 18. *obſerv. cap.* 23. cum pluribus Hillig. ad Donell. *lib.* 20. *cap.* 1. *litera A. in fine.* Balduinus ad *Leges Romuli cap.* 45. Hodieque apud Germanos *Decretum proviſionale* vocatur, & apud Italos *nova proviſio*, & apud Gallos, *recredentia.* Denique in Hiſpania apud Arragonios juris forma, ut notant multa alia circa praxin hujus remedii ſcribentes Covarr. *ubi ſupra.* P. Gregorius *lib.* 21. *Syntagm. cap.* 9. *num.* 13. Gaillius *lib.* 1. *obſerv. cap.* 7. Rodriguez *de annuis redit. lib.* 1. *quæſt.* 17. *num.* 38. eſtque in praxi remedium hoc receptiſſimum, illiusque diſtinctio a plenario interdicto *uti poſſidetis*, quamvis in diſputando probabiliter impugnet Sarmiento *lib.* 2. *ſelect. cap.* 13. *num.* 9.

§. XI. Cæterum quamvis utrumque hoc caput interdicti *uti poſſidetis* plenarium, ſummariumque in eo conveniat, quod neutrum competit, niſi ei qui qualemqualem ſaltem poſſeſſionem probaverit ex ſua parte, & turbationem ſeu moleſtiam illatam ex parte adverſarii. *d.* §. *retinendæ. d. l.* 1. §. *eſt igitur*, *&* §. *inter. l.* 3. §. *hoc interdictum* 2. *&* §. *creditoris ff. uti poſſid. cap. licet cauſſam* 9. ubi gloſſa, *verbo uti poſſidetis*, & *verbo vi turbativa de probat.* Covarr. *d. cap.* 17. *num.* 3. in eo tamen maxime diſtinguuntur, quod in plenario, ſive ordinario interdicto requiritur probatio poſſeſſionis non tantum tempore turbationis, ſed etiam litis conteſtatæ. *d.*

§. *re-*

§. retinendæ verſ. quorum in fine. juncta *l* 1. §. 1. *ff. utrubi. l.* 1. *ff. uti poſſidetis.* notat ad rem Donell. in *rubr. C. uti poſſid. num.* 9. At vero in ſummariſſimo interdicto ſatis eſt, ſi probetur poſſeſſio tempore litis motæ, ut docet Covarr. *d. cap.* 17. *num.* 3. quia neque conteſtatio in hoc judicio deſideratur. Eodem fere exemplo quamvis obtinuerit, principale ſeu plenarium interdictum *uti poſſidetis* ſolis veris poſſeſſoribus competere, non autem illis, qui duntaxat corporaliter tenent. *d. l.* 3. §. *creditores ff. uti poſſidetis.* ſummarium tamen etiam juſtis detentatoribus veluti colonis per officium judicis indulgetur. *l. Aquilius* 27. *ff. de donat.* cujus argumento ita docet Covarr. *d. cap.* 17. *num.* 5. quemadmodum & eiſdem juſtis detentatoribus ſpoliatis ſuccurritur officio judicis, ut reſtituantur, recipiantque poſſeſſionem. *d. l. Aquilius* 27. *in fine.* notat Gomezius in *d. l.* 45. *Tauri num.* 12. quamvis immerito ea de re dubitet Valaſcus *de jure emphyteut. quæſt.* 18. *num.* 2.

§. XII. Plane ex comparatione illa interdicti *uti poſſidetis* cum antiquo judicio vindiciarum, de qua ſupra §. 10. explicabitur facile obſcura conſtitutio Cæſarum in *l. unic. C. uti poſſidetis.* ſi obſervemus, in judicio vindiciarum, quo de poſſeſſione contendebatur, eum litigatorem, ſecundum quem vindiciæ darentur, id eſt, ſecundum quem lis vindiciarum judicata, & potiorem in poſſeſſione eſſe pronunciatum fuerit. *d. l.* 2. §. *& cum placuiſſet* 24. *ff. de orig. jur.* præſtare debuiſſe predem ſeu vindicem, hoc eſt, fidejuſſorem, quo ſpondente ſatisdet, nihil ſe interim deterius facturum in ea re, cujus poſſeſſor pronunciatus eſt: ſed reſtituturum ſalvam illæſamque eam rem, ſi petitorio judicio contra ſe fuerit judicatum, ut ex Aſconio Pediano in *Orationem* 3. *Ciceronis in Verrem* notat Balduinus ad *Leges Romuli cap.* 45. ejusque ſolitæ ſatisdationis mentio fit in *l. Divus* 5. §. 1. *ff. de her. petitione. l. de bonis* 6. §. *ult. ff. de Carbon. edict. l. ex libero* 15. §. *ult. ff. de quæſtionibus. princ. inſt. de ſatisdat.* & apud Paulum *lib.* 1. *ſentent. tit.* 11. & ejusdem ſatisdationis in illo vindiciarum judicio, de quo in *d. l.* 2. §. *& cum placuiſſet* 24. meminiſſe Appium Claudium ait Dionyſius Halicarnaſſ. *lib.* 2. *Antiquit.* quod ſi a victore in poſſeſſione ſatisdatio hæc non præſtaretur, jus ita comparatum fuit, ut poſſeſſio transferretur in petitorem ſatisdantem, & ille commodo poſſeſſoris frueretur, onus autem probandi incumbat ei, qui ſatis non dedit, ut docet Paulus *lib* 1. *ſentent. tit.* 11. idque ipſum eſt atque ita explicandum, quod proponitur in *d. l. unica C. uti poſſidetis.* nempe in interdicto *uti poſſidetis* Magiſtratum ei, qui poſſidet, vim fieri prohibere debere, & de proprietate cognoſcere, prius *ſatisdationis, vel transferendæ poſſeſſionis edicti perpetui forma ſervata*, ut interpretantur poſt Baldum in *d. l. unic. num.* 2. Cujacius ad Paulum *d. lib.* 1. *ſentent. tit.* 11. & in *recitat. ad tit. C. uti poſſid.* Donell. *lib.* 15. *comm. cap.* 32. ubi Hillig. *litera V.* Pichard. in §. *retinendæ num.* 11. *inſt. de interd.* quamvis aliter poſt Bartol. & Antiquiores Duarenus *lib.* 1. *diſput. cap.* 21.

§. XIII. Illud etiam apud interpretes quæſtionis eſt, an pro tuenda quaſi poſſeſſione ſervitutum competat interdictum *uti poſſidetis:* diſtinguunt autem in ea quæſtione communiter inter ſervitutes continuas, quarum nomine utile ſaltem interdictum *uti poſſidetis* exerceri poſſe affirmant, & ſervitutes diſcontinuas, pro queis nec ntile quidem dari contendunt poſt Bart. & alios Coraſius in *l. ult. num.* 1. *ff. de ſervitut.* Menoch. *remedis* 3. *retinendæ num.* 103. nec diſſentit Duarenus in *d. l. ult.* Verum cum ea diſtinctio ſervitutum continuarum, & diſcontinuarum, quamvis inveterata in praxi, & apud nos in juris auctoritatem abierit ex *l.* 15. *tit.* 31. *Part.* 3. tamen in diſputando & ubicumque Regia ſpeciali Lege non confirmatur, ſit commentitia, falſaque, ut argumentis pluribus oſtendit primus Petrus Longobardus in *l. imperium num.* 209. *ff. de juriſdict.* & poſt eum Ant. de Leon in *l. ſervitutes* 14. *num.* 2. *ff. de ſervit.* & congeſti ab Hillig. ad Donell. *lib.* 11. *cap.* 11. *litera C.* Schiſordegherus *ad Fab. lib.* 1. *tractatu* 5. *in principio.* affirmandum potius eſt, in quæſtione propoſita cum Donello in *l. unic. num.* 14. *C. uti poſſid.* & *lib.* 5. *comm. cap.* 33. nec utile interdictum *uti poſſidetis* pro ſervitutibus competere, quippe ſunt pro tuenda quaſi poſſeſſione ſervitutum ruſticarum propoſita propria interdicta, qualia de itinere, actuque privato, & de aqua quotidiana & æſtiva, item de rivis, & de fonte, ac ſimilia, quæ in titulis ita inſcriptis *lib.* 43. *Digeſt. tit.* 19. *cum ſeqq.* extant, & exponuntur a Donello *d. lib.* 15. *cap.* 33. in ſervitutibus autem urbanis non ſunt neceſſaria interdicta, neque ad præparandum petitorium judicium, quia eo experiri poteſt tam qui poſſidet, quam qui non poſſidet. *l. etſi forte* 6. §. 1. *ff. ſi ſervitus vindicetur.* nec ad tollendam controverſiam poſſeſſionis, quia ea ſemper certa eſt in ſervitutibus urbanis, cum conſiſtant in ſuperficie aſpectui obvia, ex qua ipſa ſtatim apparet, quis ſit poſſeſſor, nt in ſervitute tigni immittendi ex eo, quod quis habeat, vel non habeat tignum immiſſum. *l. ſervitutes* 20. *ff. de ſervit. urban. præd.*

§. XIV. Nec refragantur huic ſententiæ argumenta contrariæ communisque. Non primum ex *d. l. ult. ff. de ſervit. l.* 1. §. *ult. ff. de ſervit. præd. ruſticorum.* quibus locis quod ſcriptum eſt, uſum patientiamque in ſervitutibus pro traditione eſſe, & inducere officium Prætoris, ſive, quod idem eſt, efficere, ut ſint a Prætore pro quaſi poſſeſſione ſervitutum interdicta veluti poſſeſſoria conſtituta: ſtat pro nobis potius quam obſtat; explicandum enim eſt non de interdicto *uti poſſidetis*; ſed de interdictis proprie conſtitutis de quaſi poſſeſſione ſervitutum ruſticarum, veluti de itinero actuque privato, cum ſimilibus, de quibus ſupra; ut notatum Donello in *d. l. unica num.* 14. Cujacio in *d. l. ult.* illud nondum notatum vulgo eſt, Javoleni in *d. l. ult. verſ. ego.* adjectionem non eo pertinere, ut Labeonis ſententiam, quæ præceſſerat, corrigat, aut corripiat: nam ea ipſa proponitur, & probatur in *l.* 3. §. *ſi iter ff. de act. empt.* juncta *l. pen. ff. de aqua quotid. & æſtiva. l. cujuscumque* 60. §. 1. *ff. de uſufr. l. ſi prius* 15. *ff. de oper. nov. nunt. l. harum* 7. *ff. ſi ſervitus vind.* ſed ut oſtendat, alia etiam ratione præter cautionem fieri poſſe veluti traditionem ſervitutis, & quaſi poſſeſſionem defendi. Sed neque acriter magis urget ſecundum argumentum ex *l. ſicut* 8. §. *Ariſto in fine ff. ſi ſervitus vindicetur.* quia reſpondendum eſt, interdictum *uti poſſidetis* ibi non dari pro quaſi poſſeſſione ſervitutis fumi immittendi; ſed potius contra ſervitutem ad retinendam poſſeſſionem ædium contra eum, qui fumo gravi immiſſo facit ſuo facto controverſiam poſſeſſionis, ut in *l.* 3. §. *ſi vicinus ff. uti poſſidetis.* docet Accurſ. in *d.* §. *Ariſto, verbo uti poſſidetis, ſolut.* 2. Duarenus *ibidem.* Donellus in *d. l. unic. num.* 14. Denique ad rem non pertinet tertium argumentum ex *l. ult. ff. uti poſſidetis.* ubi pro quaſi poſſeſſione ſervitutis, uſus, vel uſusfructus redditur interdictum *uti poſſidetis.* Quippe obſervandum eſt, in uſufructu & uſu ſingularem cauſſam dandi interdicti *uti poſſidetis* eſſe, quæ in aliis ſervitutibus non concurrit, nimirum detentionem corporalem rei, in qua uſusfructus, nſusve eſt, quæ & naturalis poſſeſſio interdum minus proprie dicitur. *l. naturaliter* 13. *l. poſſeſſis* 49. *hoc tit.* eamque fructuarius & uſuarius ita habent, ut vix poſſint in quaſi poſſeſſione juris uſusfructus vel uſus perturbari, quin & ſimul turbentur in poſſeſſione corporali, ſeu detentione rei, in qua uſusfructus vel uſus eſt conſtitutus *arg. l. pen. ff. de aqua & aquæ pluviæ.*

§. XV. Sequuntur explicanda interdicta, ſive remedia *recuperandæ poſſeſſionis*, quorum ſeptemdecim recenſet Menoch. in *tractatu recuperandæ.* Inter quæ tamen quaſi primatum obtinet interdictum illud, quod ex primis edicti Prætorii ver-

bis vocatur *unde vi*, & exponitur in *tit. ff. de vi & vi armata.* & *C. unde vi.* & in *§. recuperandæ inſt. de interdictis.* competit autem hoc interdictum ei, qui de poſſeſſione rei ſolo cohærentis vi dejectus eſt, adverſus eum qui dejecit, ut poſſeſſionem ſtatim reſtituat. *d. §. recuperandæ. l. 1.* & paſſim *ff. de vi & vi armata. l. 1. & 2. C. unde vi. l. 2. §. recuperandæ ff. interdictis. l. ſi quis 17. hoc tit. cap. 1. de reſtitut. ſpoliatorum.* proſequuntur, explicantque ex profeſſo de interdicto hoc tractantes laudati ab Hillig. ad Donell. *lib. 15. cap. 31.* Pichard. in *d. §. recuperandæ.* requirit autem hoc interdictum probationem duorum extremorum nempe poſſeſſionis & dejectionis. *l. 1. §. interdictum 23. ff. de vi & vi armata. cap. conſultationibus 10. de offic. deleg.* notant Maranta *de ordine judic. parte 4. diſtinctione 7. num.* 28. Gomezius in *l. 45. Tauri num.* 180.

§. XVI. Enimvero eſt interdictum hoc duplex, ut ſignificatur in *d. l. 2. §. recuperandæ ff. de interdictis.* alterum enim eſt *de vi armata*, ſive *publica*, quæ ſcilicet cum armis & coactis hominibus infertur, alterum vero de *vi privata*, ſeu *quotidiana*, quæ ſine armatis coactisve hominibus fit, quod poſtremum & abſolute interdictum *unde vi*, & vis ipſa generaliter *vis* vocatur, & ab armata diſtinguitur in *rubr. ff. de vi & vi armata.* quam ita explicant rejectis Alciati & aliorum opinationibus & emendationibus Donellus *lib. 15. comm. cap.* 31. ubi pluribus & poſt plures Hillig. *lit. A. & B.* Pichardus per textum ibi in *d. §. recuperandæ num. 2. & ſeq. inſt. de interd.* inter quæ interdicta celebriores differentiæ ſunt, quod interdicto *de vi armata*, quia atrociorem vim continet, quam & puniri expedit, poteſt libertus adverſus patronum & liberi contra parentes uti, non tamen interdicto *unde vi* de vi quotidiana. *l. 1. §. interdictum 43. ff. de vi & vi arm. l. 2. in fine ff. de obſequiis parentibus.* Deinde hoc interdictum de *vi armata* etiam ei dejecto competit, qui vi, aut clam, aut precario ab adverſario poſſidet. *l. ſed ſi vi 14. ff. de vi & vi armata.* interdictum vero de *vi privata* non item, ut a contrario ſenſu ſignificatur in *l. 1. §. qui a me 30. l. qui poſſeſſionem 17. l. cum fundum 18. verſ. non enim ff. de vi & vi armata.* quam differentiam Juſtinianus ſuſtulit, voluitque ſemper ſpoliatum reſtitui, etiamſi ab adverſario vi aut clam aut precario poſſideret, ut notat Donellus *d. lib. 15. cap.* 31. & Hillig. *ibi lit. T.* Robertus *lib. 3. ſent. cap.* 20. Cujacius *lib. 26. quæſt. Papiniani* in *d. l. cum fundum* 18. quamvis quoad pœnam adhuc multum inter vim armatam & quotidianam interſit. *d. §. recuperandæ.*

§. XVII. Subſiſtamus tamen tantiſper. Illud enim, quod diximus *unde vi* interdictum de vi privata, ſeu quotidiana non dari liberis aut libertis contra parentes aut patronos. *d. l. 1. §. interdictum 43. ff. de vi & vi armata.* eam rationem habet, quia interdictum *unde vi*, quamvis infamiam jure non irroget, ſive non ſit famoſum, ſicut nec cætera interdicta. *l. neque 13. ff. de vi & vi armata.* onerat tamen damnati eo interdicto opinionem apud bonos, graveſque viros. *d. l. 2. in fine. l. licet 7. ff. de obſeq. pareat.* & ideo contra patrem aut patronum exerceri non debet. *d. l. 2. in princ.* quamvis in interdicto *de vi armata* contra obtinuerit, ne atrocitas ejus facinoris impune ſit. *d. l. 1. §. hoc interdictum* 43. unde explicandus eſt ſingularis in hac re Ulpiani locus in *l. ſi Præſes 32. ff. de pœnis.* ubi docemur, ex interlocutione iſta Præſidis judicisve *vim viciſti*, ſiquidem ita in aliquem pronuntietur ex crimine legis Juliæ de vi publica, vel privata, infamem eum fieri, non autem ſi ex interdicto *unde vi*, quod ſane obſcurum eſt, quia interlocutio, de qua in *d. l. ſi Præſes* 32. in illis etiam cauſſis, in quibus per ſententiam definitivam damnatus infamia notatur, non irrogat infamiam. *l. quid ergo 13. §. quantum ff. de his qui notantur infam. l. fuſtibus 16. cum l. ſequenti. l. interlocutio 19. C. ex quibus cauſſis infam. irrogetur.* obſcurus Papiniani locus in *l. ob hæc 20. ff. de his qui not. infam.* quem ita de ſententia interlocutoria interpretantur poſt Accurſ. Bart. Caſtrenſ. & alios *ibidem.* Donellus *lib. 18. comm. cap.* 8. ubi Hillig. *lit. X.* noviſſime noſter Joannes Baptiſta Larea *deciſ. Granatenſi* 39. *num.* 36. quamvis aliter Faber in *Rat. d. l. ob hæc* 20. & *lib. 6. conject. cap.* 6. Aliter & recte poſt interpretes librorum juris Baſilicῶn *lib. 60. tit. 1.* in *d. l. 1. §. incidit ff. ad S. C. Turpil.* cum Accurſio Cujacius *lib. 1. reſp. Pap. ibidem.* proinde neque infamis eſſe poteſt damnatus de vi per interlocutionem, etiamſi ex crimine legis Juliæ de vi publica, vel privata. ſed reſpondendum eſt cum Accurſio Bart. & Alberico in *d. l. ſi Præſes* 32. verba illa *vim feciſti*, eſſe ſententiæ definitivæ damnantis reum accuſatum crimine legis Juliæ de vi publica, vel privata, ut in *l. 1. §. quorum 4. ff. ad S. C. Turpil. d. l. fuſtibus 16. C. ex quibus cauſſis infam. irrogetur. d. l. ob hæc* 20. aut principalem cauſſam decidentis contra conventum interdicto *unde vi* de poſſeſſione, quam per vim abſtulerat, idque contextus indicat in *d. l. ſi Præſes* 32. & confirmant textus & gloſſæ juris Baſilicῶn *lib. 60. tit.* 51. ubi exprimitur, reum principaliter accuſatum crimine vis privatæ vel publicæ damnatum ita fuiſſe per ſententiam in *d. l. ſi Præſes* 32. neque obſtat vox *interlocutionis*; ea enim refertur interdum ad quamcumque judicis pronuntiationem etiam definitivam, ut in *l. 1. §. quæri 5. ff. ad S. C. Turpil. l. in teſtamento 38. ff. de fideicomm. lib.* de qua poſt multos noſter Amaya *lib. 3. obſ. cap. 7.* quin & in *d. l. ſi Præſes* 32. cauſatius *interloquendi* verbo Ulpianus utitur, quia non tantum reſpondet definitive contra accuſatum vis privatæ, vel publicæ; ſed etiam pronuntiationi de poſſeſſione in interdicto *unde vi*, in quo ut in cæteris interdictis proprie Prætor, dum pronunciat, *interloqui*, ſive interim edicere videtur, donec plenius & principaliter judicetur de proprietate, ut notat D. Iſidorus *lib. 5. orig. cap. 25. ad finem.* Anianus ad Julium Paulum *lib. 5. ſent. tit. 6. in princ.*

§. XVIII. Jam vero ut ex hoc diverticulo ad differentias interdictorum *de vi armata*, & *quotidiana* revertamur, adjicienda propoſitis eſt tertia differentia, cujus unicus auctor, & quaſi conſignator Cicero in *oratione pro Cæcina cap.* 31. dum ei etiam, qui cum dejiceretur non poſſidebat, competere interdictum de *vi armata* ſignificat his verbis: *eum qui non poſſidebat negas dejici poſſe? cur ergo aut in quotidianum illud interdictum*, UNDE ILLE ME DEJECIT, *additur*, CUM EGO POSSIDEREM: *ſi dejici nemo poteſt, qui non poſſidet, aut in hoc interdictum*, NE HOMINIBUS ARMATIS, *non additur, ſi oportet quæri, poſſederit, nec ne.* At interdictum de vi privata dumtaxat ei dejecto præſtari, qui cum dejiceretur poſſidebat, conſtat ex *l. 1. §. dejicitur 9. & §. interdictum 23. ff. de vi & vi armata.* agnoſcunt differentiam hanc Eguinarius Baro *lib. 6. manual tit.* 16. Cujacius *lib. 26. quæſt. Papiniani.* in *l. cum fundum 18. ff. de vi & vi armata.* Verum ea differentia utcumque certa fuerit Juliani ævo, nuſquam tamen probatur jure Juſtinianeo, ut notant Balduinus in *§. retinendæ num. 14. inſt. de interd.* Donell. *lib. 15. comm. cap.* 31. quin potius jure noſtro attento verius eſt, interdictum de vi privata, armatave ei ſoli competere, qui cum dejiceretur poſſidebat. *d. l. 1. §. dejicitur 9. & §. interdictum* 23. ideoque colono non datur. *d. §. dejicitur* 9. niſi quo caſu colonus dejecto domino cœpit cum affectione dominandi poſſidere ſibi, tametſi vi, & injuſte. *l. colonus 12. d. l. cum fundum 18. ff. de vi & vi arm.* quas plenius explicant Cujacius *lib. 26. quæſt. Papin.* in *d. l.* 18. Donell. *d. lib. 15. cap.* 31.

§. XIX. Ex quo poſtremo juris principio recte colligitur, ei qui ex fundo dejectus eſt, manentibus tamen in eodem fundo perſonis, quæ nomine dejecti tenent, veluti colono, procuratore, filio, aut ſer-

ſervo, non competere *unde vi* interdictum, quia per eos, qui in fundo manent, retinet poſſeſſionem, & conſequenter nec dejectus de poſſeſſione videri poſſet. *l.* 1. §. *non alii* 42. *ff. de vi & vi arm.* Cujus in *principio* juxta rationem & ſententiam, quæ ſequitur & propoſita a nobis eſt, legendum eſſe negatione adjecta, ita *non alii autem quam ei qui non poſſidet*, contendit Donell. *d. lib.* 15. *cap.* 31. Hotmanus *lib.* 7. *obſ. cap.* 6. affirmans ita Accurſ. legiſſe, quo modo & ſcio legiſſe Albericum in *d. l.* 1. §. *non alii* 42. ſed affirmativa lectio, quæ in Florentinis & vulgatis Codicibus hodie eſt, extabat etiam octingentis circiter abhinc annis, quo tempore Corpus Juris civilis Baſilicon compoſitum eſt, ubi *lib.* 60. *tit.* 17. proponitur hæc ſumma *d.* §. *non alii* 42. *competit hoc interdictum poſſeſſori ſoli, quamobrem is, qui me non meos expulit, non tenetur, quia per eos ego poſſideo:* quapropter lectione affirmativa retenta exiſtimaverim, ſic eam explicari poſſe, ut ſenſus ſit, interdictum *unde vi* non alii competere, quam ei qui poſſidet, hoc eſt, poſſeſſori, qui poſſidere nunc & recipere amiſſam poſſeſſionem vult, qui juris interpretatione poſſeſſor dicitur, & poſſidere, quia interdictum habet ad poſſeſſionem recuperandam. *l. ſi quis vi* 17. *hoc tit. l. quod ſi in diem* 16. §. *Julianus ff. de her. petitione.* frequens autem eſt latinis auctoribus commutatio temporum præſentis pro futuro, ut exemplis oſtendit Laurentius Valla *lib.* 3. *elegant. cap.* 48. perinde & conſequens argumentum eſt, quod ſi quis dejiciatur, illi autem per quos poſſidebat non ſint dejecti, non poteſt experiri interdicto, quia cum per eos, qui dejecti non ſunt, retineat poſſeſſionem, fruſtra tractet de poſſidendo nunc, & poſſeſſione recipienda, quam non amiſit.

§. XX. Sed objicitur eidem principio exemplum fructuarii, & uſuarii, quibus ſi per vim dejiciantur, & prohibeantur uti frui fundo, in quo uſumfructum vel uſum habent, interdictum *unde vi* conceditur. *l.* 3. §. *unde vi cum ſeqq. l. ſi plures* 9. §. 1. *cum l. ſequenti ff. de vi & vi arm.* ſicut & interdictum *uti poſſidetis*, ſi perturbentur in utendo & fruendo. *l. ult. ff. uti poſſidetis. l. Aquilius* 27. *ff. de donat.* & tamen conſtat, neque fructuarium neque uſuarium proprie poſſidere, ſed magis tenere, ſicut colonum & ſimiles. *l. certe* 6. §. *is qui rogavit ff. de precario. l.* 1. §. *cum* 8. *hoc tit. l. adquiruntur* 10. §. *ult. ff. de adquir. rer. dom. l.* 1. §. *unde eſt quæſitum ff. quod legat.* neque difficultati faciunt ſatis poſt alios Jaſo in noſtra *l. naturaliter* 12. *in princ. num.* 9. Cujac. *ibidem.* Eguin. Baro *lib.* 6. *manual. tit.* 17. Alciatus in *l.* 5. *num.* 42. Duaren. in *l.* 3. §. *ex contrario hoc tit.* Tiraquell. in *tract. Le mort parte* 3. *declaratione* 1. *num.* 4. Covarr. in *regula poſſeſſor in princ. partis* 2. *num.* 5. Donell. *lib.* 5. *comm. cap.* 6. & in *l.* 1. *C. uti poſſidetis num.* 3. affirmantes interdictum *unde vi*, & *uti poſſidetis* fructuario concedi; quia naturaliter ſaltem poſſidet, ut in noſtra *l. naturaliter* 12. *l. poſſeſſio* 49. *hoc tit.* junctis traditis ſupra §. 14. non inquam ſatisfaciunt, quoad interdictum *unde vi*; quia cum in fructuario & uſuario naturalis poſſeſſionis nomine non intelligatur propria aut vera poſſeſſio, quam illi non habent, utpote ſine affectu dominandi circa poſſeſſionem rei ipſius: ſed detentio inſiſtentiaque corporalis, qualis & in colono, & depoſitario improprie dicitur naturalis poſſeſſio. *l. videamus* 38. §. *ſi poſſeſſionem ff. de uſuris. l.* 2. §. 1. *ff. pro herede. l. communi* 7. §. *neque colonis ff. communi divid.* diximus ſupra ad *l.* 1. *hoc tit.* §. 15. & 22. hæc autem naturalis detentio non ſufficiat colono, ut ei detur *unde vi* interdictum. *l.* 1. §. *dejicitur* 9. *ff. de vi & vi arm.* fatendum eſt, neque fructuario, & uſuario *unde vi* interdictum competiturum propter illam naturalem poſſeſſionem, quæ detentio potius eſt quam poſſeſſio. Idque ipſum eſt, quod Ulpianus ſignificat in *d. l.* 3. §. *unde vi ff. de vi & vi arm.* dum ſcribit, *unde vi* interdictum neceſſarium fuiſſe fructuario, non quidem eo ſenſu, quaſi fructuarius ſolus eo interdicto egeat; quia conſtat, etiam dominum & bonæ fidei poſſeſſorem dejectum interdicto indigere, ut recuperent poſſeſſionem, ſed eo potius ſenſu dicitur interdictum *unde vi* neceſſarium fuiſſe fructuario, quia niſi ei ſpecialiter concederetur edicto Prætoris, quo nominatim de fructuario dejecto cautum eſt, non poſſet etiam dejectus fructuarius uti remedio poſſeſſorio ad recuperandam poſſeſſionem, quam cum dejiceretur non habuit, & conſequenter nec proprie amiſit, ut expendit Donell. *lib.* 15. *comm. cap.* 31. ratio autem ſpecialiter de fructuario cavendi ea forſitan fuit; quia uſusfructus emolumentum rei continet. *l. Mævius* 65. §. *fundo* 6. *l. cum filius* 76. §. *dominus ff. de leg.* 2. facitque ut fructuarius ſit quaſi dominus. *l.* 4. *ff. de uſufr. l. in venditione* 8. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* docet ad rem Cujac. *lib.* 9. *obſ. cap.* 33. *in fine.* eſt autem interdictum hoc *unde vi* in fructuario directum. *l. Aquilius* 27. *in fine ff. de donat.* utpote ei competens ex verbis ipſis edicti Prætorii, quamvis interdictum *uti poſſidetis* in eodem fructuario & uſuario non niſi utile ſit, quia deficientibus verbis edicti conceditur & ejus ſententia & ſimilitudine interdicti *unde vi*, & ideo Ulpianus in *d. l. ult. ff. uti poſſid.* non pro explorato jure id ſupponit, ſicut in *d. l.* 3. §. *unde vi.* ſed putat tantum, & Pomponii auctoritate utitur, ut recte poſt Accurſ. præſentit Hillig. ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 31. *lit. D.* & *cap.* 32. *lit. D.*

§. XXI. Rurſus & circa idem *unde vi* interdictum non pauca paucis prænotanda ſunt. Primum eſt, interdictum id poſſeſſori dejecto competere, dum tamen dejiciatur de poſſeſſione rei ſolo cohærentis, veluti fundi, aut ædificii. *l.* 1. §. *hoc interdictum* 3. *cum ſeqq. l.* 3. §. *pertinet* 15. *ff. de vi & vi arm.* nec enim quis dejectus proprie dicitur, niſi ab eo loco, in quo conſiſtit, neque conſiſtere, niſi in re immobili, ut conſiderat Donell. in *l.* 2. *cum ſeqq. num.* 2. *C. unde vi.* & verbum *unde* in edicto Prætorio de interdicto *unde vi* exauditur de loco, ex quo quis dejicitur, ut exprimunt Baſilica *lib.* 60. *tit.* 17. in *d. l.* 1. *in princ.* locus autem proprie eſt immobilis ſeu portio fundi, ut intelliges conjunctis *l.* 1. §. *hoc interdictum* 3. *cum ſeqq.* & §. *ſane* 38. *ff. de vi & vi arm. l. locus* 60. ubi Cujac. *ff. de V. S.* quæ ſunt ex *lib.* 69. *Ulpiani ad Edict.* idemque juris eſt in interdicto *uti poſſidetis. l.* 1. *in princ.* & §. 1. & §. *interdictum* 6. *cum* 2. *ſeqq. ff. uti poſſid. l. unic. C. eod. tit.* proinde ſi quis de navi, aut vehiculo vi detrahatur, vel alterius rei mobilis poſſeſſionem per vim amittat, non poteſt experiri *unde vi* interdicto. *d. l.* 1. §. *illud* 6. *cum* §. *ſequenti ff. de vi & vi arm.* cui jungendus Alciatus in *l. rem quæ* 15. *num.* 2. & *ſeqq. hoc tit.* Tiraquell. *de retractu Lignagier* §. 1. *gloſſa* 7. Sane in his caſibus ſpoliatus poſſeſſione rei mobilis præter actionem injuriarum, de qua in *l. injuriarum* 13. §. *ſi quis me ff. de injur.* habet pro poſſeſſione recipienda actionem furti, & vi bonorum raptorum, & ad exhibendum. *d. l.* 1. §. *illud* 6. & §. *ſi fundus* 32. & præterea jure noviori & Pontificio remedium poſſeſſorium recuperandæ poſſeſſionis ex *cap. redintegranda* 3. *quæſt.* 1. de quo poſt plures plura Menochius *recup. rem.* 15. *quæſt.* 16. ſed & pro re mobili exercetur *unde vi* interdictum, nempe ſi ea fuerit in fundo, aut alia re ſoli eo tempore, quo quis per vim dejectus eſt, quo certe caſu res etiam mobiles recuperantur interdicto *unde vi. d. l.* §. *illud* 6. & §. *ſi fundus* 32. *cum ſeqq. l.* 3. §. *pertinet* 15. *l. in interdicto* 6. *l. ſed ſi vi* 4. *l. pen. ff. de vi & vi arm. l. ſi quando* 9. *C. unde vi.*

§. XXII. Secundum prænotandum eſt, ſicut dejecto poſſeſſori datur hoc interdictum, ſive ille ipſe ſive colonus ejus, procuratorve aut ſervus, filiusve, qui ejuſdem nomine in poſſeſſione erant, dejecti fuerint. *l.* 1. §. 1. & §. *quod ſervus* 22. §. *idem Vivianus* 46. *l. colonus* 12. *l. cum fundum* 18.

Digitized by Google

l. ult. ff. de vi & vi arm. ita etiam dari interdictum contra eum, qui dejecit, ſive ipſe, ſive alius eo jubente, aut ratum habente dejecerit: nam & tunc dejeciſſe is videtur, cujus nomine vis facta eſt. *d. l.* 1. §. *adjeciſſe* 12. *cum* 2. *ſeqq. l.* 3. §. *cum procurator* 10. *ff. de vi & vi arm.* idemque eſt, ſi familia domino jubente aut ratum habente dejecerit, quo etiam caſu ille tenetur ſuo nomine & in ſolidum, tanquam ſi ipſe dejeciſſet. *d. l.* 1. §. *quod igitur* 15. *d. l.* 3. §. *hoc & in familia* 11. & ulterius ſi armata vis fuerit, punitur dominus pœna legis Corneliæ de Sicariis. *l. ejusdem* 3. §. *item is ff. ad l. Cornel. de Sicar.* ſin autem familia ſine domini juſſu, & ſcientia dejecerit, tenetur dumtaxat dominus interdicto, quatenus ad eum pervenit, & de eo quod non pervenit, ut ſaltim ſervos noxæ dedat ex ſingulari clauſula edicti *d. l.* 1. *in princ.* & §. *quod igitur* 15. cujus edicti clauſulæ reſpectu nomen familiæ in hoc interdicto etiam ad unum ſervum refertur. *d. l.* 1. §. *familiæ* 16. *cum ſequenti.* ubi & interpretes Græci *lib.* 60. *Baſilicωn tit.* 17. Cicero in *oratione pro Cæcina: non quod*, ut ille loquitur, *idem ſit ſervulus quod familia; verum quia non quibus verbis quidque dicatur quæritur: ſed quæ res agatur.* & ideo, ut poſtea *ibidem* Cicero ſcribit, *tam reſtitues ſi unus ſervulus quam ſi familia dejecerit univerſa, non enim alia cauſſa eſt æquitatis in uno ſervo & in pluribus.* Unde & multo magis appellatio familiæ in hoc interdicto ad duos ſervos pertinet, ut monet Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 6. *de interd.* §. *non tantum* 3. ſicut & in edicto, ſi familia furtum feciſſe dicetur, ut ego didici ex invulgato ad rem textu in *l. familia* 5. *verſ. ſi ergo ff. ſi fam. furt. feciſſe dicatur.* quamvis regulariter familiæ nomine unicus ſervus ſignificari non ſoleat. *l.* 1. *ff. de optione legata.* ſed corpus ſervorum. *l. pronuntiatio* 195. §. *ſervitutum ff. de V. S.* & plerumque 15. ſervi ex taxatione Apuleji in *Apolog.* non autem unus, duove in edicto *vi bonor. rapt.* ad quod pertinet *l. deteſtatio* 40. §. *ult. ff. de V. S.* junctis ex *eodem lib.* Ulpiani 56. *ad Edict. l.* 2. & 4. *ff. vi bon. rapt. l.* 1. & 3. *ff. de incend. ruina.* & ex aliis *l.* 2. §. *vi bonorum* 19. *l.* 4. §. *pen. ff. vi bon. rapt. l.* 1. *ff. de incend. ruina.*

CAPUT TERTIUM.

De concurſu judicii Petitorii & Poſſeſſorii.

Ad Textum §. *nihil commune l.* 12. *ff. de adquir. vel amitt. poſſeſſ.*

§. I. His ita de interdictorum ſpeciebus, forma, & progreſſu breviter prælibatis pro explicanda Ulpiani ſententia in *noſtro* §. *nihil commune.* reliquum eſt, ut obſervemus quod in *princ. textus* noſtri proponitur, nihil commune habere proprietatem cum poſſeſſione. *l. permiſceri* 52. *hoc tit. l.* 1. §. *hujus* 2. *ff. uti poſſidetis.* diximus ad alteram partem hujus tituli *de amitt. poſſeſſione* §. 3. & *ſeqq.* Plane proprietatis nomine quid ſpecialiter ſignificetur, & quando aut quatenus proprietas a dominio diſtinguatur, diſputant varie poſt alios Coraſius, Cujac. in *l. interdum ff. de V. S.* Duarenus *lib.* 1. *diſput. cap.* 17. P. Greg. *lib.* 1. *Syntagm. cap.* 12. Parladorius *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 4. & in *ſexquicent. differentia* 27. præter laudatos a Pinello in *l.* 1. *parte* 2. *num.* 6. *de bon. mat.* late Caſtillo *de uſufr. cap.* 75. Donell. *lib.* 9. *comm. cap.* 8. ubi Hillig. *lit. C.* verum eam diſquiſitionem tanquam utilem propriamque minus omittimus, breviter adnotantes, proprietatem dominiumque ſæpiſſime pro uno eodemque uſurpari, ut colligitur ex *l. Sempronius* 26. *ff de uſufr. leg. l. qua ratione* 9. §. *hæc quoque.* juncto §. *item ſi quis merces ff. de adquir. rer. dom.* ex quibus aliiſque ita docent poſt Fabrum in §. *omnium num.* 21. *inſt. de act.* Donell. Duarenus, & Cujac. *ubi proxime.* Briſſonius *de V. S. verbo proprietatis.* Cæterum quamvis proprietas poſſeſſioque habeant etiam quædam communia, ut colligere licet ex *d. l. interdum* 78. *ff. de V. S. l. ſi ut certo* 5. §. *ult. ff. commodati. l.* 1. §. *dominium* 1. *hoc tit.* ſunt tamen ea generaliter ac remota nimis, quæ ſi attenderentur, nihil eſſet tam diſtans ab alio, quod cum eo non conveniret, ſed inſpecta propria & ſpecifica, ut ajunt, proprietatis ſubſtantia, diverſa & ſeparata omnino eſt a poſſeſſione, a qua diſcernitur non ex ſtulta avaritia mortalium, ut ſcripſit Seneca *epiſt.* 73. ſed apertiſſima juris ratione & effectu, ut explicant poſt Accurſ. & Antiquiores Coraſius *part.* 2. *num.* 6. Giphanius *num.* 30. & in *l. ſi quis* 17. §. 1. *num.* 18. *hoc tit.*

§. II. Ergo cum nihil commune habeat proprietas cum poſſeſſione, rectiſſime Ulpianus noſter in *præſenti* ſubjungit, *ei non denegari interdictum uti poſſidetis*, qui cœpit rem vindicare, non enim videtur poſſeſſioni renunciaſſe, qui rem vindicavit. Quibus ex verbis communiter DD. deducunt, poſſe agentem petitorio judicio rei vindicationis de proprietate ſeu dominio cumulare inſimul & poſſeſſorium judicium retinendæ, ſive interdictum *uti poſſidetis.* ita Bart. in *præſenti num.* 15. quem ſequuntur, & communem teſtantur Alciatus *num.* 27. Cujac. & alii in *præſenti.* docte Berojus in *cap. in literis num.* 15. *de reſtit. ſpoliat.* plures etiam congeſti a Garzia *de nobilit. gloſſa* 11. *num.* 3. quibus conſentit Goveanus *lib.* 1. *animadv. cap. ult.* e contrario tamen, non poſſe cumulari judicium rei vindicationis cum interdicto retinendæ, docet Martinus relatus a Bart. in *præſenti num.* 22. & poſt gloſſam in *cap. paſtoralis, verbo de recuperanda, de cauſſa poſſeſſionis.* & communem teſtatur Menoch. *rem.* 3. *retin. num.* 511. & 531.

§. III. Hujus autem poſterioris ſententiæ, quam & Anteceſſores Academiæ noſtræ tuentur, potiſſima argumenta ſunt, quæ ſequuntur. Primum ex *d. cap. paſtoralis* §. *conſultationi verſ. aliis.* ubi cum Pontifex docuiſſet, judicia poſſeſſoria adipiſcendæ ſeu recuperandæ poſſe cum petitorio rei vindicationis cumulari, ſubjungit alia interdicta, quoad hunc effectum, in ſuo robore duratura, quæ dominii cauſſam præcedunt, & conſequenter procul dubio intelligit, non poſſe cumulari interdictum retinendæ, quod ſolum ſcilicet ſupererat præter adipiſcendæ & recuperandæ, & quod proprie dominii cauſſam præcedebat, quia datur quoties de proprietate controverſia eſt; ut appareat uter poſſideat, & actoris vel rei partibus fungi debeat. *l.* 1. §. *inter ff. uti poſſid. l. ordinarii* 13. *C. de rei vindicatione. l.* 3. *C. de interd.* §. *retinendæ inſt. eodem tit.* & expendit Cujacius in *d. cap. paſtoralis.* Secundum argumentum eſt ratio ipſa juris, qua docemur, cumulationem plurium actionum ſeu judiciorum etiam ad diverſa tendentium admittendam non eſſe, ſi adverſa ſeu contraria ſint, & invicem ſibi repugnent. *l.* 1. *C. de furtis. cap. ſollicitudinem* 54. *ad fin. de appell.* At interdictum *retinendæ* ex diametro opponitur, & repugnat rei vindicationi, quia in interdicto dicit actor, ſe poſſidere, & in ſua poſſeſſione tuendum eſſe. *l.* 1. §. *inter ff. uti poſſid.* in vindicatione vero affirmat adverſarium poſſidere, ſe autem non; quia rei vindicatio non poſſidenti contra poſſeſſorem datur. *l. officium* 9. *ff. de rei vindicat. l. unica C. de alienat. judicii.* §. *æque ſi agat inſt. de act.* ergo audiendus non eſt, duo repugnantia origine & effectu remedia cumulans, ex regula. *l. ubi pugnantia* 188. *ff. de reg. jur. l. quod in heredem* 9. §. *eligere ff. de tributoria actione.*

§. IV. Quibus argumentis coacti veteres & noviores interpretes, cum obſtare eisdem videant Ulpiani ſententiam in noſtro §. *nihil commune.* variis eam explicationibus eludere conantur; quarum quinque ut vocant lecturas Accurſius proponit, & proſequuntur late Bartolus in *principio.* Alciat. *num.* 24. Ferret. *num.* 6. *ibidem.* Inter quas quinta & ultima ab Accurſio relata magis obtinuit, nempe ut tunc demum cumulatio interdicti *uti poſſidetis* cum

rei

rei vindicatione admittatur, quando utrumque proponitur reſpectu diverſæ poſſeſſionis, veluti ſi civiliter poſſidens contra eum, qui naturaliter tenet, ſeu poſſidet, utatur rei vindicatione, & ſimul ſe tuendum contendat per interdictum *uti poſſidetis* in civili poſſeſſione, quam animo retinet, & in qua a reo naturaliter ſeu corporaliter poſſidente turbatur, quomodo accipiendum eſſe noſtrum textum, quamvis extra illos reſpectuque poſſeſſionis ejusdem cumulatio interdicti *retinendæ* & rei vindicationis tanquam contrariorum rejiciatur, docent poſt Bart. in *præſenti num.* 21. Ferretus *num.* 19. & fere neminem diſſentire ſcribit Menoch. *rem.* 3. *retinendæ num.* 527. Hotmanus *Illuſtr. quæſt.* 31. plures relati a Gilkenio in *l. edita num.* 296. *C. de edendo.*

§. V. Verum hæc expoſitio, ſive diſtinctio neque Ulpiani ſententiæ & verbis, quæ cum ſint generalia nimis ſic reſtringuntur & divinatorie, ut conſiderat Coraſius *num.* 90. neque juris rationi convenit, qua attenta eſt omnino falſa diſtinctio naturalis & civilis poſſeſſionis, tanquam eſſentialiter diverſarum; præſertim eo ſenſu, quo interpretes accipiunt in *præſenti.* nempe ut penes diverſos ſint, & naturalis apud eum, qui corporaliter tenet, civilis autem apud eum, qui animo: quam diſtinctionem improbavimus ſupra ad *l.* 1. *hoc tit.* §. 18. & *ſeqq.* quare quod ad Ulpiani contextum attinet, omiſſis aliis eorum, quos laudavimus interpretationibus obſervandum eſt, non tractari apud Ulpianum, quia nec de eo quæſitum, nec reſponſum eſt, an interdictum *uti poſſidetis* cum rei vindicatione concurrere aut cumulari poſſit; ſed illud potius duntaxatque dubitari, an qui prius judicio petitorio rei vindicationis egit, poſſit poſtea recedere, & interdicto retinendæ *uti poſſidetis* experiri, in qua quæſtione dubitandi ratio ex eo, quia cum vindicatio detur non poſſidenti contra poſſidentem. *d.* §. *æque ſi agat verſ. quod genus inſt. de act. l.* 1. *C. de alienat. judicii.* quodammodo videtur, qui vindicare cœpit, renunciaſſe poſſeſſioni, eamque in adverſarium tranſtuliſſe, & conſequenter denegandum ei poſtea eſſe interdictum *uti poſſidetis*, quod datur poſſeſſori. *l.* 1. §. *eſt ergo*, & §. *interdictum ff. uti poſſid.* Feſtus Pompejus *de V. S. verbo poſſeſſio.* Cæterum ea neglecta dubitandi ratione Ulpianus reſpondet, non eſſe denegandum interdictum *uti poſſidetis* ei, qui vindicare cœpit, quia nec videtur vindicando renunciaſſe poſſeſſioni, idque ex eo probatur, quod Ulpianus idem ſuppoſuit, nempe nihil commune habere proprietatem cum poſſeſſione; inde enim fit, ut qui de proprietate egit rei vindicatione, non ideo amittat interdictum de poſſeſſione. *l.* & *an eadem* 14. §. *ult. ff. de except. rei jud. l. cum fundum* 18. §. *ult. ff. de vi & vi armata.* textus elegans in *l.* 3. §. *ſed etſi quis* 3. *ff. ad exhib.* quia cum in vindicatione principalis ſit lis de proprietate, quamvis & conſequenter de poſſeſſione, quatenus in poſſidentem duntaxat vindicatio exercetur, non poteſt dici, qui vindicat fateri adverſarium poſſidere. *arg. l. qui familiæ* 37. juncta *l.* 1. *ff. fam. erc. l. non utique* 9. *ff. de except.* eaque ſimpliciſſima & veriſſima textus noſtri interpretatio eſt, quam ſubdubitans & cogitandam relinquens tetigit Marianus Socinus in *præſenti num.* 189. & firmant ex novioribus Giphan. *hic.* Goveanus *lib.* 1. *var. lect. cap.* 3. Cujac. *lib.* 5. *obſerv. cap.* 23. & *lib.* 7. *cap.* 38.

§. VI. Qua recenta interpretatione textus noſtri, eoque jam ſepoſito, quod attinet ad controverſiam, quam ejus occaſione propoſuimus, & expendimus ſupra §. 24. & *ſeqq.* probanda eſt prior ſententia aſſerentium, poſſe in dubio judicium petitorium rei vindicationis cum interdicto *retinendæ* cumulari, ejusque evidens ratio ea eſt, quia cum ad vindicandum ſufficiat ſola detentio rei, contra quem agitur. *d. l. officium* 9. *in fine ff. de rei vindicatione.* nihil impedit, quominus qui rei vindicatione egit, reſpectu detentionis rei agat etiam, ſimulque interdicto *uti poſſidetis* reſpectu propriæ veræque poſſeſſionis, quin potius dum ſimpliciter utroque judicio experitur, cumulare intelligitur, quatenus jure poteſt, nec repugnat, eaque interpretatio in dubio capienda eſt. *l. ſi quis intentione* 66. *ff. de judiciis.*

§. VII. Neque obſtat huic ſententiæ primum argumentum ex *d. cap. paſtoralis* §. *conſultationi verſ. aliis.* quia omiſſa opinione Cujacii *ibidem.* agnoſcentis differentiam inter civile jus & Pontificium, omiſſa & alia expoſitione Panormitani in *d. cap. paſtoralis num.* 18. reſponderi dupliciter poteſt: primo quidem, non convenire perpetuo & ſemper interdicto *uti poſſidetis* verba Pontificis in *d. verſ. aliis.* quatenus loquitur de interdictis, quæ dominii cauſſam præcedunt, quippe interdictum *uti poſſidetis* ſæpe ipſam vindicationem ſubſequitur; veluti quoties, qui vindicavit & obtinuit, poſtea in poſſeſſione turbatur. *l.* 1. *ff.* & *C. uti poſſidetis.* ideoque proprie magis referuntur verba Pontificis ad alia interdicta præparatoria vindicationis. *l.* 3. §. *Pomponius*, & *toto tit. ff. ad exhibendum. l. ult. ff. de tab. exhibend.* §. 1. *verſ. exhibitoria inſtitut. de interdictis.* juncta *l. ordinarii* 13. *C. de rei vindicatione.* quamvis de interdicto retinendæ loqui Pontificem fateamur, reſpondendum eſt, non eam mentem illius eſſe, ut affirmet non admittendam cumulationem interdicti retinendæ cum petitorio vindicationis, ſed probat potius, ut quamvis in aliis interdictis recuperandæ vel adipiſcendæ ſemper cumulatio licita cum vindicatione, ut mox dicemus, non idem tamen ſit in interdicto retinendæ, in quo non ſemper cumulatio admittitur, ſed ita ſi vindicetur reſpectu detentionis, quæ apud reum eſt; agatur autem interdicto reſpectu veræ poſſeſſionis, quod in dubio ſic intelligimus, non autem ſi reſpectu unius ejusdemque poſſeſſionis, quo caſu vindicatio & interdictum repugnant, ut ſupra diximus, ac præterea in interdicto retinendæ diſtinguitur, utrum de poſſeſſione inter duos poſſidere ſe contendentes agatur, quo caſu prius de poſſeſſione cognoſcitur. *l. exitus* 35. *hoc tit. l.* 3. *C. de interdictis. l.* 1. §. *interdictum uti poſſidetis. l. ordinarii* 13. *C. de rei vindicatione.* an vero actor ſe poſſidere dicens vindicet tamen reſpectu detentionis, quæ apud reum eſt; tunc enim cumulatio utrinsque fit.

§. VIII. Illud jam pro coronide tractationis noſtræ breviter obſervandum eſt, poſſe agentem de proprietate judicio petitorio vindicationis cumulare, ſimulque exercere poſſeſſorium adipiſcendæ vel recuperandæ. *cap.* 2. 3. & 4. *cap. cum dilectus. d. cap. paſtoralis verſ. conſultationi de cauſſa poſſeſſionis. l. cum fundum* 18. §. *ult. ff. de vi & vi armata.*

F I N I S.

Digitized by Google

INDEX CONTENTORUM.

PARS PRIMA.

Ad Rubricam, & Julium Paulum in *l.* 1. *in pr.* & in *l.* 3. §. *genera de adq. vel am. poſſ.*
De Poſſeſſionis notatione, nomine, & definitione. - - - - 78. a.

PRÆTERMISSA.

Cap. I. *An duo eandem rem in ſolidum poſſidere poſſint?* - - - - -
Ad l. 3. §. ex contrario 5. de adq. vel am. poſſ. - - - - 84. a.
Cap. II. *Poſſeſſio utrum facti aut juris ſit, & an filiusfam. & ſervus poſſidere ſibi proprie vereque poſſint?* - - 89. b.

PARS ALTERA

De Amittenda Poſſeſſione.

Cap. I. *Ad l. 3. §. in amittenda 6. cum ſeqq. usque ad §. 10. & §. Nerva 13. §. Labeo 17. cum ſeq. l. quemadmodum 8. l. Pomponius 13. l. rem quæ 15. l. ſi quis 17. §. 1. l. quod meo nomine 18. §. 1. cum l. ſeq. l. ſi id quod 25. per totam. l. qui univerſas 30. cum leg. ſeq. l. ſi de eo 40. §. 1. l. peregre 44. §. quibus. l. ſi rem 47. de adq. vel am. poſſ.* - - 94. a.
Cap. II. *De amiſſione Poſſeſſionis morte, furto, aut captivitate, ſive de Poſſeſſione hereditatis & captivi.*
Ad l. 1. §. item 5. l. rem quæ 15. l. cum heredes 23. in princ. & §. 1. l. qui univerſas 30. §. quod per colonum de adq. vel am. poſſ. l. ſi is qui pro emptore 15. ff. de uſucap. l. 1. §. Scævola ff. ſi is qui teſtam. liber eſſe. - - - - 99. a.

ADPENDIX.

Ad inſignem §. *nihil commune l. naturaliter 12. de adq. vel am. poſſ.* - -
De concurſu Judicii Petitorii & Poſſeſſorii, de Interdictis, Remediisque Poſſeſſoriis.
Cap. I. *De appellatione & jure Petitorii Judicii, & de Interdictis in commune.* - 105. a.
Cap. II. *De Interdictorum ſpeciebus, Adipiſcendæ, Retinendæ, & Recuperandæ Poſſeſſionis.* - - - - 106. a.
ADP. Cap. III. *De concurſu Judicii Petitorii & Poſſeſſorii.*
Ad Textum §. *nihil commune l. 12. ff. de adq. vel am. poſſ.* 112. a.

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

AD

TITULUM DIG. DE RE JUDICATA, ET DE EFFECTU SENTENTIARUM, ET DE INTERLOCUTIONIBUS,

CURÆ SECUNDÆ

PUBLICE RECITATÆ ANNO MDCXXXVIII.

DECLAMATIONUM in Scholis materias quam ſimillimas veritati forenſium judiciorum optabat M. Fabius; *nam Magos & peſtilentiam & reſponſa & ſæviores Tragicis novercas, aliaque magis adhuc fabuloſa fruſtra inter ſponſiones & interdicta quæremus*, ait ille *lib.* 2. *inſt. oratoriarum cap.* 10. ejus nunc voti compotem Academicam juventutem faciet præſens tractatio, cujus ſubtilitati adeo conjuncta utilitas, ut vel illa quam maxime foro præparet, & judiciorum exercitationi ſimulque juris parti nobili, quæ in rerum judicatarum auctoritate conſiſtit. *l. nam Imperator* 38. *ff. de legib. l.* 2. *§. poſt originem* 13. *ff. de origine jur.* jam vero ut ſigillatim primarias tres tituli noſtri partes, quas Rubricæ inſcriptio complectitur, & quæ ad eaſdem pertinent, JCtorum teſtimonia exponamus, incipiemus a Modeſtino in *l.* 1. *hoc tit.* & recenſitis breviter, quæ ſuperiore quadriennio ſcripſimus, adjiciemus pleraque nunc veluti ſpicilegia, quibus nova hæc meſſis diteſcat.

PARS PRIMA.

Ad priorem partem Rubricæ de Re Judicata, & Modeſtinum in *l.* 1. *eod. Tit.*

§. I. R*es judicata dicitur* (ait Modeſtinus) *quæ finem controverſiarum pronuntiatione judicis accepit, quod vel condemnatione, vel abſolutione contingit.* Definitioni huic explicandæ præmonendum breviter eſt, rei judicatæ nomen in *præſenti* pro lite, quæ judicatur & finem per ſententiam accipit, uſurpari, quod & novum non eſt, nam cum ſit latiſſima rei appellatio. *l. rei* 5. *l. rei* 23. *ff. de V. S. l.* 2. *in fine ff. de reb. cred.* ſignificat non ſemel litem, cauſſam, ſeu controverſiam. *l. Papinianus* 8. *§. ſi quis poſt rem ff. de inoff. teſtamento. l.* 3. *§. in hoc ff. commodati. l. ſi fine* 22. *§. Marcellus*, & in ipſa *rubr. ff. ratam rem hab. l. Mela* 14. *§. ult. ff. de alim. & cib. leg.* cum ſimilibus juris & aliorum auctorum locis congeſtis poſt Jaſonem in *præſenti num.* 1. a Briſſ. *lib.* 5. *de form. pag. mihi* 413. & poſt alios *de verbis juris.* Hotmano *verbo res*, & *lib.* 5. *antiquitatum cap.* 12. Donell. *lib.* 26. *comm. cap.* 6. ubi Hillig. *litera B.* Cujacio ad *tit. ff. de in integrum reſtitutione in principio*, & ex noſtratibus Pichardo in *manuduct. part.* 2. in *præludiis §.* 2. *num.* 3. Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 2. *cap.* 1. quos non tranſcribo; eoque ſenſu *res comperendinata* dicitur veteribus JCtis lis, ſeu judicium in tertium diem conſtitutum auctore Feſto *de V. S. verbo res comperendinata.* Aſconio Pediano in 3. *Ciceronis in Verrem.* & *res proferri* pro eo quod eſt litem prorogari & differri. *l.* 3. *§. Julianus ff. de lib. exhib.* Lucanus in *Panegyrico ad Piſonem*, ibi:

—— —— Si quando judice feſſo
Turbida prolatis tacuerunt jurgia rebus.

Illuſtrant ex aliis Cujacius *lib.* 7. *obſerv. cap.* 16. Pithœus *lib.* 2. *adverſ. cap. ult.*

§. II. Unde vel jam apparet, rem judicatam, quo ſenſu a Modeſtino hic definitur, hoc eſt, litem judicando deciſam diverſam eſſe a ſententia, per quam deciditur, ſicut materiam ab inſtrumento & effectum a cauſſa, ut ex Claſſicis docent noviores; quomodo & res judicata diſtinguitur a pronuntiatione judicis, ſive ſententia in *præſenti*, & in *rubr. de ſententia & re judicata.* & in *tit. C. de ſententiis & interlocut.* & *tit. C. de re judicata.* Deinde hoc etiam ſenſu apparet, non poſſe proprie dici rem judicatam, quando appellatum eſt, aut appellari poteſt; ſed ſolum quando lis ſic judicata eſt, ut non unius controverſiæ aut judicii; *ſed controverſiarum*, ut Modeſtinus loquitur, omnium ſcilicet finem accipiat. *l. pen. C. de execut. rei judic. l. cum prolatis* 32. *hoc tit. cap.* 1. *§. ult. de except. lib.* 6. quod quia non evenit, niſi poſtquam appellari jam non poteſt, tunc tranſire ſententia dicitur in rem judicatam. *cap. cum inter* 13. *cap. quoad conſultationem* 15. *de ſententia & re judic. cap. cum dilectus* 32. *in fine de elect. Clement. ſi appellationem* 6. *de appellat.* juncta *l. ſi fundus* 16. *§. ſi pluris ff. de pignor. act.* docent poſt gloſſam in *cap. non ſolum* 7. *verbo innovata de appellat. lib.* 6. & præter laudatos a Pichardo & Valentia *ubi proxime.* Decius in *l. vet judicata* 207. *ff. de reg. jur.* cum pluribus Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 2. *litera G.* & juxta hanc ſignificationem in reſcriptis Principum & ſtatutis Municipalibus, niſi materia aut mens repugnet, accipiendum eſt nomen rei judicatæ de ea, a qua appellari jam non

Digitized by Google

poteſt, ut ego didici ex *l. eleganter* 23. §. 1. *in fine ff. de condict. indeb.* Et poſt talem rem judicatam, a qua appellari non poteſt, transactio nulla eſt. *d. l. eleganter* 23. §. 1. *in principio. l. ſi cauſſa* 32. *C. de transact.* quia nec lis dubia eſt, de qua tranſigatur, ut notat Harmenopulus in *Promptuario lib.* 1. *tit.* 10. §. 5. juncta *l.* 1. *ff. de transact. l. poſt rem* 56. *hoc tit.*

§. III. Neque contra nuper propoſita de nullitate transactionis poſt rem judicatam obſtat Cæſarum conſtitutio in *d. l. ſi cauſſa* 32. *C. de transact.* cujus pars extat in *l.* 4. *C. Gregor. de pactis.* & integra ſententia in Synopſi Baſilicωn *lib.* 11. *tit.* 2. *cap.* 40. & in *verſ. proinde. d. l. ſi cauſſa* 32. a contrario ſenſu ſignificatur, perimi judicati actionem per Aquilianam ſtipulationem & acceptilationem, de quibus in §. *item* 1. *cum ſequenti inſt. quib. modis toll. oblig.* & conſequenter poſſe ita tranſigi poſt rem judicatam juxta formam *l.* 2. 4. & 5. *ff. de transact.* namque omiſſa interpretatione Donelli in *d. l. ſi cauſſa* 32. *num.* 8. cui repugnat ignotus vulgo ad rem textus in *l. ſi ex pluribus* 16. §. *ult. ff. de accept.* reſpondendum eſt cum Accurſ. in *d. l.* 32. *verbo peremiſti.* cui ſubſcribunt communiter Claſſici teſte Jaſone *ibidem num.* 11. non poſſe colligi ex *verſ. proinde d. l.* 32. valere tranſactionem per acceptilationem poſt rem judicatam, ſed illud ſolum, perimi actionem judicati per Aquilianam ſtipulationem & acceptilationem poſſe, quod & verum eſt. *d. l. ſi ex pluribus* 16. §. *ult.* juncta *l.* 4. §. *ſi ex conventione hoc tit. l. minor* 40. *ff. de minor. l.* 2. *C. de executione rei judicatæ.* nempe ſi fiant donandi animo, ut monet Paulus *lib.* 1. *ſent. tit.* 1. §. *ult.* quem animum in acceptilatione & pacto ſimplici de non petendo ſine divinatione præſumimus, quia plerumque ſunt gratuitæ liberationes, & liberales remiſſiones indubitati juris. *l.* 1. *ff. de transact. l. ſi accepto* 19. §. 1. *ff. de accept.* non autem in tranſactione, quia non fit, niſi dato aliquo, retento vel promiſſo ob litem dubiam. *l. transactio* 38. *C. de transact. l. ſumus* 3. *C. de repudianda hered.*

§. IV. Sed ut pergamus, quamvis, ut diximus, rei judicatæ nomen apud Modeſtinum uſurpetur pro lite ipſa, quæ judicatur, interdum tamen eo nomine ſignificatur ſententia judicis, ſeu pronuntiatio, per quam lis judicatur, ut in *l.* 2. *ſententiam reſcindi non poſſe. l.* 3. & 4. *C. de exequutione rei judicatæ.* juncta *l. a Divo Pio* 15. *hoc tit.* eoque ſenſu verum eſſe poteſt, rem judicatam & ſententiam eſſe idem, ut poſt Accurſium acriter contendit Berojas in *rubr. extra de appell. num.* 1. & ſimiliter verum eſt eo ſenſu, quod poſt ordinarios communiter in *præſenti* teſte Jaſone *num.* 8. affirmat Cujacius in *l. qui teſtamento* 20. *ff. qui teſtamenta fac. poſſunt.* & congeſti ab Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 2. *lit.* G. nempe rem judicatam dici eo etiam tempore, quo appellari a ſententia poteſt. *l. litigatoribus* 14. *C. de appell.* & poſt talem rem judicatam, a qua appellatur, tranſigi poſſe ut pote lite nondum finita juxta textus ſic exponendos in *d. l. eleganter* 23. §. 1. *ad finem. l. & poſt rem* 7. ubi Cujac. *l. poſt rem* 11. *ff. de transact.* quibus jungendi ſunt Padilla, Gilkenius, Donellus, & alii in *d. l. ſi cauſſa* 32. *C. de transact.* Duar. ad *tit. ff. de transact. cap.* 2. Faber in *ſuo codice ad titulum de transact. definitione* 4. & 5.

§. V. Jam vero ex iſta apud Modeſtinum rei judicatæ pro lite, quæ deciditur, acceptione neceſſario & utiliter infertur, rem judicatam eſſe non poſſe, niſi lis illa ipſa, quæ conteſtata eſt, judicetur, eique ſententia reſpondeat. idque eſt, quod vulgo dicitur, ſententiam debere eſſe conformem libello, id eſt, ſi ſane ſobrieque intelligas, judicem pronunciare debere de eo ſolo, quod in judicium deductum eſt libello actoris petentis, & rei negantis litemque conteſtantis. *l. ult. C. de fideicomm. libert. l. ut ſumdus* 18. *ff. communi dividundo. cap. qualiter & quando* 24. §. *ad corrigendos in fine de accuſat. cap. licet* 31. *verſ. deſcendant in fine de Symonia. Clem.* ſæpe §. *verum quia de V. S. l.* 6. *tit.* 22. *Partita* 3. ubi expreſſum recte ad rem eſt, quod ſi de proprietate lis fuerit, non valebit ſententia lata de poſſeſſione. *l.* 10. *verſ. conteniendoſe*, ubi Azevedo *num.* 115. *tit.* 17. *lib.* 4. *Comp.* ubi hæc eadem juris regula noviſſimo Regio jure firmatur, eamque late illuſtrant poſt Antiquiores in *dictis locis.* interque alios Jaſonem in *l. ſim* 22. *num.* 23. *ff. de reb. cred.* & præter congeſtos ab Hillig. ad Donell. *lib.* 26. *cap.* 4. *lit.* A. & ex noſtratibus Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 1. Pichardo in §. *ſic itaque diſcretis* 14. *num.* 59. *inſt. de act.* Caſtillo *lib.* 5. *controv. parte* 4. *cap.* 104. *num.* 32.

§. VI. Ex qua illatione noſtra juriſque regula de congruentia ſententiæ cum libello, ut omittamus interim diſputationem de condemnatione in æſtimationem rei petitæ, vel in id quod intereſt, de qua, pro explicatione *d. l. ult. C. de fideicomm. lib.* docte ut ſolet noſter Valentia *d. cap.* 4. *per tot.* Faber *de err. Pragm. dec.* 85. *err.* 1. & 7. & *dec.* 98. *err.* 8. Merillius in 50. *deciſ.* in *d. l. ult. pag. mihi* 381. adnotandum in primis eſt, ſi ex una cauſſa res petatur, & ex alia cauſſa eandem rem ad actorem pertinere probetur, non poſſe judicem ex cauſſa non deducta, quamvis probata, reum condemnare; ejuſque ſententiæ nobile & explicatu digniſſimum argumentum extat in *l. Bæbius* 30. *ff. de pact. dot.* cujus electa & elegans ſpecies hæc eſt. Maritus dotem acceperat pacto interpoſito & in ſtipulationem deducto, ne dos conſtante matrimonio peteretur, & ſi poſt mortem ſoceri uxor in matrimonio ſine liberis decederet, dimidia dotis apud maritum maneret; dimidia fratri uxoris reſtitueretur, quod pactum, quoniam frequens inter dotalia eſt, vulgare appellatur in *d. l. Bæbius* 30. juncta *l.* 4. *C. de pignor. act. l. ſi quando* 109. *ff. de leg.* 1. poſtea uxori ſocer idemque pater moriens filio herede relicto dotem prælegaverat, eaque poſt divortium deceſſerat, relicta filia & fratre herede uxoris, & ſoceri totam dotem petebat ex cauſſa & conjectura pacti ſuperioris, quaſi ſcilicet, cum conveniſſet, mortua uxore ſine liberis dimidiam dotis apud maritum manere, multo magis e contrario placuiſſet totam dotem manere filia ſuperſtite ex *l. inter* 26. §. *cum inter ff. de pactis dotalib.* ex diverſo frater tanquam heres uxoris utebatur exceptione ejuſdem pacti, quo cum cautum eſſet, mortua in matrimonio uxore dotis dimidiam apud maritum manere, videbatur tacite e contrario conventum, mortua extra matrimonium poſt divortium uxore, dotem totam ad eam ejuſque heredem pertinere; ſed cum a fratre dos non peteretur tanquam ab herede uxoris, quia neque ipſa dotem promiſerat, neque patri promiſſori heres extiterat, non tam proprie utebatur exceptione ſuperioris pacti ex perſona ſororis defunctæ, & tanquam ejus heres, & tamen utebatur recte ea exceptione, maritumque excludebat tanquam heres ſoceri, qui dotem promiſerat. In hac itaque ſpecie quamvis, ut ſuppoſuimus, ex facto conſtaret marito tanquam per filiam pro parte heredi uxoris, cui tota dos a ſocero prælegata fuerat, deberi jure hereditario dimidiam dotis ex cauſſa prælegati; quia tamen ea cauſſa in judicium deducta non erat, neque ex ea dos petebatur; ſed ex cauſſa promiſſionis ſeu pacti dotalis, cui obſtabat exceptio ejuſdem pacti, rectiſſime Triphoninus ſcribit, placuiſſe Prætori, fratrem a petitione mariti abſolvi, nulla ex ea ſententia facta derogatione petitioni dimidiæ dotis ex cauſſa prælegati, quod fideicommiſſum vocatur in *fine d. l. Bæbius* 30. ut in *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi rem* 12. *l. & fideicommiſſum* 87. *ff. de leg.* 3. ita de obſcura ſpecie *d. l. Bæbius* 30. poſt Accurſium *ibi.* ſentit Cujac. *lib.* 4. *obſ. cap.* 23. & *lib.* 13. *cap.* 25. quamvis aliter poſt Græcos juris interpretes *lib.* 28. *Baſilicωn ſub titulo de pact. dot.* Zaſius *lib.* 2. *reſp. ſingularium cap.* 2. A. Contius *lib.* 1. *diſp. cap.* 5. Barboſa in *l. ſi cum dotem* 23. *num.* 38. & *ſeqq. ſolut. matr.* ubi poſt alios *num.* 44. appoſite ad rem

noſtram

noſtram notat,. judicem, qui ex cauſſa non deducta etiamſi probata condemnare non poteſt, debere tantum jus ex ea cauſſa competens actori reſervare in ſententia juxta exemplum *d. l. Bæbius* 30. *in fine.* idque in praxi notiſſimum & receptiſſimum poſt Accurſium in *l. item Labeo* 22. *§. ſed ſi jure ff. fam. ercifc.* ait Pinellus in *l.* 2. *parte* 3. *cap.* 3. *num.* 32. *C. de reſcindenda vend.* Gratian. *diſcept. forenſ. cap.* 348. *num.* 8. *& ſeqq.*

§. VII. Plane quod diximus, non poſſe judicem ex cauſſa non deducta quamvis probata condemnare, firmari etiam vulgo ſolet ex *l.* 1. *in fine princ. ff. ſi menſor falſ. mod. dix. l. depoſui* 38. *ff. de peculio. l. ult. quod cum eo. cap. examinata* 15. *de judiciis.* & præ cæteris ex difficili *l. habebat* 13. *de inſt. act.* quam poſt Claſſicos & Fabrum *ibi* in *Ration.* expendunt explicantque Valaſcus *de jure emphyt. quæſt.* 6. *num.* 11. Pinell. *ubi proxime num.* 28. Duaren. ad *titulum ff. de inſtitoria cap.* 4. Pacius *cent.* 4. *quæſt.* 54. firmatur tamen proprie & fortiter magis præter dictam *l.* 30. ſingulari ratione juris. Primo quia in actionibus perſonalibus edendis, & conteſtandis debuit petitor jure antiquo cauſſam petendi exprimere ſolemni formula, ut ex *l. ſi is qui* 18. *de O. & A. l. & hanc eandem* 14. *§. actiones ff. de exceptione rei judicatæ.* notat Briſſ. *lib.* 5. *de formulis pag.* 418. debet etiam nunc eandem exprimere in libello, ut cum pluribus docet Hilligerus ad Donell. *lib.* 23. *cap.* 4. *lit. E.* poteſtque etiam cauſſam exprimere in actionibus in rem. *l. ſi mater* 11. *§. ſi quis autem ff. de exceptione rei judicatæ. l.* 1. *§. per hanc* 2. *de re judicata.* proinde non poteſt judex ex cauſſa non deducta quamvis probata pronunciare, quia neque potuit olim extra formulam actionis ſive judicii, in quo cauſſa poſtea probata non continetur. *l. pen. ff. de confeſſis.* ex qua ita Hilligerus ad Donell. *lib.* 17. *cap.* 21. *lit. E.* & *lib.* 24. *cap.* 1. *lit. C.* Pichardus in *§. actionum quæſt.* 1. *num.* 13. *inſt. de act.* neque hodie ultra deducta per libellum. *d. l. ut fundus* 18. *ff. communi divid. Clem. ſæpe §. verum quia de V. S.* Secunda ratio eſt, quia in cauſſa poſtea probata neque præceſſit litis conteſtatio, ſine qua judicium & ſententia nulla ſunt. *l. prolatam* 4. *C. de ſententiis & interlocut. cap. unico de litis conteſtatione.* neque probatio ipſa valuit ultra articulos, neque articuli ultra deducta tanquam inpertinentes. *l. ſi duo* 13. *§. idem Julianus in fine ff. de jurejur.* cujus urgumento ita docent Pinellus & Valaſcus *ubi proxime.* denique quod eſt peremptorium, neque reo data eſt copia deliberandi, utrum cederet an litigaret ex cauſſa poſtea probata, ut in *l.* 1. *ff. de edendo. l.* 3. *C. eodem titulo.* neque ſui defendendi per legitimam exceptionem, qua fortaſſe uteretur, ſi a principio intellexiſſet petendi cauſſam, quæ poſtea probatur, ut ex *l.* 25. *titulo* 2. *Part.* 3. conſiderat Azevedo in *l.* 10. *num.* 121. *&* 123. *titulo* 17. *lib.* 4. *Comp.*

§. VIII. Qua poſtrema & peremptoria ratione attenta veriſimilius nobis videtur, etiam hodie poſt Regiam *legem* 10. *titulo* 17. *lib.* 4. *Comp.* per quam jubentur judices lites ſententiis finire juxta veritatem ex proceſſus actis probatam, quamvis ordinis judiciarii ſolemnia deficiant, non poſſe judicem ex cauſſa non deducta & probata condemnare, quoniam ſupereſt adhuc decretoria illa ratio juris & æquitatis, ne ſcilicet reus ex cauſſa, quæ neque ei edita neque in judicium deducta eſt, indefenſus damnetur, ut perpendit Azevedo in *d. l.* 10. *num.* 123. & circa ſimilem ordinationem Luſitanam Barboſa in *l. ſi cum dotem* 23. *num.* 44. *ff. ſolut. matr.* quamvis aliter poſt plures Parladorius *lib.* 2. *rerum quot. cap.* 10. *num.* 3. quod tamen ita ſemper intelligi velim, niſi ſuper cauſſa non deducta & poſtea probata fiat ante ſententiam copia reo eandem diſcutiendi, ſuique defendendi, ea enim copia ſi fiat, poſſe etiam ex ea cauſſa pronuntiari utilius, & receptius eſt, ut poſt Innocentium in *cap. cum eccleſia de cauſſa poſſeſſionis.* notat Azevedo *d. num.* 123. ſicut ſimiliter pronuntiari poteſt, quoties cauſſa petendi generaliter adeo expreſſa eſt in libello, ut illam etiam, quæ probata poſtea eſt, comprehenderet, ex celebri ad rem textu in *cap. Abbate* 3. *§. ult. de ſententia & re judic. lib.* 6. de quo multis Barboſa in *l. non poteſt* 23. *num.* 41. *& ſeqq. ff. de judiciis.* conducunt ſingulares loci & ex hoc principio explicandi in *l.* 4. *§. ſi detracta.* quem Triboniano perperam adſcribit Faber in *Ration. tit. ff. de noxal. act. l. bovem* 43. *§. aliquando ff. de Ædilit. Edict.* juncta *l. miles* 6. *§.* 1. *hoc tit. l. ſi is qui* 25. *§.* 1. *ff. de except. rei jud.* ubi Cujac. *lib.* 51. *Digeſt. Juliani. l. illud* 7. *§. ſi cujus verſ. minus ff. de tribut. actione.* cum traditis a Pinello in *l.* 2. *part.* 3. *cap.* 3. *num.* 34. *C. de reſcindenda vend.*

§. IX. Illud adhuc pro explicanda regula juris ſupra propoſita §. 5. de ſententia ſuper deductis pronuntianda utiliter obſervandum eſt, id omne videri in judicium deductum, ut judicari per ſententiam poſſit, quod vel expreſſe petitum eſt ab actore in lite conteſtanda. *l. ſolemus* 61. *l. ſi quis intentione* 66. *ff. de judiciis. l. inter* 83. *§. ſi Stichum ff. de V. O. l. quid tamen* 21. *§. plenum* 6. *ff. de recept. & qui arbitr. receperunt. cap. cum eccleſia* 3. *§. verum de cauſſa poſſeſſionis.* vel tacite in libello continetur, quaſi per conſequentias rei petitæ, veluti fructus ejus & acceſſiones, quæ obvenerunt poſt litem conteſtatam, de quibus pronuntiare judex debet, etiamſi nominatim non petantur. *l.* 2. *ff. de uſur. l. ædiles* 25. *§. item* 8. *ff. de Ædilit. Edict. l. ex diverſo* 35. *§.* 1. *ff. de rei vindicat.* itemque de expenſis litis. *l. properandum* 13. *§. ſive autem* 6. *C. de judic.* docent poſt alios Jaſo in *d. l. vinum* 22. *num.* 30. *&* 31. Donell. *lib.* 26. *comm. cap.* 4. Diverſum autem eſt in re principali; quæ nec petita eſt, neque eſt acceſſio rei petitæ; de illa enim, quamvis poſt litem conteſtatam quid eveniat, ex quo ad actorem pertinere conſtet, pronuntiari tamen non poteſt, quoniam ſententia ſic judicaret litem, quæ de re tali conteſtata non eſt, nec conformis eſſet libello, in quo petita non eſt, ideoque nova petitione & judicio opus eſt. *d. l. non poteſt* 23. ſic explicanda. juncta *l. non quemadmodum* 35. *ff. de judic. l. de his* 46. *ff. de recept. & qui arbitr. recep. l. Anthæus* 14. *§. ult. ff. de aqua & aquæ pluviæ. l. ſi mater* 11. *§. ſi egero ff. de except. rei judic. d. cap. Abbate* 3. *verſ. præmiſſæ & ſeqq. de ſententia & re judic. lib.* 6. late Cujac. *d. l. non poteſt* 23. & Faber in *Rat.* Donell. *d. lib.* 26. *cap.* 4. Pichard. in *§. ſic itaque diſcretis num.* 52. *&* 57. *inſt. de act.*

§. X. Progrediamur cum Modeſtino, apud quem in definitione rei judicatæ ſequuntur verba illa, *quæ finem controverſiarum.* inſinuatur his verbis tota auctoritas rei judicatæ, & ſententiæ in eam transactæ vis, & poteſtas in eo conſiſtens, ut poſt rem ſive litem judicatam finiatur lis, & litigatores a controverſia diſcedant. *l. qualem* 19. *§.* 1. *ff. de recept. & qui arbitr. recep.* idque eſt quod dicitur, *rebus judicatis ſtandum eſſe. l. cum prolatis* 32. *l. poſt rem* 56. *hoc tit. l.* 1. *C. hoc tit.* & *rem judicatam pro veritate haberi. l. res judicata* 207. *ff. de reg. jur. l. ingenuum* 25. *ff. de ſtat. hominum.* & jus in re, quæ judicata eſt, facere. *l.* 1. *§. ult. cum l.* 2. *&* 3. *ff. de agnoſc. lib. l. ſi ſervus* 50. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. ſubnititur autem hæc auctoritas rei judicatæ ratione publicæ utilitatis, quæ cum privatæ utilitati ſemper præferatur. *l.* 2. *C. de primipilo.* quamvis judicatum injuſte ſit, & cum injuria unius ex litigatoribus, prævalet tamen res judicata, cui ſtandum eſt. *l. ſervo* 65. *§. cum Prætor ff. ad S. C. Trebell. l. pen. ff. de juſtitia & jure. l. ſi fidejuſſor* 29. *§. in omnibus ff. mandati. l. cum putarem* 36. *ff. fam. ercifc. l. ſi patronus* 12. *§. ſi quis cum eſſet ff. de bon. lib. l.* 3. *§. idemque ff. de reb. eorum.* publice enim intereſt, ut ſui juris diſtributio facta inter litigatores per ſententiam habeat effectum, quem non haberet, niſi ſua judicibus, judiciis, & rebus judicatis conſtaret auctoritas. *l.* 2. *§. poſt originem* 13. *ff. de orig. jur. l. nullus* 14. *C. de Judæis.* & ne decreta judicum ſint eluſoria. *l. ſi Prætor* 75. *ff. de*

judic. l. 1. §. *hujus ſtudii ff. de juſt. & jure. l. ult. ff. ne quid in loco publico.* & ut lites finiantur. *l. ult. ff. pro ſuo. l.* 1. §. *inde quæritur ff. de oper. novi nuntiatione. l. quidam* 21. *ff. de reb. cred. l.* 3. §. *tametſi ff. de recept. & qui arbitr. l.* 4. §. *ult. ff. de alienatione judicii. l. properandum* 13. *C. de judiciis. cap. finem litibus* 5. *de dolo & contumacia.* cum ſimilibus: quæ poſtrema cauſſa ad rem inſinuatur in *l. ſingularis* 6. *ff. de except. rei jud. l.* 3. *C. de fruct. & litium exp.* Unde & veteri proverbio ex Romanis Græcisque legibus ſumpto docemur, *actum ne agas*, id eſt, bis de eadem re actio ſeu judicium ne eſto. illuſtrant Langlæus *lib.* 5. *ſemeſtr. cap.* 2. Hillig. ad Donell. *lib.* 22. *cap.* 5. *lit. B.* noſter Baptiſta Larea *deciſ. Granatenſi* 39. *num.* 35.

§. XI. Ex qua rei judicatæ in litibus finiendis auctoritate duo interim breviter adnotamus. Primum eſt, finiri eo uſque litem, ut quemadmodum nulla transactio eſt poſt rem judicatam, quia lis nulla ſupereſt. *l. eleganter* 23. §. *ſi poſt rem ff. de condict. indeb.* diximus ſupra §. 2. 3. & 4. ita ex eadem ratione de lite prius judicata & finita ſit nullius momenti ſententia poſtea lata, adeo ut ab ea appellare non ſit neceſſe. *l.* 1. *C. ſententiam reſcindi non poſſe. l. poſt ſententiam* 9. *C. de ſententiis & interloquutionibus. l.* 1. *C. quando provoc. non eſt neceſſe. l.* 13. *tit.* 22. *Part.* 3. neque ex reſcripto Principis ſuſcitari debeat finita ſemel lis auctoritate rei judicatæ. *l. ult. C. ſententiam reſcindi non poſſe. l. cauſſas* 16. *C. de transactionibus. l.* 1. 2. & 3. *C. ut lite pendente. l.* 3. *C. de errore advocat. l. ult. C. quomodo & quando judex.* docent congeſti ex noſtratibus a Pichardo in *manuduct. parte* 2. *in præludiis* §. 5. *num.* 12. Larea *d. deciſ.* 39. *num.* 4. ſecundum eſt, auctoritatem rerum perpetuo ſimiliter judicatarum etiam quoad controverſias nondum deciſas ſimiles tamen vim juris obtinere. *l. nam Imperator* 38. *ff. de legibus. l.* 1. §. *hoc autem* 26. *cum ſequenti ff. de S. C. Syllaniano. l.* 3. *C. de ædific. privat.* qua ratione inter juris civilis partes judicatum refertur a Cicerone in *Topicis*, & *alibi.* ut probat late Petrus Ærodius *lib.* 1. *rer. judic. tit.* 1. ibidemque in *proœmio de origine & auctoritate judiciorum.* Connan. *lib.* 1. *comm. cap.* 15. *num.* 7. dummodo ſit, ut diximus, perpetuo ita ſimiliter judicatum, alioquin quamvis unius aut alterius rei judicatæ, quas *deciſiones* vulgo vocant, auctoritati multum tribuatur *arg. l. filius* 14. *ff. de leg. Corn. de falſis.* tamen legibus potius quam exemplis eſt judicandum. *l. nemo* 13. *C. de ſententiis & interloquutionibus. l. ſed licet* 12. *ff. de off. præſidis.* quas ita interpretatur Cujacius in *recitat. C. hoc tit.* & *lib.* 20. *obſ. cap.* 1. Hillig. ad Donell. *lib.* 26. *cap.* 2. *lit. A. ad finem.* noſter Solorzano *de jure Indiarum lib.* 2. *cap.* 24 *num.* 65. *& ſeqq.*

§. XII. Nec plura interim nos de fine, quem lis judicata accipit, plenius ſuo loco dicturi. Illud potius ex verbo *controverſiarum*, quod in definitione eſt, colligimus aut intelligimus, nempe judicem, quemadmodum ut ſententia liti, quæ judicatur, reſpondeat, non debet ultra petita ſeu deducta in judicium pronuntiare, ut docuimus ſupra §. 5. *& ſeqq.* ita eadem ratione, ſi non unius ſed plurium, ut Modeſtinus loquitur, controverſiarum inter eosdem lis ſit, debere finem illis omnibus ſententiam imponere, & ſi lis plures habeat articulos connexos invicem & cohærentes, non poſſe aliis omiſſis de aliis pronuntiare, quia nec valere pro parte poteſt res judicata, & pro parte non valere. *l. in hoc judicio* 27. *l. heredes* 25. §. *judex ff. fam. erciſ. l. qualem* 19. §. 1. *ff. de recept. & qui arbitr. receperunt. l.* 2. & 3. *C. Theodoſ. de ſententiis ex periculo recitand. l.* 43. ubi Gregorius *gloſſa* 3. *tit.* 2. *Part.* 3. idemque eſt, ſi controverſiæ ſui natura independentes cohæreant inter ſe ex forma compromiſſi, quo expreſſum fuit, ut de omnibus ſimul pronuntiaretur. *l. quid tamen* 21. *l. Labeo* 25. *ff. de recept. & qui arbitr. receper.* diverſum eſt, ſi controverſiæ, vel articuli ſint ſeparati, & independentes; tunc enim valet ſententia de quibusdam lata etiam aliis omiſſis. *l. ſi filia* 20. §. *familiæ. l. quædam* 41. *ff. fam. erc. l.* 4. §. *hoc judicium ff. communi dividundo.* quia in ſeparatis tot ſunt ſententiæ & res judicatæ, quot litis capita & controverſiæ, totque lites quot articuli. *d. l. quid tamen* 21. *ff. de recep. & qui arb.* §. *præterea verſ. licet inſt. quod cum eo.* juncta regula *l. ſcire* 29. *ff. de V. O.* & conſequenter ſententia de uno articulo lata valet in eo in ſolidum, nec videtur in omiſſis pro parte non valere, quia nec ſunt partes articulo deciſo cohærentes. *d. l. quædam* 41. *ff fam. erc.* eamque diſtinctionem inter controverſias connexas aut ſeparatas firmant foventque aperte textus in *l. etiam* 29. §. 1. *ff. de minor. d. l. quid tamen* 21. *ff. de recept. & qui arbitr. l. pen C. de ſententiis & interloquution.* quam ex Baſilicis reſtituit Cujacius *lib.* 12. *obſ. cap.* 2. & *lib.* 23. *cap.* 1. explicantque præter laudatos a Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 5. *ex num.* 6. cum pluribus Hillig. ad Donell. *lib.* 21. *cap.* 11. *lit. P. & lib.* 27. *cap.* 2. *lit. B.* Gratian. *diſcept. Forenſ. cap.* 162. *num.* 12. & 24. & *cap.* 524. *num* 14.

§. XIII. Ex qua diſtinctione utiliter inprimis deducitur, quod cum hodie Rurales judices non cognoscant, niſi intra ſummam certam, nempe in cauſſis centum, ut loquimur, maravedinorum. *l.* 12. *titulo* 9. *lib.* 3. *Comp.* ſicut & jure Romano Magiſtratus Municipales intra certam quantitatem auctore Paulo *lib.* 5. *ſent. titulo* 5. *in princ.* juncta atque hinc explicanda *l. inter* 28. *ff. ad Municip. l. ult. in fine ff. de juriſdict.* & ſimiliter conſiſtorii judices in gradu appellationis cognoſcant intra 30. mille maravedinos ex noviſſima regia Pragmatica, cujus meminit Narbona in *l.* 18. *num.* 6. *titulo* 18. *lib.* 4. *Compilat.* neque cognitio nec ſententia valebit, etiam de uno articulo lata, ſi cauſſa plures habeat, qui conjuncti legitimam ſummam excedant, & connexi ac cohærentes ſint, quales eſſe quoad hunc effectum intelliguntur, ſi ex una actione & petitione deſcendant, ut ego didici ex textu in hanc rem Pragmaticis ignoto in *l. ſi qui ſeparatim* 10. §. 1. *ff. de appellat.* ubi Cujac. & in *l. ſi idem* 11. *ff. de juriſdict.* Hotman. *lib.* 4. *obſ. cap.* 18. & e contrario valebit ſententia de uno aut pluribus litis articulis, quamvis conjuncti excedant quantitatem legitimam, ſi tamen ſinguli intra eam ſint, & ſeparati atque independentes, veluti ſi ex pluribus & diverſis actionibus deſcendant. *d. l. ſi idem* 11. juncta *l. pen. in fine & l. ult.* ubi Bart. *ff. de juriſd.* juxta quam diſtinctionem accipienda eſt *l.* 4. *tit.* 26. *Part.* 3. docent ad rem poſt multos Azevedo in *l.* 7. *num.* 13. & 32. *tit.* 18. *lib.* 4. *Comp.* Bovadilla *lib.* 3. *politic. cap.* 8. *num.* 222. junctis traditis ab Hilligero ad Donell. *lib.* 17. *cap.* 9. *lit. M.*

§. XIV. Ex eadem diſtinctione duo præterea obſervanda ſunt. Primum eſt, ſi unius ſententiæ ſint plura capita, eaque ſeparata, licere contra unum ex his appellatione, vel in integrum reſtitutione uti, & in aliis exequutionem ſententiæ petere. *d. l. etiam* 29. §. 1. ubi DD. *ff. de minor.* non autem ſi connexa capita ſint. *d. l. in hoc judicio* 27. *ff. fam. erciſc.* Cujus regulam varie illuſtrant Barb. in *l. ſi conſtante* 24. §. *ult. num.* 10. *& ſeqq. ff. ſolut. matr.* Garzia *de expenſis cap.* 24. *num.* 10. Covarr. *lib.* 1. *variar. cap.* 2. *num.* 6. noſter Larea *deciſ. Granatenſi* 39. *num.* 18. & 25. Secundum eſt, poſſe judicem, ad quem appellatur, ſententiam prioris judicis pro parte confirmare, & pro parte reſcindere, quod & receptum eſt ex *cap. cum Joannes* 10. *in fine de fide inſtrum. l. Oſidius* 97. *ff. de leg.* 3. cum ſimilibus. nempe in articulis, qui ſeparatam juris rationem habent, ut in ſpecie *d. l. quædam* 41. *ff. fam. erc.* ubi diviſio libertorum facta per priorem ſententiam poſtea nulla fuit judicata, quia liberti, cum hereditarii non eſſent, ut pote liberi homines non potuerunt in diviſionem rerum hereditariarum venire, & e contrario confirmata fuit diviſio oneris præſtationis alimentorum inter cohe-

redes,

redes, quia jure fieri poterat & ſolebat. *l.* 3. *ff. de alim. vel cibar. leg. d. l. quædam* 41. quam ſic poſt Accurſianos ibi exponit Cujac. in *l. ult. ff. de jure patron.* & *lib.* 23. *Pauli ad Edict.* in *d. l. in hoc judicio* 27. neque adverſatur tunc *d. lex ult. ff. de jure patronat.* cujus eadem quæſtio, deciſio, & fere inſcriptio eſt cum *d. l. quædam* 41. ut monet Cujac. *lib.* 2. *obſ. cap.* 26. nam quod ſcriptum eſt in *d. l. ult. alimentorum diviſionem a judice inter coheredes factam eodem modo ratam eſſe:* rejecta emendatione Fabri in *Rat. d. l. quædam* 41. omiſſis & Accurſii expoſitionibus, & noviorum noſtratium aliis, quas quia invitus refellerem, referre deſino, ſic explicandum eſt, ut ſenſus ſit, alimentorum diviſionem factam a judice ratam eſſe, id eſt, firmam haberi ſeu confirmari eodem modo ſcilicet, quemadmodum facta erat a judice, a quo appellatum fuit.

§. XV. Ait deinde in definitione Modeſtinus *pronuntiatione judicis.* hæc autem verba eo pertinent, ut quamvis lis, vel controverſia finem multis modis accipiat, veluti confeſſione partis. *l.* 1. *ff. de confeſſis. l. poſt rem* 56. *hoc tit.* jurejurando a parte parti delato. *l.* 1. & 2. *ff. de jurejur.* tranſactione. *l. non minorem* 20. *C. de transact.* litis renuntiatione. *l. Papinianus* 20. §. *ult. cum l. ſequenti ff. de minor. l.* 4. *C. de pactis.* intelligamus tamen ab his omnibus controverſiarum terminis diſtingui rem judicatam; quia finem accipit pronuntiatione judicis, id eſt, ſententia, per quam judicatur, quæ *pronuntiatio* dicitur. *l.* 1. §. *quorum* 4. & §. *ult. ff. ad S. C. Turpilianum. l. qui teſtamento* 37. *ff. de excuſat. tut.* ſicut & *pronuntiare* pro eo, quod eſt per ſententiam ſtatuere. *l. pronuntiatum* 46. *ff. de V. S. l. ſi convenerit* 26. *l. in ſententiis* 59. §. *qui fortis hoc tit.* illuſtrant poſt Alciatum, & noviores in *d. l. pronuntiatum* 46. & poſt eos, qui ſcripſerunt *de verbis juris verbo pronuntiare.* Budæus in *annotationibus prioribus ad l. ult. ff. de Senator.* Muretus *lib.* 6. *variar. lect. cap.* 2. Savaro in Sidonium Apoll. *lib.* 3. *epiſt.* 1. *pag. mihi* 204. Plane cum *pronuntiare* ſit vocem palam exprimere. *l. ex empto* 11. §. *qui autem* 18. *ff. de act. empt. l.* 1. §. 1. *l. qui ſi nolit* 31. §. 1. *ff. de Ædilit. Edict.* ideoque mutus judex eſſe non poſſit, quia neque pronuntiare. *l. cum Prætor* 12. §. *natura.* conſequens fuit, & poſitum in jure moreque antiquo, ut ſententiæ vel voce palam pronuntiarentur, & ſine ſcripto veluti a Principe. *l.* 3. *ff. de his quæ in teſtamento delentur. l.* 3. *C. de quæſtionibus.* vel interdum a Magiſtratibus majoribus. *l. pen. ff. de auctoritate tut.* vel denique recitarentur de ſcripto, ſeu tabella, ut erudite obſervant poſt Budæum *ubi ſupra.* Cujac. *lib.* 18. *obſ. cap.* 32. Langlæus *lib.* 5. *ſemeſtr. cap.* 5. Quod poſtremum tandem obtinuit noviori jure, quo cavetur, ſententias ab ipſis judicibus debere recitari *ex periculo*, id eſt, ex libello & in ſcriptis. *l. ult.* §. *pen. C. de modo multarum. l. ult. C. comminationes vel epiſtolas. cap. ult. de ſententia & re judicata lib.* 6. *l.* 5. *titulo* 22. *Part.* 3. *l.* 1. *cum ſeqq. in C. Juſtiniani, & Theodoſii de ſententiis ex periculo recitandis.* ubi rejectis Antiquiorum ineptiis, & Alciati aliorumque emendationibus explicant ita Cujacius in *recitat. & paratitlis*, & *lib.* 5. *obſ. cap.* 25. Comment. ad Tertullianum in *Apologetico cap.* 2. *in fine.* cum pluribus Hillig. ad Donell. *lib.* 28. *cap.* 3. *lit. H.* Pichard. in *manuductionibus parte* 2. *in præludiis* §. 2. *num.* 10. in quo tamen jam hodie eo jure utimur, ut ſufficiat ſententiam recitari a Tabellione ex ſcripto, & judicem poſtea dicere, ſe ita pronuntiare. *l.* 10. ubi Azevedo, *num.* 74. *titulo* 17. *lib.* 4. *Comp.*

§. XVI. Deinde *judicis* verbo in *præſenti*, ut alias & alienas de judicum ætate, munere, & competentia illationes omittam, in quibus non ſervirem materiæ, ſed indulgerem, *quæ quo ducit ſequendum eſt, non quo invitat*, ut eleganter Seneca *lib.* 6. *de benef. cap.* 1. Illud proprie & in primis ſignificatur, nec vulgo adhuc notatum eſt, nempe pronuntiationem, ut rem judicatam faciat, debere eſſe judicis, qui auctoritate publica judicet cum juriſdictione aut notione. *l. ait Prætor* 5. *hoc tit. l. quippe* 78. *ff. de judic. l. ult. C. ubi & apud quem cognitio in integrum reſtit.* non autem arbitri compromiſſarii, qui quamvis latiori appellatione judicis contineatur. *l. pen. ff. de judiciis. l.* 1. *ff. de recept. & qui arbitr. recep.* proprie tamen judex non eſt, quia neque auctoritate publica judicat, ſed ex conſenſu privato partium, & ideo ejus ſententia rem judicatam non facit, neque exequutioni mandatur per actionem aut exceptionem judicati; ſed metu pœnæ promiſſæ, ſi arbitri ſententiæ non pareatur. *l.* 1. *C. de recept. arbitr. l.* 2. *l. diem proferri* 27. §. *ſtari ff. eod. tit. l. quid ergo* 13. §. *ex compromiſſo ff. de his qui not. infamia.* Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 5. juncta *l.* 3. *C. de juriſdict.* niſi in caſibus exceptis jure noviori in *l.* 4. & 5. *C. de recept. arbitr.* quibus conſequens eſt, neque appellari poſſe a ſententia arbitri compromiſſarii, tum ex ratione jam indicata & propoſita in *d. l.* 1. *C. de recept. arbitr.* juncta *l. non diſtinguemus* 32. § *cum quidam ff. eod. tit.* tum etiam quia ſibi imputet, qui in arbitrum ſponte eligens compromiſit. *d. l. diem proferri* 27. §. *ſtari.* juncto *cap. a judicibus* 32. *cum ſequenti. cap. ſi autem* 39. 2. *quæſt.* 6. neque propoſitis repugnat Papiniani reſponſum in *l. ex conſenſu* 23. *ff. de appell.* ubi a ſententia judicis ex conſenſu litigatorum accepti ſcriptum eſt appellari poſſe; idemque in arbitro exprimitur in *l. arbitro* 9. *cum l. ſequenti ff. qui ſatiſdare cogantur. l. ult. C. de judiciis.* Reſpondendum enim eſt, non tractari in his locis de arbitris compromiſſariis; ſed de judicibus ex conſenſu litigantium a Magiſtratu datis *citra compromiſſum*, ut vulgata lectio habet in *d. l. ex conſenſu* 23. quam ex Baſilicis firmat & Florentinæ lectioni præfert Cujac. *lib.* 19. *reſp. Pap. ibidem.* qui judices ex arbitrio, quod in judicando eis permittitur, vocantur *arbitri* in *d. l. arbitro* 9. *ff. qui ſatiſdare cog.* ergo ab his judicibus ſive arbitris appellandi jus eſt, quia neque ultro & ſponte ſed jubente Magiſtratu, neque ut in compromiſſarios conſenſerunt, ſed ut in judices, quorum ſententia rem judicatam faciet, niſi appelletur. *d. l. ex conſenſu* 23. *ff. l. arbitro* 9. juncto *cap. ab arbitris* 11. *de off. deleg. lib.* 6. explicant ita Cujac. *lib.* 9. *obſerv. cap.* 23. & *conſult.* 12. cum pluribus Hillig. ad Donell. *lib.* 28. *cap. ult. litera C.* Parladorius *lib.* 2. *rer. quot. cap. ult. part.* 1 §. 2. *num.* 2. Hodie ſane apud nos ſententia arbitri compromiſſarii tanquam res judicata executioni mandatur ſalvo recurſu appellationis, quoad effectum devolutivum *l.* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* de qua plenius dicemus ad *l. a Divo Pio* 15. *hoc tit.*

§. XVII. Sequitur tandem apud Modeſtinum: *quod vel condemnatione vel abſolutione contingit.* Proponitur his verbis propria qualitas pronuntiationis judicis, finem controverſiæ imponentis, ſive, quod idem eſt, ſententiæ definitivæ, quæ non aliter rem judicatam facit, niſi condemnationem vel abſolutionem contineat. *l.* 3. *l. ex ſtipulatione* 7. *l. poſt ſententiam* 9. *C. de ſententiis & interlocutionibus. l. in hoc judicio* 27. *ff. fam. erciſc.* Hæc autem condemnatio vel abſolutio, quamvis olim ſæpe legitimis ſolemnibusque verbis conciperetur, de quibus ex profeſſo Briſſ. *lib* 5. *de form. pag. mihi* 535. & *pag.* 511. & *lib.* 2. *antiquit. cap.* 2. poſtea tamen obtinuit nihil intereſſe, qualibus verbis fiat, dummodo talia ſint, quæ de re deducta certo pronuntient, & litem judicent dirimantque, & conſequenter effectu ipſo, etiamſi non expreſſe abſolvant, vel condemnent. *l. in ſententiis* 59. *hoc tit. l.* 5. & *l.* 15. *tit.* 22. *Part.* 3. veluti ſi pronuntiatum ſit, reum nihil debere; eo enim ipſo abſolutus videtur. *l. quid tamen* 21. §. 1. *ff. de recept. & qui arbitr. recep.* ſicut e contrario intelligitur damnatus, ſi pronuntietur debere aut deliquiſſe, etiamſi condemnatio aut pœna non exprimatur. *l.* 1. §. *quorum* 4. *ff. ad S. C Turpilian.* juncta *l. ſi Prætor* 75. *ff. de judic.* Harmenopulus in *Promptuario juris lib.* 6. *tit.* 3. *ad finem.* dum tamen debiti quantitas, aut

pœnæ genus vel ex pronuntiatione ipſa, vel ex actis, ad quæ pronuntiatio referatur, vel denique ex auctoritate juris liquida ſit. *d. l. quidtamen* 21. §. *Pomponius. l.* 5. §. 1. *l. in ſententiis* 59. §. 1. *hoc tit. l.* 3. & 4 *C. de ſententiis quæ ſine quantitate.* §. *curare* 32. *inſt. de act.* idemque eſt, ſi pronuntietur reum damnandum, vel abſolvendum, ut ex *l. Æmilius* 38 *verſ. quia tamen ff. de minor. l* 5. §. *an libertas ff. de his quæ ut indign. d. l.* 4. *C de accuſ.* probat contra communem poſt alios Sarmiento *lib.* 1. *ſelect. cap.* 14. *num.* 3. Hilliger. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 2. *litera E.*

§. XVIII. Illud propoſitis conſequens eſt, in actionibus in rem & arbitrariis, in quibus in primis pronuntiatur & declaratur, rem actoris eſſe, aut ei obligatam aut per vim, vel metum extortam, & reſtitui eidem jubetur, nec condemnatio ſolemnis fit, niſi quo caſu res arbitrio judicis non reſtituitur. §. *præterea* 31. *inſt. de act.* §. *etſi in rem* 2. *inſt. de off. judicis. l. qui reſtituere* 68. *ff. de rei vindicat.* ideoque & prima illa pronuntiatio *arbitrium* dicitur, & a ſententia ſolemnitet condemnatoria fere diſtinguitur. *l. item* 14. §. *hæc autem* 4. *ff. quod metus cauſſa. l. arbitrio* 15. *ff. de dolo.* Unde & in eis actionibus arbitrium illud non eſſe ſententiam definitivam contendit Faber *lib.* 15. *conject. cap.* 1. & *lib.* 16. *cap.* 17. & *de err. Pragm. dec.* 18. *errore* 4. Verius tamen eſſe inſpecto effectu & juris ratione ſupra tradita, illud arbitrium & declarationem cenſeri ſententiam definitivam, quia litem judicat dirimitque. *l. ex diverſo* 35. §. 1. *ff. de rei vindicat.* indeque & fit res judicata, & effectus judicati naſcuntur; ut ego didici ex *l. ſi a te* 9. §. 1. *ff. de except. rei judicatæ.* notat Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 2. *litera D.* cademque ratione in actionibus præjudicialibus, in quibus judicis pronuntiatio ſolam declarationem ſtatus perſonæ continet ſine condemnatione ad reſtitutionem, quia nihil eſt quod reſtitui poſſit. *l. circa* 14. *ff. de probationibus.* Theophilus in §. *præjudiciales inſt. de act.* affirmare non dubito, pronuntiationem ipſam de ſtatu eſſe ſententiam definitivam, & effectu attento condemnatoriam, vel abſolutoriam; ideoque auctoritatem & effectus rei judicatæ habet. *l. ingenuum* 25. *ff. de ſtatu hominum. l.* 1. §. *ult. cum l.* 2. & 3. *ff. de agnoſcend. lib.* cum ſimilibus. quamvis id noſtrates nondum ſatis obſervent, ſicuti nec Donellus *lib.* 20. *comm. cap.* 8. ubi Hillig. *litera D.* Fab. *lib.* 19. *conject. cap.* 20.

§. XIX. Tandem Modeſtini aſſertioni jam propoſitæ non obſtat, quod ſcimus, jure Romano judices ſæpe in lite obſcura & dubia ſic pronuntiare ſolitos, *amplius deliberandum, vel nondum liquere:* eoque caſu ſpatium illis ad deliberandum dari debuiſſe. *l. Pomponius* 13. §. *ult. ff. de recept.* & *qui arbitr. recep.* interdum abſolute juraſſe, *rem ſibi non liquere. l. Divi* 27. §. *ult. in fine ff. de lib. cauſſa.* tuncque omnino judicandi neceſſitate liberari. *l. Pomponius* 36. *hoc tit.* juncta *l. ubi* 22. *C. ad l. Cornel. de falſis.* reſpiciuntque ad hanc formulam invulgati adhuc textus in *l. etſi quis* 14. §. *ſed interdum verſ. quod ſi judici ff. de relig. l. Labeo* 7. §. *ult. verſ. id Tubero ff. de ſupell. leg.* Plinius *lib.* 7. *epiſt.* 6. Marcianus Capella *lib.* 8. *de nuptiis Philologiæ.* ibi: *æquius igitur duco ampliandam diſcuſſionem tantum in ardentem ſitim aurium vibularum.* ſic enim obiter emendo pro eo, quod vulgo legitur: *aurium vibidarum.* illuſtrant ex aliis quos non tranſcribo præter congeſtos ab Hillig. ad Donell. *lib.* 26. *cap.* 1. *litera E.* & ex noſtratibus Pichardo in *manuduct. part.* 2. *in præludiis* §. 2. *num.* 15. Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 2. *cap.* 11. *num.* 15. late Budæus in *annot. prioribus ad l.* 2. *ff. ſi quis cautionibus.* Turnebus *lib.* 1. *adverſ. cap.* 3. Cujac. *lib.* 6. *obſerv cap.* 27. P. Faber ad *l.* 2. *de orig. jur. part.* 2. *pag. mihi* 86. Pancirol. *lib.* 1. *theſauri variarum cap.* 33. reſpondendum enim breviter eſt, quod cum ipſa ampliatio & verbum *non liquet* in ſententia *non ſit damnantis; ſed dubitantis*, ut ait Seneca *lib.* 1. *controverſia* 3. quia qui rem ſibi non liquere pronuntiat, nec litem judicat, nec controverſiæ finem imponit, non fit ea forma pronuntiationis res judicata, aut ſententia definitiva. *l. ult. C. de ſent. quæ ſine quant. certa.*

PARS SECUNDA.

CAPUT PRIMUM.

Ad l. poſt rem judicatam 56. de Re Judic. ſive *ad Secundam Tituli noſtri Partem, De effectu ſententiarum, & judicati actione, atque exceptione.*

§. I. Revocat nos primaria altera pars tituli noſtri; & in Scholæ, ſorique uſu nobiliſſima de effectu ſententiarum, quæ in judicatam rem tranſierunt, ſive de auctoritate rei judicatæ in fine controverſiæ imponendo, de quo pauca notioraque in commune ſcripſimus ſupra §. 10. & 11. ad *l.* 1. *hoc tit.* nunc autem, ut a capite & ex profeſſo rem explicemus, meminiſſe oportebit, ex fine illo controvertendi, quem lis judicata accipit, pendere & proficiſci duplicem atque utrumque primarium effectum rei judicatæ, alterum judicati actionis, quæ contra condemnatum tribuitur, alterum vero exceptionis rei judicatæ, quæ reo abſoluto datur, non ſane alia ratione, quam quia lis finem non acciperet, niſi condemnatio vel abſolutio & judicati auctoritas, per quam dirimitur, per hos effectus ad effectum perduceretur. noſtra *l. poſt rem judicatam* 56. *l.* 2. *C. hoc tit. l. ſingulis* 6. *ff. de exceptione rei judic.* cui jungendus Hotmanus *lib.* 6. *obſerv. cap.* 23. quare ut de utroque effectu non vulgariter diſſeramus, atque in primis de actione judicati, & novationis neceſſariæ origine, obſervandum eſt, litigatores in lite conteſtanda convenire intelligi, ut judicato ſtetur, nec actorem duntaxat ſed etiam reum; quia quamvis invitus judicium accipiat. *l. inter* 83. §. 1. *ff. de V. O.* poſtquam tamen ſemel accepit quamvis coactus, id maluiſſe atque ita conveniſſe creditur. *arg. l. ſi mulier* 21. §. *ſi metu ff. quod metus cauſſa.* eſt autem hæc conventio non tantum tacita ex præſumpta mente litigatorum in lite conteſtanda, ſed expreſſa quodammodo, tum per ſtipulationem judicatum ſolvi. *l.* 1. §. 1. *ff. de Prætor. ſtipulationibus. l. pen. ff. judicatum ſolvi.* Tum etiam quod nec vulgo adhuc notum, nec ad rem notatum, juxta veterem judiciorum morem ſolemnibus verbis, quibus actor & reus in lite conteſtanda ſeſe judicem ferre teſtabantur, id eſt, litem judicio & judicis ſententiæ permittere, ut probat Briſſon. *lib.* 5. *de ſerm. pag.* 413. Et niſi ſecundum ſe judicatum eſſet, uterque certam pecuniam ſpondebat, & plerumque decimam partem litis fide ſua religioſe apud Pontifices obligata. Denique & ſponſionis ſuæ pignus in ſacro deponebant, quod victor auferret, victus autem in ſacro relinqueret: Unde & *ſacramentum* id vocabatur. Textus hinc explicandi in *princ. inſt.* & §. 1. *verſ. hæc autem*, ubi Theophilus, *inſt. de pœna temere litig. l.* 3. *C. Hermog. de calumn. Novella de Litigioſis* 112. *cap.* 2. *Authent. generaliter C. de epiſcop. & cler.* videndus Cujac. *lib.* 7. *obſerv. cap.* 5. & *lib.* 27. *cap.* 21. & præter congeſtos ab Hilligero ad Donell. *lib.* 24. *cap.* 3. *litera E.* & *lib.* 23. *cap.* 9. *litera*

ra

ea Z. Budæus in *annotationibus prioribus ad l. 2. §. vindicias ff. de orig. jur.* Pithœus *lib. 1. adverſariorum cap.* 18. Gutherius *lib. 4. de jure Pontificio cap.* 21. Rævardus ad *Leges XII. Tabb. cap.* 6. & *protribunalium cap.* 10. Pancirol. *lib. 1. theſauri variar. cap.* 33. Petr. Gregor. *lib. 23. Syntagmatum cap. 3. num.* 7. Heraldus ad Arnobium *lib. 4. adverſus gentes pag.* 173. Roſinus *lib. 9. Antiquit. cap.* 13. Heringius *de fidejuſſ. cap. 4. num.* 47. ad quas ſtipulationes, ſponſionesque reſpiciens forſitan JCtus in *l. 3. §. idem ſcribit ff. de peculio.* ſtipulationi comparat contractum, qui ex judicio accepto reſultat, nempe quia & iſte naſcitur ex ſolemnibus repromiſſionibus de ſtando judicatis.

§. II. Ergo litigatorum judicio contrahentium animus, & conventionis judicialis finis cum non ſit alius, niſi ut judicato ſtetur, conſequens eſt, ſi quidem reus abſolutus ſit, dari ei exceptionem rei judicatæ contra actorem, ſi denuo petat. *d. l. ſingulis 6. ff. de except. rei judicatæ.* & tamen quia neque ſuperiuri conventioni, & repromiſſioni, neque judicato ipſi ineſt acceptilatio, neque ex iisdem reo abſoluto contingere poteſt novatio, cum nulla nova ex abſolutione naſcatur actio, in quam prior transfundatur. *§. præterea inſt. quib. modis tollitur. oblig.* non liberatur reus abſolutus ipſo jure, neque actio contra eum extinguitur niſi per exceptionem. *§. item ſi in judicio inſt. de except.* juncta *l. ſi unus 27. §. pactus ff. de pact.* Si vero condemnatio ſequuta ſit, effectus ſuperioris contractus eſt, tum ut ex eo contractu contra condemnatum naſcatur nova obligatio & actio, quæ judicati dicitur, quia judicato ſtare compellit. *l. 4. §. ait Prætor hoc tit. l. 1. C. de recept. arbitr.* & quia quamvis ex contractu judicii naſcatur, tamen ſub conditione naſcitur, quam contractus ille habet, nempe ſi judicamm ſit, & condemnatio ſequuta. *l. ſtipulatio 21. §. habet 2. ff. de oper. nov. nunt.* Tum etiam ut quoniam judicato ſtari voluerunt, & proinde eo ita litem finiri, ut nihil amplius poſtea quæratur, niſi an judicatum ſit. noſtra *l. poſt rem 56.* id etiam actum inter judicio contrahentes videatur, quod ad novatinnem ante Juſtinianum ſufficit. *§. præterea inſt. quibus modis tollitur oblig. l. 2. ff. de novat.* nempe, ut tota prior obligatio in judicium deducta perimatur, & tranſeat in condemnationem, ſive obligationem judicati. *l. ſi fundus 16. §. ſi pluris ff. de pignor.* idque eſt, quod dicitur, litis conteſtatione per judicati actionem, quæ ex judicio accepto poſt impletam conditionem condemnationis naſcitur, priorem obligationem & contractum novari. *l. ult. C. de uſur. rei judic. l. delegare 11. l. aliam 29. ff. de novat. d. l. 3. §. idem ſcribit ff. de peculio.* eamque novationem neceſſariam, quia ex neceſſitate ſuſcipiendi judicii proficiſcitur, & ut a voluntaria diſtinguant, quæ ex mera voluntate contrahentium pendet. *d. l. aliam 29. l. ult. ff. de ſeparat.* vocant recte & agnoſcunt, quamvis non ſatis explicent, noviores Cujac. in *recit. ad tit. C. de uſur. rei judicatæ.* Donellus in *rubr. C. de novat. num. 9. & ſeqq. & lib. 12. comm. cap. 14. & lib. 16. cap.* 20. Atque ntrobique Hillig. in *notatis.* Hotmanus in *l. 1. C. de judic. & lib. 4. obſerv. cap.* 5. A. Fab. perperam tamen novationem litis conteſtationis a novatione judicati diſtinguens, & duas novationes comminiſcens, ubi una ſola eſt, reſultans ex contractu judicii accepti ſub conditione condemnationis, *lib. 16. conject. cap. 14. & de error. Pragm. dec. 78. errore* 4. rectiſſime noſter Valentia *illuſtr. lib. I. tractatu 4. cap. 6. num. 11. & lib. 2. tractatu 2. cap.* 9.

§. III. Illud nondum eſt a noſtratibus ſatis expoſitum, qua ratione novatio hæc neceſſaria reſultet ex contractu judicii accepti, in quo vel ſola tacita, vel ſaltem non ſolemnis conventio eſſe vulgo intelligitur, cum tamen conſtet, novationem non fieri niſi per ſtipulationem, quia in ea vix juris vinculum eſt ad perimendam & transfundendam veterem obligationem, non autem alio pacto aut contractu, qui plerumque ad factum refertur. *l. ſi unus 27. §. pactus ff. de pactis. l. 1. C. de novat. l. avia 6. C. de jure dot.* ſed non vulgari huic objectioni præter vulgarem morem & mentem faciemus ſatis, ſi obſervemus, nuvationem fieri poſſe non tantum ſtipulatione, ut vulgo creditur; ſed etiam quacumque alia verborum obligatione. *l. 2. ff. de novat. l. 3. in fine C. eodem tit.* fuit autem jure vetere verborum obligatio præter ſtipulationem etiam dotis dictio, per quam mulier nuptura, aut ejus pater debitorve nulla interrogatione præcedente dotem marito promittebant ſolemni verborum formula, veluti *centum tibi doti erunt.* ut docet Cajus *lib. 2. inſt. tit. 17. §. ſunt & aliæ.* Ulpianus in *fragm. tit.* 6. quibus conſequens eſt, noſtrum illud paradoxum, nempe fieri novationem dictione dotis, ſi mulieris nupturæ debitor ab ea marito delegatus juſſu mulieris, quod ei debet, doti dixerit. *d. l. ſi rem 31. §. ult. verſ. aut mulier ff. de novat. l. ſi mulier 59. §. ex aſſe ff. de jure dot.* ſi animadvertas, in his locis pro *doti dicere*, quod latinum & frequens JCtis fuit, eſſe inuſitate ſcriptum *doti promittere*, ut docuimus plene ad *rubr. de V. O. §.* 6. ergo eodem exemplo ut reſpondeamus, cum contractus judicii accepti, ejuſdemque obligatio conſtet ſolemnibus verbis, quibus litigatores judicem ferre, eique & judicato ſe ſtaturos pollicentur, ut monuimus ſupra §. 1. eidemque contractui poſt conditionem condemnationis accedat juris vinculum, & auctoritas ſumma rei judicatæ, mirum non eſt, eo modo fieri novationem; ſicut dictione vel ſtipulatione. *d. l. ſi unus 27. §. pactus ff. de pact.*

§. IV. Suppoſita & expoſita jam novationis neceſſariæ & judicati actionis origine & natura, reliqunm eſt, ut ex eisdem principiis univerſum jus eo pertinens propriis illationibus explicemus. In primis ergo ex eo, quod diximus, neceſſariam hanc novationem eſſe, quia proficiſcitur ex contractu judicii, quod non tantum reus invitus accipit, ſed & actor ex neceſſitate ſuſcipit, ut ſuum conſequatur. *l. ult. ff. de ſepar. l. inter 83. §. 1. ff. de V. O.* generaliter & proprie inſertur, hactenus duntaxat novationis hujus effectus extendi, quatenus actori proſint potius quam noceant, eumque ſenſum & rationem habet, quod dicitur, actorem conteſtando litem non facere deteriorem ſuam conditiooem, ſed plerumque meliurem. *l. non ſolet 86. cum l. ſequenti ff. de reg. jur. l. aliam 29. ff. de novat.* qua juris regula, & ratione nituntur differentiæ inſigniores inter novationem neceſſariam & voluntariam, quippe in neceſſaria, quia litem conteſtando non fit deterior actoris conditio, neque amittitur jus ſeparationis impetrandæ. *d. l. ult. ff. de ſeparat.* neque jus compenſandi debiti in litem deducti. *l. in compenſationem 8. ff. de compenſat.* neque pignus prioris obligationis quamvis extinctæ & in judicati actionem translatæ liberatur. *l. grege 13. §. etiam ff. de pignoribus. l. ſolutum 11. ff. de pignerat. actione. l. unic. §. etiam ob chirograph. pecuniam. l. quamvis 8. C. de pignor.* neque uſurarum curſus ceſſat. *l. lite 35. ff. de uſuris. l. 1. C. de judiciis. l. in bonæ fidei 13. C. de uſuris. l. ult. C. de uſur. rei judicatæ.* neque promiſſa pro uſuris pœna. *l. cum ſtipulati 90. ff. de V. O.* neque privilegium prioris obligationis, veluti dotis aut tutelæ, perit, ſed transfertur in judicati actionem. *d. l. aliam 29. l. argentarium 45. §. 1. ff. de judic. l. defenſor 22. ff. de tut. & rat. diſtrab.* juncta ex *eod. lib. 13. quæſt. Pauli l. nemo 87. ff. de reg. jur.* quæ tamen ſingula diverſa ſunt in novatione voluntaria. *l. ſi creditor 15. l. novatione 18. l. emptor 27. d. l. aliam 29. ff. de novat. l. ſolutum 11. §. 1. ff. de pignor. actione. d. l. unic. C. etiam ob chirograph. pecuniam. l. 2. verſ. quare ff. de privileg. credit.* alias *l. quæſitum 17. ff. de reb. auct. judic. poſſ. l. 1. §. illud 10. ff. de ſeparat. §. præterea inſt. quib. modis toll. oblig.* nempe quia ex voluntate & conſenſu fit, & conſequenter deficit ratio neceſſitatis, ob quam in neceſſaria novatione æquum videtur, deteriorem actoris conditionem non fieri. elegans ad rem tex-

textus in l. poſt mortem 5. ff. quando ex facto tutoris. juncta l. 3. §. in eum ff. de adminiſtratione rerum ad civitates pertin. l. procurator 67. ff. de procuratoribus. quas explicat Cujac. ad reſponſa Papiniani lib. 1. in d. l. 3. §. in eum, & lib. 5. in d. l. poſt mortem 5. & lib. 20. obſerv. cap. 39.

§. V. Secundo ex eo, quod diximus, novationem neceſſariam ex contractu judicii accepti fieri ſub conditione, ſi condemnatio ſequuta ſit, non pauca utiliter deducuntur, quale illud eſt, ut quin novatione conditionali prior obligatio non perimitur ante conditionem. l. ſi Stichum 8. §. 1. l. quoties 14. ff. de novat. l. pecuniam 36. ff. de rebus cred. §. præterea inſt. quib. modis tollitur oblig. nec perimatur etiam litis conteſtatione ante condemnationem. Unde & ante eam lite conteſtata a vero debitore ſolutum non repetitur tanquam indebitum. l. Julianus 60. ff. de condict. indeb. l. eo tempore 50. §. etiam ff. de peculio. & obligationi in judicium deductæ, ut pote adhuc manenti, etiam poſt litem conteſtatam accedere fidejuſſor poteſt. l. græcæ 8. §. & poſt litem ff. de fidejuſſor. d. l. eo tempore 50. §. etiam. quæ explicandæ ſic ſunt ex traditis a Cumano in d. l. aliam 29. num. 9. & ſeqq. quamvis aliter Cujac. lib. 9. quæſt. Papiniani in d. l. eo tempore 50. §. etiam. Faber lib. 11. conject. cap. ult. in fine, & lib. 16. cap. 14. poſt alios Heringius de fidejuſſoribus cap. 5. num. 63. & cap. 20. §. 3. num. 15. Valentia lib. 1. tractatu 4. cap. 6. num. 13. Deinde & illud ſequitur, ut quemadmodum in aliis novationibus conditionalibus deficiente conditione novationis manet prior obligatio. d. l. pecuniam 36. ff. de reb. creditis. l. in perſonam 30. §. ult. ff. de pact. ita etiam maneat actio in judicium deducta, & ipſo jure obligatio, ſi conditio condemnationis deficiat, veluti ſi verus debitor abſolutus ſit. §. item ſi in judicio inſt. de except. l. Julianus 60. ff. de condictione indeb. l. procurator 8. §. 1. ff. ratam rem hab. & ideo poſt abſolutionem antiqua actio denuo in judicium deduci poteſt, & quidem cum effectu in ſpecie l. cum a te 25. ff. de dolo. juncta l. Lucius 46. §. tutelæ ff. de admin. tutorum. l. in diem 7. §. 1. ff. de compenſat. quamvis diverſum ſit, quando abſolutus debitor fuit, eo ſuppoſito, quaſi nec præceſſiſſet contractus, ex quo obligatio aut actio naſceretur, ut in ſpecie l. ſervus 20. §. ult. ff. de dolo. quam ita poſt Cujac. ibi lib. 11. Pauli ad Edict. componit & exponit latius Valentia lib. 2. tractatu 2. cap. 9. num. 4.

§. VI. Unde etiam explicandus eſt obſcurus textus in l. ſi fundus 16. §. creditor ff. de pignor. ubi & poſt ſententiam, per quam creditori hypotheca adjudicata eſt, ſupponitur, agendum eſſe hypothecaria actione, & conſequenter non perimi eam, aut novari litis conteſtatione, nec transferri in actionem judicati, etiam poſt conditionem condemnationis. Idque ita generaliter eo argumento & aliis, quæ jam ſupra expoſuimus, docent poſt Accurſ. in d. §. creditor Bart. ibi, & in l. nepoti 6. ff. de inſtruct. & inſtrum. leg. Baldus num. 3. & Caſtr. num. 2. in d. l. ult. C. de uſur. rei jud. Jaſo poſt alios num. 14. in l. 1. C. de judic. Albericus in l. ſi marito 31. §. ſi voluntate ff. ſolut. matr. Fulgoſius parum ſibi conſtans in l. grege 13. §. etiam ff. de pignor. & in l. Julianus 60. num. 7. ubi Jaſon num. 9. ff. de condictione indeb. & ex novioribus Briſſ. lib. 2. de ſolut. titulo de novatione pag. mihi 224. ſed retenta noſtra aſſertione, quam & ſatis ſupra firmavimus §. 2. rejecta etiam noviorum expoſitione, qui novationem factam non fuiſſe ſcribunt, quia abſolutus reus fuit, quod falſum eſt, quia judicatum fuit ſecundum actorem. d. §. creditor in fine. reſpondendum breviter eſt, ideo ibi hypothecariam actionem etiam poſt ſententiam condemnatoriam manere, quia proprium & ſpeciale jus eſt hypothecariæ actionis, ne tollatur, niſi ſolutum ſit aut ſatisfactum creditori, neutrum autem fit judicato. l. grege 13. §. etiam ff. de pignor. ita interpretatur Fab. lib. 16. conject. cap. 14. quamvis idem poſtea cum textum in d. §. creditor Triboniani eſſe ſcribat de err. Pragm. dec. 92. err. 10. & e contrario Fabri interpretationem ſibi uſurpent noviores ex noſtratibus Anteceſſoribus poſt Hillig. ad Donell. lib. 27. cap. 2. lit. D.

§. VII. Tertio denique ex eo, quod diximus, condemnatione ſequuta novationem cum effectu fieri, & obligationem in judicium deductam transferri in actionem judicati, quæ poſt judicatum ex contractu judicii accepti naſcitur, duo vel colliguntur, vel intelliguntur. Primum eſt, ſi obligatio alia vel actio occurrat, quæ in judicium deducta non ſit, & ſit diverſa omnino ab ea, de qua pronuntiatum eſt, eam utique novatione judicati non perimi; ſed etiam poſt condemnationem manere, veluti naturalis obligatio ſervi etiam lite cum domino conteſtata. d. l. eo tempore 50. §. etiam ff. de peculio. l. cum quis 38. §. de peculio. l. egiſti 84. ff. de ſolut. & actio contraria commodati aut locati etiam poſt directam in judicium deductam, & judicato peremptam. l. 2. ff. de condict. ſine cauſſa. l. in commodato 17. §. ult. l. rem 21. ff. commodati. ubi Faber in Ration. Valentia d. cap. 9. num. 3. & lib. 1. tract. 4. cap. 5. num. 10. & cap. 6. num. 14. & quælibet antiqua actio debiti in conſtitutum deducti, etiamſi ex conſtituto lis conteſtata & condemnatio ſequuta ſit. l. item 18. §. ult. ff. de conſtituta pecunia. juncta l. fundum 28. ff. de novat. quas ita interpretor, quamvis perperam illis abutatur contra aſſertionem noſtram Briſſ. lib. 2. de ſolut. tit. de novat. pag. 224. Secundum eſt, obligationem in judicium deductam adeo poſt novationem condemnationis extingui, ut & antiquus debitor liberetur, ſi alius tanquam illius defenſor ejusque liberandi animo judicium ſuſceperit, & condemnatus ſit. l. ſolutione 23. ff. de ſolut. l. ſi pro patre 10. §. 1. ff. de in rem verſ. l. delegare 11. ff. de novat. & ut deinceps ſola attendatur natura judicati actionis, quæ quia ex contractu litis conteſtatæ naſcitur, datur in patrem de peculio, etiamſi origo & cauſſa obligationis, ex qua filius condemnatus eſt, fuerit pœnalis. l. 3. §. idem ſcribit ff. de peculio. l. etſi condemnatio 35. ff. de noxalib. explicat utrobique poſt Antiquiores Fab. in Ration. & de erroribus Pragm. dec. 78. err. 4. Donell. in l. 3. num. 4. C. de S. C. Maced. in qua tamen regula excipiuntur propriis rationibus duo caſus. Unus eſt in l. qui id quod 33. ff. de donat. l. Neſennius 41. §. ult. hoc tit. ubi privilegium ejus, qui ex donatione convenitur, ne condemnetur, ultra quam facere poteſt, manet etiam poſt condemnationem, quamvis jam tunc non tam ex donatione, quam ex contractu judicati actio ſit, nempe quia id privilegium executionem tempusque judicati reſpicit. l. rei judicatæ 15. l. ex diverſo 17. §. ult. ff. ſolut. mat. l. verum 63. §. tempus ff. pro ſocio. Alter caſus eſt in l. item ſi cum exceptione 14. §. quatenus verſ. quid ſi homo, & verſ. etſi poſt ff. quod metus cauſſa. ubi debitor ſervi, qui eo mortuo poſt moram & ante ſententiam non liberaretur, quia nec mora ipſa poſt litem conteſtatam emendari poteſt. l. ſi inſulam 84. ff. de V. O. & multo minus poſt novationem condemnationis. l. 3. ubi ratio in verſ. cæterum ff. de uſuris. exponunt poſt Cujacium ibi lib. 20. quæſt. Papiniani. Donellus lib. 20. comm. cap. 5. §. 3. Faber lib. 7. conject. cap. 1. liberatur tamen ſervo mortuo poſt condemnationem intra tempora judicati actionis, quantum ſcilicet boni conſulere debet actor, etiamſi æſtimatione ſervi careat, cum tripli pœnam per judicati actionem conſequntur. arg. l. eum qui 30. de jurejur. juncto d. §. quatenus verſ. quid ſi homo. quem ſic interpretantur poſt Albericum ibi. Donellus in l. 2. num. 10. C. unde vi. Hillig. ad Donellum lib. 15. cap. 38. lit. S. quamvis aliter poſt alios Pichardus in §. quadrupli num. 10. inſt. de act. Aliter atque audenter Faber totum illum §. quatenus Triboniano adſcribens in Ration. ibidem, & lib. 16. conject. cap. 19. & de erroribus Pragm. dec. 89. err. 10. Schifordegherus ad Fabrum lib. 1. tract. 24. quæſt. 10

§. VIII.

§. VIII. Accedat ſuperioribus tanquam ſequela propria, & adpendix ignota in hoc tractatu neque ignobilis quæſtio, an ſcilicet juramento a parte parti delato, ſi actor juraverit ſibi deberi aut dari oportere, novatio etiam ſicut judicato fiat, ita ut prior obligatio in juramentum deducta perimatur, & transferatur in actionem in factum, quæ ea juramento ad ſimilitudinem judicati competit. *l. actori* 8. *C. de rebus creditis.* §. *item ſi quis poſtulante* 11. *inſt. de actionibus.* in qua quæſtione non fieri proprie novationem per juramentum, & actionem, quæ ex eo naſcitur, accumulari ſive accedere antiquæ obligationi adhuc manenti, nec peremtæ aut transfuſæ in juramentum, conſtans communisque ſententia eſt, quam poſt Accurſium Bart. Caſtr. & alios ſequitur Jaſo in *l. qui juraſſe* 26. §. *ult. ff. de jurejurando.* Cujac. *ibidem lib.* 18. *Pauli ad Edict.* Duarenus *ad titulum ff. de jurejurando cap.* 31. Donellus *lib.* 24. *comm. cap.* 16. *&* 17. & Hilligerus in *notatis d. cap.* 16. *lit. D.* e contrario vero fieri novationem expreſſum videtur in *l. qui juraſſe* 26. §. *ult.* juncta *l. huic enim* 21. *de jurejurando.* & ſuadet non leviter juris ratio, tum quia juramenti, de quo loquimur, eadem eſt aut major auctoritas, quam rei judicatæ. *l.* 2. *ff. de jurejurando. l. ſi deferente* 13. *ff. quibus modis pignus vel hypoth. ſolvitur.* & ſimiliter judicio accepto ſive litis conteſtationi delatio juramenti comparatur. *l. nam poſtea* 9. §. *ſi is qui* 3. *d. l. qui juraſſe* 26. §. *ult. l. tutor* 35. §. 1. *ff. de jurejurando. l.* 1. *ff. quarum rerum actio non datur.* Tum etiam, quia delationi juramenti ineſt conventio expreſſa de diſcedendo a controverſia, quaſi ſub conditione ſi juratum ſit. *l. ult. ff. de jurejurando. d. l.* 1. §. *ſi petitor ff. quarum rerum.* & conſequenter actum videtur, ut exiſtente conditione juramenti nihil amplius quæratur, ut in noſtra *l. poſt rem judicatam* 56. ſed tota prior obligatio novetur & transferatur in obligationem & actionem, quæ poſt juramentum naſcitur ex conventione illa delationis. *l. ſed & ſi ſervus* 25. *d. l. qui juraſſe* 26. §. *ult. l. ult. ff. de jurejurando. l. depoſiti* 5. §. *ſi filius ff. de peculio.* quapropter cum & delatio ipſa conventioque ſolemnibus juris verbis & auctoritate conſtet; de quibus Briſſ. *lib.* 5. *de formulis pag.* 515. *& ſeqq.* conſequens etiam eſt, novationem fieri juramento, ſicut in judicato diximus ſupra §. 2. & 3. idque ita ſentit, quamvis non ſatis probet aut firmet Cujacius in *d. l. actori* 8. *C. de reb. cred.* & poſt alios apud Hillig. ad Donell. *lib.* 24. *cap.* 16. *lit. D.* Briſſ. *lib.* 2. *de ſolut. pag. mihi* 225. noviſſime Faber *parte* 3. *Ration.* in *d. l. qui juraſſe* 26. §. *ult.*

§. IX. Qua ſententia retenta pretium operæ erit, ut expendamus breviter, ſimulque exponamus, quæ contra illam pro communi ſupra relata argumenta juris occurrunt. Inter quæ primum & præcipuum eſt ex *l. eum qui* 30. *ff. de jurejurando.* ubi in *verſ. cum omiſſa* ſignificatur, etiam poſt juramentum manere integram antiquam actionem, & conſequenter nec novari, nec perimi; ut docent & deducunt eo argumento tanquam decretorio abutentes poſt Accurſianos omnes Cujac. ſecum pugnans *lib.* 18. *Pauli ad Edict.* in *d. l. eum qui* 30. cum aliis Hillig. *d. cap.* 16. *lit. N.* ſed longe alius ſenſus eſt *d. verſ. cum omiſſa.* nempe ut maneat integra antiqua actio actori, qui omiſit partem edicti illam, ſcilicet de juramento delato ſuſcipiendo, vel referendo juxta *l. jusjurandum* 34. §. *ait Prætor cum* §. *ſequenti. l. manifeſte* 38. *ff. de jurejurando. l. delata* 9. *C. de reb. cred.* & jurare recuſavit non immerito, volens potius apertis probationibus inficiantem reum convincere, & duplum conſequi. *d. l. eum qui* 30. quam ita interpretatur Faber in *Ration. ibidem.* quamvis aliter Cujacius *ibi*, & *lib.* 19. *Pauli ad Edict.* in *l. ut tantum* 14. *ff. de ſervo corrupto.* Balduinus *ad l. Aquil. pag. mihi* 251. nec magis pro communi ſtat, aut nobis obſtat textus in *l. ſi duo* 13. §. *ſi quis juraverit* 3. *cum duobus* §§. *ſeqq. ff. de jurejurando.* ubi etiam poſt juramentum datur actio pignoratitia, aut ex empto, quippe omiſſis traditis a Cujacio in *d. l. actori* 8. *C. de reb. cred.* Vultejo apud Hillig. *d. cap.* 16. *lit. D.* Pichardo in §. *item ſi quis poſtulante* 11. *num.* 64. *&* 95. *inſt. de act.* rejecta etiam vulgari diſtinctione, de qua multis poſt Donell. Hillig. *d. cap.* 16. *lit. F.* reſponderi forſitan poteſt, ideo in *d.* §. *ſi quis juraverit cum ſeqq.* antiquam actionem juramento non novari, quia nec nova actio ex juramento ibi naſcitur ea ratione, quia non eſt juratum de jure debiti vel dominii, ſed de mero facto venditoris, aut pignoris. Quæ etiamſi præceſſerit, non tamen neceſſario ſequitur, partem deberi, nec emptori, niſi pretium offerat, *l. Julianus* 13. §. *offerri ff. de act. empt.* neque ei, qui pignori dedit, niſi debitum ſolvat. *l. ſi rem* 9. §. *omnis ff. de pignorat. act.* proinde cum jusjurandum nec aliter nec ultra operetur, quam quatenus juratum eſt. *l. ſed ſi poſſeſſori* 11. *d. l. eum qui* 30. §. *ſi mulier ff. de jurejurando.* erit in propoſito duntaxat vice probationis, ſcilicet ut probato facto emptionis aut pignoris per juramentum juxta *l.* 5. §. *dato. d. l. ſed ſi poſſeſſori* 11. §. *ult. ff. de jurejurando.* ſalva maneat de jure debiti antiqua actio ex empto aut pignoratitia. *d.* §. *ſi quis juraverit* 3. *cum ſeqq.* ubi ſentit ita aut præſentit Faber in *Ration.* Poſtremo ad rem non pertinet, quod ſcriptum eſt in *l. ſed & ſi* 7. §. *ſi petenti ff. de Publiciana.* ubi ideo Publiciana actio datur poſt juramentum, quia ſupponendum neceſſario eſt, poſt rem petitori, qui ſuam eſſe juravit, traditam actione in factum ex juramento, ut in *l. nam poſtea* 9. §. *ult. ff. de jurejurando.* amiſiſſe eum poſſeſſionem, & conſequenter dari & naſci tunc Publicianam, quæ præcedente juramento novari aut perimi non potuit, aliter atque ſi poſſeſſor ipſe juraſſet, rem ſuam eſſe. *d. l. ſed ſi poſſeſſori* 11. §. 1. quemadmodum eadem ratione etiam de eo, quod deberi juratum eſt, agitur de conſtituto, nimirum ſi poſt juramentum deducatur in conſtitutum. *l. illud* 25. §. 1. *ff. de conſtituta pecunia.* ubi ſic contra Claſſicos & Fabrum in *Ration.* explicat Cujacius *lib.* 8. *quæſt. Papiniani*, & in *d. l. actori* 8. *C. de reb. credit.*

§. X. Illud fortaſſe electum, elegansque ex propoſitis ſupra de effectu probationis judicati corollarium adjicimus, nempe pendere hinc explicationem textus in hoc tractatu nondum expenſi in *l. qui libertinus* 37. §. *non ſolum* 5. *cum ſequenti ff. de oper. lib.* ubi docemur, libertum, qui ab obligatione operarum liberari ſolet propter liberos poſtea ſuſceptos ex *lege Julia*, ut in *d. l. libertinus* 37. *in princ.* non tamen liberari, ſi poſtquam operarum nomine, cum eas non præſtaret, in æſtimationem condemnatus eſt, liberos ſuſceperit, *quoniam jam pecuniam debere cœpit*, ut ſcriptum eſt in *d. l. qui libertinus* 37. §. *Julianus* 6. id eſt, quoniam novatione per condemnationem facta antiquæ obligationis operarum, æſtimatio earum actione judicati deberi cœpit; non autem operæ ipſius in ſpecie, a quarum præſtatione lex Julia liberat. *d. l. qui libertinus* 37. *in princ. l. nec patronis* 6. *C. de oper. lib.* Unde & diverſum eſt ante condemnationem, quamvis jam præteritarum operarum nomine lis conteſtata ſit, quia cum ante conditionem condemnationis exiſtentem novatio cum effectu non fiat, manet adhuc vetus obligatio operarum in judicium deducta, a qua liberatur libertus propter liberos poſtea ſuſceptos. *d. l. qui libertinus* 37. §. *non ſolum* 5. *cum ſequenti.* juxta quam diſtinctionem conciliari etiam ad rem poſſunt textus alioquin pugnantes in *l.* 4. *& l. ſi operarum* 29. *ff. de oper. lib.* in qua poſtrema traditum eſt, ſi operarum officialium nomine actum judicio fuerit cum liberto, & lite conteſtata ante condemnationem patronus deceſſerit, *tranſlationem heredi extraneo non eſſe dandam.* id eſt, judicium cœptum, conteſtatumque ad heredem extraneum non transferri, quoniam ante condemnationem, cum conditio condemnationis nondum extiterit, manet vetus obligatio operarum officialium, quæ neque alii quam patrono deberi poſſunt, neque peti ab extraneo, etiamſi heres ſit. *l. fabriles* 6. *l. operæ* 9. *ff.*

de oper. lib. l. liberti 10. *C. eod. tit. l. pro herede* 20. §. *ſi quid tamen ff. de adquir. her. l. ſi patroni* 55. *ff. ad S. C. Trebell.* Cæterum poſt condemnationem etiam ad heredem extraneum operarum officialium præteritarum petitio cum effectu tranſit. *l.* 4. *ff. de oper. libert.* quoniam, ut ibi ſcriptum eſt, *perinde operæ a libertis, ac pecunia credita petitur*, ſcilicet poſt condemnationem, qua ſequuta in actione judicati non tam operæ in ſpecie, quam pecuniaria earum æſtimatio deberi incipit. *d. l. qui libertinus* 37. §. *Julianus* 6. *d. l.* 4. quam ita interpretor rejecta opinatione Cujacii, qui *lib.* 17. *obſ. cap.* 14. & *lib.* 20. *quæſt. Papiniani* in *d. l. ſi patroni* 55. *ad S. C. Trebell.* negationem temere tollit in *d. l. ſi operarum* 29. *in princ.*

§. XI. Jam vero ut & pergamus, propius cum Ulpiano in noſtra *l. poſt rem judicatam* 56. in explicando effectu, & auctoritate judicati, obſervandum breviter eſt, uſque adeo verum eſſe, poſt rem judicatam nihil amplius quæri, niſi an judicatum ſit, ut ſi ea judicati cauſſa ab eo, qui eum non deberet condemnatus eſt, ſolvatur non poſſit repeti quaſi indebitum. *l. ſi fidejuſſor* 29. §. *in omnibus ff. mandati. l.* 2. *C. de compenſat. l.* 1. *C. de condictione indeb. l.* 14. *tit.* 33. *Part.* 5. & ideo cum de indebiti repetitione tractant juris auctores, exprimere ſolent, an per judicem, vel ſine judice ſolutum ſit. *l. ſervo* 58. *ff. de condictione indeb. l. procurator* 8. §. 1. *l. ſi ſine judice* 22. *in princ.* & §. *quod ſi procurator cum* §§. *ſeqq. ff. rem rat. hab. l. cum putarem* 36. *ff. fam. erciſc.* dum tamen ſcilicet ſententia, ex cujus cauſſa ſolvitur, non fuerit per aliam ſententiam revocata. *l. cum ex cauſſa* 11. *ff. de appell.* & condemnatio vel de facto ſaltem præceſſerit, quamvis jure non tenuerit. *d. l. cum putarem* 36. *l. de qua re* 74. §. *ult. ff. de judiciis.* aliter atque ſi prætextu condemnationis, quæ nec de facto quidem præceſſerat, quaſi debitum ſolutum ſit; tunc enim repeti poteſt. *l. ſi non ſortem* 26. §. *ſi quis quaſi ff. de condictione indeb.* explicant præter laudatos a Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 8. *num.* 2. & *ſeqq.* Cujac. *lib.* 9. *reſp. Pap.* in *d. l. ſervo* 58 *ff. de condictione indebiti*, & *lib.* 56. *Dig. Juliani* in *l. ſi ſine* 22. *ff. ratam rem hab.* & in *l.* 2. *C. de compenſat.* & in *l.* 1. *C. de condictione indeb.* ubi & Giphan. & Donellus *num.* 3. Ejus autem principii duplex ratio eſt. Prima quia ex conventione judicii accepti ſequuta condemnatione naſcitur civilis obligatio efficax, & judicati actio contra condemnatum, quæ facit eum debitorem, quamvis ante condemnationem non fuiſſet. *d. l.* 3. §. *idem ſcribit ff. de peculio. l.* 4. §. *ait Prætor hoc tit.* juncta *l. debitor* 108. *ff. de V. S.* & conſequenter neque repetit ut indebitum, quod ex judicato ſolvit. Secunda electa magis ratio eſt, quia ſoluta per errorem ex his cauſſis, in quibus reo inficiante condemnatio in duplum creſcit, non repetuntur, quaſi a ſciente ſolvantur, propter metum pœnæ dupli. *l.* 4. *C. de condictione indeb.* §. *ult. inſt. de obligat. quæ ex quaſi contr.* talis autem eſt actio judicati teſte Paulo *lib.* 1. *ſent. tit.* 19. & *lib.* 5. *tit.* 5. §. *res olim.* notant utrobique Cujac. & in *locis ſupra laudatis.* eoque reſpicit ſingularis textus & præter vulgi mentem hinc illuſtrandus in *l. ſi quid* 7. *ff. de ſolut.* ubi quemadmodum ab actionibus famoſis infertur ad actionem judicati, quia & ea quodammodo ignominioſa eſt condemnato, cujus bona pro executione judicati capiuntur & publice diſtrahuntur. *l. a Divo Pio* 15. §. *in venditione hoc tit.* junctis *l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* alias *l. pater* 13. *ff. de privileg. credit. l. primo* 23. *ff. quæ in fraud. cred. l. curator* 5. *l. cujus bonis* 9. *ff. de curatore furioſo.* §. 1. *in fine inſt. quibus ex cauſſis manumittere non licet.* junctis traditis poſt alios ab Hillig. ad Donell. *lib.* 18. *cap.* 7. *lit. N. in fine.* Cujacio in *l. creditores ff. de V. S.* ita etiam conſequenter ab actione judicati infertur ad eas, quæ inficiatione creſcunt, & pœnales ſunt, nempe quia & judicati actio inficiatione duplatur, & fit pœnalis, ut obſervat Cujac. *lib.* 8. *quæſt. Papiniani* in *l. ſi is cui* 94. §. *Fabius ff. de ſolut.*

§. XII. Sed cum utraque ſupra tradita ratio ſubnixa ſit auctoritate rei judicatæ, quæ impugnaretur, ſi repeteretur tanquam indebitum id, quod deberi judicatum eſt. *d. l. ſi fidejuſſor* 29. §. *in omnibus ff. mandati.* conſequens eſt, locum fore repetitioni, quotienscumque repetitur ea ea cauſſa, quæ ſententiæ veritate ſuppoſita auctoritatem ejus non impugnat, ut docent recte poſt Accurſ. Bart. & Antiquiores in *d. l.* 1. *C. de condictione indebiti.* & in *l.* 2. *ff. de condictione ſine cauſſa.* Valentia *d. cap.* 2. *num.* 8. Unde ut quæ multis alii, paucis nos exponamus, ſi id, quod ex cauſſa judicati ſolutum eſt, incipiat poſt rem judicatam ex non juſta cauſſa eſſe apud eum, qui accepit, poteſt utique repeti, non quaſi indebitum, ſed per condictionem ſine cauſſa, ut in ſpecie *l.* 2. *ff. de condictione ſine cauſſa.* ubi poſt ordinarios Faber in *Ration* Cujac. & Giphan. in *d. l.* 1. *C. de condict. indeb.* quin etiam ſi a principio nullam cauſſam fuiſſe ſolvendi condemnatus contendat, dum tamen non coarguat iniquitatem ſententiæ, ſed eam juxta allegata tunc & probata juſtam fuiſſe ſupponens dicat, ſe adverſarii dolo deceptum in damno morari, erit locus repetitioni, ut in *l. rem* 21. *ff. commodati.* ubi quamvis commodatarius condemnatus merito fuit, ut pote ad quem cuſtodia rei commodatæ furto ſubtractæ pertinuit. *l.* 5. §. *nunc videndum verſ. commodatum*, & §. *cuſtodiam ff. commodati.* juncta *l. cum duobus* 52. §. *damna ff. pro ſocio.* ſi tamen poſtea appareat, commodantem ipſum ſubripuiſſe, non offenditur auctoritas rei judicatæ; ſed adverſarii dolus punitur, ſi repetatur vel per actionem utilem contrariam commodati, ut in *d. l. rem* 21. juncta *l. in commodato* 17. §. *ult. ff. commodati. l.* 1. *C. hoc tit.* vel etiam per condictionem ſine cauſſa, ut probabiliter poſt Accurſ. Cujacius *tractatu* 8. *ad Africanum* in *d. l. rem* 21. quamvis aliter poſt Bart. noſter Valentia *ubi ſupra num.* 12. eadem ratione contingit, ut etiam poſt rem judicatam ſalva tamen ejusdem auctoritate puniatur dolus litigatoris, ſecundum quem judicatum eſt, veluti extra ordinem accuſatione ſtellionatus. *d. l. ſi fidejuſſor* 29. §. *in omnibus ff. mandati.* quamvis eum textum Triboniani eſſe contendat Faber *lib.* 18. *conject. cap.* 20. & decepto ſubveniatur contra adverſarii dolum, ut in *l. ſervus* 20. §. *ult. l. cum a te* 25. *ff. de dolo.* de quibus ſupra §. 5. & 7. vel per condictionem ſine cauſſa, ut in *l. ſi ſponſus* 5. §. *ſi uxor* 7. *ff. de donat. inter V. & U.* cui jungendus Faber *de err. Pragm. dec.* 81. *errore* 10. vel denique per actionem ex ſtipulatione ratam rem dominum habiturum, ut didici jam pridem ex *l. ſi ſine* 22. §. *quod ſi procurator per judicem ff. ratam rem haberi.* ubi ſi falſo procuratori ea cauſſa judicati ſolutum ſit, & dominus ratum non habeat, repetitur actione ex ſtipulatione de rato, non quaſi ſit indebitum, quod judicatum eſt deberi, ſed quia, quamvis debitum ſupponamus, dominus tamen ratum non habuit. *d. l. ſi ſine* 22. §. *quod ſi debitam.* ubi optime inter veteres & noviores exponit Caſtrenſis *num.* 2. Cujacius *lib.* 56. *Dig. Juliani ibidem.*

§. XIII. Jam vero de primario altero effectu rei judicatæ, nempe exceptione, quæ abſoluto reo competit, ut omittamus alia, quæ alieniora a propoſito, & proprie magis pertinent ad *titulum de exceptione rei judicatæ.* Illud certe ſupra traditis proximum notandum eſt, quod etſi regulariter non major ſit auctoritas rei judicatæ condemnatoriæ, quam abſolutoriæ, ſi tamen verus debitor abſolutus ſolvat, non prodeſt ei auctoritas abſolutionis, ut repetat. *l. Julianus* 60. *ff. de condict. indeb.* cum e contrario, ſi non debitor condemnatus ſolvat, obſtet ei condemnationis auctoritas, ne repetat. *d. l. ſi fidejuſſor* 29. §. *in omnibus.* nimirum quia ex condemnatione civilis obligatio efficax naſcitur, quæ repetitionem impedit, ut notavimus ſupra §. 11. abſolutio vero non tollit naturalem obligationem

nem præcedentem, quæ obſtat repetitioni. *d. l. Julianus* 60. *l. procurator* 8. §. 1. *ff. ratam rem hab.* quoniam quamvis contractus litis conteſtationis, ut pote civili jure receptus, producat civilem obligationem judicati ſequuta condemnatione, non poteſt tamen tollere contra verum debitorem etiam abſolutum naturalem obligationem, quippe ea, ut pote æquitatis vinculum, non civili ratione ſed contraria æquitate diſſolvitur. *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut.* juncta *l. eas* 8. *ff. de capite minut.* §. *ult. inſt. de leg. agnat. tut.* non eſt autem æquum, adimi creditori jus naturalis debiti contra verum debitorem ob contractum litis conteſtationis, cum ex neceſſitate eum ſecerit. *l. ult. ff. de ſeparat. l. defenſor* 22. *ff. de tutelæ & rationibus diſtrah.* eſt autem in hac re inſignis invulgataque differentia rei judicatæ & juramenti judicialis, namque in juramento, cum delatio ejus tota libera & voluntaria ſit, creditor jusjurandum deferens debitori renuntiare ſponte intelligitur naturali obligationi ſub conditione, ſi juratum ſit non deberi. Unde & pro ſatisſactione juramentum habetur. *l.* 5. §. *ult.* juncta *l.* 6. §. 1. *ff. quib. modis pign. vel hypoth. ſolvitur. l. ſi rem* 9. §. *omnis ff. de pignoratitia actione. l.* 1. *ff. qui ſatisdare cogantur.* & ſi poſt juramentum debitor ſolvat, repetit ut indebitum. *l. ſi quis juraſſet* 43. *ff. de condict. indeb. l. ult. ff. de jurejurando. d. l. Stichum* 95. §. *naturalis.* Plane quamvis exceptio rei judicatæ perpetua ſit, & in favorem rei abſoluti. §. *item ſi in judicio inſt. de except.* ideoque & ad repetitionem proficere debere ex regula *l. ſi non ſortem* 26. §. *indebitum. l. qui exceptionem* 40. *ff. de condictione indeb.* eoque reſpectu & pignus veri debitoris abſoluti liberari, quoad effectum, ſive per exceptionem dicitur. *l. ſi deferente* 13. quam ita accipio, *ff. quib. modis pignus vel hypoth. ſolv.* non tamen repetit debitor abſolutus, quia dum ſolvit poſt abſolutionem, magis naturale debitum agnoſcere ſcienter, quam per errorem ſolvere præſumitur. *d. l. procurator* 8. §. 1. *l. ſi quod dominus* 64. *ff. de condict. indeb.*

§. XIV. Superiori differentiæ inter rem judicatam, & jusjurandum non mihi tempero, quin adjungam aliam perinde ignotam obſcuramque ex *l. ſi juravero* 14. *ff. de jure patronatus.* ubi patronus deferente liberto jurans, ſe patronum eſſe, non habetur pro patrono quoad ſucceſſionem liberti, & tamen eum, quem patronum eſſe judicatum eſt, facit res judicata patronum, etiam quoad ſucceſſionem. Differentiæ ratio quæſita eſt, neque idonea inventa Cujacio *lib.* 18. *Pauli ad Edict.* & Fab. in *Ration. ad l. eum qui* 30. §. *pen. ff. de jurejurando.* Ego autem jam diu obſervavi, differentiam illam verſari quoad leges Juliam & Papiam, ad quas inſcripta eſt *d. lex ſi juravero* 14. ergo quoad ſucceſſionem ex lege Papia, de qua in §. *poſtea inſt. de ſucceſſ. libert.* quamvis res judicata patronum faciat, non tamen eſt patronus, qui juravit, quia abſurdum viſum eſt, libertum voluntaria delatione juramenti, & patronum ſuo juramento præjudicare filiis liberti centenarii, & cum eis concurrere in ſucceſſione contra antiquum jus prætorium, & XII. Tabb. quo attento filii liberti excluderent patronum. *princ. inſt. &* §. 1. *de ſucceſſ. libert.* quemadmodum & qui juravit non eſt patronus, quoad legem Juliam adimentem libertæ patrono nuptæ connubium eo invito cum alio, quia & ea coartatio connubii odioſa eſt. *l. in eo* 45. *in principio, &* §. 1. *de rit. nupt.* Cæterum extra Leges Juliam & Papiam ſicut res judicata, ita & jusjurandum facit patronum, etiam quoad ſucceſſionem. *l. adoptivum* 8. §. 1. *ff. de in jus vocando. l. ſi duo* 13. *l. eum qui* 30. §. *pen. ff. de jurejurando.*

CAPUT SECUNDUM.
De Executione Rei Judicatæ,
Sive ad Ulpianum in *L. a Divo Pio* 15. *ff. de Re Judic.*

EXPLANATIO METHODICA.

E*xequutio*, ſive *via exequutiva* eſt forma procedendi contra debitorem ſine ordinariis judiciorum ſolemnibus, & pignoribus captis atque diſtractis, ut ſummatim & appellatione remota fiat ſatis creditori. Quæ deſcriptio ſive deſinitio colligitur ex §. *in venditione l. noſtræ.* juncta *l. minor* 40. *ff. de minor. l.* 1. *&* 2. *C. de exequutione rei judicatæ. l* 3. *tit.* 27. *Part.* 3. *l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Compil.* Hujus autem procedendi in exequutionibus formæ ratio, ſicut & tota hæc in noſtra *l. a Divo Pio* 15. Ulpiani diſputatio referenda eſt ad ſecundam illam partem tituli noſtri *de effectu ſententiarum*, ſive *de exequutione rei judicatæ*, cujus auctoritas ipſaque judicati actio, de qua tam multa huc usque diximus, inanis eſſet, niſi ſummatim & extra ordinem executioni a judicibus mandaretur, effectumque per eos acciperet. *l.* 2. §. *poſt originem ff. de origine juris. l.* 15. *tit.* 4. *Part.* 3. Præſertim cum & publice expediat, & jure conſtitutum ſit, ne actor ipſe, ſecundum quem judicatum eſt, ſibi jus dicat, aut propria auctoritate exequatur ſententiam. *l. miles* 6. §. *pen. hoc tit.* junctis *l. unica C. ne quis in ſua cauſſa judicet. l. ſed & partus* 12. §. *ult. cum l. ſequenti ff. quod metus cauſſa. l. pen. & ult. ff. ad l. Juliam de vi privata. l.* 1. *ff. quod legatorum. l. pen. ff. de recept. & qui arbitr. l. Julianus* 17. *ff. de judiciis. l. ſi quis in tantam* 7. *C. unde vi. l.* 3. *C. vi bonorum rapt. l. nullus* 13. *C. de judæis.* §. *ita tamen inſt. de vi bonorum raptorum.* niſi in caſu textus difficilis in *l. ait Prætor* 10. §. *ſi debitorem* 10. *ff. quæ in fraud. credit.* cui jungendus Hillig. ad Donell. *lib.* 17. *cap.* 2. *litera N.* Cujacius in *l. ſi calvitur* 233. *ff. de V. S.* Proinde ut frequentiſſimæ in foro & tribunalibus executionum materiæ, ſimulque Ulpiani explanationem methodicam, quam pollicemur, præſtemus, inprimis juxta ipſius Ulpiani ordinem jurisque rationem, in qua prior eſt ſemper potiorque quæſtio de perſonis. §. *ult. inſt. de jure perſonarum.* dicemus de perſonis judicum, ſeu Magiſtratuum, qui ſententias exequi poſſunt.

SECTIO I.
De Perſonis Judicum ſeu Magiſtratuum, qui ſententias exequi poſſunt,
Ad pr. & §. 1. *L. a D. Pio* 15. *hoc Tit.*

§. I. Rei explicandæ gratia præmittendum paucis eſt, tres potiſſimum perſonarum ordines in uſu juris, quoad præſentem & alios effectus, diſtingui oportere: Magiſtratus, & eos quibus juriſdictio mandatur, itemque datos judices. Eſt autem *Magiſtratus perſona publica quæ juriſdictioni præeſt*, ut idonee ſatis ad docendum definit Cujacius in *Paratitlis ad titulum de origine juris.* quamvis aliter & varie Maſtrillo de *Magiſtr. in præludiis num.* 34. Hotmanus in *Epitomat. ad tit. de jurisdict. num.* 2. & *lib.* 6. *obſerv. cap.* 23. P. Greg. *lib.* 4. *de Repub. cap.* 5. & *lib.* 47. *Syntagmat. cap.* 12. Donell. *lib.* 17. *comm. cap.* 7. ubi Hillig. *litera E. & N. Perſonæ* nomen generis loco ponimus. *l.* 1. *&* 2. *ff. de ſtat. hom. Publicam* autem dicimus, quia auctoritate publica Magiſtratus conſtituuntur. *l.* 1. *ff. ad l. Juliam de ambitu. l.* 2. §. *exactis* 16. *cum ſeqq. ff. de orig. jur.* & verſantur in adminiſtratione Reipublicæ. *l. honor* 14. *ff. de muner. & honor.* eoque ipſo diſtinguuntur Magiſtratus ab arbitris compromiſſariis, quorum perſonæ privatæ ſunt, & a privatis eliguntur. *l.* 3. *C. de juriſdictione.* ſed

dum in fine dicimus, *qui jurisdictioni præeſt*, primam propriamque vim Magiſtratus ſignificamus, quæ eſt præeſſe, moderari, & regere, ut ait Cicero 3. *de legibus.* juncta *l. cui præcipua* 57. *ff. de V. S.* & quidem præeſſe jurisdictioni, quæ Magiſtratui primo & principaliter datur, & officio ipſi cohæret, cui præponitur. *d. l.* 2. *§. poſt originem* 13. *ff. de origine juris. l. ult. C. ubi & apud quem cognit. in integr. reſt.* juncta *l. & quia* 6. *ff. de jurisdict.* Unde & iſta periphraſi, *qui jurisdictioni præeſt*, deſignari Magiſtratus ſolent. *d. §. poſt originem* 13. *l.* 1. *§. hæc verbo ff. quod quisque juris. l. non poſſunt* 12. *ff. de leg. l.* 1. *§. poſtulare* 2. *ff. de poſtulando. l. ult. ff. de aqua & aquæ pluv. l.* 1. *C. ut in poſſ. legat.* textus hinc explicandus in *l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de jurisdictione.* quem ſi de Magiſtratu accipias, non pugnabit cum *l. in privatis* 77. *ff. de judiciis.* quam de judice dato ex conſenſu litigatorum exponunt poſt Duarenum Donell. *lib.* 17. *comm. cap.* 25. & Hillig. *ibi litera I.* Merillius *lib.* 1. *obſerv. cap.* 35. qnamvis aliter nec ſatis bona fide ex Baſilicis Eduardus Caldera *lib.* 2. *variar. lect. cap.* 9.

§. II. Secundus ordo eſt eorum, quibus jurisdictio mandatur, hoc eſt, exercenda committitur, nam cum Magiſtratus vel occupationibus aliis, vel cauſſarum varietate diſtricti omnibus non ſufficiant, & quod quis per ſe ipſum poſſit regulariter & per alium. *principio inſt. de his per quos agere poſſumus. l.* 1. *§. uſus ff. de procurat.* receptum moribus eſt, ut jurisdictio mandetur. *l. more* 5. *l. ſolet* 16. *ff. de jurisdictione.* quod cum fit, is, cui jurisdictio mandatur, non dicitur ei præeſſe, quia neque principaliter, nec propriam habet: ſed vice mandantis exercet, & alieno beneficio, non ſuo jure aut imperio. *d. l. more* 5. *d. l. ſolet* 16. *l.* 1. *§. qui mandatam. l.* 3. *ff. de off. ejus.* in eoque a Magiſtratu diſtinguitur. *l.* 1. *l. qui neque* 81. *ff. de judiciis.* Unde ille, cui jurisdictio mandatur, eam alteri mandare non poteſt. *l. ult. ff. de off. ejus. d. l. more* 5. quia nec transferre ipſum, quæ aliena eſt. *d. l. more* 5. *cum l. ſequenti.* neque ipſius jurisdictionis nſum, quem ſolum habet, qnia ſui natura perſonalis eſt. §. 1. *inſt. de uſu & habitatione.*

§. III. Tertius ordo eſt datorum judicum, id eſt, eorum quibus Magiſtratus vel alii dandorum judicum jus habentes committunt cognitionem ſpecialis cauſſæ, & judicare jubent. *l. cum Prætor* 12. *§.* 1. *& ſeqq. ff. de judic. l.* 3. *& toto tit. C. de pedan. judic.* Nam cum Magiſtratus ipſi de ordinariis privatis cauſſis judicare non ſolerent; ideoque nec quodammodo poſſent more majorum. *l.* 2. ſic explicanda, *C. de pedan. judic.* niſi extra ordinem certis in cauſſis, quæ & ideo *extraordinariæ cognitiones* dicuntur in *l.* 1. *§.* 1. *& toto tit. ff. de extraord. cognit.* juncta *l. pecuniæ* 178. *§. actionis in fine ff. de V. S. l. Titiæ* 35. *§.* 1. *ff. de auro & argento leg. l. ſervo* 65. *§. cum Prætor. l. ſi poſtulante* 67. *ff. ad S. C. Trebell.* & *Prætoriæ cognitiones*, ſive ſimpliciter *cognitiones. l.* 1. *§ per hanc* 2. *ff. de rei vindicatione. l.* 3. *§. hoc autem* 3. *ff. de lib. exhib. l.* 2. *§. in bonorum ff. quis ordo in poſſeſſionibus ſervetur.* dabant plerumque & veluti addicebant, ſive aſſignabant judices ex numero aut decuriis ſelectorum, qui & inde ſelecti judices, ſpeciales, delegati, cognitores, addicti, & quia ex imis ſubſelliis non pro tribunali ſedentes judicarent, *pedanei* dicuntur, ut exponunt & illuſtrant varie Donellus *lib.* 17. *comm. cap.* 21. ubi plura cum pluribus Hillig. *litera F. & ſeqq.* Pichardus in *manuductionibus part.* 2. *in præludiis* §. 7. *num.* 1.

§. IV. Quamvis autem hi dati judices promiscue judices, vel arbitri vocari ſoleant, & pro eisdem ſæpe uſurpentur. *l. ut fundus* 18. *ff. communi dividundo. l.* 3. *C. eodem tit. l. Lucius* 24. *ff. depoſiti.* junctis *l. quia tantumdem* 7. *ff. de neg. geſt. l. quæro* 54. *ff. locati.* diſtinguuntur tamen interdum, ut in noſtra *l. a Divo Pio* 15. *l. furioſo* 9. *hoc tit. §. omnium* 1. *inſt. de act. l. lex Julia* 7. *ff. ad l. Jul. repetundarum.* neque immerito; tum quia arbiter non ſemel dicitur datus ad incidentem principalis cauſſæ articulum dirimendum, ut in *l. arbitro* 9. *cum l. ſequenti ff. qui ſatisdare cog. l. pen. ff. de confeſſis* tum etiam, quia quoties judices & arbitri diſtinguuntur & ſeparantur, intelligimus arbitri nomine eum, qui datus judex fuit ea formula, ut cognoſceret, vel judicaret *ex fide bona*, quod fiebat in omnibus bonæ fidei judiciis. *§. in bonæ fidei* 30. *inſt. de act. d. l. quæro* 54. *ff. locati. l. non debet* 11. *in fine ff. de dolo.* vel ita ut judicaret, *quod æquius melius eſſet*, ut in actione rei uxoriæ. *l. pen. §. ult. ff. ſolut. matr. l. ſi cum Cornelius* 82. *ff. de ſolut. l. unic. §. ſed etſi non ignoramus C. de rei uxor. actione.* vel ita, *ut inter bonos bene agi oportet*, & *ſine fraudatione*, ut in actione fiduciæ, de qua Paulus *lib.* 2. *ſent. tit.* 13. Cicero *lib.* 7. *familiarium epiſtola* 12. vel denique ita, ut niſi judicis arbitrio reſtitueretur, condemnaret, ut in arbitrariis actionibus. *§. præterea* 31. *inſt. de act.* ſecundum quæ ad actiones bonæ fidei refertur arbitri appellatio in *l. ult. ff. rem pupilli ſalv. fore. l. pro ſocio* 38. *ff. pro ſocio.* e contrario in actionibus ſtricti juris judicem eum, qui datus eſt, vocamus non arbitrum, quia neque pro arbitrio, aut fide bona, ſed juxta formulæ præſcriptionem judicare jubetur & debet, ut ſignificant Cicero in *oratione quod Roſcio Comœde.* Seneca *lib.* 1. *de benef. cap.* 7. Unde petenda dubitandi ratio ad *l. cum Papinianus* 14. *C. de ſententiis & interlocut. l.* 3. *hoc tit.*

§. V. Quibus ita poſitis, ut ad explicationem Ulpiani in noſtra *l. a Divo Pio* 15. *in principio.* propius jam accedamus, illud conſequens eſt, judices datos in eo maxime a Magiſtratibus, & his quibus mandata jurisdictio eſt, diſtingui, quod non ut illi jurisdictionem vel propriam vel mandatam habent, ſed ſolam cognoſcendi judicandique facultatem, quæ *notio* vocatur. *l. ait Prætor* 5. *l. judex* 53. *hoc tit. l. notionem* 99. *ff. de V. S.* unde etiam fit, ut judices dati vel arbitri ſententias ſuas exequi non poſſint, quia judicandi officio, quod ſolum habent, functi ſunt, cum ſententiam ſemel dixerunt. *d. l. judex hoc tit. l. ſi ut proponis* 4. *C. quomodo, & quando judex.* non habent autem jurisdictionem, cujus & mixti imperii, quod jurisdictioni cohæret, propria eſt executionis facultas, ſine qus inanis jurisdictio eſſet. *l.* 1. *§. ult. l. ult. ff. de officio ejus. l.* 2. *ff. de jurisdictione. l. unic. §.* 1. *ff. ſi quis jus dicenti non obtemper.* proinde & rectiſſime reſcriptum eſt ab Imperatore Antonino Pio, ut judicum datorum, vel arbitrorum ſententias exſequantur Magiſtratus Populi Rom. qui eos dederunt, ut in noſtra *l. a Divo Pio* 15. *in principio.* nam cum publice expediat, ſententias transactas in auctoritatem rei judicatæ mandari executioni, de quo late ſupra ad *l.* 1. *hoc tit. §.* 10. *&* 11. neque liceat exequi datis judicibus, quia notionem ſolam habent, non jurisdictionem, conſequens eſt, permitti Magiſtratibus, qui eos dederunt, & jurisdictioni præſunt cum imperio & poteſtate exequendi. *d. l. unic. ff. ſi quis jus dicenti. l. poteſtatis* 215. *ff. de V. S.* niſi ſcilicet hi Magiſtratus, qui judices dederunt, eisdem ſententiarum executionem commiſerint, vel alios ſpeciales executores judicibus datis adjunxerint, ſecundum quæ accipiendus eſt textus alioquin difficilis in *l. ult. in fine.* juncta *l. apertiſſimi* 16. *C. de judic.* notat Cujacius *lib.* 9. *obſerv. cap.* 23. *ad finem.* Briſſ. *lib.* 4. *ſelect. cap.* 2.

§. VI. Hæc propria & ſinceriſſima textus noſtri explicatio eſt, quam ex novioribus eruditiores ſequuntur laudati ab Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 3. *litera G.* qua retenta ſuccedit explananda jam nobilis inter Accurſianos quæſtio, an ſcilicet delegatus, ut vocant, judex ſententiam ſuam exequutioni mandare poſſit, & non poſſe affirmat Accurſius in *præſenti verbo a ſe.* Bart. *num.* 14. cum pluribus, quos non tranſcribo: idque expreſſum

eſſe

eſſe contendunt apud Ulpianum in *præſenti.* quem communiter intelligunt de judicibus delegatis, quibus a Magiſtratibus jurisdictio mandata eſt: e contrario autem delegatum judicem exequi ſuam ſententiam poſſe docent poſt gloſſam in *cap. quisquis* 19. 2. *quæſt.* 6. plerique ex Pontificiis Doctoribus, quorum poſt alios meminit Berojus in *cap. ſignificaſti num.* 9. *de off. deleg.* Pichard. in *manuduct. part.* 2. *præcepto* 4. *num.* 14. ſed controverſiæ occaſio ejusdemque conciliandæ ratio pendet ex receptiſſimo & vulgari errore Antiquiorum interpretum, qui eos, quibus jurisdictio mandatur, confundunt paſſim cum judicibus datis, & indiſtincte delegatos vocant, in quem errorem multa noviores congeſti ab Hilligero ad Donell. *lib.* 17. *cap.* 23. *litera D.* docte Cujacius *lib.* 1. *quæſtionum Papiniani* in *l.* 5. *de off. proconſulis*, & in *l.* 5. *de jurisdictione.*

§. VII. Nobis pro re præſenti duo doctrinæ & diſtinctionis ergo notanda ſunt. Primum eſt, judicis delegati nomen & proprietate loquendi, & in uſu juris civilis ambiguum eſſe, reſertur enim & ad judices datos, quibus notio committitur, ſeu delegatur. *l. unic. C. qui pro ſua jurisdictione. l. a judice* 5. *C. de judiciis.* & ad eos quibus mandatur, ſeu delegatur jurisdictio. *l.* 1. *ff. de damno inſect.* Secundum eſt, omiſſa etiam quæſtione de verbis, diſtingui re ipſa & juris effectu mandatarios jurisdictionis & datos judices, quia priores jurisdictionem tametſi mandatam habent, poſteriores autem ſolam notionem, ut oſtendimus ſupra §. 2. & 5. eamque diſtinctionem firmant inde etiam explicandæ differentiæ inter utrosque nobiles, quæ ſequuntur. In primis namque is, cui mandata jurisdictio eſt, poteſt judicem dare. *l. cum Prætor* 12. §. *is quoque ff. de judiciis. l. legatus* 12. *ff. de off. proconſulis.* quia datio judicis eſt effectus jurisdictionis, quam habet. *l.* 1. *l.* 3. *ff. de jurisdictione.* neque ſic eam transfert; ſed exercet & notionem ſolam cauſſæ ſpecialis permittit judici dato, ut explicat contra Accurſianos Donellus *lib.* 17. *comm. cap.* 23. ubi Hillig. *litera C.* Plane quod ſcriptum eſt in *l. eum qui* 13. *ff. de jurisdict.* eum, qui judicare jubet, Magiſtratum eſſe oportere, non eo pertinet, ut excludat mandatarium jurisdictionis a poteſtate dandi judicis; ſed ut oſtendat, Magiſtratum, qui judicare judicem jubet, eſſe oportere Magiſtratum eo tempore, in quod judicare jubet, nec poſſe dare judicem in id tempus, quo jam non eſt futurus Magiſtratus, ut ſignificatur in §. 1. *ff. l. eum qui* 13. dextreque explicant Cujacius & Ant. Fab. *ibi.* P. Fab. in *l. nemo* 70. *ff. de reg. jur.* Hillig. ad Donell. *lib.* 17. *cap.* 23. *litera E.* judex autem datus alium judicem dare non poteſt, quia datio hæc eſt jurisdictionis non notionis; ipſe autem non jus dicentis ſed judiciario munere fungitur. *l. a judice* 5. *C. de judiciis.* cujus priorem regulam ſicut & exceptionem regulæ, quæ ibi extat, de judice dato interpretantur poſt alios Alciatus *lib.* 2. *paradox. cap.* 5. Donell. *lib.* 17. *comm. cap.* 8. & 23. & utrobique Hillig. in *notatis.* Gilkenius in *d. l. a judice* 5.

§. VIII. Proximum ſupra traditis eſt, quod dicitur a ſententia ejus, cui mandata jurisdictio eſt, appellari ad eum qui mandavit non poſſe; ſed ad eum potius nempe ſuperiorem, ad quem ab eo ipſo qui mandavit, ſi ſententiam ipſe tuliſſet, appellaretur. *l.* 1. §. 1. *ff. quis & a quo appelletur.* nempe quia cum in mandante & mandatario una eademque jurisdictio ſit, quoad mandantis vice mandatarius exercet. *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *ff. de off. ejus. l. ſolet* 16. *ff. de jurisdictione.* videtur ipſe qui mandavit ſententiam tuliſſe per mandatarium. *l. ita* 5. §. *quod ſi quis ff. de adminiſtr. tut.* proinde non eſt appellandum ad mandantem, ne idem a ſe ipſo appellari videatur, quod abſurdum. *cap.* 2. *de conſuetudine lib.* 6. diverſum eſt in ſententia judicis dati, a qua ad eum, qui judicem dedit, appellatur. *l.* 1. §. *ſi quis verſ. denique. l. Imperatores* 21. §. 1. *ff. de appellat. l.* 1. *in principio. l. ult. ff. quis & a quo appell. l. unic. in fine C. qui pro ſua jurisdictione. l. præcipimus* 32. §. *hæc ſi appellatio C. de appellat.* nec enim datus judex ejus, qui dedit, jurisdictionem exercet, aut ejus vice judicat; quippe & aliud eſt jurisdictionis mandatum, quod quis dum volens ſuſcipit, vicem alienam ſubire dicitur. *d. l. ſolet* 16. *ff. de jurisdictione. l. minor* 51. §. 1. *ff. de procurat.* juncta *l. ſi mandavero* 22. §. *ult ff. mandati.* aliud judicare jubere, ſeu dare judicem, ubi quis etiam invitus judicandi munus ut pote publicum ſuſcipere cogitur. *l. ult.* §. *judicandi ff. de muner. & honor. l. Prætor* 13 §. *qui autem ff. de vacatione muner.* & ſuſceptum judicandi munus non nomine ejus qui dedit; ſed publico & tanquam proprium habet. *l. quippe* 78 *ff. de judic.* & conſequenter quamvis a dato judice ad eum qui dedit appelletur, non videtur ab eodem ad eundem appellari, ut docent & diſtinguunt Duarenus ad *titulum de jurisdictione cap. ult.* Cujac. *lib.* 1. *quæſt. Papiniani* in *l.* 5. *de off. proconſul. & lib.* 7. *obſerv. cap.* 22. Donellus *lib.* 28. *comm. cap.* 7. ubi Hillig. *litera B.*

§. IX. Ex ejusdem rationis veluti filo pendet, quod dicitur, ſi mandans jurisdictionem deceſſerit, antequam jurisdictio a mandatario exerceri incipiat, & mandatum & jurisdictionem extingui. *l. & quia* 6. *ff. de jurisd. cap. relatum* 19. *cap. gratum* 20. *cap. licet undique* 30. *de off. deleg. cap. ſi delegatus* 7. *eodem tit. lib.* 6. *lib.* 21. *tit.* 4. *Part* 3. quia cum una eademque in mandante & mandatario ſit jurisdictio, quam mandanti propriam lex dedit, & principaliter officio detulit, mandatarius vero ejus nomine & beneficio alienam exercet, neceſſe eſt illam in mandante morte extinctam in mandatario quoque intercidere, quia nec videri poteſt eam nomine mandantis defuncti tanquam adhuc propriam illius exercere, aut vicem ejus gerere, qui jam non eſt, ut conſiderat poſt Antiquiores Cujac. *lib.* 2. *Pauli ad Edict. & ad titulum ff. de jurisd.* in *d. l. & quia* 6. ubi & Duarenus, Eginarius Baro, Coſtalius & Faber, Donell. *lib.* 17. *comm. cap.* 8. *in fine.* ubi Hillig. *lit. OOO.* non idem eſt in judice dato, quia quamvis Magiſtratus non poſſit ab initio dare judicem, aut judicare jubere in id tempus, quo jam non eſt futurus Magiſtratus. *l.* 13. & §. 1. *de jurisdictione.* judicis tamen ſemel utiliter dati durat officium etiam poſt mortem Magiſtratus, qui dedit. *l. venditor* 49. §. *ult. ff. de judic.* quippe notionem, quam ſolam judex datus habet, non mandatam ſed datam, neque ut alienam ſed ut propriam ex munere publico exercet. *d. l. quippe* 78. *ff. de judic.* docte Cujacius in *d. l. & quia* 6. Hillig. ad Donell. *lib.* 17. *cap.* 26. *lit. F.*

§. X. Denique ex eisdem principiis in quæſtione ſupra propoſita §. 6. ut eam ex ratione juris ad forenſem uſum accommodata jam dirimamus, diſtinguendi ſunt judex delegatus ad unam, pluresve ſpeciales cauſſas, quo caſu ſola facti expeditio vel notio ſine jurisdictione committi intelligitur, niſi aliud exprimatur. *cap. ſuper* 27. §. 1. & *ſeqq. de officio deleg. l. ult. C. ubi & apud quem cognit. in integ. reſtitutionis.* & delegatus ad univerſitatem cauſſarum, certumve earum genus, ubi jurisdictio aut ejus ſpecies delegata præſumitur. *arg. l. ſolet* 16. *cum l. ſequenti ff. de jurisdictione.* ideoque priorem delegatum judici dato, poſteriorem autem ei, cui mandata jurisdictio eſt, recte comparari docent Covarr. *lib.* 3 *variar. cap.* 20. *num. ult.* Quintana *lib.* 2. *de jurisdict. tit. ult. num.* 33. ſecundum quæ prior delegatus, cui ſcilicet ſola notio unius, pluriumve ſpecialium cauſſarum data eſt, non poteſt ſuam ſententiam exequi, quia nec jurisdictionem habet, cujus effectus eſt executio, ut in datis judicibus expoſuimus ſupra §. 5. poſterior vero delegatus ad univerſitatem cauſſarum, aut ſpeciem certam jurisdictionis poteſt ſententiam ſuam executioni mandare, quia & ſic exercet jurisdictionem cum imperio ei adjuncto, ſive officium juris di-

cendi, quod ei mandatum eſt. *l. 1. §. ult. ff. de off. ejus. l. 2. ff. de juriſdictione.* ita in quæſtione iſta controverſiam interpretum, quorum meminimus ſupra §. 6. componit poſt alios Quintana *de juriſdictione d. lib. 2. titulo 7. num. 20. & ſeqq.*

§. XI. Illud tot obſervatis inter Magiſtratus & Mandatarios juriſdictionis, datoſque judices differentiis libens adjicio, ſingulare præ cæteris, nec communibus regulis æſtimandum, eſſe jus judicum datorum a principe; nam cum perinde juriſdictio & notio inferior ſæpe ſit majeſtate Principis, vel cum ſupremis ejus occupationibus non ſemper congruat, videtur Princeps ſpecialem judicem dando juriſdictionem ei mandare, ut expendit Donellus *lib. 17. comm. cap. 8.* junctis traditis a Maſtrillo *lib. 1. de Magiſtr. cap. 2.* ideoque quamvis nomine & forma deſignationis ſit judex datus, tamen effectu & poſſeſſione pro Magiſtratu fere, id eſt Vicario Principis habetur, ut recte Cujacius in *d. l. & quæſtio 6. ff. de juriſd. & lib. 12. obſ. cap. 1.* Scipio Gentilis *lib. 2. de juriſd. cap. 24. & ſeqq.* eoque ſenſu vice Principis fungitur, cognoſcit, & judicat. *l. minor 18. §. pen. ff. de minor. l. 3. C ſi adverſus rem judic. l. 3. C. ubi Senatores vel Clariſſimi. l. ult. C. de modo multarum.* Proinde judex datus ſive delegatus a Principe poteſt alium judicem dare. *l. a judice 5. C. de judiciis. cap. paſtoralis 28. de off. deleg.* & a judice, quem dederit, ad eum ipſum qui dedit appellatur. *l. unic in fine qui pro ſua juriſdictione. l. præcipimus 32. §. hæc ſi appellatio C. de appellat.* & poteſt tam ſententiam judicis a ſe dati quam ſuam exequi non ſolum jure Pontificio inſpecto. *cap. in litteris 9. cap. paſtoralis 28. §. præterea de off. deleg.* ſed etiam civili, ut contra Accurſ. in *præſenti verbo a ſe.* docet poſt alios Antiquiores Jaſon *num. 10. in fine.* in noſtra *l. a Divo Pio 15.* Cujac. *lib. 12. obſ. cap. 1.* Donellus *lib. 27. comm. cap. 3.* quamvis aliter Menoch. *lib. 1. de arbitr. quæſtione 74. num 48.* Plane cum juriſdictio delegati a Principe non-propria ſit, ſed mandata a Principe, cujus vice judicat. *d. l. 3. C. ſi adverſus rem jud.* morte Principis, qui mandavit, exſpirat & officium delegati ab eo, ſi res integra ſit. *cap. relatum 19. de off. delegati.* idque tanquam receptum poſt Bart. & alios in *d. l. & quia 6.* reſolvunt Morla in *empor. tit. 2. in præmiſſ. num. 97.* Donellus *lib. 17. comm. cap. 8.*

§. XII. Hæc pro elucidatione noſtræ *l. a Divo Pio 15. in princ.* monuiſſe ſatis. Succedit explicanda nunc in eodem de judicibus ſententias exequentibus tractatu quæſtio propoſita in §. 1. *ejuſdem l.* ubi ſcriptum eſt, *ſententiam Romæ dictam poſſe in provinciis præſides ad finem perſequi, ſi hoc juſſi fuerint.* ut cum Florentinis pandectis legunt exponuntque Duarenus in *d* §. 1. Fornerius *lib. 1. ſelect. cap. 18.* Rodericus Suarez in *l. poſt rem judicatam quæſtione 5. num. 1. hoc tit.* Covarr. in *practicis cap. 10. num. 2. vel ſi hoc viſum fuerit*, ut in Codicibus vulgatis legitur, & tuentur Antiquiores omnes poſt Bart. in noſtro §. 1. vel utraque lectio idoneo ſenſu accepta defendi poteſt, quis quamvis in provinciis præſides majus imperium habeant omnibus poſt Principem. *l. 4. l. ex omnibus 10. cum l. ſequenti ff. de off. præſid. l. & ideo 8. ff. de off. proconſulis.* ideoque Romani magiſtratus, utpote pares aut certe non majores præſidibus, non videantur poſſe eis jubere ſeu præcipere, ut eorum ſententias exequantur, quia neque par in parem habet imperium. *l. 4. ff. de recept. & qui arbitr. l. judicium 58. ff. de judiciis. l. ille a quo 13. §. tempeſtivum ff. ad S. C. Treb.* neque Magiſtratus urbanus in provincia, hoc eſt, extra ſuum territorium jus dicere aut jubere poteſt. *l. ult. ff de juriſdictione. l. ult. ff. de off. præf. urbi. l. 3. ff. de off. Præſidis.* elegans ad rem textus in *l. cum unus in §. is qui poſſidere ff. de reb. auct. jud. poſſ.* poteſt tamen ſententiam Romæ dictam, quam in provincia per ſe aut apparitores ſuos exequi ei non licet, juxta textum ſic intelligendum in *d. l. cum unus 12. §. is qui poſſidere.* rogare præſidem provinciæ, ut exequatur, literis ut vocantur rogatoriis, vel requiſitoriis, ad quas etiam nec male accommodantur verba illa, *ſi hoc juſſi fuerint.* quia *jubendi* verbum interdum precarium eſt, neque directum ſemper aut imperativum. *l. Aurelius 28. §. pen. ff. de liber. leg. l. 2. C. communia de legatis.* quibus ad rem jungendus Cujac. *lib. 11. obſ. cap. 25. & lib. 17. cap. 25.* eoque ſenſu expoſita rectiſſima eſt Florentina lectio, quamvis aliter eam accipiant Donell. *lib. 27. comm.* in noſtro §. 1. aliter ex noſtratibus Pichardus in *manuduct parte 2. præcepto 4. num. 30. & 37.* Vulgaris autem lectio, quæ habet, *ſi hoc viſum fuerit*, idoneum etiam ſenſum admittit; nempe ut ſententiam Romæ dictam exequantur in provinciis Præſides, ſi hoc viſum fuerit, ſcilicet vel Magiſtratibus Romanis exequutionem fieri jubentibus per literas requiſitorias, vel etiam ſi viſum fuerit ipſis Præſidibus requiſitis, quibus æſtimandum permittitur, an requiſitoriæ ipſæ juſtitia, formaque expeditionis ſint tales, ut pro earum implemento officium vel auxilium ſuum exhiberè debeant, eoque reſpectu in noſtro §. 1. non ſcriptum eſt, ſententiam Romæ dictam exequi Præſides debere, ſed poſſe, quod voluntatis eſt, non neceſſitatis. *l. ſæpe 8. ff. de off. Præſidis.* quoniam ſcilicet Præſidum eſt arbitrari, an juſte requirantur, vel non, & conſequenter exequi, vel non exequi, ut docet Covarr. in *practicis cap. 10. num. 3.* Parladorius *lib. 2. rer. quot. cap. ult. parte 2. §. 1. num. 7.*

§. XIII. Eſt itaque deciſum in noſtro §. 1. judices requiſitos rogatoriis, ut vocant, literis pro executione ſententiæ ab alio judice pronuntiatæ officium ſuum in eam rem exhibere regulariter debere. Quod & probatur in *l. properandum 11. §. ſin autem reus C. de judic. l. 1. ff. de fugitiv. l. 1. §. Præſides ff. de requir. reis. l. 1. C. de off. comitis rer. privat. Novella 134. ut nulli judicum cap. 5. §. ſi vero. cap. 1. §. contrahentes de foro competenti lib. 6. l. 1. titulo 27. Part. 6.* quibus ex locis judicem non requiſitum ſive ſine requiſitoriis literis ſententiam alterius judicis exequi non poſſe, docet Bart. in *l. argentarium 45. §. ult. ff. de judic.* cujus traditionem tanquam communem ſequuntur Covarr. in *pract. cap. 10. num. 2.* Rodericus Suarez in *l. poſt rem judicatam quæſtione 5. num. 2.* neque adverſatur Papiniani teſtimonium in *d. l. argentarium 45. §. ult. ff. de judic.* ex quo contrarium acriter tuentur Angelus *ibi.* Baldus *ad ſpeculatorem tit. de ſententiis § ſententia lata per unum judicem.* ſed omiſſa ſolutione Caſtrenſis in *d. l. argentarium 45. §. ult.* Cujacii *lib. 3. reſp. Pap. ibidem* reſpondendum eſt, Papiniani ſententiam in *d. §. ult.* eam eſſe, ut ſi ex mutuo, quod mater Romæ accepit, filia ejus pupilla, quæ matri heres extitit, & in provincia domicilium habet, tamquam heres conveniatur, & pupillæ nomine tutores ejus in provincia condemnati ſint, ſi ea jam pubere facta curatores ejus Romæ inveniantur, poſſint ibi judicatum facere cogi, & ſententia in provincia dicta exequutioni Romæ mandetur a Magiſtratu Romano ex regula *l. heres 19.* juncta *d. l. argentarium 45. in princ. ff. de judic.* præcedente tamen requiſitione judicis, qui ſententiam in provincia tulit, ut ea executioni Romæ mandetur, quod quamvis non exprimatur in *d. §. ult.* quia principalis alia quæſtio eſt, ſupponendum tamen eſt ex juris principiis *argum. l. qui teſtamento 20. ff. qui teſtamenta facere poſſ.* quo modo explicandus etiam eſt textus in *cap. poſtulaſti 14. de foro competenti.* docent præter laudatos proxime Rodericus Suarez in *d. l. poſt rem judicatam quæſt. 5. num. 9.*

§. XIV. Poſtremo ex eadem juris ratione, & generali regula noſtri textus ſciendum eſt, receptum fuiſſe uſum literarum, quas requiſitorias dicimus, etiam in judicibus eccleſiaſticis, qui ſane, ſi canonicis cenſuris contra laicos condemnatos uſi fuerint, neque eo modo poſſit ſententia ad effectum perduci, poſſunt, ſolentque invocare auxilium

lium *ſecularis*, ut ajunt, *brachii*, ut captis bonis & perſona condemnati executio fiat, idque auxilium impertire eccleſiaſtico judici ſecularis judex requiſitus debet, ut ex ſententia textus in *cap.* 1. *de off. ordinarii.* docent ibi poſt *gloſſam verbo publicum* communiter Pontificii DD. & in *cap.* 2. *de maledicis.* & in *cap. dilecto de ſententia excomm. lib.* 6. poſt alios Covarr. in *pract. d. cap.* 10. *num.* 1. eoque etiam caſu receptum eſt, ut actorum judicialium exemplum ſaltem ſummarium ab eccleſiaſtico judice exhibeatur ſeculari judici requiſito, *arg. noſtri* §. 1. juxta vulgatam lectionem & interpretationem, juncta *l. non eſt dubium* 11. *ff. de cuſtodia reorum. l. ult. ff. de off. præfect. vigil.* niſi in crimine hæreſis. *cap. ut inquiſitionis* 18. §. *prohibemus. cap. præſidentes* 6. *de hæreticis lib.* 6. de quo recte noſter Pichardus in *manud. parte* 2. *præcepto* 4. *num.* 40. Quin & in criminalibus cauſſis, ſi degradatus clericus capitali pœna ſit afficiendus, & invocari a judice eccleſiaſtico auxilium ſecularis brachii, & concedi a ſeculari judice debere, & ut concedat, poſſe eccleſiaſticis cenſuris compelli receptiſſimum eſt. *d. cap.* 1. *de off. ordinarii.* cum ſimilibus, ex quibus ita docent poſt Antiquores Farinacius *tom.* 3. *praxis crim. quæſtione* 97. Covarr. *d. cap.* 10.

SECTIO II.

De ſententiis & inſtrumentis, quæ executioni mandantur.

Ad §. *in venditione in fin.* juncto §. 1, *in pr. noſtræ l. a D. Pio* 15. *de Re Judicata.*

§. I. Ex *princ.* & §. 1. *l. noſtræ* apparet, Magiſtratus ſententias judicum a ſe datorum, vel arbitrorum, & Romæ dictas Præſides in Provinciis exequi debere, non tamen quales ſententias, id vero exprimitur, & quaſi explicatur in §. *in venditione in fine.* ubi quæ in *princ.* & §. 1. ſententia vocatur, poſtea res judicata. Conſtet itaque, eas ſententias quæ in judicatam rem ſic tranſierunt, ut nullo jam remedio reſcindi poſſint, exequutioni mandari. *l. poſt rem judicatam* 56. *hoc tit. l.* 1. & *toto titulo C. de exequutione rei judicatæ. cap. cum inter* 13. *cap. quoad conſultationem* 15. *de ſententia & re judic. l.* 15. *tit.* 4. *Part.* 3. *l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Compil.* niſi tamen poſt rem judicatam novatio facta ſit ejus, quod ex cauſſa judicati debebatur, quia tunc ex nova obligatione & contractu deberi incipit, & jus extraordinariæ perſequutionis ex cauſſa judicati actionis quæſitum extinguitur, & ad initium alterius ordinariæ petitionis redigitur. *l. minor* 40. ubi Cujac. *ff. de minor. l.* 4. §. *ſi ex conventione hoc tit. l.* 2. *C. de exequutione rei judic.* notat poſt alios Faber in *Rat. d. l. minor* 40. Suarez in *d. l. poſt rem jud. in princ.* Parladorius *lib.* 2. *rer. quot. cap. ult. parte* 1. §. 1. *num.* 20. & §. 12. *num.* 41. & *ſeqq.* Quippe & receptum eſt, per novationem voluntariam perire privilegium antiquæ obligationis. *l. aliam* 29. *ff. de novat.* diverſum autem eſt, ſi nova obligatio non prioris novandæ, ſed confirmandæ gratia acceſſerit poſt rem judicatam; tunc enim manet ordo executionis, ut ſcriptum eſt in *d. l.* 4. §. *ſi ex conventione.* ubi explicat poſt Claſſicos Duarenus & Donell. *lib.* 27. *comm.* Cujac. *lib.* 24. *quæſt. Pauli* in *d. l. aliam* 29. *ff. de novat.* Briſſ. *lib.* 2. *de ſolut. tit. de novationibus.* P. Faber in *l. non ſolet* 86. *ff. de reg. jur.* conducit textus in *l. ſi Stichum* 8. §. *idem Celſus ff. de novat.* cui jungendus Faber *lib.* 3. *conject. cap.* 1. conducit etiam Papiniani reſponſum in *l. fundus* 9. *ff. de ann. legat.* de cujus expoſitione & conciliatione cum *l. ult. C. de pact. convent.* videndus Cujac. *ad titulum de ann. legat.* in *d. l. fundus* 9. & *lib.* 24. *obſ. cap.* 26. Hilligerus ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 9. *lit.* L.

§. II. Tranſit autem ſententia in rem judicatam, ut executionem paratam habeat, poſtquam nullo remedio appellationis, ſupplicationis, nullitatis, aut alio ſimili reſcindi poteſt. *l. eleganter* 23. §. 1. *in fine ff. de condictione indeb.* id autem evenit, quoties ea remedia intra tempus jure ſtatutum non ſunt propoſita. *cap. cum dilectus* 32. *in fine de electione. d. cap. quoad conſultationem* 15. *de ſententia & re judic.* quod tempus appellandi jure antiquo civili fuit biduum in cauſſa propria, & triduum in aliena. *l.* 1. §. *biduum*, & §. *in propria ff. quando appellandum ſit. l. eos* 6. §. *ult. C. de appellat.* jure autem poſteriori Civili Canonico & Regio ſeptempartito eſt tempus decem dierum. *auth. hodie C. de appellat. d. cap. quoad conſultationem* 15. *de ſententia & re judic. l.* 22. *titulo* 23. *Part.* 3. Tandemque Regio jure noviori eſt ſpatium quinque dierum. *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *Compil.* tempus autem ſupplicandi ab interlocutionibus eſt triduum, & a definitiva ſententia decem dies Regio jure noſtrati. *l.* 1. *titulo* 19. *lib.* 4. *Comp.* Denique nullitati proponendæ ſexaginta dies præſcribuntur in *l.* 2. *titulo* 17. *lib.* 4. *Comp.* tranſit etiam ſententia in rem judicatam, quamvis appellatum ſit, ſi interpoſita appellatio pronuntietur deſerta, quia condemnatus, qui appellavit, non adiit judicem appellationis, aut eam proſecutus non eſt intra tempus legitimum. *l. ult.* §. *illud.* juncta *auth. ei qui appellat C. de temporibus appellat. cap. perſonas* 4. *cum ſequenti de appellat.* quod tempus Regio jure ſtatuitur in *l.* 2. & 11. *titulo* 18. *lib.* 4. *Compilat.* ubi Azevedo. late ad rem Parladorius *lib.* 2. *rer. quot. cap. ult. parte* 1. §. 1. *num.* 6. & *ſeqq.* vel denique in his caſibus, in quibus quoad effectum ſuſpenſivum appellatio jure non recipitur, eaque remota proceditur. *cap. non ſolum* 7. *de appellat. lib.* 6. ubi gloſſa communiter recepta, *verbo caſibus.* veluti cum pronuntiatur corpus ſepeliri. *l. ne corpora* 38. *ff. de relig. l. ult. cum auth. ſeqq. C. de ſepulcro violato. l.* 2. *in fine ff. de in jus vocando. l.* 3. §. *non perpetuæ. l. ſepulcri* 8. *ff. de ſepulcro violato. l.* 6. *titulo* 18. *lib.* 4. *Compil.* de quibus multa Ripa in *tract. de Peſte cap. de remediis præſervativis contra peſtem num.* 136. Azevedo in *d. l.* 6. *num.* 10. Jacob. Gutherius *lib.* 3. *de jure manium cap.* 22. Joan. Kirchmannus *de funerib. lib.* 4. *cap.* 1. vel cum ſententia fertur de re, quæ dilationem non recipit, veluti de fructibus aut aliis rebus vendendis, quæ ſervari non poſſunt. *l. ult. ff. de appell. recip. d. l.* 6. *titulo* 18. *lib.* 4. *Compil.* aut de alimentis vel ſalariis in favorem ejus, qui petit, ut *arg. d. l. ult.* docent poſt alios Gutierrez *lib.* 1. *pract. quæſtione* 106. Azevedo in *l.* 9. *num.* 38. *titulo* 15. *lib.* 4. *Compil.* vel denique in remediis poſſeſſoriis. *l. ult. C. de Edict. D. Adriani tollendo*; & *Sorianæ legis* 3. *titulo* 13. *lib.* 4. *Compil.* ut probatur in *d. l. ult. ff. de appell. recip. l. quiſquis* 6. *C. quorum appellat. non recip. l. quiſquis* 26. *C. Theodoſ. eod. tit.* notat poſt alios Parladorius *lib.* 2. *rer. quot. cap.* 5. *num.* 31. Tiraquell. in *tractatu le mort parte* 6. *declaratione* 6.

§. III. Deinde ut pergamus, habet etiam paratam exequutionem ſentententia arbitri, vel arbitratoris ex compromiſſo electi, quod Regio apud nos jure ſtatutum eſt in *l.* 4. *titulo* 21. *lib.* 4. *Compil.* Antiquo autem jure Romano ſententia arbitri compromiſſarii, quemadmodum neque habet alios effectus, vel auctoritatem rei judicatæ, ita neque paratam exequutionem per actionem judicati, quam non producit. *l.* 3. *C. de juriſdictione. l.* 1. *C. de recept. arbitr.* junctis traditis ad *l.* 1. *hoc tit.* ſupra §. 16. niſi expreſſe a litigatoribus ſententia arbitri, poſtquam pronuntiata eſt, fuerit *homologata*, id eſt approbata, aut tacite per tranſcurſum decem dierum ex conſtitutione Juſtiniani in *l. cum antea* 5. *C. de recept. arbitr. cap.* 2. *de recept. arbitr. l.* 23. & *l. ult. titulo* 4. *Part.* 3. hodie autem indiſtincte arbitri vel arbitratoris compromiſſarii ſententia executioni mandatur, dum tamen ſcilicet compromiſſum, & ſententia ſubſigna-

ta ſint a publico Tabellione, & pronuntiatum fuerit intra terminum compromiſſi, & de rebus in compromiſſum deductis juxta formam *d. l. 4. titulo 21. lib. 4. Compil.* quo etiam caſu ab ea ſententia appellari poſſe quoad effectum devolutivum eſt receptiſſimum, ut affirmant Parladorius *lib. 2. rer. quot. cap. ult. parte 1. §. 2. num. 23.* Gutierrez in *l. nemo poteſt num. 426. ff. de leg. 1. & de juram. confirmat. parte 3. cap. 14.* Azevedo in *d. l. 4. num. 172. titulo 21. lib. 4. Compil.*

§. IV. Sed de ſententia judicis vel arbitri libaſſe hæc ſatis. Succedit juramentum litis deciſorium, ſive id ſit voluntarium, quod extra judicium conventione partium, ſive judiciale quod in judicio a parte parti defertur, utrumque enim, quia vel eandem vel majorem vim habet quam res judicata. *l. 2. ff. de jurejurando. l. ſi deferente 13. ff. quibus modis pign. vel hypoth. ſolv.* affert etiam paratam executionem nullo amplius quæſito, niſi an juratum ſit. *l. 5. §. dato. l. nam poſtea 9. §. 1. ff. de jurejurando. l. poſt rem judicatam 56. hoc tit.* & tamen quia juramentum non eſt proprie res judicata, ſicut neque ſententia arbitri approbata a litigatoribus, non datur ex his actio judicati, ſed utilis, vel in factum ad ſimilitudinem judicati actionis. *l. actori 8. C. de reb. cred. l. ſed ſi poſſeſſori 11. §. 1. ff. de jurejurando. d. l. cum antea 5. C. de recept. arbitr.* juncta regula *l. quia actionum 11. ff. de præſcript. verbis.* explicant Parladorius *lib. 2. rer. quot. cap. ult. parte 5. §. 1. num. 3. & 11.* Donell. *lib. 24. comm. cap. 16.* ubi Hillig. *lit. M.* Pichard. in *manuduct. parte 2. in præludiis §. 5. num. 23.* mandatur autem jusjurandum executioni, etiamſi ſit confirmatorium contractus extra judicium, de quo late Gutierrez *de juram. confirmatorio part. 1. cap. 62.* & in judicio etiamſi poſt litem conteſtatam a parte parti actum ſit juxta generalem ſententiam *d. l. poſt rem judicatam 56.* juncta *l. 15. tit. 11. Part. 3.* quibus tamen obſtat non leviter textus in *l. jusjurandum 34. §. ult. ff. de jurejurando.* poſt juramentum a parte parti delatum ſequi ſententiam condemnatoriam, vel abſolutoriam debere juxta formam juramenti, quo argumento jusjurandum poſt litem conteſtatam a parte parti delatum non mandari exequutioni ſuo jure, ſed ita demum, ſi ſententia ſecundum juramentum ſequatur, eaque tranſeat in rem judicatam, contendit poſt Alex. & Jaſonem in *l. 2. ff. de jurejurando*, Suarez in *d. l. poſt rem judicatam notab. 2. num. 6.* ſed omiſſa ſententia Donelli *lib. 24. comm. cap. 18.* alia Fabri Triboniano fere adſcribentis contextum *d. l. jusjurandum 34. §. ult.* in *Rat. ejusdem loci.* dicendum eſt, poſt juramentum lite conteſtata a litigatore litigatori delatum ſententiam ſequi poſſe, & ſolere conſentaneam juramento, maxime eo qui juravit petente, vel apud judicem datum, de quo non male tentat accipi poſſe *d. §. ultimum.* Faber *ibidem* in *Ration.* juncta *l. nam poſtea 9. §. ſi damnetur ff. de jurejurando*, non autem ſemper neque neceſſario requiri, ut ſequatur ſententia. *d. l. jusjurandum 34. §. datum.* quia & ſine ſententia ſuo jure mandatur exequutioni id juramentum, ut poſt alios docet Hillig. ad Donell. *d. l. 24. cap. 18. litera E.* Pacius *cent. 5. quæſt. 80.* idque noſtrati Regio jure pro indubitato affirmant Parladorius *d. cap. ult. part. 1. §. 3. num. 1.* Rodriguez de exequut. *cap. 1. art. 3. num. 12.* Plane ſi juramentum ſit neceſſarium, delatumque a judice in ſupplementum probationum, non habet ſuo jure paratam exequutionem, quia juxta id ſententia ſequi omnino debet, a qua & appellari poteſt. *l. admonendi 31. ff. de jurejurando. l. ult. §. 1. ff. de appellat.* explicant Suarez in *d. l. poſt rem judicatam 56. notab. 2. num. 4. & 5.* Hillig. ad Donell. *lib. 24. cap. 19. lit. AA.*

§. V. Juramento & ſententiæ quoad effectum paratæ exequutionis annumeranda eſt confeſſio in jure facta. *d. l. poſt rem judicatam 56. l. 7. tit. 13. Part. 3.* quia in jure confeſſus pro judicato eſt. *l. 1. ff. & C. de confeſſis. l. ſicut 4. C. de repud. her.* Ideoque nec ſententia aut condemnatio requiritur, *l. 1. §. quid ſi in lite 7. ff. ſi quid in fraud. patroni.* ut confeſſio in jure facta exequutioni mandetur, quia nullæ remanent partes judicis in confitentem, niſi ut computet æſtimetve, quantum debeat, ſi confeſſus ſit ſe rem debere, quæ jam non extat. *l. proinde 25. §. ult. ff. ad l. Aquil. l. 3. l. qui Stichum 5. l. ult. ff. de confeſſis.* quibus ita expoſitis docet contra plures Duarenus *ad tit. ff. de confeſſ. in principio.* Parladorius *d. cap. ult. part. 1. §. 3. num. 4.* quamvis aliter explicet Donellus *lib. 28. comm. cap. 1.* Proinde quamvis recepta vulgo diſtinctio Bart. in *l. 1. ff. de confeſſ.* quæ & probatur in *l. 2. tit. 13. Part. 3.* admittat duntaxat executionem confeſſionis factæ ante litem conteſtatam, non autem ſi poſtea, niſi juxta eam ſequatur res judicata; verius tamen eſt & in diſputando ex jure civili, ut jam diximus, indiſtincte confeſſionem in jure mandari exequutioni, & noviſſimo regio jure ex *l. 5. tit. 21. lib. 4. Compil.* qua generaliter cautum eſt, ut executionem paratam afferant confeſſiones claræ factæ apud judicem competentem. explicant pluribus ad praxin præter laudatos a Pichardo in *manuduct. part. 2. præcepto 5. num. 5.* Azevedo in *d. l. 5. num. 25.* Gutierrez *lib. 1. pract. quæſt. 126.*

§. VI. Quibus ita poſitis, ut ad alia inſtrumenta, quibus ad inſtar rei judicatæ jus extraordinariæ perſequutionis noſtris legibus & moribus datum eſt, jam transgrediamur, occurrit in primis publicum inſtrumentum, ſive ſcriptura a publico notario, ſeu tabellione confecta, quæ quidem jure Juſtinianeo paratam exequutionem non habet, ut poſt multos docent Menoch. *lib. 2. de arbitr. cap. 17.* Rodericus Suarez in *d. l. poſt rem judicatam in declaratione l. Regni in principio num. 6.* & deducunt poſt Antiquiores ex *l. minor 40.* quæ vulgarem allegationem fovet leviter potius quam firmat, *ff. de minoribus.* firmatur autem proprie, & aperte magis ex certiſſima juris ratione, ſecundum quam inſtrumentum fieri creditur ad probationem rei geſtæ; non autem ad mutandam ſubſtantiam obligationis vel exequutionis. *l. 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fide inſtr. l. in exercendis 15. C. eod. tit.* hodie autem inſtrumenta publica confecta a tabulariis Regiis in ſupremo ſenatu approbatis, & numerariis illius loci, ubi inſtrumentum fit, mandantur exequutioni, ſicut res judicata. *l. 64. Tauri. l. 1. & 2. l. 5. & l. 19. tit. 19. lib. 4. Compilat.* & quidem apud nos, etiamſi non habeant clauſulam Guarentigiam, tum ex *d. l. 2. & 19. tit. 21. lib. 4. Compilat.* tum etiam quia ſupra ſcripta clauſula, cum ſit moris & conſuetudinis notariorum, habenda eſt pro appoſita, etiamſi omittatur. *l. quod ſi nollet 32. §. quia aſſidua ff. de Ædilit. Edict. l. ult. C. de fidejuſſor.* idque in terminis tanquam verius, receptiusque docuit in praxi primus Palacios Rubos, & cum eo Gomezius, Caſtillo, & alii in *d. l. 64. Tauri.* Didacus Perez in *l. 4. gloſſa 1. tit. 8. lib. 3. ordinam.* Parladorius *lib. 2. rer. quot. cap. ult. part. 2. §. 11. ampliatione 1.* Segura in *l. ſi ex legati 23. num. 72. de V. O.* Azevedo in *d. l. 1. num. 56. tit. 21. lib. 4. Compilat.* quamvis contrarium pluribus firment argumento ex *l. 5. tit. 21. lib. 4. Compilat.* & in praxi etiam receptum magis eſſe contendant Covarr. *lib. 2. var. cap. 11. num 3.* Rodericus Suarez *ubi proxime num. 10.* Padilla in *l. 1. num. 21. C. de jur. & fact. ignor.* Rodriguez *de executionibus cap. 1. art. 4. num. 15. & 19.* Gutierrez *de juram. confirmatorio part. 1. cap. 62. num. 6.* apud quos & videbis, cur & quænam dicatur *Guarentigia clauſula.*

§. VII. Ejusdem generis, quoad privilegium paratæ executionis, eſt privata ſcriptura, ſive Chirographum, Syngrapha, epiſtola recognita a parte, quæ quidem ſingula poſt recognitionem æquiparantur publico inſtrumento. *l. ſcripturas 11. C. qui potiores. l. cum de indebito 25. §. ult. ff. de probationibus.* juncta *l. 119. tit. 18. Part. 3.* eaque ratione etiam civili jure & antiquiori Regio inſpecto privatam cautionem recognitam executioni man-

da-

Digitized by Google

dari docent Gregorius Lopez in *d. l.* 119. *verbo fuiſ-ſe.* Avendano *de exequendis part.* 2. *cap* 30. *num.* 4. contrarium tamen defendunt Covarr. *lib.* 1. *variarum cap.* 11. *num.* 4. Gutierr *lib.* 1. *pract. quæſt.* 121. *num.* 5. Azevedo in *l.* 5. *in principio tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* quibus accedo, quia cum inſtrumentum etiam publicum jure communi non habuerit paratam exequutionem, utique nec privatum recognitum, quod publico æquiparatur, quoad vim probationis in *d l. ſcripturas* 11. ad quam plura in hanc rem Morla in *emporio part.* 1. *tit.* 11. *quæſt.* 3. Plane noſtri Regio jure privata etiam cautio exequutioni mandatur ad inſtar publici inſtrumenti, ſi tamen ſit recognita coram competenti judice. *l.* 5. *tit.* 21. *lib.* 4. *Compil* vel etiam extra judicium mandatu judicis apud tabellionem vel apparitorem. *l.* 6. *tit.* 21. *lib.* 4. *Compil.* idemque eſt in Chirographo delegationis, quam vocamus *Libranza*, ſi agnoſcatur ſemel, & admittatur ab eo, cui quis delegatus eſt. *l.* 9. *tit.* 16. *lib.* 9. *Compil.* docet poſt alios Parladorius *lib* 2. *rer. quot. cap. ult. part.* 1. §. 5. *num:* 5.

§. VIII. Illud tam in Chirographo recognito, quam in confeſſione in jure valde & valide controvertitur, an ſi non pura & ſimplex confeſſio aut recognitio ſit, ſed qualitate aliqua a confitente vel recognoſcente adjecta temperetur, executio locum habeat, veluti ſi Chirographum recognoſcat; ſed ſe ſolviſſe debitum affirmet, aut ſi debere ſe fateatur, non tamen pure, ſed in diem vel ſub conditione. In qua quæſtione non eſſe ſtatim executioni locum; ſed dilationem reo dandam ad probandam qualitatem confeſſionis vel recognitionis, & non niſi condemnatione poſtea ſequuta eam executioni mandari docent Greg Lopez in *l.* 8. *tit.* 3. *Part.* 3. Gomezius *tom.* 3 *var. cap.* 3. *num.* 26. Morla *in emporio tit.* 11. *quæſt.* 3. *num.* 8 Parladorius *d. cap. ult. part.* 1. §. 4 *num* 12. ſed omiſſis his & aliorum opinationibus certa magis eſt, & recepta diſtinctio Accurſii in *l. ſi quidem* 9. *C. de except* quem ſequitur Bart. in *l. Aurelius* 28 §. *idem quæſiit ff. de lib. legata.* nempe ut quoties adjecta a confitente qualitas ſupponitur interveniſſe in continenti tempore ipſo contractus, quem confitetur, veluti cum fatetur ſe accepiſſe, quod petitur, non tamen pure aut ſtatim reddendum, ſed in diem vel ſub conditione; tunc perinde habeatur quaſi unica individua, & connexa confeſſio ſit, quam cum non poſſit actor pro parte agnoſcere, & pro parte repudiare, *arg. l. in hoc judicio* 27. *ff. fam. ercisc.* & confeſſio ipſa ſupponat nondum diem vel conditionem veniſſe, non poteſt executioni ſtatim mandari; idcircoque in his terminis amplectenda eſt vulgaris praxis judicum, qui pronunciant, ut ſine præjudicio executionis & ſub ejuſdem pœna probet reus qualitatem confeſſionis intra brevem terminum, quo tranſacto niſi probaverit, confeſſio ipſa ab actore acceptata exequutioni mandabitur, ut docet Greg. Lopez in *d. l.* 9. *tit.* 3. *Part.* 3. ſin autem qualitas adjecta confeſſioni aut recognitioni ſit ejuſmodi, ut ex intervallo poſt contractum ſequuta proponatur, veluti ſolutionis aut pacti de non petendo, tunc quaſi ſeparata capita ſint confeſſionis, poteſt actor partem ejus, quatenus debitum fatetur, agnoſcere, & qualitatem ſolutionis aut facti repudiare ex regula *l. etiam* 29. §. 1. *ff. de minor.* junctis traditis ſupra in *l.* 1. *hoc tit. num.* 12. *& ſeqq* idque ſi actor fecerit, & exequutionem confeſſionis vel recognitionis petat; fieri omnino debet reſervata reo facultate probandi qualitatem ſolutionis, vel pacti intra decem dies exequutionis, quam procedendi formam in hac ſecunda diſtinctionis parte, ipſamque in univerſum diſtinctionem confirmant poſt plures Zavallos *communium contra communes quæſt.* 362. *num* 4. Gutierrez *lib.* 1. *pract. quæſt.* 126. Rodriguez *de proceſſu executivo cap.* 1. *art.* 2. *num.* 26.

§. IX. Tandem pro auctario veluti inſtrumentorum, quorum quoad jus extraordinariæ perſequutionis meminimus, adnotandum breviter eſt, eſſe etiam paratam executionem in hiſce caſibus, qui ſequuntur. Primo in rationibus ſive computationibus conſenſu partium factis, quæ quidem jure civili & antiquiori Regio non mandantur executioni. *l.* 2. *C. de jure Fiſci.* juncta *l. calculi* 8 *ff. de admin. rer. ad civit. pertinentium. l. in omnibus* 13. §. 1. *ff. de diverſ. & tempor. præſcript.* quibus interpretandis jungendus Cujac. in *l.* 2. *C. de jure Fiſci.* niſi ſcilicet vel confectæ rationes fuerint a computatoribus juſſu judicis deſignatis, & approbatæ coram competenti judice; vel recognitæ in judicio, ut notat Parladorius *d. cap. ult. part.* 1. §. 6. *num.* 1. Gutierr. *lib:* 1. *pract. quæſt.* 37. noſter Pichardus in *manuductionibus part.* 2. *præcepto* 5. *num.* 16. Hodie autem apud nos ex *l.* 24. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* calculatione facta a computatoribus ex conſenſu partium, ſi poſtea per ſententiam confirmetur, fit non obſtante appellatione executio pro reliquis, quæ vocamus *el Alcance*, data tamen cautione fidejuſſoria ab eo, qui exequutionem petit juxta formam *l.* 4. *tit.* 21. *lib.* 4 *Comp.* videndus præter proxime laudatos Rodriguez *de executionibus cap.* 1. *art.* 3. *num.* 22. *& ſeqq.* Secundo fit etiam exequutio pro tributis Regiis. *l. abſtinendum* 4. *C. quorum appellat. non recip. l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 7. *l.* 6. *tit.* 7. *lib.* 9. *& l.* 2. 5. *&* 12. *tit.* 12. *lib:* 2. *Comp.* Suarez in *l. poſt rem judicatam notab.* 7. *hoc tit.* Parladorius *ubi ſupra* §. 8. Gutierr. *de Gabellis quæſt.* 164. Tertio pro decimis ex *l.* 1. *tit.* 5. *lib.* 1. *Comp.* junctis traditis a Petro Moneta *de decimis quæſt.* 5: Quarto denique exequenda ſunt præcepta Regia & aliorum Principum non recognoſcentium ſuperiorem, niſi aperte ſint contra jus vel utilitatem publicam. *l.* 1. *ff. de conſt. principum. l.* 30 *&* 52. *tit.* 18. *Part.* 3. de quibus multa poſt modo jam laudatos Rodriguez *d. art.* 3. *num.* 33. *& ſeqq.* Azevedo in *l.* 1. *&* 2. *tit.* 14. *lib.* 4. *Comp.*

SECTIO III.

De Perſonis, quæ & adverſus quas executionem petere poſſunt.

§. I. Diſputationi de inſtrumentis, quæ paratam executionem habent, proxima inſpectio eſt de perſonis, quæ & adverſus quas executionem petere poſſunt. In quo argumento in primis generalis regula ſtatuenda eſt: nempe eos dumtaxat idoneos eſſe, ut vel executionem petant, vel contra eos petatur, qui etiam legitimam perſonam habent ſtandi in judicio ordinario, *l.* 1. *& toto tit. C. qui legitimam perſonam. l.* 1. *tit.* 2. *Part.* 3. ideoque exceptiones ex defectu partis etiam in judiciis quantumcumque ſummariis, vel executivis admittuntur, ut docet Bart. in *l.* 1. §. *& parvi num.* 6. *ff. quod vi aut clam.* poſt alios Azevedo in *l.* 1. *num.* 66 *tit.* 21: *lib.* 4. *Comp* Parladorius *lib.* 2. *rer. quot. cap. ult. part.* 3 §. 1. *num.* 8. *& part.* 5. §. 11. *num.* 17. Proinde neque executionem petere poteſt minor 25. annis ſine curatore. *l. acta* 45. §. *ult. l. contra* 54. *hoc tit. l.* 1. *&* 2. *C. qui legitimam perſonam.* §. *item inviti* 2. *inſt. de curatoribus.* niſi quo caſu pro minore litigante pronuntiatum eſt, adverſario ante pronuntiationem defectum legitimæ perſonæ non objiciente. *l. non eo minus* 14. ubi ratio, *C. de procuratoribus.* juncta *l.* 11. *tit.* 2. *& l.* 12. *tit.* 22. *Part.* 3. cum traditis poſt Jaſonem in *d. l. non eo minus* 14. *num.* 1. & præter laudatos a Pichardo in *manuduct. parte* 2. *præcepto* 2. *num.* 2. a Donello *lib.* 1. *comm. cap.* 13. *& lib.* 17. *cap.* 4. Azevedo in *l.* 7. *num.* 13. *tit.* 2. *lib.* 4: *Comp.* Gutierr. *de tutelis part.* 2. *cap.* 4. *num.* 9. *&* 23. Nec filiusfamilias ſine conſenſu patris. *l. ult. in fine principii C. de bon. quæ lib. l.* 7. *tit.* 2. *Part.* 3. niſi in caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus. *l.* 4. §. 1. *ff. de caſtr. peculio. l.* 4. *ff. de judiciis. cap. ult. in fine de judiciis lib.* 6. aut in caſibus qui recenſentur in *l. ſi longius* 18. §. 1. *ff. de judiciis. l. cum filius* 17. *ff. de reb. cred. l. filius* 8. *ff. de procuratoribus. l. ſed ſi unius*

17. §. *ait Prætor* 10. *cum ſeqq. ff. de injuriis. l. filius* 9. *l. in factum* 13. *ff. de O. & A. l. libertus* 12. *ff. de in jus vocando.* quibus junge Donell. *d. lib.* 17. *cap.* 4. Schiſordegher. *lib.* 1. *ad Fabrum tract.* 19. *quæſt.* 1. *& ſeqq.* neque ſervus niſi certis in cauſſis. *l. ſervus* 6. *C. de judiciis. l. quoties* 13. *ff. ſi quis cautionibus. l. vix certis* 53. *l. qui ſe* 67. *ff. de judiciis.* neque excommunicatus. *cap. intelleximus* 7. *de judiciis.* neque jure noſtro uxor ſine licentia mariti. *l.* 55. *&* 56. *Tauri. l.* 2. *&* 3. *tit.* 3. *lib.* 5. *Comp.*

§. II. His ita de perſonis legitimis, ut in judicio conſiſtant vel ordinario, vel executivo, breviter & in commune ſuppoſitis, ſequitur alia jam & quidem proprie magis & ex profeſſo explicanda regula, quæ docet, etiamſi alioquin executionem petens habeat legitimam perſonam ſtandi in judicio, non tamen recte petere, niſi & ex ipſius geſto, contractuve originem ducat jus executionis. *l. quamvis* 11. *ff. de O. & A.* & ipſe ſit creditor nominatus comprehenſusve inſtrumento, ex quo exſecutio petitur; non autem alius, quamvis ejus ex juſta cauſſa interſit. *l. ad probationem* 21. *C. de probationibus. l. ſi pater* 5. *C. de dotis promiſſ.* atque utrobique Baldus, & in *cap. per venerabilem de electione.* quem ſequuntur præter congeſtos a Parladorio *d. cap. ult. parte* 3. §. 1. *num.* 1. Suarez in *d. l. poſt rem judicatam limitatione* 2. *num.* 1. ubi plures laudat Baldeſius in *additionibus.* Avendano in *d. l.* 4. *&* 5. *num.* 24. *tit.* 8. *lib.* 3. *ordin.* qui tamen omnes ſuperiorem regulam accipiunt, quando ei, qui inſtrumento nominatus non eſt, nec ordinaria actio ex eo competeret, alioquin ſi hæc competat, dabitur etiam extraordinaria perſecutio, quod & eſt aptiſſimum, ex eoque non pauca utiliter inferuntur, in primis namque creditoris heres, quamvis ipſe inſtrumento deſignatus non ſit, poteſt ex eo executionem petere. *l. miles* 6. §. *ult. hoc tit.* quia & in actiones alias defuncti ſuccedit. *l. heres* 37. *ff. de adquir. her. l.* 3. *ff. de bon. poſſ.* & eadem cum defuncto perſona cenſetur. *l. heres* 22. *ff. de uſucap. l. heredem* 59. *ff. de reg. jur.* notant ad rem poſt Bald. in *l. unic.* §. *videamus in fine C. de rei uxor. act.* cum pluribus Suarez in *d. l. poſt rem judicatam in declaratione l. Regni ampliatione* 1. *num.* 10. & poſt alios ſupra adductos in *l. ult. num.* 19. *& ſeqq. tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* proinde neque utiliter petet executionem heres, niſi ſe heredem dicat, & adverſario negante oſtendat, ut monet Azevedo in *d. l. ult. num.* 21. nec niſi pro qua parte heres eſt, quia & pro partibus hereditariis petitio debiti ordinaria, vel extraordinaria inter coheredes jure dividitur. *l.* 2. *C. de heredit. act. l. ea quæ* 6. *C. fam. erciſc.* ideoque ſi pro parte heres executionem ſuo nomine in ſolidum petat, erit nullius momenti executio, nec convaleſcet etiam ratihabitione coheredi ſequuta, quia eorum nomine non fuit petitum. *cap. ratum* 9. *de reg. jur. lib.* 6. niſi ante ſententiam addictionis actiones a coheredibus cedantur pro ſuis partibus ei, qui petiit juxta regulam *l. ſi rem* 9. §. *ult. ff. de pign. act. l. ſi mandavero* 17. *ff. mandati. l. quod ſi in diem* 16. *ff. de heredit. petitione.* quod tamen temperamentum mihi in diſputando non ſatis exploratum eſt ex *l. non poteſt* 23. *ff. de judiciis.* juncta communi interpretatione *d. l. ſi rem* 9. §. *ult.* de qua pluribus & poſt plures Barb. in *d. l. non poteſt* 23. *num.* 64. *& ſeqq.* quamvis, quod propoſuimus, receptum in praxi ſit, ut poſt Bald. in *l.* 3. *C. de executione rei judicat.* notat Parladorius *d. parte* 3. §. 3. *num.* 2. Greg. Lopez in *l.* 25. *gloſſa* 4. *tit.* 2. *Part.* 3. Rodriguez *de executionibus cap.* 3. *num.* 16.

§. III. Ex eadem ratione juris & ſuperioris regulæ explicatione recte deducitur, fideicommiſſarium, cui vel hereditas vel pars ejuſdem reſtituta eſt, poſſe petere executionem adverſus debitores hereditarios ex perſona defuncti, etiam ſine ceſſione heredis, quia reſtituta hereditate actiones vel perſecutiones hereditariæ transferuntur utiles in fideicommiſſarium. *l.* 1. *ff. ad S. C. Trebell. l.* 1. *& toto tit. ff. de fideicommiſſaria hereditatis petitione.* §. *reſtituta inſt. de fideicommiſſar. her.* Sed etſi poſt aditam hereditatem neque ex contractu aut perſona defuncti actio aut perſecutio deſcendat, & tamen heredi nomine hereditario quæſita ſit, transfertur in fideicommiſſarium ſine ceſſione. *l. heres* 21. *ff. de fidejuſſor. l. ſi poſt* 22. *ff. de conſt. pecunia.* aliter atque ſi ſuo nomine non hereditario, quamvis occaſione hereditatis aut contractus defuncti, adquiſita actio ſit; tunc enim non transfertur in fideicommiſſarium, niſi cedatur ab herede. *l. qui ita* 66. §. *ſi damnum. l. ſi heres* 73. *ff. ad S. C. Trebell.* quibus exponendis, componendisque diſtinguunt ita Donell. *lib.* 7. *comm. cap.* 25. *&* 26. Cujac. *tract.* 7. *ad Afric.* in *d. l. heres* 21. *ff. de fidejuſſoribus.* quamvis aliter ex Accurſianis Ripa in *l.* 1. *num.* 9. *ff. ad S. C. Trebell.* Pichard. in *manuductionibus parte* 2. *præcepto* 1. *num.* 12. & in *d.* §. *reſtituta num.* 49. *inſt. de fideicommiſſar. heredit.* aliter A. Fab. varie illos textus movens aut mutans *lib.* 15. *conject. cap.* 5. Plane ad exemplum fideicommiſſarii poteſt etiam executionem petere emptor hereditatis. *l.* 2. §. *perveniſſe, &* §. *cum quis ff. de her. vendita. l. emptor* 5. ubi Donell. *num.* 7. *C. eod. tit.* juncta *l. pecuniæ* 222. *ff. de V. S.* (quæ referenda eſt ad ſtipulationes emptæ & venditæ hereditatis, de quibus egit Hermogenianus *lib.* 2. *juris epitomarum*, ut conſtat ex inſcriptionibus *d. l. pecuniæ* 222. *cum l. venditor* 23. *ff. de her. vendita. l. ſi poſſeſſor* 52. *ff. de hereditatis petitione:* quamvis parum id obſervent circa *d. l. pecuniæ* 222. Cujac. *ibi*, & in *l. pecuniæ* 178. *ff. de V. S.* & *lib.* 2. *obſ. cap.* 30. P. Faber *lib.* 1. *ſemeſtr. cap.* 23.) & executor teſtamentarius, cui bonorum diſtributio commiſſa eſt *l.* 2. *&* 4. ubi Greg. *tit.* 10. *Part.* 6. notant poſt Bald. in *l. ſi quis ad declinandam* 48. *C. de epiſcop. & clericis.* & præter citatos a Parladorio *ubi ſupra num.* 8. Covarr. in *cap. Joannes* 19. *num.* 5. *de teſtamentis.* Matienzo in *l.* 14. *gloſſa* 1. *num.* 18. *tit.* 4. *lib.* 5. *Comp.*

§. IV. Deinde ex ſuperioribus principiis colligitur recte aut intelligitur, competere etiam jus exequendi legatario contra debitorem, cujus nomen legatum eſt, contentum inſtrumento paratam executionem habente, namque & eo caſu actiones utiles legatario competunt etiam ſine ceſſione heredis. *l. ex legato* 18. *C. de legatis. l.* 13. *titulo* 9. *Part.* 6. ex quibus ita docent & deducunt Suarez in *d. l. poſt rem judicatam in declaratione l. Regni extenſione* 1. *num.* 12. Hotman. *lib.* 6. *obſ. cap.* 16. Plane contra ipſum heredem legatarius alterius rei quam debiti non poteſt petere executionem ex inſtrumento teſtamenti ſummo ſtrictoque jure. *l. ait Prætor* 5. §. 1. *hoc tit.* affirmant Suarez in *d. l. poſt rem judicatam caſu* 6. *num.* 1. *& ſeqq.* Gomezius in *l.* 45. *Tauri num.* 157. & tamen judiciorum uſu obtinuit media quodammodo contra heredem procedendi forma, nempe ut producto teſtamento a legatario apud judicem præcipiatur heredi, ut recognoſcat & ſe heredem fateatur, vel neget; illo autem fatente & recognoſcente, ſubſequatur præceptum de legato ſolvendo intra brevem terminum ſub pœna executionis, ut *arg. Novell.* 1. *de heredibus & Falcidia cap.* 4. §. *illud.* ubi Accurſ. *verbo decreto*, explicant poſt alios Parlad. *d. cap. ult. parte* 1. §. 9. *num.* 2. Azevedo in *l.* 4. *num.* 20. *titulo* 21. *lib.* 4. *Comp.* quibus accedit, quod eſt apud noſtrates receptiſſimum, poſſe nimirum uxorem ſoluto matrimonio petere executionem ex inſtrumento dotis marito promiſſæ, nec ſolutæ juxta terminos *l. unic. in princ.* ubi Bald. & §. *accedit C. de rei uxor. act.* & contra maritum, etiamſi duntaxat dotem ſe accepiſſe fateatur inſtrumento, nec promittat reſtituturum. *d. l. unic. in princ.* juncta *l. ſi duo* 13. §. *Marcellus ff. de jurejurando.* reſolvit poſt alios Parladorius *d. cap. ult. parte* 1. §. 11. *num.* 20. Azevedo in *l.* 1. *num.* 11. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* Gratianus *diſcept. forenſ. cap.* 115. *num.* 27. non autem poteſt petere executionem uxor pro dimidia parte lucrorum, quæ obvenerunt conſtante

matri-

matrimonio, contra mariti debitores ſine ceſſione heredum ipſius mariti, quia quamvis bonorum corporalium ejus dimidiæ partis dominium ad uxorem ipſo jura pertineat. *l.* 1. & 2. *tit.* 9. *lib.* 5. *Comp.* & conſequenter pertinere etiam videantur actiones & jura exequendi, ut *arg. d. l.* 2. juncta *l. bonorum* 49. *ff. de V. S.* affirmat Azevedo in *d. l.* 2. *num.* 18. late Rodriguez *de executionibus cap.* 3. *num.* 6. & *ſeqq.* Verius tamen eſt, actiones non communicari, ſicut nec inter ſocios ſine ceſſione. *l.* 3. juncta *l.* 1. & 2. *ff. pro ſocio.* ex quibus ita docent Gutierr. *lib.* 2. *practicarum quæſt.* 118. *num.* 16. Gaſp. Rodriguez *de ann. redit. lib.* 2. *quæſt.* 9. *num.* 67. niſi poſt factam diviſionem & adjudicationem lucrorum executio petatur, ut notat Gutierr. *d. quæſt.* 118. *num.* 17.

§. V. Sunt & alii, quibus inſtrumento non deſignatis executionem petere licet alieno nomine aut jure, quales tres qui ſequuntur. Primus eſt procurator ſpecialiter ad execntionem petendam datus, aut generaliter ad lites præſentes & futuras, aut cum clauſula liberæ adminiſtrationis; non autem ſi ad ſpecialem cauſſam, ſeu litem conſtituatur; tunc enim judicati actio ei cum effectu non tribuitur, ſed exceptione ſubmovetur juxta textus ſic accipiendos in *l. hoc jure* 86. ubi Bart. receptus communiter, *ff. de ſolut. l. ſi procurator* 28. *l. procurator* 58. *ff. de procurat. l. item* 6. §. *ult. ff. quod cujuscumque univerſitatis. l.* 7. *tit.* 14. *Part.* 5. niſi in ſingulari ſpecie *l. Actoris* 30. *ff. de procurat.* vel ſi executionem a falſo procuratore petitam dominus ante ſententiam addictionis ratam habeat. *l. licet* 56. *ff. de judiciis.* explicant latius Suarez in *d. l. poſt rem judicatam in declaratione l. Regni quæſt.* 3. *princip. per totam.* Parladorius *d. parte* 3. §. 2. Rodriguez *de executionibus cap.* 3. *num.* 37. Secundus eſt ceſſionarius, ſeu procurator in rem ſuam, cui mandatæ a creditore actiones ſunt contra debitores. *d. l. ſi procurator* 28. *ff. de procurat.* ſi tamen ceſſio vera ſit, & legitima juxta formam *l. pen.* & *ult. C. mandati.* juncta *l.* 64. *tit.* 18. *Part.* 3. de quibus plene præter congeſtos ab Hillig. ad Don. *lib.* 15. *cap.* 43. *lit. B.* Pich. *ubi ſupra præcepto* 1. *num.* 13. & 15. Tertius eſt fidejuſſor, cui contra principalem debitorem aut confidejuſſores actiones a creditore mandantur, & quidem tempore ſolutionis juxta celebre Modeſtini reſponſum in *l. Modeſtinus* 76. *ff. de ſolut.* juncta *l. fidejuſſoribus* 17. *l. cum is qui* 36. *l. ut fidejuſſor* 39. *ff. de fidejuſſoribus. l. cum alter* 11. *l. mandatum* 14. *l. ſicut* 21. *C. de fidejuſſor. l.* 1. & 2. *C. de contrario judicio tutelæ. l.* 11. & 12. *tit.* 12. *Part.* 5. non autem ſi poſt ſolutionem ſine conventione cedendarum actionum factam ex intervallo ceſſio actionum poſtuletur, aut fiat, quia cum tunc ſolutione ejus quod debebatur obligatio omnis ſublata fuerit. *princ. inſt. quibus modis toll. oblig.* nullæ actiones ſuperſunt, quas creditor fidejuſſori cedere poſſit. *d. l. Modeſtinus* 76. *d. l.* 1. *C. de contrar. judicio tut.* Unde & hodie receptiſſimum eſt, ut executio petente fidejuſſore fiat exhibito inſtrumento obligationis principalis, ſimulque inſtrumento ceſſionis rite factæ, quam vocamus, *Carta de Laſto*, ut proſequuntur copioſe poſt laudatos Gutierr. *de juram. confirmat. parte* 1. *cap.* 63. *num.* 12. Sarmiento *lib.* 3. *ſelect. cap.* 11.

§. VI. Tandem ut progrediamur, quemadmodum hi, quos recenſuimus, executionem petere poſſunt; ita & peti contra illos poteſt, veluti contra heredem & eos, qui heredis loco ſunt; nempe fideicommiſſarium univerſalem, & emptorem hereditatis, item contra uxorem, quæ nuptialia lucra agnovit, & contra fidejuſſores principalis debitoris, de quibus quia nec vacat nec libet pleraque ex jam propoſitis inculcare, conſulendi ſunt Rodericus Suarez in *d. l. poſt rem judicatam, in declaratione l. Regni extenſione* 1. & 8. *cum ſeqq.* Parlador. *lib.* 2. *rer. quot. cap. ult parte* 4. *per tot.* Rodriguez *de exeq. cap.* 4. Pich. in *manuduct. parte* 2. *præcepto* 2. Illud ſane finitimum his, quæ nuper de procuratore executionem petente diximus; & explicatu digniſſimum eſt, an in procuratorem, qui alieno nomine litigavit, & condemnatus eſt, judicati actio dari & executio peti poſſit. In qua quæſtione ut res non modo apud interpretes, ſed etiam apud Juriſconſultos impedita breviter explicetur, diſtinctio adhibenda eſt inter defenſorem, qui alienæ liti ultro ſe obtulit, & procuratorem qui a domino oblatus eſt. *l.* 4. *in princ.* & §. 1. & 2. *hoc tit. l. Plautius* 61. *ff. de procurat.* dicitur autem ſe liti obtuliſſe, qui vel ſine mandato defenſionem ſuſcepit, vel etiam cum mandato voluntarie ſuſcepto, cum tamen ſciret præſentem dominum non ſatis dediſſe judicatum ſolvi, vel ita ut procurator ipſe non autem dominus ſatisdaret, ſe judicatum ſoluturum. *d. l.* 4. *hoc tit. d. l. Plautius* 61. *ff. de procurat.* quam recte ſic exponit Cujacius *lib.* 14. *obſ. cap.* 30. igitur ſi defenſor liti ſe obtulerit, & condemnatus ſit, datur in ipſum judicati actio, per quam & executio fit. *d. l.* 4. *d. l. Plautus* 61. *l. cum qui* 47. *ff. de minor. l.* 3. §. *idem ſcribit in fine ff. de peculio.* tum quia cum defenſor ipſe judicium accipiendo contraxerit. *d. l.* 3. §. *idem ſcribit.* & in eundem ſententiæ condemnatio concipiatur. *l.* 1. *C. de ſententiis* & *interlocut.* onus judicati ſponte ſuſceptum fruſtra recuſat, *arg. l. procurator qui pro evictione* 67. *l. Titius* 76. *ff. de procurat.* ideoque minor 25. annis, ſi alienæ litis defenſor exciterit, & damnatus ſit, indiget reſtitutione in integrum, ne judicati cum effectu teneatur. *l. minor* 51. *ff. de procurat.* Tum etiam quia quoties defenſor ſine mandato alienæ liti ſe obtulit (hunc enim ſpecialiter *defenſorem* vocamus, & a *procuratore*, qui mandatum habet, diſtinguimus. *l. minor* 51. & *toto tit. ff. de procurat.*) non poteſt competere judicati actio in dominum, qui nec judicio contraxit, nec damnatus eſt. *l. ſi procurator* 28. *in fine.* quam ita præter vulgi captum interpretor, *ff. de procuratoribus.* ſicut & ex ſtipulatione judicatum ſolvi, ſi ultro ſatisdederit procurator, qui cum mandato litigabat, cum ſciret dominum non ſatis dediſſe, vel non exſpectata ſatisdatione domini, tenetur quidem procurator ipſe, non autem dominus. *d. l. ſi procurator* 28. *verſ. per contrarium. d. l. Plautius* 61. quamvis diverſum ſit, ſi procurator meus ſatis acceperit judicatum ſolvi; tunc enim indulgetur domino utilis actio ex ea ſtipulatione. *l. in cauſſa* 27. *in fine. d. l. ſi procurator* 28. *in principio ff. de procurat. l. in omnibus* 5. *ff. de Prætor. ſtip.* quia non uti receptum eſt, meliorem domini conditionem fieri per procuratorem, ita & deteriorem. *l. ignorantis* 49. *ff. de procurator. l. ſolvendo* 39. *ff. de neg. geſt.* & quamvis novum non ſit, interdum per alterum ſtipulantem alteri actionem adquiri, veluti domino per procuratorem. *l. quod procurator* 68. *ff. de procurat. l. ſi procuratori* 79. *ff. de V. O. l.* 5. *ff. de Prætor. ſtipulat.* inauditum tamen & inſolens eſt, ex promiſſione alterius alterum obligari. *l. inter ſtipulantem* 83. *ff. de V. O. l.* 3. *C. ne uxor pro marito.* quo modo poſt Hilliger. ad Donell. *lib.* 18. *cap.* 14. *lit. D.* & *O.* explicandi ſunt textus in *d. l. in cauſſa* 27. *in fine. d. l. ſi procurator* 28. *per tot.* quarum in extremo Triboniani manum immerito accuſat A. Fab. in *Ration.* & *lib.* 12. *conject. cap.* 4.

§. VII. Jam vero quod ad partem alteram diſtinctionis attinet, ſi procurator ultro ſe alienæ liti non obtulerit, ſed litem ſuſceperit domino mandante, & ſatisdante judicatum ſolvi pro procuratore juxta formam § *ſi vero aliquis cum* §. *ſequenti inſt. de ſatisdat.* juncta *l. ſi ad defendendum* 10. *ff. judicatum ſolvi. l. filiusfam.* 8. §. *procuratorem ff. de procuratoribus. l.* 21. *tit.* 5. *Part.* 3. quo modo ſemper hodie in mandatis procuratoriis ex conſuetudine notariorum fit; denegatur judicati actio cum effectu in ipſum procuratorem, daturque in dominum. *d. l.* 4. *hoc tit. d. l. Plautius* 61. *ff. de procurat.* Paulus *lib.* 1. *ſent. tit.* 2. *in fine.* idemque

eſt in tutore, curatore & actore, ſeu ſyndico Municipum, qui ex neceſſitate officii litem ſuſcipiunt, nec videntur ſe liti ſponte obtuliſſe, ideoque judicati actio non in ipſos, ſed in dominum datur. *d. l.* 4. §. 1. & 2. *l.* 2. *ff. de adminiſtrat. tut. l. ult. ff. ſi quis cautionibus. l. tutori* 7. *C. quando ex facto tut. l.* 1. *C. eod. tit.* juncta *l. ult. C. de adminiſtr. tut.* neque ad rem pertinet, ſi objicias procuratorem ipſum, & tutorem, curatorem, ſyndicum judicio contrahere, & in ipſorum perſonam concipi condemnationem, non autem in dominos. *d. l.* 3. §. *idem ſcribit. d. l.* 1. *C. de ſententiis & interlocut.* hæc enim ratio dumtaxat evincit, mero ſtrictoque jure directam judicati actionem in procuratorem, tutorem, & ſimiles competere debere. *d. l.* 4. §. *ſi ex conventione in fine hoc tit.* non tamen ut cum effectu teneri debeant, quin potius quoad effectum actio in eos denegari dicitur, quia æquitatis intuitu adjuvantur exceptione doli, ſi judicati conveniantur. *d. l.* 4. §. 1. & 2. *d. l. ſi procurator* 28. *in principio.* in qua ita docet Bart. *num.* 2. poſt Accurſ. in *d. l.* 4. §. *ſi ex conventione, verbo condemnatus.* ubi Jaſo *num.* 8. Alexander *num.* 11. a quibus diſſentit immerito Pich. in *manuduct. part.* 2. in *præludiis num.* 39. Æquitatis autem ratio quoad tutorem, curatorem, ſyndicum, ſubnititur neceſſitate officii, quod gerunt: Unde & quoties litem ſuſcipiunt, non videntur ſe ei ſponte offerre, ideoque & excuſantur a judicati executione. *d. l.* 4. §. 1. & 2. quoad procuratorem autem ratio in eo eſt, quod cum dominus eum liti obtulerit, & pro eo judicatum ſolvi ſatis dederit. §. *ſi vero aliquis inſt. de ſatisdat.* id etiam actum inter litigantes videtur, ne judicati actio in procuratorem cum effectu exerceatur; ſed in dominum, qui liti obtulit, & præterea his rationibus ſuadentibus perinde habendum eſt, acſi non procurator, tutorve, & ſimiles; ſed domini, quorum res agitur, judicio contraxiſſent, & damnati eſſent, ut exponunt poſt Antiquiores docte Donell. *lib.* 18. *comm. cap.* 14. & *ult.* & *lib.* 27. in *l.* 4. *hoc tit.* Cujac. *lib.* 2. *quæſt. Pap.* in *d. l. ult. ff. ſi quis cautionibus,* & *lib.* 5. *reſp. Pap.* in *l. poſt mortem* 5. *ff. quando ex facto tut.* P. Fab. *lib.* 1. *ſemeſtr. cap.* 13. Gutierrez *de tutelis part.* 2. *cap.* 23. Plane ſi quis procurator in rem ſuam datus damnatus ſit, poſſe in eum judicati actionem intendi, & exequutionem peti, dubium non eſt. *d. l.* 4. *hoc tit. d. l. Plautius* 61. *ff. de procurat.*

§. VIII. Poſtremo pro coronide hujus diſputationis breviter meminiſſe oportebit, interdum etiam ſi inſtrumenta & perſonæ, a quibus & contra quas executio petitur, idonea ſint, non tamen liberum omnino executioni locum eſſe, id quod duobus caſibus frequenter evenit. Primus eſt, cum is, qui executionem petere potuit, egit prius per errorem actione & via ordinaria, deinde ad extraordinariam perſecutionem ſive executionem regreditur, quod quamvis ei licere omnino impuneque, *arg. l. ſi miles* 3. *ff. de teſtam. militis. l. naturaliter* 12. §. *nihil commune ff. de adquir. poſſeſſione.* probabile in diſputando ſit, verius tamen eſt & receptius, non licere, ut ex *l. minor* 40. *ff. de minor.* probat poſt plures Parlador. *lib.* 2. *rer. quot. cap. ult. part.* 5. §. 11. *num.* 20. niſi prius ſolutis reo expenſis inſtantiæ ordinariæ, ut judiciorum uſu fere obtinuit. *l.* 3. *tit.* 11. *lib.* 4. *Comp.* Secundus caſus eſt, quoties jus executionis petendæ ſublatum eſt legitima temporis præſcriptione, qualis erat 30. annorum Romano & Regio Antiquiore jure. *l. ſicut* 3. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annorum. l.* 22. *tit.* 29. *Part.* 3. Regio autem noviore jus exequendi perimitur præſcriptione decennii. *l.* 63. *Tauri. l.* 6. *tit* 15. *lib.* 4. *Comp.* quibus illuſtrandis jungendi ſunt Parlador. *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 1. §. 12. & *ſeqq.* Rodriguez *de ann. redit. lib.* 2. *quæſt.* 9. *num.* 69. Gutierr. *lib.* 1. *pract. quæſt.* 90. & *lib.* 3. *quæſt.* 35. & 36.

SECTIO IV.

De forma Executionis ex Romano Jure & Regio.

§. I. Executionis forma præmonſtrata ab Ulpiano in his textus noſtri fragmentis, & alibi ab auctoribus Juſtinianei juris varie hodie immutata & transformata quaſi eſt Patriis legibus & moribus. Quare, ut illam juxta utrumque jus antiquum, novumque ſummatim complectamur, monemus breviter, actionem judicati, quæ ex re judicata, & actionem in factum, quæ ad illius inſtar ex juramento & aliis paratam executionem habentibus dari ſolet. *l. actori* 8. *C. de rebus cred. l. cum antea* 5. *C. de recept. arbitr.* eſſe perſecutiones extraordinarias; quia nec per datos judices, ſed ab ipſis magiſtratibus, qui dederunt, ut notavimus ad *noſtram l. a Divo Pio* 15. *in principio* ſupra *cap.* 1. §. 5. neque ordinario jure, ſed extra ordinem ſummarie exercentur. *l. minor* 40. *ff. de minor. l.* 4. §. *ſi ex conventione hoc tit. l.* 2. *C. de executione rei judicatæ. d. l. cum antea* 5. *C. de recept. arbitr.* quamvis generali actionis nomine comprehendatur, & ſignificetur ſæpiſſime judicati perſequutio. *l. miles* 6. §. *ult. cum l. ſequenti hoc tit.* quomodo & perſecutio fideicommiſſi, de qua in *l. pecunia* 178. §. *actionis in fine ff. de V. S.* vocatur *actio* in *l. Papinianus* 43. (ibi *alia actione*) *ff. ad S. C. Trebell.* quam ita exploſis Cujacii emendationibus *lib.* 12. *obſerv. cap.* 12. Fabri *lib.* 19. *conject. cap.* 13. & *de error. Pragm. dec.* 50. *errore* 4. interpretatur Hillig. ad Donell. *lib.* 7. *cap.* 26. *litera B.* Proinde aberrat non leviter Bart. in *l. intra* 7. *num.* 1. *hoc tit.* affirmans, exequutionem petendam eſſe officio judicis, non autem judicati actione, quaſi hac propoſita lis ordinaria, & actio futura ſit, quod ſane abſurdum eſt. *l.* 4. §. *ait Prætor. l. poſt rem judicatam* 56. *hoc tit. l. terminato* 3. *in fine C. de fruct. & lit. expenſis.* ideoque etiam actionem judicati executivam eſſe docent contra Bart. Parladorius *lib.* 2. *rer. quot. cap. ult. part.* 5. §. 1. *num.* 3. Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 3. *litera L.* idque hodie expeditiſſimum eſt, cum Pontificio Regioque jure actionis nomen, titulumve exprimere non ſit neceſſe; ſed agendi, aut exequendi cauſſam ſecundum rei veritatem. *cap. dilecti* 6. *de judiciis. l.* 10. *tit.* 17. & *l.* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *Compilat.* docte, & ad rem Greg. Lopez in *l.* 1. *gloſſa* 5. *tit.* 27. *Part.* 3. Pichard. in *manuduct. part.* 2. *in præludiis* §. 5. *num.* 26.

§. II. His itaque veluti fundamentis ordinis executionum ſtabilitis, ut jam prima & præcipua ejuſdem ordinis elementa explicemus, quæ noviſſimo jure exprimuntur in *l.* 17. & 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* ſciendum eſt, executionem ſive actione judicati, aut in factum propoſita, ſive officio judicis quoad actum exequendi implorato recte hodie peti etiam ſine libello ſolemni. *d. l.* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* ſi tamen inſtrumentum, ex quo executio petitur, exhibeatur coram tabellione, & petatur executio contra debitorem, ejuſque bona pro quantitate inſtrumento comprehenſa & expenſis, eam ſibi debitam, nec ſolutam eſſe, ſimulque de calumnia petitor jurare debet. *l.* 8. & 9. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* & proteſtari, ſe accepturum pro ſoluto; quod legitime ſolutum conſtiterit, ac alioquin quaſi plus debito petens & in expenſis damnetur, & pœnis aliis plus petentium. §. *ſi quis* 33. *in fine inſt. de act.* §. *pen. inſt. de except. cap.* 1. *de plus petit.* & in duplum ejus, quod plus petit, ex *d. l.* 8. & 9. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* explicant poſt alios Azevedo in *d. l.* 19. *num.* 10. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* Gutierr. *lib.* 1. *pract. quæſt.* 129. *num.* 3. Parladorius *d. cap. ult. part.* 5. §. 1. *num.* 17. Rodriguez *de executionibus cap.* 5. *num.* 6. & *ſeqq.* qua petitione executionis actis inſerta judex, ſi ea ſingula concurrere animadvertat, quæ, ut executio jure fiat, deſiderari *ſuperioribus capitibus* expoſuimus, decernit

man-

mandatum executionis, & quidem ſine citatione rei, contra quem executio petitur, idque mandatum in ſcriptis parti executionem petenti tradi jubetur Regia *l.* 17. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* Plerumque autem ex aperto aut præſumpto conſenſu partis traditur executori ſive apparitori judicis, eoque mandato præcipitur, executionem fieri pro quantitate debiti & expenſarum in perſona boniſque debitoris, ut proſequountur latius ſingula hæc & alia exponentes Suarez in *d. l. poſt rem judicatam, in declaratione l. Regni limit.* 12. *num.* 2. Avendano in *l.* 4. *&* 5. *num.* 26. *tit.* 8. *lib.* 3. *ordinam.* Padilla in *l. quamvis* 11. *num.* 20. *C. de jur. & fact. ignor.* Parlador. *d. part.* 5. §. 2. *num.* 10. Azevedo in *d. l.* 19. *num.* 28. *& ſeqq.* Gutierr. *de juram. confirmatorio part.* 1. *cap.* 56. *num.* 2. quamvis ante mandatum executionis citari omnino reum debere contendant poſt Bart. in *l. eum qui* 30. *in fine ff. de jurejurando.* Menoch. *de arbitr. lib.* 1. *quæſt.* 17. *num.* 9. Didacus Perez in *l.* 4. *gloſſa* 2. *verſ. quæritur ulterius tit.* 8. *lib.* 3. *ordinam.*

§. III. Inter cætera autem, quæ in executionis ordine ſervari, & mandato exprimi ſolent, duo potiſſima ſunt. Primum eſt, quod deducitur ex noſtro §. *in venditione cum ſeqq. &* §. *ſic quoque* 8. juncta *l. an civitates* 8. *ff. quod cujuſque univerſ. l.* 2. *C. quando fiſcus vel privatus. l.* 1. *C. de Prætor. pignore. l.* 3. *tit* 27. *Part.* 3. *l.* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* nempe executionem fieri per officium Magiſtratus, ſive apparitores extra ordinem ſententiam exequentes, captis in cauſſam judicati & distractis pignoribus, quæ *judicialia pignora* vocantur, quia pro judicati executione & cauſſa capiuntur. *l.* 2. *l. etiam* 5. *& l. ult. C. de executione rei judicatæ. l.* 1. *& toto tit. C. ſi in cauſſam judicati. l. ſi pignora* 50. *l. ſi plus* 74. §. 1. *ff. de evict. l. ſi & jure* 10. *ff. qui potiores.* eſt autem in pignoribus judicati capiendis ea forma præſcripta, ut primo quidem capiantur ex bonis mobilibus, deinde immobilibus: Denique ſi ea deficiant, vel non ſufficiant actionibus & nominibus debitorum, eoque ordine prætermiſſo aut inverſo executionem nullius momenti eſſe ob defectum formæ legitimæ, *arg. l. cum hi* 8. §. *ſi Prætor* 17. *ff. de transact.* docent Parlador. *d part.* 5. §. 3. *num.* 4. Azevedo in *d. l.* 19. *num.* 38. quorum ſententia in diſputando verior videtur, & non ſemel ita deciſum teſtatur Riccius *collect. deciſionum* 1156. *&* 386. Sed contraria ſententia benignior, & in praxi receptior eſt, quam probat Bart. in *noſtro* §. *in venditione num.* 8. *&* 9. Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 3. *litera R.* & ex novioribus noſtratibus Pichard. in *manuduct. part.* 2. *præcepto* 7. *num.* 9. maxime ſi is, contra quem executio fit, non objiciat defectum ordinis, ut animadvertunt poſt alios Azevedo in *d. l.* 19. *num.* 40. Rodriguez *de execut. cap.* 5. *num.* 29. Secundum eſt, cum contra quem executio petitur præſtare debere fidejuſſorem, quem vocamus *de Saneamiento*, id eſt, *de evictione bonorum*, quæ pro executione capiuntur, pretioque ſufficienti eorum bonorum reſpectu principalis debiti & expenſarum, alioquin in carcerem detruditur, niſi ſit ex numero earum perſonarum, quæ pro civili debito in vincula publica mitti non poſſunt, ut circa *d. l.* 19. pluribus proſequuntur Parlador. *d. part.* 5. §. 5. *&* 6. Azevedo in *d. l.* 19. *num.* 54. *cum. ſeqq.* Gutierr. *lib.* 1. *pract. quæſt.* 132. & *de juram. confirm. part.* 1. *cap.* 16. *num.* 31.

§. IV. Capturam pignorum pro executione ſequitur publica eorum licitatio, quæ *ſubhaſtatio* dicitur, quia ſub haſta in foro poſita, quæ imperii armorum & Magiſtratus ſymbolum erat, teſte Pompejo Feſto *de V. S. verbo haſta.* juncta *l.* 2. §. *deinde cum eſſet* 29. *ff. de orig. jur.* publice & palam per apparitores Magiſtratus fiebat. *l.* 3. *C. de executione rei judicatæ. l. ult. C. ſi adverſus fiſcum. l.* 1. 2. *&* 4. *C. de fide & jure haſtæ fiſcalis. l. ſi pignora* 50. *ff. de evict.* quas illuſtrant cum pluribus Hilligerus ad Donell. *lib.* 23. *cap.* 14. *litera C.* Rævardus *protribunalium cap.* 19. Panciroll *lib.* 1. *theſauri variarum cap.* 35. *&* 93. Hodie autem ſubhaſtatio hæc, ſive licitatio fit tribus proclamationibus, ſeu præconiis, quæ tertio quoque die, ſi mobilia pignora ſint, non autem, ſi immobilia ſint, interponuntur ex dicta Regia *l.* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* exceptis tamen caſibus *l.* 17. *&* 18. *tit.* 7. *lib.* 9. *& l.* 43. *tit.* 13. *lib.* 8. *Comp.* extra quos caſus coarctatio termini præconiorum & regulariter eorum omiſſio nullam licitationem & executionem efficit. *d. l.* 3. *C. de executione rei judicatæ. d. l.* 2. *C. de fide & jure haſtæ fiſcalis.* niſi reus, contra quem petitur executio, remiſerit aperte proclamationes, & earum terminum, ut docent Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 3. Parlador. *d. part.* 5. §. 8. *num.* 4. Rodriguez *de executionibus cap.* 5. *num.* 81. Plane elapſo tempore præconiorum citandus reus eſt, & quidem perſonaliter, aut ſi copiam ſui non faciat, denunciandum domi ejus eſt, ut adſit ad ultimam pignorum addictionem vulgo *el remate. d. l.* 19. quam in hac parte plenius explicant præter proxime laudatos Gutierr. *lib.* 1. *pract. quæſt.* 133. Azevedo in *d. l.* 19, *num.* 95. *& ſeqq.* poſt quam citationem reus, contra quem executio fit, poteſt intra tres dies ſe executioni opponere, & contra illam exceptiones legitimas proponere, & probare intra decem dies ex die oppoſitionis computandos. *d. l.* 19. *l.* 3. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.*

§. V. Jam vero quænam legitimæ exceptiones ſint, ut executionem impediant, utiliſſimæ inſpectionis eſt. In qua pugnant quaſi inter ſe, & repugnant noviſſimæ Regiæ Leges, earumque noſtrates expoſitores in primis, namque in *l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* aperte cautum eſt, ut ad impediendam executionem admittatur duntaxat exceptio ſolutionis, vel pacti de non petendo, vel falſitatis inſtrumenti, vel uſuræ, vel metus denique aut violentiæ, quæ recenſentur in *d. l.* 1. extra eas vero nulla alia admittatur exceptio, vel defenſio; ſed nihilominus executio ad effectum perducatur, idque ipſum ex *d. l.* 1. docent & deducunt conſtanter Avendano in *l.* 4. *&* 5. *num.* 27. *verſ. & iſte tit.* 8. *lib.* 3. *ordinam.* & *part.* 1. *de exequendis cap.* 16. *num.* 4. Padilla in *l. error num.* 7. & in *l. ſi non transactionis num.* 8. *C. de jur. & fact. ignor.* Parlador. *d part.* 5. §. 11. *num.* 6. e contrario autem non tantum deſignatas in *d. l.* 1. ſed & omnes alias legitimas exceptiones, quæ intra 10. oppoſitionis dies probentur, admitti contra executionem debere, generaliter deciſum eſt in *l.* 2. *& l.* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* ex quibus ita affirmant Rodericus Suarez in *d. l. poſt rem judicatam, in declaratione l. Regni* 2. *part.* 2. *num.* 1. *&* 2. apud quem plures laudat Valdeſius *ibi in addit.* Greg. Lopez in *l.* 10. *gloſſa* 4. *tit.* 12. *Part.* 5. Azevedo in *d. l.* 1. *num.* 59. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* quorum ſententiæ adſtipulatur magis & judiciorum uſus, & juris ratio, tum quia in *d. l.* 1. poſt recenſitas nominatim exceptiones, quarum meminimus, ſubjungitur generalis clauſula ad omnes exceptiones jure receptas pertinens; ibi: *ital que de derecho ſe deba recebir*, tum etiam quia exceptiones ſimiles recenſitis, cum ſint ejusdem jure poteſtatis effectusque, intelliguntur comprehenſæ ſententia *d. l.* 1. tametſi non verbis, quod ſatis eſt. *l. nominis* 6. §. 1. *ff. de V. S.* quam interpretatur recte Hillig. ad Donell. *lib.* 21. *cap.* 2. *litera H.* quamvis aliter Forcatulus *dialoga* 63. *num.* 1. *&* 2. Merillius *lib.* 3. *obſerv. cap.* 26. Nec taxativa quamvis & ſtricta verba *d. l.* 1. excludunt exceptiones ſimiles, ſed frivolas & jure improbatas.

§. VI. Illud circa propoſita nondum pragmaticis noſtris notatum & digniſſimum notatu eſt, eas ſolas exceptiones, quamtumvis alioquin legitimas, rei judicatæ executioni opponi poſſe, quæ ſententiæ iniquitatem non impugnant; ſed executionis effectum reſpiciunt, & moderantur, quales ſunt exceptio cedendarum actionum. *l. ſi fidejuſſores* 41. §. *ult. ff. de fidejuſſor. l. alterius* 20. §. *ult. ff. de*

Google

tut. & rat. diſtrab. l. in depoſiti 12. *hoc tit.* & exceptio SCtorum Macedoniani & Vellejani. *l. tamen ſi* 11. *ff. de S. C. Macedoniano.* & exceptio Privilegii, ne quis condemnetur ultra quam facere poteſt. *l. Neſennius* 41. *§ ult. hoc tit, l. qui id quod* 33. *ff. de donat. l. ex diverſo* 17. *§. ult. ff. ſolut. matr.* & quod eſt amplius, ita demum rei judicatæ executionem impediri legitimis exceptionibus, ſi illæ ipſæ non ante ſententiam objectæ, & a judice rejectæ fuerint: nam ſi rejectæ ſint, obſtabit rei judicatæ exceptio, ſi poſtea executioni opponantur. *l. duobus* 19. *ff. de except. rei judic.* ideoque exceptio compenſationis debiti liquidi, quæ quamvis non recenſeatur in *d. l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* cum tamen ſolutionis, quæ ibi recenſetur, vim habeat compenſatio *l.* 4 *ff. qui potiores. l.* 4. *C. de compenſationibus.* admitti debet ad impediendam executionem. *l.* 2. & *l. ult. §. ult. C. de compenſat.* non tamen aliter admittitur, quam ſi non prius ordinario judicio oppoſita & reprobata a judice ſit. *l. quod in diem* 7. *§.* 1. *ff. de compenſat. l. ſin autem* 8. *§. ſi quocumque* 2. *ff. de neg. geſtis. l. rebus* 18. *§. ult. comm. l.* 1 *§. præterea* 4. *de contrar. tut. judic.* Pluribus & poſt plures Gratian. *diſceptat. forenſ. cap.* 444. *num.* 12. & 20. late Hillig. ad Donell. *lib.* 22. *cap* 8. *litera L.* Cæterum quoad ſpatium decem dierum exceptionibus opponendis & probandis præſtitutum duo ſuperioribus ad praxin notanda adjicimus.

§. VII. Primum eſt, exceptiones executionem impedientes probari debere intra decem oppoſitionis dies, non autem poſtea, niſi per confeſſionem adverſarii poſitionibus reſpondentis, ut notat Gutierr. *lib.* 1. *pract quæſt.* 117. Azevedo in *d. l.* 2. *num.* 13. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* vel niſi probentur inſtrumentis, & debitor juret, ea inſtrumenta noviſſime ſe reperiſſe, ut *arg. cap. cum dilectus* 9. *de fide inſtrumentorum* docent poſt Bart. in *l. admonendi* 31. *num.* 3. *ff. de jurejurando.* Covarr. in *pract. cap.* 20. *num.* 8. Morla in *emporio tit.* 12. *quæſt.* 4. *num.* 3. Secundum eſt, creditorem petentem executionem poſſe etiam, & debere, ſi petat, impetrare prorogationem decem dierum, quæ tamen prorogatio ſemel creditori conceſſa reo etiam communis eſt, ut poſt Alexandrum in *l.* 1. *num.* 13. *ff. de leg.* 2. obſervant Gutierr. *lib.* 1. *pract. quæſt.* 116. Azevedo in *d. l.* 1. *num.* 41.

§. VIII. Diſputationis noſtræ & executionis progreſſum, de quo tam multa, terminat commodiſſime ſententia definitiva executionis, per quam judex tranſactis decem oppoſitionis diebus, ſi vel propter legitimas exceptiones probatas, vel alia ex cauſſa jure recepta executioni locum non eſſe animadverterit, debet ab ea reum abſolvere, ſimulque præcipere, ut eidem pignora pro executione capta reſtituantur, actoremque in expenſis litis damnare, ut poſt alios notat Pichard. in *manuduct. part.* 2. *præcepto* 17. Sin autem executionem fieri jure debere exiſtimat, profert condemnatoriam ſententiam addictionis, quam vocant *de Remate*, jubetque quartam & ultimam proclamationem ſeu præconium publicæ ſubhaſtationis interponi, & pignora pro executione capta pluris licitanti addici, ut ex eorum pretio fiat ſatis creditori, qui executionem petiit de principali debito & expenſis, data tamen in primis ab eodem creditore fidejuſſione Legis Toletanæ, quæ extat in *l.* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* ſed ſi pignora emptorem non inveniant, addicuntur creditori ipſi pro quantitate, quæ debetur, juxta formam *§. ſi pignora noſtra l. a Divo Pio* 15. quem interpretantur varie poſt Claſſicos Donellus *ibi*, & in *l. ſi creditor* 28. *ff. de reb. cred.* Pinell. in *l.* 2. *part.* 1. *cap.* 4. *num.* 10. *C. de reſcindenda vend.* Duaren. *lib.* 1. *diſp. cap.* 6. Faber *de err. Pragm. dec.* 50. *err.* 1. & *ſeqq.* Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 3. *lit. BB.* Sin autem executioni tertius ſe opponat, audiendus eſt ſummatim juxta *§. ſi rerum noſtræ l.* & tamen via ordinaria *l.* 41. *tit.* 4. *lib.* 3. *Comp* ad quam de tertio oppoſitore late Azevedo *ibidem.* Covarr. in *pract. cap.* 16. Mandatur autem executioni ſententia addictionis, etiamſi ab ea appelletur; quia quoad effectum ſuſpenſivum in hac re non defertur appellationi. *l.* 3. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp. d. l.* 19. Denique addictio fit non ſolum pro principali debito & expenſis, in quas victum victori condemnari in cauſſis executivis regulare eſt. *l. properandum* 13. *§. ſin autem alterutra C. de judiciis. l.* 1. & 2. *tit.* 22. *lib.* 4. *Comp.* ſed etiam pro decima parte principalis ſummæ in executionem deductæ, quam ſportularum vice exigere judices executores poſſunt in his locis, in quibus exigi moris eſt. *l.* 3. *tit.* 4. *lib.* 3. *l.* 7. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.* Non tamen ante debitum principale ſolutum. *l.* 31. *tit.* 4. *lib.* 3. *Comp.* Neque ſi reus ſtatim ſolvat aut intra horas duas & ſeptuaginta poſt intimatum executionis, ut noviſſime cautum eſt *cap.* 52. *Regiorum comitiorum* anni 1617. illuſtrant Gutierr. *lib.* 1. *Pract. quæſt.* 128. Azevedo in *d. l.* 7. *tit.* 21. *lib.* 4. *Comp.*

A D-

A D P E N D I X
PARTIS SECUNDÆ RECITATIONUM AD TITULUM DIG. DE RE JUDICATA,
S I V E
DE PRIVILEGIO EORUM, QUI NON DAMNANTUR ULTRA QUAM FACERE POSSUNT,
C O M M E N T A R I U S
Ad *d. l. ſunt qui* 16. *cum* 9. *Legibus ſequentibus. l. qui cum ſe* 10. *l. cum ex cauſſa* 30. *l. Neſennius* 41. *l. & exheredatum* 49. *cum* 3. *Legibus ſeqq. ff. de Re Judicata*,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI DICTATUS
A. MDCXXXIX.

§. I. ADPENDIX veluti & acceſſio eſt hæc tractatio, præcipue noſtræ illius de judicati executione, cui moderandæ nulla in foro frequentior, aut in Scholis explicatu dignior exceptio eſt, quam iſta privilegii quibusdam jure dati, ne condemnentur ultra quam facere poſſunt. Quare ut ſubtilem utilemque ſimul tituli hujus portionem, viſamque noſtris Academicis Anteceſſoribus potius quam tritam brevi perſpicua & accurata methodo exponamus, ſciendum eſt, antiqua Lege XII. Tabb. cujus A. Gellius meminit *lib.* 20. *noct. attic. cap.* 1. debitorem damnatum, ſi intra tempus legitimum judicato ſatis non faceret, creditori in ſervitutem addici & ab eo vinciri, nectique potuiſſe; (unde & *addictus. nexusque* vocabatur) quin & poſt ſexaginta vinculorum dies peregre trans Tiberin vendere aut capite punire, & ſi plures creditores eſſent, in partes debitoris corpus ſecare licuiſſe: de quo vetere jure ſeu potius injuria niſi ad terrorem magis, quam uſum eſſet ſcriptum, præter innumeros congeſtos ab Hillig. ad Don. *lib.* 27. *cap.* 3. *lit. HH.* Pichardo in §. *cum eo* 40. *num.* 7. *inſt. de act.* videndi ſunt Hotmanus *lib.* 3. *Antiquit. ad finem.* Andreas Schottus *lib.* 2. *obſ. humanarum cap.* 34. & *lib.* 3. *cap.* 24. Annæus Robert. *lib.* 2. *rer. judic. cap.* 6. P. Greg. *lib.* 22. *Syntagm. cap.* 6. *num.* 5. ſed abrogato novis legibus moribus non tantum inhumano ſectionis jure, ſed etiam addictionis & nexus. *l. ob æs alienum* 12. *C. de O. & A. l. qui filios* 6. *C. quæ res pignori.* manſit tamen in uſu tum venditio olim ſolennis, poſtea extraordinaria bonorum omnium debitoris in ſolidum, donec judicato ſatisfiat. *princ. inſt.* ubi Theophilus, & noviores, *de ſucceſſ. ſublat. l.* 4. *C. qui bonis cedere poſſunt.* tum etiam ſi bona credito ſovendo non ſufficiant, conjectio ipſius debitoris in publicum carcerem, donec ſolvat, ut probant textus ſic accipiendi in *l.* 1. *l. pen. & ult. C. de his qui bon. ced. poſſunt. l.* 1. *C. Theodoſ. eod. tit. l. ſi pro aliquo* 21. §. 1. *ad S. C. Vellejan. l. ult.* §. *ult. ff. quæ in fraudem creditorum. l.* 34. *hoc tit.* juncta *l. verbo* 43. *ff. de V. S.* quas ad rem expendit Hotman. *illuſtr. quæſt.* 26. Unde conſtabit jam privilegium, de quo nunc loquimur, in eo conſiſtere, ut perſonæ, quibus tribuitur, nec in ſolidum pro executione judicati bonorum venditionem ſuſtineant: ſed dumtaxat quatenus facere poſſunt, hoc eſt, quatenus facultates patiuntur, relictis ſufficientibus alimentis. *l. inter* 19. *l. cum ex cauſſa* 30. *hoc tit. l. in condemnatione* 173. *ff. de reg. jur.* §. *item ſi de dote* 37. *inſt. de act.* nec in carcerem detrudantur, etiamſi ſolido ſolvendo bona ſatis non ſint, ut generaliter quoad omnes privilegio noſtro fruentes docet poſt Baldum in *l. liber captus in fine C. de poſtlim. reverſ.* Gutierrez *de juram. confirmatorio parte* 1. *cap.* 16. *num.* 48.

§. II. Quibus ſic prælibatis, & intermiſſa potius quam omiſſa de privilegii effectu, & conditionibus communibus diſputatione, ut in primis perſonas, quibus competit, complectamur, ad ſex fere ordines revocandæ ſunt. Primus ordo eſt eorum, inter quos ſumma ſanguinis conjunctio eſt, quales ſunt Parentes, Liberi, Fratres, qui inter ſe non damnantur ultra quam facere poſſunt; ut circa Liberos & Parentes probatur in *noſtra l. ſunt qui* 16. *l. cum ex cauſſa* 30. *hoc tit. l. quia* 16. *l. etiam* 18. *ff. ſolut. matr.* §. *ſed etſi quis* 38. *inſt. de act. l.* 1. *tit* 15. *Part.* 5. circa fratres autem *arg. l. verum* 63. *ff. pro ſocio. l. patronus* 17. *hoc tit.* in omnibus autem primi hujus generis una & communis ratio privilegii tribuendi eſt, quia cum ob ſummam ſanguinis neceſſitudinem invicem ſibi alimenta debeant, non tantum liberi parentibus & e contra. *l. ſi quis a liberis* 5. *ff. de agnoſc. & al. lib. l. ult.* §. *ipſum autem C. de bonis quæ lib* ſed etiam fratres fratribus. *l. qui filium* 4. *ff. ubi pupillus educ. deb. l. tutor* 13. § *ult. ff. de adminiſtr. tut. l.* 1. §. *ſed etſi* 2. *ff. de tut. & rat. diſtrah.* abſurdum eſſet, ſi liceret exigendo ſolidum auferre eis alimenta, quibus præſtare debent, ut affirmant etiam quoad fratres poſt Albericum in *d. l. verum* 63. *ff. pro ſocio.* Joann. Faber, Hotmanus, & alii in § *ſed etſi quis cum parente* 38. *inſt. de act.* Cujac. *lib.* 32. *Pauli ad Edict.* in *l. ſi unus* 67. §. *ult. ff pro ſocio.* Donell. *lib.* 27. *comm. cap.* 3. ubi Hillig. *lit. E.* & congeſti ab Heringio *de fidejuſſorib. cap.* 27. *parte* 4. *num.* 90. Accedit in parentibus ratio reverentiæ eis a filiis debitæ, cui repugnat deduci patres a filiis in egeſtatem, vel carcerem per exactionem ſolidi. *l. licet* 7. *l. liberto* 9. *ff. de obſequiis parent. & patr. præſtandis.*

§. III. Verum quoad fratres negat eis privile-

gium noſtrum Accurſius in *d. l. verum* 63. *verbo fraternitatis.* quem ſequuntur Bart. & Claſſici fere omnes *ibi*, & præter laudatos ab Hillig. *ubi proxime.* Heringius *d. cap.* 27. *parte* 4. *num.* 89 quibus ultra leviora argumenta, quæ non moramur, favet non leviter Ulpiani locus vulgo in hac re illaudatus in *l.* 1. §. *ſi cum duobus* 13. *ff. de collat. bon.* ubi inter fratres circa collationem denegatur ſextantis emolumentum fratri, qui per inopiam in ſolidum cavere non poteſt, & conſequenter ſignificatur, etiam inter fratres, ſicut cautioni in ſolidum, ita & exactioni locum eſſe: valet enim argumentum a cautione ad exactionem. *l. ſi conſtante* 24. §. *quoties ff. ſolut. matr.* verior tamen, & benignior eſt ſuperior ſententia, quia quamvis fateamur, quod Accurſius conſiderat in *d. l. verum* 63. non eſſe inter veros fratres ſocietatem voluntariam ex conventione, ſed neceſſariam incidentemque, & plerumque diſcordiarum potius quam concordiæ materiam. *l. cum pater* 77. §. *dulciſſimis ff. de leg.* 2. *l. in re communi* 25. *ff. de ſervit. præd. urban.* non tamen debet major vis eſſe imaginariæ fraternitatis inter ſocios, quam veræ naturaliſque inter fratres, ne alter alterum ad egeſtatem, carceremve compellat. *l. nonnumquam* 8. *ff. de coll. bonorum. l. nemo* 58. §. 1. *ff. de her. inſt.* nam ut eleganter Quintilianus *declamatione* 321. *quæ poteſt amicitia eſſe tam felix, quæ imitetur fraternitatem? certe quoties blandiri volumus his, qui eſſe amici videntur, nulla adulatio procedere ultra hoc nomen poteſt, quam ut fratres vocemus.* Et deinde, *quid eſt aliud fraternitas, quam diviſus ſpiritus.* multa in eandem rem de fraterna charitate Tiraqnell. *de pœnis temperandis cauſſa* 22. *num.* 6. & in *l. ſi unquam, verbo libertis num.* 92. *C. de revocand. donat.* Langlæus *lib.* 3. *ſemeſtr. cap.* 2. eaque ratio ſufficit extenſioni privilegii ad fratres, etiamſi aperto jure deficiamur. *l. non tantum* 20. *in fine hoc tit. l.* 2. §. *Item Varus in fine ff. de aqua & aquæ pluviæ.* nec ad rem pertinet, quod objicitur ex *d. l.* 1. § *ſi cum duobus* 13. *ff. de coll. bonorum.* ibi enim cum ex forma edicti prætorii de collationibus emancipatus præteritus non aliter ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas cum effectu admittatur, quam ſi fratribus, qui in poteſtate manſerunt, conferat ſua bona re ipſa, vel caveat de collatione. *l.* 1. *in pr.* & §. *jubet* 9. §. *quamvis* 11. *l.* 3. *ff. de coll. bon.* rectiſſime affirmatur, ſi, cum duobus fratribus conferre deberet, uni dumtaxat cavere propter inopiam potuerit, eſſe ei denegandas interim actiones ſextantis, id eſt, dimidii trientis, quem integrum cum effectu haberet, ſicut & alii duo fratres, ſi utrique contuliſſet vel caviſſet. In quo, ut apparet, non damnatur fratri in ſolidum ob civile debitum frater, qui ſolvendo non eſt; ſed lucrum hereditatis paternæ, quod emancipatus non haberet jure civili, nec prætorio ei defertur, non niſi ſub forma collationis denegatur ei, pro qua parte non confert. *l* 2. § *ult. ff de collat. bon.* nam ſi propter inopiam, quamvis utrique non caveret, conſequeretur trientem integrum, erit hoc beneficium cum injuria fratris illius, cui non confertur & aufertur, cum e converſo ſufficere emancipato debeat, quod propter inopiam conſerre id ipſum videtur, quod minus percipit ex bonis patris; quia utrique non cavet, *arg. d. l.* 1. §. *ſed etſi* 12. *l. dotis* 5. *C. eod. tit.* & ſic ſextantem ſaltem conſequitur, quem non conſequeretur, ſi ſtricto jure contra eum uteremur, ſicut contra contumacem, quia qui in ſolidum non cavet, nec pro parte cavere intelligitur. *d.* §. *ſi cum duobus* 13. juncta *l. ſi ſervus* 9. §. 1. *ff. ſi quis cautionibus.*

§. IV. Sed & quoad filios reſpectu parentum non competere illis generaliter noſtrum privilegium, colligi fortiter videtur ex *l. etiam* 18. *ff. ſolut. matr.* ubi otioſe, vel vitioſe Pomponius in actione de dote, quam mater contra filios exercet; atque ita demum, ſi patri, eidemque marito heredes extiterint, admitti eos ad privilegium ſpecialiter notaret, niſi pro conſtanti ſupponeret, eos in aliis actionibus, quibus non tanquam patris heredes a matre conveniuntur, non poſſe ex ſua perſona privilegium opponere, quo modo fere argumentatur, & affirmat jure civili attento ex mente Accurſianorum Baeza *de inope debitore cap.* 17. *num.* 48. Sed retenta ſententia, quam propoſuimus ſupra §. 2. & ſignanter in filiis probant Jaſo *num.* 3. in §. *ſed etſi quis.* 38. ubi & Joann. Faber & alii, *inſt. de act.* reſpondendum eſt in actione de dote, qua filii a matre conveniuntur, propriam, & ſpecialem dubitandi rationem eſſe, quia conveniuntur ex perſona patris ejuſdemque mariti, cui heredes extiterunt, (ut vel iſto reſpectu, vel ut terminos habiles ſupponat, Pomponius exprimit in *d. l. etiam* 18.) conſtat autem, privilegium noſtrum marito datum cum ejuſdem perſona extingui; ideoque nec heredi ejus præſtari *l. maritum* 13. *cum ſequent. ff. ſolut. matr. l. etſi fidejuſſor.* 24. §. *ult. cum l ſequenti hoc tit.* Sed in contrarium decidendi ratio eſt, quia cum ſint filii ejuſdem mulieris, quæ dotem petit, ut nominatim etiam Pomponius exprimit, non eſt cur non exerceant privilegium adverſus matrem, non tanquam a marito & patre tranſmiſſum contra *l. quia tale* 14. *ff. ſolut. matr.* ſed tanquam novum privilegium in perſona, & ex perſona eorum incipiens, ut obſervat poſt alios recte hoc poſtremum notans Barboſa in *d. l. maritum* 13. *num.* 81. Suarez *de Legibus lib.* 8. *cap.* 11 *num.* 4.

§. V. Illud tam circa liberos, quam parentes quoad privilegium noſtrum memineris; eorum appellationem explicandam eſſe ex JCtorum placitis in re ſimili in *l.* 4. §. *parentem cum* 4 *& ſeqq. l. ſed ſi hac* 10. §. *liberos* 5. *& ſeqq. ff. de in jus vocando.* atque in primis parentum nomine omnes adſcendentes in infinitum proprie ſignificari. *d l* 4. § *parentem. l.* 1. §. *generaliter ff. de leg. præſt. l. appellatione* 51. *ff. de V. S.* Liberorum autem ſimiliter deſcendentes omnes *d. l. ſed ſi hac* 10. § *liberos* 9. *l.* 3. §. *emancipatos ff de adſign. libert. l moris* 9. §. *liberos ff. de pœnis. l. liberorum* 220. *ff de V. S.* quamvis & adſcendentes uſque ad tritavum proprio & ſpeciali nomine, poſtea communi *majores*, vel *parentes* dicantur, ſicut & deſcendentes poſt trinepotem *liberi* aut *poſteri*. *d. l.* 4. §. *parentem*, & *d. l. ſed ſi hac* 10. §. *liberos* 9. *l. ult.* § *parentes* 7. *ff. de gradibus.* quæ ita contra ineptias Vallenſis *lib.* 6. *elegantiarum cap* 55. Floridi Sabini in *libello de interpretibus Jur. Civilis pag. mihi* 181. exponunt & componunt Hillig. & ab eo laudati ad Don. *lib.* 23. *cap.* 2. *litera* T. Duarenus in *l. patronus* 17. *hoc tit.* Alex. ab Alexandro *lib.* 1. *dier. gen. cap.* 19. Pereyra in *l. ſi curatorem, verbo ſine curatore num* 48. *C. de in integrum reſtit.* Cujacius ad *titulum ff. de gradibus.* Alciatus, & alii in *d. l. appellatione* 51. & in *d. l. liberorum* 220. *de V. S.* Pichardus in *l. Gallus in præludiis cap.* 1. *num* 18. *ff. de lib. & poſt.*

§. VI. Secundum genus eſt eorum, quibus privilegium noſtrum tribuitur ob imaginem fraternitatis, qualis eſt inter ſocios, quia ſicut fratres plerumque in communione bonorum ſunt, & ſua ſponte & ob paternam ſucceſſionem & collationem, unde & tales fratres proprie dicuntur *conſortes. l. ſi is qui tres* 31. §. *cæterum ff. de excuſat. tut. l. cum duobus* 52. § *Papinianus* 6. *ff. pro ſocio. l. ex parte* 39. §. *filius ff. fam. erciſc.* quæ ad rem illuſtrat Cujacius *lib.* 6. *quæſt. Pauli* in *d. l. ſi is qui* 31. & *lib.* 5. *obſ. cap.* 10. Ludovicus Carrio *lib.* 2. *emendat. cap.* 10. Joann. Savaro in Sidonium Apoll. *lib.* 3. *epiſt.* 1. *pag. mihi* 176. & *lib.* 4. *epiſt.* 24. *ad fin.* Briſſ. & alii de *V. S. verbo conſortes.* ita & ſocii proprie atque ultro conſortes, quos & ideo fratres vocatos a veteribus diſces vel ex ſolemni formula renunciandæ ſocietatis, quæ apud Petronium Arbitrum in *Satyrico cap.* 10. & 11. Apulejum *lib.* 10. *Mileſiarum.* junctus *l nemo* 58. §. 1. *ff. de her. inſt. l.* 4. *C. de caſtrenſi peculio-*

lio-

ſo. Datum eſt autem privilegium in primis ſocio omnium bonorum, cum quo indiviſa & *ſolida fraternitas*, ut Quinctilianus loquitur *declamatione* 321. ideoque in ſocio omnium bonorum, ut pote cui ſimpliciter & indiſtincte omnino competeret privilegium citra veterum dubitationem proponit ad Ulpianus in *noſtra l. ſunt qui* 16. obtinuit tamen etiam ſocio unius rei, ſi ex ea ſocietate conveniatur, competere privilegium, ut ex Sabino Ulpianus idem docet in *d. l. verum* 63. *ff. pro ſocio.* quia limitatæ cauſſæ effectus limitatus quidem eſt, ſimilis tamen intra ſuum modum univerſali. *l. in agris* 16. *ff. de adquir. rer. dom.* ergo non ſecum pugnant Ulpiani duo loci in *d. l. ſunt qui* 16. & in *d. l. verum* 63. Sed alter alterum ſupplet, & exponit, ut poſt Accurſ. & Claſſicos *utrobique*, obſervant Faber in *Rat. d. l. verum* 63. Gutierrez *de juram. confirmatorio parte* 3. *cap* 15. *num.* 1. Pichard. in *manuduct. parte* 2. *præcepto* 9. *num.* 22. contra alios & cum aliis Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 3. *littera K.* Balduinus in §. *item ſi de dote num.* 39. *inſt. de act.* ubi valde de hac re fluctuat Hotmanus.

§. VII. Obſtat tamen propoſitis obſcurus textus, neque in hac re expenſus vulgo, aut expoſitus in *l. de illo* 23. *ff. pro ſocio.* ubi cum unus ex pluribus ſociis alterum ad ſocietatem ſolus admiſiſſet, & admiſſus ſolvendo non ſit, Ulpianus reſpondet; omnimodo eum, qui admiſit, ſociis teneri, non tantum ut actiones ſuas mandet contra admiſſum; ſed etiam ut indemnes eos præſtet in id, quod a ſocio admiſſo ſolvi non potuerit, & conſequenter concedere Ulpianus videtur privilegium admiſſo contra eos, qui non admiſerunt, quorum nec ſocius eſt. *l. qui admittitur* 19. *cum l. ſequenti ff. pro ſocio. l. conſilii* 47. §. *ult. ff. de reg. jur.* & negare idem privilegium ſocio, qui admiſit contra ſocios. Utrumque autem abſurdum, aut obſcurum eſt: ſed utroque iſto ſuppoſito, quia & ita eſſe juris ratio oſtendit; quamvis neutrum ſatis Ulpianus exprimat in *d. l. de illo* 23. reſpondendum eſt, ideo ſocios, qui non admiſerunt, non exigere ab admiſſo in ſolidum, ſed quatenus facere poteſt; quia, cum ſocii non ſint illius, quem non admiſerunt, & conſequenter nec in eum actionem propriam, ſeu directam habeant ſuo nomine. *d. l. qui admittitur* 19. *cum l. ſequenti.* neceſſe eſt, ut experiantur mandatis actionibus a ſocio qui admiſit, proinde obſtabit eis tanquam ceſſionariis exceptio privilegii noſtri, quia & obſtaret mandanti, cujus jure & actionibus eidem utuntur ex regula *l. emptorem* 5. *C. de hereditate vel actione vendita. l. ſi poſt divortium* 27. *ff. ſolut. matr. l. qui in jus* 177. *ff. de reg. jur.* Quamvis diverſum eſſet, ſi ex delegatione ſocii, qui admiſit, experirentur contra admiſſum, quia uterentur tunc propria actione quæſita ex promiſſione & conſenſu debitoris delegati. *l. nec creditoris C. de donat.* ideoque nec obſtaret exceptio *l.* 33. §. *ult. ff. de donat. l.* 33. *de novat. l. Neſennius* 42. *hoc tit.* ubi ſignanter & ad rem Jaſo *num.* 6. e contrario autem ſocius, qui admiſit, non fruitur privilegio contra ſocios, ſed omnino ſive in ſolidum illis tenetur in id, quod ab admiſſo ſervare non potuerint, quia culpa ipſius fuit, & quidem dolo proxima, in admittendo ſocio non idoneo ſine aliorum conſenſu. *d. l. de illo* 23. Unde & teneri debet, quaſi dolo fecerit in ipſa ſocietate, quominus ſolidum debitum conſequi ſocii poſſint. *d. l. verum* 63. *in pr. &* §. *hoc quoque* 7. *l. ſed hoc ita* 22. §. 1. *l. ſi quis* 51. *cum l. ſequenti hoc tit. l. etiam* 18. §. 1. *ff. ſolut. matr.* ſentiunt ita aut præſentiunt in *d. l. de illo* 23. poſt Accurſ. Albericus & Faber in *Rat. ibidem.* junctis traditis a Barboſa in *l. maritum* 13. *num.* 103. *ff. ſolut. matr.*

§. VIII. Plane in ſocio præter conditiones aliis communes, de quibus in commune poſtea dicemus, una & propria conditio requiritur, ut privilegio frui poſſit, nempe ut ſocium ſe fateatur, ſive non neget, quia neganti ſe ſocium non ſuccurritur. *l. ſi unus* 67. §. *ult ff. pro ſocio. d. l. ſed hoc ita* 22. §. *ult. hoc tit.* dum tamen ſciatur, licere pœnitere uſque ad litis conteſtationem, & mendacem negationem revocare, *arg. l quamvis* 11. *ff. de in jus vocando. l. electio* 26. §. *neque* 5. *ff. de noxalibus.* neque ob generalem aut ſimplicem inficiationem intentionis actoris amitti privilegium, *arg. l. obligatione* 6. *ff. de pignor. cap. ult. de offic. vicarii lib.* 6. docent utrumque poſt Bartolum & alios in *d. l. ſed hoc ita* 22. §. 1. Pichardus in *manuduct. parte* 2. *præcepto* 9. *num.* 28. Heringius in re ſimili *de fidejuſſor, cap.* 27. *part.* 1. *num.* 220. *& ſeqq.* ratio autem hujus pœnæ in ſocium negantem pendet ex turpitudine & odio mendacii. *l. de ætate* 11. §. *ſi cum eſſet* 3. *ff. de interrog. in jure faciendis. l. ult. ff. de rei vindicatione. l. computationi* 68. alias *l. hereditatum* §. *ult. ff. ad l. Falc.* cum ſimilibus, de quibus multa ad rem poſt multos Heringius *ubi proxime.* & quia indignus eſt privilegio, qui id ipſum inficiatur, cujus contemplatione ei conceditur. *l auxilium* 37. *in fine ff. de minoribus. l.* 4. §. 1. *ff quod cum eo l. qui cum ſe sct. hoc tit. l. ſi dubitet* 10. § 1. *ff. de fidejuſſor.* quorum juriom argumento ſociique exemplo perinde & cæteros, de quibus diximus & dicemus, amittere effectum privilegii, ſi ejus concedendi cauſſam dolo malo negarint, affirmant poſt Bart. in *l. etiam* 18. §. *licet num* 3. *ff ſolut. matr.* Barb. plures laudans in *l. maritum* 13. *num.* 105. *ſolut. matr.* Gutierrez *de juram. part.* 1. *cap.* 16. *num.* 72. eaque ſententia recepta magis & communis eſt, quamvis contraria in diſputando ſatis probabilis, quam ſequitur poſt Duarenum Donellus *lib.* 27. *comm.* in *noſtra l. ſunt qui* 16.

§. IX. Succedit tertius perſonarum ordo ſuperioribus valde affinis, in quo cauſſam dant privilegio, & ſumma conjunctio ſeu neceſſitudo, & ſocietas vitæ, qualis eſt inter conjuges propter matrimonii nexum. Ergo in primis maritus ad dotem reſtituendam non condemnatur ultra quam facere poteſt. *l. patronus* 17. *l. non tantum* 20. *cum ll. ſeqq. hoc tit. l. maritum* 12. *cum ll. ſeqq. ff. ſolut. matr.* §. *item ſi de dote* 37. *inſt. de act.* quod tamen vetus juriſprudentia admittebat duntaxat in actione rei uxoriæ, ſive de dote. *l. unica* §. *cum autem* 7. *C. de rei uxor. act.* quia cum bonæ fidei eſſet, & in id concepta, quod æquius melius. *d. l. unica* §. *ſed etſi non ignoramus* 2. *l. eas* 8 *ff. de cap. minut.* inerat ei quodammodo, ſicut & aliæ retentiones ex bono & æquo. *d. l. unic.* §. *taceat.* ita & exceptio privilegii noſtri, ut pote quæ præcipue ſubnititur æquitatis ratione ob nuptialem ſocietatem, & reverentiam marito debitam. *d. l. unic.* §. *cum autem* 7. *l. alia* 14. §. *ult. l. ex diverſo* 17. §. 1. *ff. ſolut. matr.* juncta regula §. *in bonæ fidei* 30. *inſt. de act.* diverſum autem in actione ex ſtipulatu pro dote, quia ſtricti juris erat ante Juſtinianum, ſolidumque exigebat non obnoxia exceptionibus, ſeu retentionibus prætextu æquitatis. *d. l. unic.* §. *ſed etſi non ignoramus,* §. *taceat, &* §. *cum autem,* obi Cujacius, & *lib.* 24. *obſ. c.* 38. poſtea ex conſtitutione Divi Pii privilegium in dote ſola olim marito datum extenſum eſt ad omnes contractus. *l. non tantum* 20. *hoc tit. l.* 1. *tit.* 15. *Part.* 5. ſive ante matrimonium interpoſitos, ſi ex illis eo conſtante ab uxore conveniatur maritus, ut in terminis docet Alexander in *l. quia tale* 14. *num.* 8. *in fine ff. ſolut. matr.* Donell. *lib.* 27. *comm.* in *noſtra l. ſunt qui* 16. *cum ſeqq.* quamvis aliter poſt alios Barb. in *d. l. maritum* 13. *num.* 56. ſive interpoſitos matrimonio conſtante, etiamſi eo jam ſoluto ex eis uxor petat, ut contra Accurſ. *gloſſa ult.* in *d. l. non tantum* 20. concludunt Bart. & cum Alberico Cujacius *lib.* 2. *differentiarum Modeſtini ibidem*, idem Cujacius & Donell. *ubi proxime.* Cæterum ad contractus ante matrimonium, ex quibus eo jam ſoluto petitur, pertinuiſſe conſtitutio Divi Pii non videtur, quia nul-

la aut impar ſaltem quoad privilegium nuptialis ſocietatis, & maritalis reverentiæ conſideratio in his debitis, quorum neque origo, neque petitio inter conjuges fuit, *arg. l. 3. §. ſed & cum uxore ff. de act. rer. amot.* cui jungendus Fab. *de err. Pragm. dec. 79. err. 1. & dec. 82. err. 1.* proinde cum plerumque dos ante nuptias promittatur. *l. 4. §. hujus 2. ff. de pact. l. 2. §. creditum ff. de reb. creditis. l. ſtipulationem 21. l. dotis 68. ff. de jure dot. l. cum multæ 20. C. de donat.* ante nuptias & non niſi poſt nuptias diſſolutas reſtituatur. *l. unic. C. ſoluto conſtante matr. ſoluta fuerit. l. ſi conſtante 24. ff. ſolut. matr.* permanſit etiam poſt conſtitutionem D. Pii jus vetus privilegii non exercendi in actione ex ſtipulatu pro dote usque ad Juſtinianum, cujus Edictum neceſſarium fuit, ut & ex ſtipulatu actio pro dote fieret bonæ fidei, ſicut olim rei uxoriæ erat. *d. l. unic. §. ſed & ſi non ignoramus. §. fuerat 29. inſt. de act.* & conſequenter admitteret etiam exceptionem privilegii in marito. *d. l. unic. §. cum autem.*

§. X. Neque obnititur ſupra traditis Scævolæ locus in *l. divortio 35. ff. de negot. geſt.* ubi ſcriptum eſt, in maritum, qui patrimonium amiſit, etiamſi facere non poſſit, competere pro dote uxori plenam negotiorum geſtorum actionem, quamvis ſi dotis actione conveniatur, abſolvendus ſit, & conſequenter ſignificatur, non ſemper aut ex omni contractu privilegium marito indulgeri; ſed dumtaxat in actione de dote, contra *d. l. non tantum 20. hoc tit.* quippe rejecta Accurſii ſententia *ibidem*, *verba condemnandus* affirmantis, maritum ſoluto matrimonio ex contractibus eo conſtante geſtis in ſolidum damnari, cujus contrarium ſupra docuimus, & inſinuatur in *l. ſi rerum 52. hoc tit.* dicendum potius eſt cum eodem Accurſio in *d. l. divortio 35.* quem ſequuntur ibi communiter Bart. & in *d. l. maritum 13.* ubi Bart. *num. 89.* & poſt Claſſicos, Duarenus, Donellus, & Cujacius *lib. 2. different. Modeſt.* in *d. l. non tantum 20.* Faber in *Rat. d. l. divortio 35.* ideo ibi negotiorum geſtorum actionem plenam ſive in ſolidum dari contra maritum, quia naſcitur ex quaſi contractu inito poſt ſolutum matrimonium, nempe geſtionis negotiorum uxoris divortio facto, ut ſignanter proponit Scævola in *d. l. 35.* in qua geſtione imputatur marito, ſi dum gerebat potuit ſolidam dotem uxori debitam ſolvere, & a ſe non exegit. *l. ſi pupilli 6. §. ult. l. qui ſine 38. ff. de negot. geſt. l. ſi negotia 31. ff. mandati.* cum tamen in actione de dote non ſufficiat ea ſola culpa, ut maritus in ſolidum teneatur. *l. etiam 18. §. 1. ff. ſolut. matr.* eaque ſingularis declaratio eſt, ſeu limitatio ad conſtitutionem Divi Pii relatam in *d. l. non tantum 20.* quam conſtitutionem vidiſſe atque ita temperaſſe Scævolam in *d. l. 35.* veriſimile eſt, ut pote cum poſt Divum Pium adhuc vixerit, quamvis anterior Modeſtino non paucis annis. *l. verum 11. §. 1. ff. de minor.* junctis traditis ab Hillig. ad Donell. *lib. 8. cap. 3. litera D.* Bertrando de *vitis JCtorum* in *Scævola.* ut proinde fiat facile ſatis his, quæ contra hanc communem interpretationem expendit aliter exponens noſter Pichardus in *manuduct. part. 2. præcepto 9. num. 55.*

§. XI. Verum acriter pro Accurſii ſententia contra *d. l. non tantum 20.* pugnat ignotus vulgo, neque ignobilis in hoc tractatu textus in *l. uxor 55. ff. de donat. inter V. & U.* ubi cum maritus ex pecunia ſibi ab uxore donata rem certam emiſſet, eaque res extat, & ipſe ſolvendo non eſt, docet Paulus poſſe mulierem revocata donatione pecuniam petere per condictionem, quatenus res ex ea empta valet, neque ultra etiam, ſi res pluris ſit. *l. ſi id quod 28. §. ſi ex decem ff. de donat. inter V. & U.* & deteriorem futuram eſſe mariti cauſſam, quam ſi conveniatur dotis actione (in quam ſcilicet jure compenſationis, vel retentionis res inter conjuges donatæ venire ſolent. *l. unic. §. taceat C. de rei uxor. actione. l. fructus 7. §. ob donationes. l. rei judicatæ 15. §. 1. ff. ſolut. matr. l. dote 5. ff. de dote prælegata.*) id autem procul dubio oſtendit, in eo deteriorem mariti cauſſam eſſe, quod per condictionem, quia ſtricti juris eſt, ut pote non enumerata in *§. actionum 28.* juncto Accurſio ibi *gloſſa magna, inſt. de act.* quamvis ſolvendo non ſit maritus, damnatur in ſolidum, quatenus res empta ex pecunia donata valet. At in actione de dote, ſive rei uxoriæ propter æquitatem judicii non niſi in quantum facere poteſt, ut pro indubitato utrumque ſupponit in exponendo *verſ. & erit deterior d. l. uxor 55.* poſt Accurſium & Antiquiores omnes *ibi*, Cujacius *lib. 6. quæſtionum Pauli.* ergo etiam poſt conſtitutionem Divi Pii non in omni contractu aut judicio maritus contra uxorem utitur privilegio. Sed exploſa emendatione Ant. Fabri *lib. 5. conject. cap. 9.* contendentis negative legendum eſſe, *nec erit deterior* in *d. l. uxor 55.* dici forſitan poteſt, ideo maritum damnari in ſolidum per condictionem, quoniam ea non eſt ex cauſſa contractus inter conjuges initi, juſtique, ad quos ſolos Divi Pii conſtitutio pertinuit. *d. l. non tantum 20.* ſed vel ſine cauſſa, vel ex injuſta cauſſa donationis non conceſſæ, quatenus ex ea maritus factus eſt locupletior, & uxor pauperior. *l. ſi ſponſus 5. §. ult. cum l. ſequenti ff. de donat. inter V. & U. l. quod bonis 15. §. ex donationibus ff. ad l. Falc.* implicat autem contradictionem & ſecum & cum æquitate, ut conveniatur jure maritus, quatenus locupletior, & non damnetur in ſolidum tanquam pauperior, maxime ut id retineat, quod ex injuſta cauſſa detinet, *arg. l. ſi rerum 52. hoc tit. l. ſi mulier 21. §. ult. ff. de act. rer. amot.*

§. XII. Rurſus contra communem interpretationem *d. l. divortio 35. ff. de neg. geſt.* expenditur, quod ſcriptum eſt in *l. 3. ff. de conſtituta pecunia.* ubi ſi maritus plus, quam facere poterat, ex dote ſe ſoluturum conſtituerit (nempe finito jam matrimonio, quo tempore dos reſtituenda, & an ſolidum facere poſſit inſpicitur. *l. ſi conſtante 24.* juncta *l. rei judicatæ 15. ff. ſolut. matr.*) non condemnatur, niſi quatenus facere poteſt. Proinde & probatur, frui maritum privilegio generaliter etiam in actionibus, & contractibus ſoluto matrimonio factis. Reſpondendum tamen breviter eſt, ideo maritum in *d. l. 3.* non damnari in ſolidum, etiam ex conſtituto poſt divortium facto, quia conſtitutum eſt appendix, ſive ſequela antiquæ principalis obligationis de dote, cui confirmandæ adjicitur: unde & ejusdem naturam ſequitur, & inſpicitur quoad privilegium cauſſa origoque dotis, cui accedit conſtitutum, ſubrogaturque, ut *arg. l. qui id quod 33. ff. de donat.* docet verbis potius quam re diverſus poſt Accurſ. in *d. l. non tantum 20. verbo condemnandus* Bartolus, & cum aliis ex Claſſicis Duarenus, Donellus, & Cujacius *lib. 2. differentiarum Modeſtini ibidem.* Hilligerus ad Donell. *lib. 27. cap. 9. lit. BB.* quibus in effectu conſentit plenius explicans Barboſa in *l. maritum 13. num. 90. & ſeqq. ſolut. matr.* Ex ejusdem autem rationis filo ducenda, & connectenda eſt interpretatio ad *l. ſi prior 32. ff. ſolut. matr.* junctis non vulgaribus locis in *l. ſic pro rata 27. §. ult. cum l. ſequenti ff. de religioſis. l. 1. §. cum dos 5. & §. ſequenti ff. de collat. dotis.* ubi in negotiis geſtis & actionibus natis poſt diſſolutum matrimonium habetur ratio privilegii, quoniam negotia ea, & actiones referuntur aut ſubrogantur in locum actionis de dote.

§. XIII. Porro juxta rationem privilegii marito tribuendi, quam in reverentia ei debita ab uxore ſubniti ſupra diximus §. 9. *arg. l. unic. §. cum autem C. de rei uxoriæ actione.* illud proprie in marito obſervandum eſt, eum, etiamſi paciſcatur ut in ſolidum damnari poſſit, poſſe cum effectu uti exceptione privilegii, quia cum damnari in ſolidum ſit contra reverentiam marito debitam, eſt etiam contra bonos mores, contra quos pactio interpoſita nec valere debet. *l. pacta 6. C. de pactis.* nec ſufficere, ut per eam renuntietur privilegio. *l. alia 14. §. 1. ff. ſolut. matr.* idemque in aliis omnibus, quibus

bus privilegium noſtrum, aut aliud ſimile propter reverentiam conceditur, veluti in parentibus & patronis, & qui eorum vice ſunt. docent ex *d. l. alia* 14. §. 1. juncta *l. ult. C. de bon. libert.* Accurſ. in *l. qui exceptionem* 40. §. *ult. ff. de condict. indeb.* Covarr in *cap. quamvis pactum parte* 2. *in princ. num.* 8. *de pact. lib.* 6. Gutierrez *de juram. parte* 1. *cap.* 16. *num.* 47. Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 9. *lit. Z.* diverſum autem eſt in ſocio & ſimilibus, in quibus non propter reverentiam privilegium noſtrum tribuitur, ideoque renuntiare ei poſſunt pacto vel alio modo juxta regulam *l. ſi judex* 41. *ff. de minoribus. l. pen. C. de pactis.* etiamſi renuntiatio non ſit jurata. *l. ſi convenerit* 26. juxta ultimam Accurſii *ibidem*, & communem interpretationem *hoc tit.* docte Gutierrez *d. parte* 1. *cap.* 17. *num.* 37. & *parte* 3. *cap.* 15. *num.* 38. Pichardus in *manuduct. parte* 2. *præcepto* 9. *num.* 36. ſed contra primam partem ſuperioris traditionis, quæ ſtatuit maritum non poſſe renuntiare privilegio, objiciuntur vulgo non pauca. In primis autem Pauli locus in *l. quamvis* 11. *ff. de in jus voc.* ubi ſi patronus ſine venia in jus a liberto vocatus ſit volens ſeu non invitus, ſcriptum eſt moderandam juriſdictionem, ſcilicet Prætoris in puniendo liberto; ergo patronus volens renuntiare privilegio poteſt, ne in jus ſine venia vocetur, cum tamen datum id ſit patrono propter reverentiam. *l.* 2. *C. de in jus vocando. l. licet* 7. *l. liberto* 9. *ff. de obſequiis parentibus.* Secundo quod legimus in *l. nam et ſi maritus* 9. *ff. de condict. indeb.* juncto textu difficili in *l. ſi quis reum* 5. §. *idem Julianus* u. *verſ. ſed eſt verius ff. de lib. legat.* nempe maritum, qui cum ſolvendo non eſſet, totam dotem uxori ſolvit, non poſſe repetere, & quidem indiſtincte, ſive ſciens, ſive ignorans ſolverit; ergo quia, quando ſciens ſolvit, renuntiavit tacite privilegio. Tertio urget acriter in contrarium Paulus in *l. cum qui* 30. §. *ſi mulier ff. de jurejurando.* ubi ſi mulier deferente marito juraverit, decem ſibi dotis deberi, affirmatur tota decem præſtanda eſſe, & conſequenter in ſolidum, etiamſi maritus ſolvendo non ſit.. Id autem falſum eſſet, niſi intelligeretur maritus renuntiaſſe privilegio per conventionem, quæ ineſt delationi juramenti. *l. ſed etſi* 25. *cum l. ſequenti* §. *ult. ff. de jurejurando. l. depoſiti* 5. §. *ſi filius ff. de peculio. l.* 1. §. *ſi petitor ff. quarum rerum actio non detur.* Quarto denique pungit non leviter Juſtiniani conſtitutio in *d. l. unic.* §. *cum autem C. de rei ux. act.* ubi aperte ſupponitur, ita demum maritum condemnari, in quantum facere poteſt, *ſi matrimonium fuerit diſſolutum nullo pacto adhibito*, ergo quia pacto fieri poteſt, ut maritus privilegio renuntiet, nec fruatur.

§. XIV. His difficultatibus explicandis multa veteres & noviores interpretes movent, aut mutant, quorum meminit Barb. in *d. l. maritum* 13. *num.* 27. & in *d. l. alia* §. 1. *num.* 1. ipſe autem aliis omiſſis pro interpretanda *d. l. quamvis* 11. *ff. de in jus voc.* affirmat, privilegium illud patroni, ne in jus vocetur ſine venia, verſari in eo, ne vocetur invitus ſine venia, quod alioquin futurum erat ex natura vocationis in jus. *l.* 1. *ff. in jus voc. ut eant.* junctis *l.* 2. *ff. de in jus voc. cum l.* 1. *l. ſed etſi* 26. §. *ait Prætor* 2. *ff. ex quibus cauſſis maj.* proinde ſi volens vocetur, non renuntiat privilegio, quod ei non competit, niſi ne invitus vocetur; ſed ſumus extra caſum & terminos privilegii; ut explicat poſt Barb. Hillig. ad Don. *lib.* 23. *cap.* 2. *lit. T. in fine.* diverſum autem eſſe in privilegio noſtro, quod ita marito conceditur, ut nec volens per renuntiationem privilegii ſolvat ultra quam facere poteſt ex *d. l. alia* 15. §. 1. docet idem Barb. in *d. l. maritum* 13. *num.* 28. labitur tamen largiter in hac poſtrema ſolutionis parte, quia cum privilegium noſtrum tribuatur marito & aliis, ne, ultra quam facere poſſunt, conveniantur ſeu condemnentur, ut in *noſtra l. ſunt qui* 16. *l. non tantum* 20. *cum ll. ſeqq. hoc tit. l. maritum* 13. *l. ſi maritus* 43. *ff. ſolut. matr. l. Divus* 28. *l. in condemnatione* 173. *ff. de reg. jur.* conveniri autem & condemnari, ſicut & alia judicialia exercentur in invitum, qui neceſſitate obligationis adſtringitur ad ſolvendum. *l. inter* 83. §. 1. *ff. de V. O. l. ult. ff. de ſeparat.* juncta *l. debitor* 108. *ff. de V. S. princ. inſt. de obligat.* negari non poteſt, privilegium marito datum, ne ultra quam facere poteſt damnetur; conſiſtere in eo proprie, ne ultra invitus cogatur ſolvere.

§. XV. Quare ut hæc res præter vulgarem forſitan captum dextre explicetur, ſuppoſito eo, quod nuper diximus, nempe privilegium noſtrum marito & aliis datum in eo proprie conſiſtere, ne inviti compellantur ſolvere, ultra quam poſſunt; & quidem rei judicandæ tempore. *l. rei judicatæ* 15. *ff. ſolut matr. l. verum* 63. § *tempus ff. pro ſocio.* recte ex eo ipſo intelligitur, privilegium non tribuere marito jus actionis aut petitionis, ſed exceptionem ſolam, eamque ipſam non reſpicere proprie, aut perimere obligationem, vel actionem uxoris, quia nec facit, ut maritus non ſolidum debeat. *d. l. ſi quis reum* 5. §. 1. *verſ. ſed eſt verius ff. de lib. legata l. quod nomine* 8. *ff. de condictione indebiti.* ſed moderari executionem rei judicatæ, ne maritus, quamvis ſolidum debeat, condemnetur in ſolidum, ultra quam poteſt. *l.* 3. *ff. de conſtituta pecunia. l. ex diverſo* 17. §. *ult. ff. ſolut. mat.* quibus ita poſitis conſequens eſt, ut etiamſi maritus paciſcatur, ut in ſolidum damnetur, pactum non ſit ſervandum, quia ſi ſervaretur, damnaretur, & conſequenter urgeretur maritus ad ſolidi præſtationem contra reverentiam maritalem, eſſetque hæc renuntiatio privilegii contra bonos mores. *d. l. alia* 14. §. 1. cujus hæc propria interpretatio eſt. Eademque ratione ſi patronus paciſceretur cum liberto, ut ab eo in jus ſine venia vocari poſſet, inutile pactum eſſet, quia ex eo ſequeretur, poſſe patronum in jus ſine venia vocari contra reverentiam patronalem, quam pacto remittere patronus non poteſt. *l.* 3. *C. de bon. libert.* idque agnoſcit Hillig. ad Don. *d. lib.* 23. *cap.* 2. *lit. T. ad fin.* e contrario ſi maritus volens ſolidum ſolvat, aut patronus ſine venia vocatus ſponte in jus veniat, non renuntiant privilegio, quod eis dumtaxat competit, ne inviti cogantur, ſed ſumus extra caſum & terminos privilegii, ideoque & impune eſt liberto. *d. l. quamvis* 11. *ff. de in jus voc.* & maritus non repetit quaſi indebitum. *d. l. ſi quis reum* 5. §. 1. *verſ. ſed eſt verius. d. l. nam & maritus* 8. *ff. de condictione indebiti.* præſertim cum exceptio privilegii tribuat marito ſolum jus retentionis temporalis, non autem repetitionis ex regula *l. ex quibus* 51. *ff. de condict. indeb.* quod poſtremum notat recte Barb. in *d. l. maritum* 13. *num.* 29. & 34.

§. XVI. Sed etſi ultro fateamur, renuntiari aliquatenus privilegio, dum maritus volens ſolidum ſolvit, aut patronus ſponte in jus venit contra *d. l. alia* 14. §. 1. adhuc tamen ex eiſdem principiis in promptu explicatio eſt, quia per pactum renuntiatur expreſſe, quod prohibitum ex ratione jam tradita, ne inviti compellantur contra reverentiam. *d. l. alia* 14. §. 1. *d. l.* 3. *C. de bon. libert.* At dum ſponte ſolidum ſolvitur, aut in jus venitur, vel nulla, vel ſi qua eſt, renuntiatio tacita eſt & per conſequentiam, & per quam inviti non compelluntur. Eſt autem ſæpe in jure taciti & expreſſi diverſum judicium, ſi & diverſa ratio ſit. *l. nonnunquam* 52. *ff. de condit. & dem. l. ſi quis Sempronium* 68. *ff. de her. inſt.* ſentit ita ad rem Fulgoſ. in *d. l. quod nomine* 8. *ff. de condict. indeb.* quem immerito carpit Barboſa *ubi proximo num.* 28. idque confirmo appoſitiſſimo ſequenti exemplo, quippe patronus gravamen a liberto injunctum legitimæ portioni, etiamſi promittat fideicommiſſario, præſtare non cogitur, ne minuatur pars ex legibus debita verecundiæ ſeu reverentiæ patronali, ſi ex promiſſione invitus præſtare compellatur. *l. ſi patronus* 20. *ff. de donat.* & tamen idem ſi

ſciens ſolvat fideicommiſſum, quo legitima onerata eſt, non repetit. *l. ita tamen* 27. §. *ſi patronus. l. patronus* 60. *ff. ad S. C. Treb. l. pen.* §. *ſi patronus ff. de bon. lib.* ſcilicet quia privilegium eſt, ne invitus compellatur. *l. cum patronus* 28. *ff. de legatis* 2. nonne volens præſtare poſſit, qua etiam ratione & exemplo rectiſſime placuit maritum, cui privilegium competit, quamvis ei remedium ceſſionis bonorum neque utile plerumque ſit; neque neceſſarium, quoniam id aliis prodeſt ad vitandam moleſtiam carceris. *l. 1. l. pen. & ult. C. qui bon. cedere poſſint.* cui moleſtiæ maritus ex privilegio noſtro non ſubjacet, ut notavimus ſupra §. 1. *in fine.* poſſe tamen, ſi velit, cedere omnibus bonis, et quoad eccleſiam in re ſimili deduci ſolet ex *Novella* 9. ut determinatus ſit numerus clericorum in *præfatione ad finem.* & communiter receptum docet Barb. in *d. l. maritum* 13. *num.* 9. & 4. nempe quia volens præſtat ſolidum facto ipſo, dum cedit, neque invitus ut cedat cogitur; ſed pœnitere poteſt, antequam cum effectu ceſſerit. *l. 3. l. 5. ff. de ceſſione bonorum.*

§. XVII. Plane & explicatu eget adhuc, & explicandum breviter eſt, antequam progrediamur, quod expendimus ex *d. l. 5.* §. *idem Julianus verſ. ſed eſt verius ff. de liber. leg.* ubi ſcriptum, maritum, cui uxor liberationem dotis legavit, & ſolvendo non eſt, ſi ſolidum præſtiterit, repetere non poſſe, & tamen poſita ita ſpecie contrarium videbatur, quia præter exceptionem privilegii habuit maritus exceptionem legatæ liberationis, quæ utpote peremptoria & perpetua, & favore debitoris comparata ſolet proficere ad repetitionem ſoluti tanquam indebiti. *l. ſi non ſortem* 26. §. *adeo. l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* ſed omiſſis aliorum aliis interpretationibus, probanda eſt poſtrema Accurſii in *d.* §. *idem Julianus*, *verbo non poſſe in fine.* quam ſequuntur pleniuſque exponunt Cujac. *lib.* 18. *Dig. Juliani* in *d. l. ſi non ſortem* 26. §. *adeo.* Pacius *cent.* 6. *quæſt.* 42. docte Briſſ. *lib.* 3. *de ſolut. pag. mihi* 265. affirmantes Juliani diſputationem in *d.* §. *idem Julianus verſ. huic patri* eo principaliter tendere, ut probet legata liberatione marito, qui ſolvendo non eſt, eſſe eum legatarium, ſicut eſt legatarius pater, cui, cum nihil eſſet in peculio, liberatio legata ſuit a creditore filii, & ut oſtendat, ſepoſito liberationis legato utrumque debitorem eſſe, & conſequenter commodum legatæ liberationis ſentire, utrumque ait ſolutum repetere non poſſe tanquam indebitum; nempe ſi liberatio legata non ſit. In quo tamen verius eſt, ut ex Marcello Ulpianus ſcribit, etiam deficiente legato liberationis patrem, ſi ſuo nomine ſolvit, poſſe repetere; non debet enim niſi ſub conditione, quando & quatenus eſt in peculio. *l. 1.* §. *ult. cum l. ſequenti ff. de conſtit. pecunia. l. ſi is cum quo* 31. *ff. de condict. indeb.* maritum autem ſine auxilio legatæ liberationis non poſſe repetere, quia ſolvit debitum, quod tale eſſe non deſinit, ſola exceptione privilegii noſtri, ut monuimus ſupra §. 16. Cæterum ex vi legatæ liberationis poſſe etiam maritum ſolventem repetere, nec Ulpianus nec Marcellus dubitant, & multo minus Julianus, contra quem ipſe ſcripſerat in *d. l. ſi non ſortem* 26. §. *adeo.*

§. XVIII. Reſtat ex argumentis propoſitis ſupra §. 14. interpretandus Paulus in *l. eum qui* 30. §. *ſi mulier ff. de jurejurando.* cujus contextus duplicem ſenſum admittit. Primus eſt, quod ſi maritus in controverſia, an eſſet idoneus totis decem ſolvendis, quæ in dotem acceperat, detulerit juramentum uxori, eaque juraverit, decem dotis ſibi deberi, debet utique totam eam ſummam præſtare ſine exceptione privilegii noſtri, quaſi ſcilicet controverſia illa, an eſſet maritus idoneus totis decem ſolvendis, deciſa ſit per jusjurandum, cui contradici poſtea non poteſt. *l. 2. l. 5.* §. *dato de jurejurando. l. poſt rem hoc tit.* nec delatione juramenti renuntiat privilegio maritus, ſed juramento declarato ei non competere privilegium, quando idoneus eſt totis decem ſolvendis. Conducit ſingularis in re ſimili textus in *l. adoptivum* 8. §. *patronum verſ. aut ſi me deferente ff. de in jus vocando.* juncta *l. 3. C. de bon libert.* diverſum eſt, ſi in controverſia de datione dotis juraſſet mulier, decem ſe in dotem dediſſe; tunc enim videretur juratum de facto dationis, non de jure exactionis aut debiti, & ideo ſalvum eſſet marito privilegium, etiam poſt juramentum. *d. l. eum qui* 30. §. *ſi mulier.* quam ita poſt Antiquiores Faber *ibidem* in *Rat.* Barb. in *d. l. maritum* 13. *num.* 39. & *ſeqq.* Secundus ſenſus eſt, ſive expoſitio *d.* §. *ſi mulier.* ut differentia ibi propoſita non ſit referenda ad terminos privilegii noſtri; ſed ad eum caſum, quo maritus propter impenſas in dote factas, de quibus in *l. unic. C. de rei uxoriæ act.* §. *taceat.* contendebat, ſe totam dotem reddere non debere, in qua controverſia ſi juramentum mulieri detulerit, eaque juraverit decem dotis ſibi deberi, tota decem reddenda ſunt, quaſi deciſa per jusjurandum quæſtione retentionis impenſarum; ſin autem juraverit, ſe decem in dotem dediſſe, adhuc locus erit deminutioni aut retentioni ob impenſas, ut id dumtaxat præſtetur, quod deductis impenſis ſupereſt, quo modo ſere exaudit Cujac. *lib.* 18. *Pauli ad Edict.* in *l.* 30. §. *ſi mulier.* & Javolenus in *l.* 41. §. *ult. de leg.* 2. Cujac. *ibi*, & *lib.* 23. *obſ. cap.* 13. Govean. *lib.* 1. *var. cap.* 13. Faber *lib.* 1. *conject. cap.* 3.

§ XIX. Nec ad rem magis pertinet quartum argumentum adductum ſupra §. 14. *in fine* ex *l. unic.* §. *cum autem C. de rei ux. act.* quippe reſpondendum eſt, verba illa *nullo pacto adhibito* referenda eſſe non ad caſum privilegii maritalis, quoad exactionem ſolidi, ſed ad caſum reſtitutionis dotis annua bima trima die in actione rei uxoriæ, quia quoad hunc effectum pactio mariti de dote ſtatim reſtituenda eſt efficax, ſi fiat in continenti tempore ſoluti matrimonii ſive divortii, non ſi ex intervallo. *l. juris gentium* 7. §. *quin imo verſ. ut puta ff. de pactis.* neque interpretatione hac admiſſa violatur contextus *d.* §. *cum autem.* quaſi ſcilicet mentio pactionis referri potius debeat ad privilegii noſtri caſum, qui proximior & immediatus præcedit, quam ad caſum dilationis dotis reſtituendæ, qui remotior eſt. Quippe præterquam quod novum non eſt in juris aliisque libris, vocem, quæ abſurde ad proxima referretur, referri ad remotiora, id facilius admittitur in *d.* §. *cum autem.* ubi una orationis junctura & ſere periodo innovat Juſtinianus utramque differentiam actionis rei uxoriæ & ex ſtipulatu, tam circa ſolidi exactionem, quam dilationem dotis exſolvendæ. Neque rurſus repugnant verba, *in hac parte d.* §. *cum autem.* quia etiam relata, ut referenda ſunt, ad utramque partem ſeu differentiam propoſitam initio *d.* §. *cum autem.* nimirum de exactione ſolidi & dilatione dotis ſolvendæ, non tamen evincunt, valere pactionem ſoluti matrimonii tempore adhibitam, ut maritus condemnetur ultra quam facere poteſt, ſed ſignificant, differre jus innovatum a Juſtiniano *in hac parte*, ſive in duabus his differentiis ab innovato in §§. *præcedentibus.* in quibus retinetur jus antiquum, ſive natura actionis ex ſtipolatu pro dote, veluti in eo, ut ceſſet edictum de alterutro, ut dos apud maritum non maneat mortua uxore; ſed heredibus ejus reſtituatur, ut retentiones ex dote non fiant. *d. l. unic.* §. *primum itaque* 5. *cum ſeqq.* At vero in *d.* §. *cum autem* privilegium noſtrum & dilatio dotis ſolvendæ, quæ propria fuerant actionis rei uxoriæ, comprobantur, & transferuntur ad actionem ex ſtipulatu, data ei *in hac parte*, ſive in his articulis rudi, novaque figura, quam antiquo jure non habuit.

§. XX. Ergo ut jam progrediamur, quamvis in comperto ſit, maritum privilegio noſtro renuntiare pacto non poſſe, an tamen juramento renuntiatio firmetur, quæſtionis eſt. In qua ſunt qui contendant, confirmari renuntiationem juramento, quia ſervari

ri id poteſt ſine diſpendio ſalutis æternæ, & conſequenter ſervari debet juxta regulam textus in *cap. cum contingat* 28. *de jurejurando cap. quamvis pactum de pactis lib.* 6. ea quibus ita in terminis docet Zaſius in *d. l. maritum* 13. *num.* 35. contrarium tamen verius & receptius eſt, tam in marito quam in ceteris, quibus privilegium noſtrum ob reverentiam ſimilem illis debitam jure conceditur, quia juramentum hoc repugnat bonis moribus, ſicut & pactio, cui firmandæ adhibetur. *d. l. alia* 15. §. 1. & conſequenter non eſt obligatorium. *cap. non eſt* 58. *de reg. jur. in* 6. cum deficiat juſtitia, quæ in omni juramento requiritur, ut habeat vim juramenti. *cap. etſi Chriſtus* 26. *de jurejurando. cap. animadvertendum* 22. *quæſt.* 2. ita communiter ad rem poſt Bart. in *d. l. alia* 15. §. 1. *num.* 9. Covarr. in *cap. quamvis pactum part.* 2. *in pr. num.* 4. *ad finem de pactis. lib.* 6. Gutierrez *de juram. confirmatorio part.* 1. *cap.* 16. *num.* 49. Hilligerus ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 9. *litera* Z. Pichardus in *manuductionibus parte* 2. *præcepto* 9. *num.* 38. idemque juris eſt in clericis, quibus privilegium noſtrum competere ad inſtar militum armatæ militiæ, quia Deo & coelo militant, deduci vulgo ſolet ex *cap. Hodoardus* 3. ubi DD. *de ſolut. l.* 23. *tit.* 6. *Part.* 1. ubi Gregorius *verbo an clerigo.* juncta *l. miles* 6. *hoc tit. l. nepos* 125. *ff. de V. S.* & in praxi receptum affirmant poſt multos Gutierrez *de juram. part.* 1. *cap.* 17. *num.* 1. & 7. Baëza *de inope debitore cap* 17. *num.* 2. Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 1. *num.* 9. & tamen non poſſunt clerici etiam conventione jurata renuntiare privilegio, ne, ſi in ſolidum conveniantur, cogantur mendicare cum dedecore clericalis ordinis, & contra bonos mores. *d. l. alia* 15. §. 1. & quia privilegium noſtrum in clericis eſt quodammodo juris publici, quod in ſacris & ſacerdotibus conſiſtit. *l.* 1. §. *hujus ſtudii ff. de juſtitia & jure.* & cui proinde renuntiari non poteſt privatorum pactionibus. *l. jus publicum* 38. *ff. de pact. l. quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad l. Falc. cap. ſi diligenti* 12. *de foro competenti.* Docent poſt plures & laudatos *ubi proxime.* Barb. in *d. l. alia* 15. §. 1. *num.* 20. Hilligerus *d. cap.* 9. *litera* Z. Pichardus *d. præcepto* 9. *num.* 67.

§. XXI. Præterea ob eandem neceſſitudinem, vitæque ſocietatem, ob quam marito privilegium noſtrum jure tribui docuimus ſupra §. 9. conceditur idem uxori, ſi a marito conveniatur, ſive ex promiſſione dotis. *l. ex diverſo* 17. §. 1. *ff. ſoluto. matr.* ſive ex alio contractu. *l. non tantum* 20. *hoc tit.* quia quamvis maritus uxori non itidem reverentiam & obſequium debeat, ſicut uxor marito; hæc enim illi ſubdita tanquam capiti & ſuperiori. *cap. eſt ordo* 12. & *cap. mulierem* 17. 33. *quæſt.* 5. *cap. duo pueri* 12. *verſ. cum vero de deſponſatione impuberum. l.* 34. *tit.* 9. *Part.* 1. & ideo privilegium uxoris, utpote non ſubnixum ratione reverentiæ, poſſit quacumque renuntiatione uxoris amitti juxta tradita ſupra §. 13. *in fine.* debet tamen maritus honorem matrimonio. *l.* 2. *ff. de act. rer. amot.* & conſequenter uxori tanquam ſociæ per matrimonium, quamvis inferiori & ſubjectæ. *d. l. ex diverſo* 17. §. 1. *l.* 1. *ff. de actione rer. amot. l.* 1. §. *ſi vir ff. de S. C. Syll. l. adverſus* 4. *C. de crimine expil. her.* eaque ſocietatis & deducta inde æqualitatis inter conjuges ratio privilegium, quod marito conceditur etiam in perſona uxoris, ſervari æqua lance ſuadet, ut conſiderat Modeſtinus in *d. l. non tantum* 20. cujus ita poſtremam clauſulam exponit poſt alios Hillig. ad Donell. *d. lib.* 27. *cap.* 9. *litera* G. quamvis aliter Cujacius totam eam clauſulam extremam *d. l. non tantum* 20. Triboniano adſcribens, contendensque, non niſi in dote promiſſa privilegium uxori competere. *lib.* 24. *obſ. cap.* 38. & *lib.* 2. *differentiarum Modeſtini* in *d. l. non tantum* 20.

§. XXII. In eodem fere ordine privilegii propter adfinitatem conjugibus conceſſi eſt ſocer pater mariti reſpectu nurus, quæ de dote reſtituenda agit ſoluto matrimonio; quia ſi maritus ipſe in poteſtate ſui patris ſit, tranſit in eam etiam & ſoceri familiam nurus. *l.* 1. §. *ſi vir* 15. *ff. de S. C. Syll. l. pen.* §. *ult. ff. quod falſo tutore. l. ſi maritus* 46. *ff. fam. erciſc.* ſi vero emancipatus maritus ſit, cum mariti poteſtati uxor ſubjiciatur, debet utique reverentiam ſocero, cui & maritus quamvis emancipatus naturali ratione utpote patri eam debet. *l.* 1. §. *ſi pater* 14. *ff. de S. C. Syll.* & conſequenter ſemper ſocer nurui loco parentis eſt, ideoque nurus reſpectu privilegium noſtrum ſocero tribuunt juris auctores indubitate & indiſtincte. *l. rei judicatæ* 15. §. *ult. cum l. ſequenti ff. ſolut. matr. l. ſicut* 21. *hoc tit.* At in ſocero patre uxoris, pro qua dotem promiſit, ſi ex ea promiſſione a genero conveniatur, fuit ſane major dubitandi ratio, an ei privilegium noſtrum tribui debeat, quia neque gener in ſoceri familiam, aut poteſtatem tranſit, neque maritus uxoris poteſtati ſubjicitur, proinde & ceſſat utraque ſuperior conſideratio, & tamen quia propter affinitatem etiam in ſocero erga generum affectionis paternæ ratio conſideratur, ut deducitur vulgo, ſi recte expendas, non ſatis recte ex *l. ult. ff. de his quæ ut indign.* ubi videndus Cujac. *lib.* 14. *reſp. Pap* & in *l. in tacitis* 103. *ff. de leg.* 1. & in *l. unic. C. de caduc. toll.* meliores ad rem textus in *l.* 3. *in fine C. de natur. liber. l.* 4. §. *hoc itaque ff. de gradibus.* obtinuit magis, concedendum eſſe privilegium noſtrum ſocero ex promiſſione dotis convento a genero. *l. ex diverſo* 17. *ff. ſolut. matr. l. ſicut* 21. *cum l. ſequenti hoc tit. l. pen. ff. de jure dot.* docet & diſtinguit Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 9. *litera* H.

§. XXIII Subſiſtamus tamen parumper, quia quamvis verum ſit, ut poſuimus, etiam ſocerum patrem uxoris in dote promiſſa privilegio noſtro contra generum frui, an tamen eo fruatur ſemper & indiſtincte, ſive conſtante matrimonio conveniatur, ſive ſoluto, & ſive dolo fecerit ſive non; inter juriſprudentes non convenit, ut apparet ex *d. l. ex diverſo* 17. *ſolut. matr. d. l. ſicut* 21. *cum l. ſequenti hoc tit. l. pen. ff. de jure dot.* quibus conciliandis rejecta emendatione Fabri *lib.* 2. *conject. cap.* 14. reponentis in extremo *d. l. ſicut* 21. hæc verba, *ſed alio & alio jure utimur*, omiſſa & Antiquiorum traditione, quam proponit agnoſcens ipſe in hac quæſtione diſſenſionem inter JCtos Alexander in *l. rei judicatæ* 15. *num.* 9. *ff. ſolut. matr.* & ſequuntur poſt alios Jaſo in *d. l. ſicut* 21. *num.* 4. Baëza *de inope debitore cap.* 17. *num.* 57. Connanus *lib.* 8. *comm. cap.* 9. *num.* 8. Donellus *lib.* 27. *cap.* 9. ubi Hilligerus *litera* S. dicendum potius eſt, ſocerum patrem uxoris frui *utique*, id eſt generaliter & indiſtincte, privilegio contra generum, ſi de dote promiſſa conveniatur conſtante matrimonio, quod & tunc juſtum eſt ob manentem adhuc affinitatis & affectionis rationem. *d. l. ex diverſo* 17. ſic accipienda ex *l. ſed hoc ita* 22. *hoc tit. l. pen. ff. de jure dot.* eoque etiam referri poteſt, quod proponitur in *l. ſi extraneus* 33. §. 1. *ff. de jure dot.* cui jungendi poſt Cujac. & alios Hilligerus ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 6. *litera* K. Faber *de err. Pragm. dec.* 81. *err.* 10. Shifordegherus *lib.* 3. *ad Fabrum tract.* 2. *quæſt.* 4. non autem ſemper & omnino fruitur privilegio ſocer pater uxoris, ſi a genero conveniatur ſoluto matrimonio, quia quamvis & tunc id æquum eſſe videat, non tamen eadem aut par eſt adfinitatis & affectionis ratio, ideoque alio jure tunc utimur. *d. l. ſicut* 21. *cum l. ſequenti.* nec privilegium ſocero tunc indiſtincte ex perſona ejus tribuitur, ſed etiam ex cauſa; nempe ſi ex juſta accedat, veluti ſi fortuito caſu, poſtquam dotem promiſit, factus ſit non ſolvendo. Cæterum ſi ſciens non eſſe ſolvendo decepit generum ſpe futuræ dotis, vel etiam ſi ei inſidiatus eſt, dum filiæ ſuadet, ut a marito divertat, non ſuccurritur ſocero. *d. l. pen. in fine ff. de jure dot.* quam ita exponit Græcus Scholiaſtes. *lib.* 28. *Baſilicôn tit.* 15. *ibidem.* & poſt Accurſ. in

d. l. ex diverſo 17. *verbo hoc juſtum.* Caſtrenſis in *d. l. rei judicatæ* 15. §. *ſocero num.* 8. Pleniſſime poſt alios Barb. *in d. l. maritum* 13. *num.* 67. *& ſeqq.* Hillig. ad Donell. *d. cap.* 9. *litera T.*

§. XXIV. Sed omiſſis interim ultra expoſitos ſupra aliis juris locis, qui in hoc ordine & privilegio mariti ad effectum privilegii, & conditiones ejus communes infra explicandas pertinent, quales extant in *l. ſi cum procuratore* 23. *cum l. ſequenti. l. & exheredatum* 49. *l. ſi rerum* 52. *hoc tit. l. ex diverſo* 17. §. *ult. l. ſi poſt* 27. *cum l. ſequenti. l. ſi maritus* 36. *l. ſi maritus* 43. *l. ſi filio* 53. *cum l. ſequenti ff. ſolut. matr. l. minor* 51. §. 1. *ff. de procurat. l. ſi mulier* 21. §. *ult. ff. de act. rer. amot. l. nec maritus* 8. *C. ſolut. matr. l.* 3. *ff. de privilegiis credit.* alias *l. intereſt* 18. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* ſequitur explanandus jam quartus perſonarum ordo, quibus quia ſingulariter bene meriti de eo ipſo, qui petit, tribuitur privilegium noſtrum. Tales autem præ cæteris ſunt patronus, patrona, & eorum liberi, parenteſque conventi a liberto, in quem inæſtimabile libertatis beneficium contulerunt. *l. patronus* 17. *l. inter* 19. *l. & exheredatum* 49. *hoc tit. l. exceptiones* 7. *ff. de except. l. maritus* 54. *ff. ſolut. matr. l. verum* 63. §. 1. *ff. pro ſocio.* §. *ſed etſi quis cum parente* 38. *inſt. de act. l. licet* 7. *l. liberto* 9. *ff. de obſeq. parentibus. l.* 1. *tit.* 15. *Part.* 5. illuſtrant Baëza *de inope debitore cap.* 17. *num.* 33. Hillig. ad Donell. *lib.* 27. *cap.* 9. *litera L. & lib.* 23. *cap.* 2. *litera T.* Pichardus in *manuduct. part.* 2. *præcepto* 9. *num.* 30.

§. XXV. Ejuſdem generis ſive ordinis eſt donator, cui contra donatarium, ſi ex donatione conveniatur, privilegium noſtrum proficit, ne in ſolidum damnetur, ne ex liberalitate ſua inops fieri periclitetur *l. inter* 19. §. 1. *l. cum ex cauſſa* 30. *l. Neſennius* 41. *per tot. l. & exheredatum* 49. *cum l. ſequenti hoc tit. l. qui ex donatione* 12. *l. qui id quod* 33. *in pr. &* §. *ult. ff. de donat. l. maritus* 54. *ff. ſolut. matr. l. pen. ff. de novat. l. Divus* 28. *ff. de reg. jur.* ubi late explicant P. Faber, Rævardus, & alii. Hillig. *d. cap.* 9. *lit. JJ. & ſeqq.* Gutierrez *de juramento confirmatorio part.* 3. *cap.* 15. *num.* 19. eſt autem ad hanc partem referendus & elucidandus textus in *l. ſi extraneus* 33. *ff. de jure dot.* ubi quod Ulpianus ſubindicat in *verſ. quemque in id.* extraneum promiſſorem dotis conveniendum fuiſſe a marito in id, quod facere poterat, obſcurum prorſus eſt, & contra ſententiam *l. pen. in pr. ff. de jure dot. d. l. Neſennius* 41. *hoc tit.* niſi vel Ulpianum intelligas de extraneo, qui non ſolum uxori, ſed etiam marito donandi animo promiſit, & ideo etiam mariti reſpectu fruitur privilegio, ut interpretatur Faber *lib.* 2. *conject. cap.* 13. vel niſi verba & ſpeciem *d. verſ. quemque in id d. l. ſi extraneus* 33. transferas, referaſque ad uxorem, quæ utpote donataria non poſſet promiſſorem dotis convenire, niſi in quantum facere poterat. *d. l. Neſennius* 41. ubi ita poſt Donellum *lib.* 27. *comm.* Hilligerus *d. cap.* 9. *lit. CC.* Cujac. *lib.* 12. *obſ. cap.* 17.

§. XXVI. Sed & in eadem re expendimus nondum in hoc tractatu nota, aut notata juris teſtimonia, quæ extant in *l. ex pollicitatione* 9. *l. pen. ff. de pollicitationibus.* ſcriptum eſt in *d. l. ex pollicitatione* 9. donatorem ex pollicitatione alicujus operis facta Reipublicæ, ſi quidem ob honorem facta ſit, teneri in ſolidum tam ipſum, quam heredem ejus; ſi vero conveniatur ex cauſſa promiſſi operis cœpti nec perfecti, & bona ejus non ſufficiant liberalitati promiſſi operis ſolvendæ, ipſum quidem & heredem extraneum in quintam partem patrimonii ſui, liberos autem ejus in decimam teneri, quæ ſingula nimis quam deviant a privilegii noſtri regula, qua attenta donator idemque operis promiſſor non in ſolidum, quintamve aut decimam partem, ſed in quantum facere poteſt damnandus erat, & præterea pugnant aperte cum eo, quod Pomponius ſcribit in *d. l. pen. ff. de pollicit.* promiſſo opere ob honorem, & quod eſt amplius, opere inchoato extraneum promiſſoris heredem teneri in quintam partem patrimonii defuncti, non autem in ſolidum, ut in *princ. d. l. ex pollicitatione* 9. ſed rejecta emendatione Cujacii *lib.* 4. *differentiarum Modeſtini* in *d. l. ex pollicitatione* 9. affirmantis legendum eſſe negatione adjecta in *d. l. pen.* in ſecundo reſponſo, *ſed ſi quis non ob honorem.* obſervandum in primis eſt, ſingulare jus eſſe, nec privilegii noſtri regula metiendum, donationis per pollicitationem factæ, quia pollicitatio inter privatos non obligat civiliter. *l.* 3. *ff. de pollicitationibus.* juncta *l. juris gentium* 7. §. *ſed cum nulla* 4. *ff. de pact.* neque etiam cum Reipublicæ fit, niſi vel fiat ob honorem ei, qui pollicetur decretum, aut decernendum, vel ſi opus pollicitatione promiſſum fieri cœptum eſt. *l.* 1. §. 1. *& ſequenti. l.* 3. *l. toties* 6. *in princ. &* §. 1. *l. ſi quis ob honorem* 11. *ff. de pollicit. l. hoc jure* 19. *ff. de donat.* plane cum ex pollicitatione ob honorem, quem quis a Republica accepit, convenitur, non tam ex mera liberalitate, quam ex promiſſione ob cauſſam, quæ ad negotii contractum & debiti potius quam donationis genus accedit, debitor eſt. *l.* 1. *in principio. l. Ariſto* 18. *d. l. hoc jure* 19. §. 1. *&* §. *ſi quis ſervo* 4. *cum* §. *ſequenti. l. ſi pater* 34. §. 1. *ff. de donat.* & ideo nihil mirum, damnari ipſum & heredem ejus in ſolidum, non in quantum facere poſſunt. *d. l. ex pollicitatione* 9. *in principio.* ſi vero pollicitatione ſine cauſſa Reipublicæ facta, ex eo ſolo quis conveniatur, quia facere opus cœpit, quamvis ea pollicitatio proprie donatio fuerit, ideo tamen non ſequimur regulam privilegii noſtri, quia non ex pollicitatione, quæ ſola ſine cauſſa non ſufficeret, ſed ex cauſſa cœpti operis convenitur, quo caſu diſtinctionem illam quintæ & decimæ partis ut mediocrem conſtitutiones Principum ſequutæ ſunt. *d. l. ex pollicitatione* 9. ad quam itidem ſpeciem redigenda omnino eſt ſententia Pomponii in *d. l. pen.* in ſecundo reſponſo, *ff. de pollicitationibus.* ubi quamvis fateamur, pollicitationem factam fuiſſe ob honorem, cum tamen Pomponius ſupponat, non niſi ex cauſſa cœpti operis peti, intelligendum neceſſario eſt, deceſſiſſe promiſſorem ante honorem decretum vel inchoatum, & ideo contra heredes non niſi ex cauſſa cœpti operis ſuccedit petitio quintæ aut decimæ partis. *l. toties* 6. §. 1. *l. ſi quis ob honorem* 11. *ff. de pollicitationibus.* ita quoad hoc poſtremum poſt Accurſ. in *d. l. pen. verbo inchoaverit* exponit Albericus in *l. toties* 6. *ff. de pollicitationibus.*

§. XXVII. Quintus ordo eſt eorum, quibus privilegium noſtrum jure indulgetur, quia de republica ſunt bene meriti, ut miles armatæ militiæ, ad quem proprie pertinet textus in *l. miles* 6. *l. item miles* 18. *hoc tit. l. ſi caſtrenſe* 7. *ff. de caſtr. peculio.* qua occaſione quamvis merito ſit dubitatum, an milites togatæ militiæ, quales ſunt advocati & bonarum artium Doctores, Profeſſores privilegio noſtro fruantur, quaſi ſcilicet negari eis videatur, dum armatæ militiæ veluti taxative conceditur, quod & docent Duarenus in *d. l. miles* 6. Donell. *lib.* 27. *comm. cap.* 9. magis tamen obtinuit, competere etiam id privilegium togatis militibus *arg. l. advocati* 14. *C. de advocat. diverſ. judic. l. medicos* 6. *cum l. ſequenti C. de Profeſſoribus & medicis. l.* 8. *tit.* 31. *Part.* 2. ex quibus ita affirmant poſt Accurſ. in *d. l. miles* 6. *verbo facere* Rodericus Suarez in *l.* 2. *tit. de los goviernos lib.* 3. *fori* §. 5. Hilligerus ad Donellum *d. lib.* 27. *cap.* 9. *litera L.* idemque privilegium hodie & ad nobiles porrigitur exemplo militum, ut ſancitur in *l.* 4, 5, *&* 6. *tit.* 2. *lib.* 6. *Compilat.* poſt plures Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 1. *num.* 4. Gutierrez *de juramento part.* 1. *cap.* 16. Pichard. in *manuduct. part.* 2. *præcepto* 9. *num.* 61. & ad clericos in ſacris ordinibus conſtitutos, vel etiam in minoribus, dummodo beneficium eccleſiaſticum habeant, aut eccleſiæ alicui miniſtrent.

cap.

cap. Odoardus de ſolut. l. 23. *tit.* 6. *Part.* 1. diximus ſupra § 21.

§. XXVIII. Sextus poſtremusque ordo eſt eorum, quibus humanitatis intuitu ob inopiam miſeratione dignam privilegium noſtrum datur. Qualis in primis eſt emancipatus, quive paterna hereditate abſtinuit, aut ex minima parte heres eſt, ideoque cauſſa cognita non damnatur in ſolidum de geſtis, cum filiusfamilias eſſet. *l.* 2. *in princ.* & §. 1. *cum quinque ll. ſeqq. ff. quod cum eo. l.* 2. *l. ſi ex alio* 9. *C. eodem tit. l.* & *exheredatum* 49. *hoc tit. l.* 3. §. *ſed utrum ff. de minoribus. l. ſi dubitet* 10. §. *ult. ff. de fidejuſſoribus.* in quo tamen ordine breviter explicandi aut excipiendi tres caſus ſunt. Primus eſt, quoties emancipatus aut ſimilis ex delicto dolove convenitur; ideoque privilegio non fruitur. *l.* 4. § *quanquam ff. quod cum eo.* veluti ſi ſe patremfamilias ſimulavit. *l. cum qui* 6. *ff. quod cum eo.* ubi id proponitur in actione mandati, & quia ea bonæ fidei eſt. §. *actionum inſtit. de act.* conſequenter infertur ad alia judicia bonæ fidei, non quaſi ſit diverſum in actionibus ſtricti juris, quin potius idem. *l. qui cum ſe* 1. *hoc tit.* notat Faber in *Rat. d. l. cum qui* 6. Secundus caſus eſt in *l. ergo* 5. juncta *l.* 3. §. *ult. ff. de S. C. Macedon.* ubi qui filiusfamilias pecuniam, quam mutuam accepturus erat, ante numerationem ſpopondit, & poſtea emancipatus accepit, condemnatur in ſolidum, quia ſubſtantia obligationis expleta poſt emancipationem eſt numeratione tunc facta, ſine qua ſtipulatio effectum non haberet, & ideo poſt emancipationem res geri intelligitur. *l. ſi ita* 6. §. *ult. cum l. ſeq. ff. de novat. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus verſ. ſupereſt ff. de V. O. l. obligamur* 52. *in princ.* & §. *re* & *verbis ff. de O.* & *A. l. certius* §. *numerari ff. de rebus creditis.* ubi Donell. & *lib.* 16. *comm. cap.* 20. Cujac. *lib.* 3. *quæſtionum Pauli* in *d. l. ergo* 5. Tertius caſus extat in *l. Pomponius* 15. *ff. de negot. geſtis. l. ſi filiusfamilias* 11. *ff. de tut.* & *rat. diſtrah. l. tutorum* 37. §. *ult ff. de adminiſtratione tutor.* ubi explicant Cujac. *lib.* 11. *quæſtionum Pap.* & *lib.* 9. *Pauli ad Edictum* in *d. l. Pomponius* 15. Faber in *Rat. ibidem.* Denique in eodem ſexto ordine ſunt, & privilegio noſtro pietatis intuitu potiuntur hic, qui jam bonis ceſſit, ſi poſt ceſſionem a prioribus creditoribus conveniatur. *l.* 4. & 6. *ff. de ceſſione bonorum. l. item* 17. *ff. de receptis* & *qui arbitrium* §. *ult. inſtit. de act.* juncta *l. ſi quis* 49. *ff. de pactis.* & ille, cujus bona omnia a creditoribus ſine dolo malo ipſius vendita ſunt. *l. ult. C. de revoc. his quæ in fraud. cred l. ult.* §. *ult. ff. quæ in fraud. cred. l. ſi quis* 51. *ff. hoc tit.* quibus jungendi ſunt Cujac. ad titulum *C. de revoc. his quæ in fraudem*, & *lib.* 12. *obſervat. cap.* 5. & laudati ab Hilligero ad Donell. *lib* 27 *cap* 9. *litera P.*

§. XXIX. Hactenus ex profeſſo de perſonis, quibus privilegium noſtrum jure tribuitur: adjicimus jam nunc veluti corollaria de privilegii conditionibus, & effectum quæ ſequuntur. Primum circa cognitiones privilegii in commune eſt, competere id perſonis memoratis, dummodo non ex maleficio conveniantur. *l. qui cum ſe* 10. *l. ſed hoc* 22. §. *ult. l. ſi rem* 52. *hoc tit. l. ſi mulier* 21. §. *ult. ff. de actione rer. amot. l.* 4. §. *quanquam. l. cum qui* 6. *ff. quod cum eo.* neque perſonæ conditionem, ob quam privilegium tribuitur, dolo malo neguverint. *l. ſi unus* 67. §. *ult. ff. pro ſocio. d. l. ſed hoc* 22. §. *ult. hoc tit.* junctis traditis ſupra § 8. *in fine.* neque dolo malo fecerint, quominus ſolidum ſolvere posſint. *l. verum* 63. *in princ.* & § *hoc quoque* 7. *l. nemo* 68. §. 1. *ff. pro ſocio. l. etiam* 18. § 1. *ff. ſol. matr. l. ſi quis* 51. *hoc tit.* Secundum eſt, privilegium hoc in his, quibus tribuitur, perſonale eſſe; & ideo neque ad heredes eorum transmitti. *l. maritum* 13. *cum l. ſequenti. l. rei judicatæ* 15. §. 1. *ff. ſol. matr. l.* & *ſi fidejuſſor* 24. §. *ult. cum l. ſequenti. l. Neſennius* 41. *hoc tit. l. nec maritus* 8. *C. ſol. matr. l.* 4. §. *ſoli ff. quod cum eo. d. l. verum* 63. §. *patri* 2. *ff. pro ſocio.* neque ad patrem dominumve. *d. l. verum* 63. §. *patri. l. ſi filio* 33. *ff. ſol. matr.* neque ad fidejuſſores. *d. l. etſi fidejuſſor* 24. *d. l Neſennius* 41. *hoc tit. d. l. verum* 63. §. 1. *l. exceptiones* 7. *ff. de except.* §. *ult. inſt. de replicat.* & tamen datur defenſori. *l. minor* 51. §. 1. ubi ratio, *ff. de procuratoribus. l. alia* 14. *ff. ſol. matr. l. ſi cum procuratore* 23. *hoc tit. d. l. verum* 63. §. 1. Tertium denique circa effectum privilegii eſt, eos, quibus id competit, facere hactenus poſſe intelligi, quatenus civiliter & honeſte poſſunt ſolvere, deducto inprimis ex eorum rebus & actionibus, quod ſufficit ad alimenta *l. inter* 19. *in fine. l. cum ex cauſſa* 30. *hoc tit. l. Neſennius* 41. §. 1. *hoc tit. l. facere* 28. *l. maritus* 43. *ff. ſol. matr. l. in condemnatione* 163. *ff. de reg. juris. l. nepos* 125. *ff. de V. S.* non autem deducto ære alieno. *l. ſunt qui* 16. *l. inter* 19 *in princ.* & §. 1. *l.* & *exheredatum* 49 *hoc tit. l. ſi filio* 53. *cum l. ſequenti ſol. matr. d. l. verum* 63. §. *id quoque.* quamvis id creditoribus ipſis emancipati, ſi ultro veniant, & præferri poſtulent, cum vel privilegiarii ſint, vel poſt emancipationem contraxerunt, concedatur in *l.* 3. *ff. quod cum eo.* quam ita interpretantur Faber in *Rat. ibidem.* Donell. *lib.* 27. *comm.* in *d. l. ſunt qui* 16. *hoc tit.* excipitur tamen donator, qui deducere poteſt æs alienum, quod aliis non ex eadem donationis cauſſa debet. *d. l. inter* 19. *d. l.* & *exheredatum* 49. *l. qui ex donatione* 12. *ff de donationibus. l. maritus* 54. *ff. ſol. matr.* inſpicitur autem rei judicatæ tempore, quatenus quis facere poſſit. *l. rei judicatæ* 15. *l. diverſo* 17. §. *ult. l. ſi filio* 53. *ſol. matr. d. l. verum* 63. § *tempus* 6. *d. l. Neſennius* 41. §. *ult. l. quidquid* 33. *ff. de donat.* de quibus hæc interim dixiſſe ſatis ſit.

F I N I S.

INDEX CONTENTORUM.

PARS PRIMA.

Ad priorem partem Rubricæ de Re Judicatæ, & Modeſtinum in *l* 1. *eod. Tit.* - - - 115.

PARS SECUNDA.

Cap. I. *Ad l. poſt rem judicatam* 56. *de Re Judic.* ſive *ad ſecundam Tituli noſtri partem.*
De effectu ſententiarum, & *judicati actione, atque exceptione.* - - 120.
Cap. II. *De Executione Rei Judicatæ*, ſive ad Ulpianum *in l. a Divo Pio* 15. *ff. de Re Judic.* - - - 125. b.
Sect. I. De Perſonis Judicum ſeu Magiſtratuum, qui ſententias exequi poſſunt.
Ad pr & §. *l.* 1. *a Divo Pio* 15 *hoc Tit.* 125. b.
Sect. II. De ſententiis & *inſtrumentis, quæ executioni mandantur.*
Ad §. *in venditione in fine.* juncto §. 1. *in pr noſtræ l. a D. Pio* 15. *hoc Tit.* 129. a.
Sect. III. De Perſonis, quæ & *adverſus quas executionem petere poſſunt.* 131. b.
Sect. IV. De forma Executionis ex Romano Jure & *Regio.* - - 134. b.

ADPENDIX PARTIS SECUNDÆ.

De privilegio eorum, qui non damnantur ultra quam facere poſſunt.
Ad d. l. ſunt qui 16. *cum* 9. *legibus ſeqq. l. qui cum ſe* 10. *l. cum ex cauſſa* 30. *l. Neſennius* 41. *l.* & *exheredatum* 49. *cum* 3. *legibus ſeqq.* - - 137.

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

RECITATIONES ACADEMICÆ

AD

TITULUM DIG. DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS,

PUBLICE RECITATÆ ANNO MDCXXXIX. ET MDCXL.

PARS PRIMA.

INCIPIT ab hoc titulo poſtrema & ſeptima *Digeſtorum* pars, & quæ difficultate & uſu nulli ſecunda, ſed quæ prolitas atque emeritos juris ſtudioſos deſideret, ut Juſtinianus teſtatur in *Proœmio Dig.* ſive in *Epiſtola de ratione & methodo juris docendi ad Anteceſſores* §. *ſed quia* 5. quem varie exponunt poſt Hotmanum & alios *de verbis juris*, Politianus *miſcellaneorum cap.* 23. Turnebus *lib.* 8. *adverſariorum cap.* 19. Facit tamen nobilem magis & Juriſconſulto magno digniſſimam hanc tractationem propria hujus tituli diſputatio *de dividuis & individuis obligationibus*, de qua nos ſuperiore quadriennio paucis; quia nec per tempus multis licebat, nunc autem ex profeſſo auſpice Deo dicemus, ſi prius tamen breviſſime libaverimus prima potioraque materiæ elementa.

TRACTATUS PRIMUS

Ad Rubricam & Pomponium in *l. Stipulationum* 5. §. *ſtipulatio de Verb. Oblig.*

CURÆ SECUNDÆ.

§. I. Inſcribitur hic titulus de *V. O.* & a Pomponio in *noſtra l.* 5. §. *ſtipulatio* ſolius ſtipulationis definitio proponitur; quippe prima & primaria juris celebritate & uſu ſpecies verborum obligationis eſt, quæ ex ſtipulatione deſcendit. *l.* 1. §. *verbis* 7. *l. obligamus* 52. §. *verbis ff. de O. & A.* *l.* 1. §. *adeo ff. de pactis. l. Labeo* 19. *ff. de V. S. l.* 2. §. *ult. ff. de rebus creditis. princ. inſtit. hoc tit.* Unde per metonymiam effectus pro cauſſa uſurpatur *verborum obligatio* pro ſtipulatione, ut in *rubr. noſtra* ex mente Juſtiniani, juncta *rubr. C. de contrahenda ſtipulatione. l.* 2. §. 7. *l.* 3. §. *totius C. de veteri jure enucleando. l. cum mota* 6. *C. de tranſact.* ſicut obligatio pro contractu. *l. omnem* 20. *ff. de judiciis. l. ex hoc jure* 5. *ff. de juſtitia & jure. d. l. Labeo* 19. *ff. de V. S.* quibus in propoſito jungendus Donellus *lib.* 12. *comm. cap.* 8. & *lib.* 17. *cap.* 14. Coſtanus *Quæſtion. juris cap.* 8. *num.* 19. cum tamen ſi partite & proprie loquimur, obligatio effectus ſit, ſtipulatio cauſſa, quæ verborum obligationem parit. *l.* 1. §. *quod ſervus ff. de ſtipulatione ſervorum. l.* 3. *C. de rer. permutatione.* plane quamvis ſtipulatio non magis contrahatur ſine conſenſu quam ſine verbis. *d. l.* 1. §. *adeo ff. de pactis. l.* 3. §. *ult. ff. de O. & A.* potiorque in jure ratio mentis & voluntatis quam verborum haberi ſoleat. *l. Labeo* 7. *in fine ff. de ſupellectile legata. l. penult. ff. ad exhibendum. l. non dubium* 5. *C. de legg.* idcirco tamen verborum obligatio vocatur potius, quam conſenſus, quia iſte omnibus contractibus communis eſt. *d. l.* 1. §. *adeo.* verba autem certa ſolemniaque ſunt propria ſtipulationis, quæ ſine his non conſiſtit, cum in cæteris contractibus conſenſiſſe ſufficiat, etiam ſine verbis. *l. ſi ſtipuler* 35. §. *ult. hoc tit. l.* 2. *l. in quibuscumque* 48. *ff. de O. & A.* nomina vero, cum rebus demonſtrandis & diſtinguendis reperta ſint, imponuntur ex eo, quod in rebus ſingulis proprium & ſpeciale eſt. §. *ſi quidem in nomine Inſtitut. de legat. l. ad recognoſcendos* 10. *C. de ingen. manum. l. certum* 6. *ff. de rebus creditis. l. quoties* 9. §. *ſi quis nomen ff. de hered. inſtit.*

§. II.

§. II. Eſt autem *ſtipulatio verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve ſe quod interrogatus eſt, reſponderit*; ut definitur in noſtra *l.* 5. §. *ſtipulatio.* & ſimiliter fere a Paulo *lib.* 2. *ſententiarum tit.* 3. Cajo *lib.* 2. *inſtitut. tit.* 17. Harmenopulo in *Promptuario juris poſt librum* 6. *tit.* 3. In qua definitione, ut omiſſis ſive dimiſſis in ſuos & opportuniores locos, quæcumque aliena ex aliis transferri huc ſolent, propria tantum & neceſſaria ſobrie & ſimpliciter explicemus, præmonendum eſt ſtipulationem hic definiri, quatenus eo verbo totum actum interrogationis & reſponſionis ſignificamus, quia & *ſtipulari* Priſciano auctore *lib.* 5. *Grammatices.* Iſidoro *lib.* 4. *originum cap.* 24. & *lib.* 10. *litera S.* commune verbum eſt, neque interrogantis dumtaxat, quod frequentiſſimum. *l.* 1 §. *ſed ſi mihi*, & paſſim *hoc tit. l.* 1. *C. de contrahenda ſtipulatione.* ſed etiam interrogati promittentis *l. ſi quis* 112. §. *ult. hoc tit l. ſi non ſortem* 26. §. *ſi decem ff. de condictione indebiti.* cum vulgatis aliis, quarum meminerunt poſt Briſſonium *de V. S. verbo ſtipulatio.* Cujacius *lib.* 27. *obſervat. cap.* 35. & *lib.* 1. *Pauli ad Edictum* in *l. non diſtinguemus* 32. *ff. de recept. & qui arbitr.* Donellus *lib.* 14. *comm. cap* 36. & in *noſtro* § *ſtipulatio*, ubi Duar. Dicitur autem ſtipulatio verborum conceptio, ſicut & in *l.* 3. *C. de contrahenda ſtipulatione. l. cum patrem* 19. *C. de jure dot. l.* 1. §. *communis ff. de ſtipulatione ſervorum. l. pen. ff. ſi quis cautionibus.* ſumpta definitione ab eſſentia formaque ipſa ſtipulationis, quæ fit verbis directis ſolemnibusque, veluti *ſpondes? ſpondeo*, & ſimilia. §. 1. *inſtitut. hoc tit.* Paulus *d. lib.* 2. *tit.* 3. atque ita ut prius ea verba conciperet, dictaretque ſtipulator, deinde ſubſequeretur promiſſor, *l. obligamur* 52. §. *verbis ff. de obl. & act.* illuſtrat ex Plauto in *Pſeudolo* Briſſonius *lib.* 6. *de formulis pag.* 628 quibus verbis ſtipulationum ſecundum jus componendis adhibebantur Juriſconſulti, eoque reſpicit textus in *l. unic.* §. *& ut plenius verſ. quaſi omnibus*, ubi Cujac. *C. de rei uxoriæ actione.* juncta *l. Lucius* §. *ult. ff. de leg.* 2. notat hanc rem Briſſonius *lib.* 6. *de formulis in pr.* Cujac. *ad tit. C. de contrahenda ſtipulatione.*

§. III. Ex quo juris principio recte in primis colligitur, aut intelligitur, ſtipulationis originem, poteſtatem, & formam, ex qua rerum eſſentia proprie æſtimatur. *l. Julianus* 9. §. *ſed ſi quis ff. ad exhibendum.* totam eſſe juris civilis, quo ſolemnes verborum formulæ introductæ. *l.* 2. § *deinde* 6. *ff. de origine juris. l.* 1. *C. de formulis.* non autem juris gentium, quo contrahentium conſenſus non verborum conceptio inſpicitur. *l.* 1. *ff. locati. l.* 1. §. *ult. ff. de contrahenda emptione.* quamvis ſtipulatio, dum conſenſum requirit, ſit eo reſpectu juris gentium. *l.* 1. *ff. de pactis. l. cum amplius* 84. §. 1. *ff. de reg. juris. l.* 1. *ff. de conſtituta pecunia.* unde & ſtipulationis effectus juri civili tribuuntur. *l. ea quæ* 53. *ff. de acquir. rer. dom. l. ex diverſo* 17. §. 1. *ff. ſol. matr. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus verſ. ſupereſt hoc tit.* & præcedens obligatio etiam civilis novatur, & extinguitur ipſo jure per ſtipulationem. *l. ſi unus* 27. §. *pactus ff. de pactis. l.* 1. *C. de novationibus.* §. *præterea inſtitut. quibus mod. tollitur obligatio.* ſicut & obligatio ipſius ſtipulationis perimitur civiliter acceptilatione. *l. penult. ff. de ſolutionibus* quæ ſingula non niſi ex eo proficiſcuntur, ſcilicet quia in ſtipulatione & acceptilatione cum ſint juris civilis, continetur illius vis & poteſtas. *l. ubi pactum* 40. *C. de tranſact.* §. *de conſtituta inſtit. de actionibus.* per quam civilis obligatio recte tollitur. *arg.* §. *ult. inſtit. de legit. agnat. tut.* alioquin ſi juris gentium eſſent & valerent, ſicut pacta conventa ex conſenſu ſolo, qui facti eſt. *l. conſilio* 7. §. *ult. ff. de curatore furioſo.* tollerent quidem naturalem obligationem ipſo jure. *l. Stichum* 95. §. *naturalis*, ubi ratio, *ff. de ſolutionibus. l. ult. ff. de jurejurando. l. ſi quis juraſſet* 43. *ff. de condictione indebiti.* non tamen præcedentem civilem obligationem verbis, re, aut literis contractam, ſicut neque prætorium effectum pacti liberatorii, niſi elidendo per exceptionem facto ipſo oppoſitam. *d. ult ff. de jurejurando. l. ubi quis* 28 *ff. de conſtituta pecunia. l. ſi filius* 15. *ff. de in rem verſo. l.* 3. & 5 *ff. de reſcind. venditione.* §. *præterea inſtit. de exceptionibus.* ſicque explicandum eſt, quod dicitur in ſtipulationibus jus contineri, in pactis factum verſari. *d. l. ſi unus* 27. § *Paulus.* quam ita interpretantur poſt Accurſ. & Bartolum Jaſo *ibi num.* 1. & 14. Hotmanus *ibidem*, & in *diſputatione de pactis cap.* 5. *num.* 52. & *illuſtr. quæſt.* 41. *verſ.* 5. Briſſonius *lib.* 3 *de ſolutionibus in pr.* Duar. ad *tit. ff. de pactis cap* 6. Parladorius *lib.* 2. *rer. quotid. cap* 3 *num* 19. & 20. quamvis aliter & varie poſt Claſſicos in *d.* §. *Paulus*, Cujacius *lib.* 3. *Pauli ad Edictum ibidem.* & congeſti ab Hilligero ad Donellum *lib.* 16. *cap.* 17. *litt. B.* & *lib.* 24. *cap.* 2. *litt. B.* Pichardo in *pr. inſtitut. num.* 22. *de replicationibus.*

§. IV. Pro eadem aſſertione, quæ docet ſtipulationem juris civilis eſſe, expenditur & explicatur ab Academicis Anteceſſoribus, quod ſcriptum eſt in *l. quoties* 14. §. *ult. ff. de novat.* nempe ſi is, qui prius ſub conditione deinde pure novandi animo promiſit, inveniatur deportatus tempore exiſtentis conditionis, evaneſcere priorem ſtipulationem, & conſequenter non fieri novationem, quia deportatus non poteſt obligari ex ſtipulatione, ut pote incapax juris civilis. *l. ſunt quidam* 17. *ff. de pœnis. l deportatus* 15. *ff. de interd. & releg.* quibus conſequenter infertur, ſervum quia pro nullo aut pro mortuo eſt jure civili, (*l quod attinet* 32. *l. ſervitutem* 209. *ff. de reg. jur. l. nullo* 7. *ff. de Lege Corn. de falſis.*) nec naturaliter obligari ex ſtipulatione, ut Anteceſſores noſtri deducunt ex *l. poſtquam* 5. *ff. ut legatorum nomine caveatur.* ideoque neque ex fidejuſſore. *l. de die* 8. § *ſi ſervus ff. qui ſatisd. cog. l. non diſtinguemus* 32. §. *ſi ſervus* 8. *ff. de recept. & qui arbitr. l. ſed etſi* 20. *ff. de fidejuſſoribus.* nec novare poſſe. §. *præterea verſ. non idem inſtitutum quibus mod. tollitur obl.* quia & fidejuſſio per ſtipulationem fit. *l. blanditus* 12. *C. de fidejuſſoribus.* & novatio, ut jam diximus. *d. l. ſi unus* 27. § *Paulus ff. de pactis.* niſi ſcilicet fidejuſſio aut novatio fiat in rem & utilitatem peculii. *l. in perſona* 30. §. 1. *ff. de pactis. l.* 3. §. *ſi filiusfam. ff. de pec. l. ſervus* 19. *cum l. ſeq. ff. de fidejuſſoribus.* quia tunc ex perſona domini fit ſervus capax ſtipulationis, quomodo hæc ſingula poſt Fulgoſium *num.* 3. & Fabrum in *d. l. in perſona* 30. §. 1. Cujacium in *l.* 1. §. *ult.* & in *l. ex ea parte* 121. §. *penult. hoc tit.* docent Heringius *de fidejuſſoribus cap.* 7. *num.* 599. Valentia *lib. n. illuſtrium tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 17. & 33. diſerte, & ingenioſe noſter olim Antagoniſta D. Martinus de Larreategui *lib.* 1. *ſelect. cap.* 5. *num.* 7. & ante eos Caſtrenſis in *d l. quoties* 14. §. *ult. num.* 4. denique in eandem ſententiam conducit, quod cum in conventionibus juris gentium nunquam ſit ſpecialiter dubitatum, vel deciſum, poſſe illas quacunque lingua fieri, quia nec dubitari merito id poterat. *arg. d. l.* 1. *ff. locati. l.* 1. §. *ult. ff. de contrahenda emptione. l. ex hoc jure* 5. *l. omnes* 9. *ff. de juſtitia & jure.* in ſtipulatione tamen, & acceptilatione, quia cum juris civilis eſſent, id merito dubitabatur juxta regulam Ulpiani. *tit.* 25. §. *item* 9. deciſum eſt, poſſe ex ratione, de qua poſtea *l.* 1. §. *ult. hoc tit. l. an inutilis* 8. §. *ult. ff. de acceptilationibus.* quibus argumentis ſtipulationem eſſe juris civilis juxta textum, quem ſic exponunt in *d l. ex hoc* 5. *verſ. exceptis ff. de juſtitia & jure.* affirmant poſt Accurſ. & Bart. Claſſici *ibi* communiter, & in *præſenti*, ubi Giphan. *num.* 17. plures apud Hilliger. ad Donellum *lib.* 14. *cap.* 36. *lit. A.* Pich. in *rubr. inſtitut. num.* 15. *hoc tit.* Valentiam *ubi ſupra num.* 35. quos in re certa pariter & recepta non immoramur.

§. V. Immorabimur tamen merito in recenſen-

dis his, quæ circa deportatum & ſervum cum Academicis Anteceſſoribus ſupra notavimus, quia quamvis fateamur, recte ex propoſita ratione juris inferri, deportatum & ſervum ſtipulationis incapaces eſſe; non tamen id quoad deportatum probatur, aut proponitur in *d. l. quoties* 14. §. *ult. ff. de novationibus.* ſicut neque illud conſequens, ſtipulationem conditionalem deportatione evaneſcere. Quippe in contrarium ſtat Papinianus vulgo non animadverſus in *l. ex ea parte* 121. §. *in inſulam* (ubi Caſtrenſis nodum nectit nec ſolvit) *hoc tit.* dum docet, ſtipulationem ita conceptam, *cum morietur promiſſor*, ſi is poſtea ſit deportatus, committi eo moriente naturaliter, & conſequenter eo tempore, quo adhuc vivit & deportatus eſt. *l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de man. teſt.* junctis traditis rei illuſtrandæ poſt A. Gellium *lib.* 6. *noctium attic. cap* 13. D. Auguſtin. *de Civitate Dei lib.* 13. *cap.* 9. ubi vid. notas, Henric. Stephan. *ſchediasmat.* 25. quia nec committi ſtipulatio poſt mortem potuit. §. *poſt mortem* 13. & §. *ita autem* 15. *inſtitut. de inutilib. ſtipulationibus. l. ſcrupuloſam* 11. *C. de contrahenda ſtipulatione. l. unic. C. ut actiones ab heredibus.* ſed committitur non quidem contra ipſum deportatum, quia ex contractu præcedente deportationem, etiamſi juris gentium fuerit, nec civiliter nec naturaliter poſtea tenetur. *l.* 2. *l. tutelas* 7. § *ult. ff. de cap. minutis. l. ſi debitori* 47. *ff. de fidejuſſoribus.* ſed contra fiſcum, in quem bona deportati tranſeunt cum ſua cauſa ſtipulationum, & debitorum etiam conditionali. *l ex facto* 17 § *ex facto ff. ad S. C. Trebell.* junctis juxta communes interpretationes. *l. Statius* 48. §. *Cornelius ff. de jure fiſci. l. inter* 26. §. *ult. ff. de pact. dot. l. inter* 51. §. *ult. ff. de fidejuſſoribus.* quomodo Papinianus interpretandus in *d.* §. *in inſulam.* junctis traditis pro conciliatione ejus textus cum *l. Gallus* 29. §. & *quid ſi* 5. *ff. de lib. & poſt.* a Cujac. *lib.* 11. *reſponſ. Papiniani*, & in *recitationibus ad hunc titulum* in *d.* §. *in inſulam.* Duar. Don. Giphan. *ibidem.* Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 12. *num.* 28. & 92. & ex noſtris Pich. in *d.* §. & *quid ſi* 5. *num.* 148. Chumazero *ſelectarum cap.* 10. *num.* 7. Alia vero & aliena non contraria ſententia eſt *d. l. quoties* 14. §. *ult.* in qua ſe neſcire, quid dicat, fatetur Cumanus *ibi num.* 8. nec percipiunt ſatis Don. *lib.* 16. *comm. cap.* 20. Briſſon. *lib.* 2. *de ſolutionibus pag. mihi* 224. ſed immerito; ibi enim non negatur, ſtipulationem conditionalem committi poſt deportationem contra fiſcum, ſed ex ea novationem non contingere, quia ut contingat neceſſe eſt, obligari promiſſorem ipſum, vel ipſius hereditatem heredemve, a quibus repræſentatur. *l. novatio* 24. *ff. de novationibus.* ſentit Theophilus in §. *præterea verſ. non idem inſtitut. quibus mod. toll. obligatio.* Fulgoſius in *d. l. in perſona* 30. §. 1. *num.* 4. *ff. de pactis.* in propoſito autem promiſſor ipſe non obligatur, ut pote deportatus; fiſcus vero neque proprie heres eſt deportati. *l. cum ratio* 7. §. *ult. ff. de bon damnat. d. l. inter* 51. §. *ult. ff. de fidejuſſoribus.* nec deportatum repræſentat, quamvis obligetur, quia ſucceſſor bonorum ei eſt non perſonæ. *l.* 2. *C. ad l. Juliam de vi publica. d. l. ex facto* 17. §. *ex facto.* & conſequenter conditione exiſtente non eſt perſona, quæ obligetur, ita ut ad novationem ſufficiat. *d. l. quoties* 14. §. *ult.*

§. VI. Deinde quoad ſervum, quamvis & eum ſtipulationis incapacem eſſe proprie inferatur ex *l. quod ſervus* 36. *ff. de ſtipulatione ſervorum.* non tamen inde interpretandus eſt Papinianus in *d. l. poſtquam* 5. *ff. ut legatorum.* ubi fidejuſſores heredis, qui exiſtente conditione legati, de quo per ſtipulationem ſatisdederat, eſt apud hoſtes, ideo interim non tenentur, non quia heres idemque ſervus hoſtium incapax ſit ſtipulationis, tanquam juris civilis, ſed quia captivus ex contractu præcedente ſervitutem, etiamſi juris gentium fuerit, nec naturaliter obligari incipit, quamdiu ſervus hoſtium eſt. *l. tutelas* 7. §. *penult. & ult. ff. de cap. min. l. ſervus* 30. *ff. de O. & A.* & quamdiu incertum eſt, an captivus apud hoſtes manſurus, vel reverſurus, non eſt perſona certa aut civilis captivi, vel hereditatis, pro qua fidejuſſores intercedere intelligantur. *l. interdum* 73. §. 1. *hoc tit. l. ſpecies* 11. §. *ult. ff. de acceptilat.* fidejuſſores autem non tantum obligationi accedunt, ſed etiam perſonæ principali, pro qua intercedunt, & ſine qua vera aut civili veluti hereditate jacente non obligantur a principio. *l. qui contra* 11. *l. mortuo* 22. *ff. de fidejuſſoribus. l. ſi a te* 10. *ff ut legatorum.* ideoque neque incipiunt obligari in *d. l. poſtquam* 7. quamdiu heres apud hoſtes eſt, non ob incapacitatem captivi quoad ſtipulationem, ſed quia quamvis fateremur, capacem eſſe, tamen interim neque jus id eſt obligatio principalis, vel hereditas perſonam repræſentans. *princ. inſtit. de rebus corporalibus.* neque perſona certa captivi eſt, ad quam verba ſtipulationis fidejuſſoriæ dirigi poſſint, ſive pro qua intercedere intelligantur fidejuſſores. *d. l. poſtquam* 5. quæ ſic dextre explicanda, quamvis aliter noſter Valentia *d. cap.* 1. *num.* 30. Cujac. *lib.* 15. *obſervat. cap.* 9. Heringius *de fidejuſſoribus cap.* 22. *num.* 18.

§. VII. Plane quod dicimus, captivum ex contractu præcedente non incipere obligari poſt captivitatem, neque fidejuſſores pro eo, quia perſonæ accedunt, eſt utrumque intra terminos obligationis nondum ante captivitatem cœptæ ſeu contractæ veriſſimum. Cæterum extra eos terminos, ut rem explicatu dignam textusque ſupra expoſitis prima ſpecie contrarios obiter explicemus, obligatio ante captivitatem contracta manet & poſtea juris intellectu, etiam ſine perſona captivi debitoris vel creditoris. *l. hactenus* 11. *ff. de conſtituta pecunia.* juncta *l. ult. ff. de duobus reis.* ideoque & conſtitui poteſt, quod captivus debuit, & quidem facilius, quia conſtitutum obligationi non perſonæ debitoris accedit. *d l. hactenus* 11. juncta *l. item* 18. §. 1. *ff. de conſtituta pecunia.* & quod magis eſt, pro principali, qui ante captivitatem captivo debuit, fidejuſſor tempore captivitatis creditoris datus ſtatim obligatur *l.* 4. *ff. de diverſ & temporal. præſcript.* juncta *l. fœdere* 213. *ff. d. V. S.* quia accedit obligationi ante captivitatem contractæ, & acquiſitæ creditoris perſonæ, quæ tunc in civitate erat, quam perſonam ejusque jura & obligationes ſpes poſtliminii poſt captivitatem ſuſtinet. *l. illa inſtitutio* 32. *ff. de her. inſt.* & e converſo fidejuſſor interim non obligatur, ſi & ipſe & principalis poſt captivitatem creditoris promiſerint, quia poſtliminium perſonam creditoris cum obligatione ante captivitatem contracta in ſuſpenſo retinet, non autem facit, ut in captivo interim obligatio activa vel paſſiva incipiat. *d. l poſtquam* 5. *l. interdum* 73. §. 1. *hoc tit. l. ſi ſervus* 23. *ff. de ſtipulatione ſervorum.* quam ita cum *d l.* 4. *de diverſ. præſcript.* componit P. Fab. *lib.* 3. *ſemeſtr. cap.* 7 *ad finem.* quamvis aliter alii apud Schifordegherum *lib.* 2. *ad Fabrum tractatu* 16. Heringium *de fidejuſſoribus cap.* 6. *num.* 65. Valentiam *lib* 3. *illuſtrium tractatu* 1. *cap.* 2. *num.* 11. & conducit pro nuper traditis, eademque juris ratione nititur, quod dici ſolet, fidejuſſores, qui ſemel ab initio pro perſona obligati ſunt, etiam ex poſtfacto perſona principali exempta manere in obligatione. *l. ſine herede* 32. *ff. de adminiſtratione tutorum. l.* 4. §. *ſi tutor ff. rem pup. ſalvam fore. l. ſi pupillus* 6. §. *ſi tutor ff. de tutelæ & rationibus diſtrah. l.* 1. §. *idem Pomponius* 14. *verſ. plane ff. depoſiti. l.* 4. & 5. *ff. qui ſatisd. cog. l.* 4. *ff. ſi quis cautionibus. l.* 1. *C. de fidejuſſoribus. l. Stichum* 95. §. 1. *in fine. l. cum quis* 38. §. *penult. ff. de ſolutionibus. l. heres* 21. §. *quod ſi ſtipulator in fine. l. capitis* 53. *ff. de fidejuſſor. l. in cauſſæ* 13. *ff. de minoribus.*

§. VIII. Denique quoad ſervum fidejubentem vel novantem, ſi dumtaxat inquirimus, cur naturaliter non obligetur, ut probatur in *d. l. ſed etſi* 20. *ff. de fidejuſſoribus. l. in perſona* 30. §. 1. *ff. de pactis.*

Digitized by Google

pactis. juncta l. 1. §. 1. ff. de novat. in quas aperte peccant id negantes Theophilus in §. præterea inſtit. quibus mod. toll. oblig. Hillig. ad Don. lib. 12. cap. 22. lit. A. Don. lib. 16. comm. cap. 20. Giphanius in l. ſervi 14. num. 6. ff. de O. & A. recta & ſufficiens tradita ratio eſt, quia ſtipulatio inutilis ob incapacitatem juris civilis, neque ſervum ipſum naturaliter obligat ex ratione l. 1. §. ſi quis ita hoc titulo. l. 1. §. quid ergo ff. quod juſſu. l. 1. §. eum qui ff. de conſtituta pecunia. neque dominum de peculio, niſi in rem peculiarem vel dominicam novatio aut fidejuſſio ſit. l. ſi noxali 11. §. 1. l. quoties 47. §. 1. l. quod ſervus 56. ff. de peculis. l. in eum 19. §. ult. ff. de inſtitoria actione. cum adductis ſupra §. 4. invulgatus in hac re textus in l. ſi ex duobus 12. §. 1. ff. de duobus reis. juncta interpretatione Fabri lib. 11. conjectur. cap. 3. ſed ſi ulterius inquiras, cur idem juris ſit, ſi mandando quod juris gentium eſt. l. 1. ff. locati. juncto princ. inſtit. de obl. ex conſenſu. vel qualitercunque pro alio ſervus intercedat, etiam ſine ſtipulatione. l. 3. §. ſi filius 5. cum ſeq. ff. de peculis. l. ult. ff. quod cum eo. l. ſi mandavero 22. §. ſi mandavero. l. ſi vero 12. §. plane 3. ff. mandati. juncta l. ſi ſervus 66. d. l. ſed etſi 20. ff. de fidejuſſoribus. cum e contrario placeat ex quacumque fidejuſſione filiifam. patrem teneri de peculio. d. l. 3. §. ſed ſi filius 9. d. l. ſi vero 12. §. ſi filio 5. l. nulla 5. C. quod cum eo. niſi in caſibus l. item 7. ff. de S. C. Macedon. d. l. ſi vero 12. §. idem Marcellus. juxta quos textus explicanda eſt d. l. nulla 5. in fine. l. 3. ff. de fidejuſſoribus. Alia & communior omni interceſſioni ratio differentiæ quærenda eſt, quam varia captant potius quam capiunt Cujac. lib. 8. obſervat. cap. 11. & ad tit C. conſervus pro ſuo facto. Connanus lib. 2. comm. cap. 3. num. 4. Heringius de fidejuſſoribus cap 7. num. 292. Briſſon. lib. 2. de ſolut. pag. 221. Pichard. in princ. inſtitut. num. 50. & in §. actiones 10. num 82. de actionibus. Ant. Faber in Rat. d. l. 3. §. ſi filius 5. & §. ſed ſi filius 9. P. Fab. in d. l. perſonam 22. de reg. juris.

§. IX. Quibus tamen omiſſis & præeunte Don. lib. 15. comm cap 50. arbitror dici poſſe, improbari interceſſionem ſervi, ſive fidejubeat, mandet, promittat novandi animo, quod alius debet, ſive qualitercumque debitum alienum ſuſcipiat. l. 2. §. ult ff. ad S. C Vellejanum l. ult. ff. quod cum eo. cui jungendus ad rem Cujac. lib. 3 obſervat. cap. 35. (non quidem ob præſumptam domini in ſervo potius quam filio intercedendi prohibitionem vel alienandi, illa enim nempe intercedendi prohibitio neque obligationem naturalem in ſervo, nec de peculio contra dominum impediret. l. ſi quis ſervum 8. §. 1. l. quoties 47. ff. de peculio. prohibitio autem alienandi obligationem ſive interceſſionem perſonæ non amplectitur ex late traditis ab Heringio de fidejuſſoribus cap 1. num 106. & quoad alienationem æquales ſunt filius & ſervus. l. contra 28 §. ult. ff. de pactis. l. ſi convenerit 18. §. ult. cum l. ſeq. ff. de pigneratitia actione. l. 1. ff. quæ res pignori. l. ſicut 8 §. an paciſci 5. ff. quibus modis pignus ſolvitur. l. ult ff. de novat.) ſed quia interceſſio omnis civile officium eſt. l. 1. §. 1. ff. ad S. C. Vellejan. l. 2. ff. de R. J. a quo ſervus moribus arcetur. l. cum Prætor 12. §. penult ff. de judiciis. accedit quod cum fidejuſſores dentur, quo plus cautionis ſit. l. 1. §. ſed aut propriis ff. de O. & A. l. 1. ff. qui ſatisd. cog. princ. inſtitut. de fidejuſſoribus. abſurdum viſum eſt, plus cautionis eſſe intelligi in ſervo, qui conveniri non poteſt. l. ſi ſervus 9. l. quoties 13. ff. ſi quis cautionibus. Harmenopulus in promptuario juris lib. 1. tit. 14. utrumque autem diverſum in filiofam. eſt, qui & tanquam civis capax eſt civilis officii. l. ille a quo 13. § ult. cum l. ſeq. ff. ad S. C. Trebell. & conveniri ex fidejuſſione poteſt l. ſi dubitetur 10 § ult. ff. de fidejuſſoribus. l. ſi pro patre 10. l. ſi filius 15. ff. de in rem verſo. l. 1. §. ſed ſi filius ff. de conſtituta pecunia.

§. X. Sed ut pergamus, quamvis, ut diximus, ſtipulatio origine, forma, & effectu juris civilis ſit, ſicut & acceptilatio. l. penult. ff. de ſolutionibus. l. actus 77. ff. de R. J. l. ult. C. de revoc. his quæ in fraud. cred. l. ubi pactum 40. C. de tranſactionibus. l. 1. C. de acceptilationibus. juncta l. 1. ff. locati. l. 2. § deinde 6. ff. de origine juris. utraque tamen uſu & approbatione eſt juris gentium, quatenus ſunt receptæ ſtipulatio, & acceptilatio apud omnes gentes, poſtquam inventæ jure civili. l. an inutilis 8. §. ult. ff. de acceptilationibus. quam ita interpretantur Giphan num. 20. Cujac in l. ex hoc jure 5. in fine ff. de juſt. & jure. & in l. 4. ff. de tranſactionibus. Faber in juriſprud. Papin. tit. 2. principio 4. illatione 1. & principio 5. illatione 4. & in l. 1. §. ult. ff. de juſt. & jure. noſter Valentia d lib. 2. tractatu 3. cap. 1. num. 41. quamvis ſtipulationem & acceptilationem omnino juris gentium eſſe arg. d. l. an inutilis 8. §. ult. contendant plures apud Hilligerum laudatum ſupra §. 4. in fine. ſed ex jam traditis de uſu & approbatione acceptilationis jure gentium duo docet & deducit Ulpianus hinc explicandus in d. l. an inutilis 8. §. ult. ubi cum propoſuiſſet, filiumfamilias ex promiſſione obligatum, ſi acceptilatione liberari velit, ipſum non patrem rogare accepto debere, quia & ipſe filius eſt obligatus civiliter verbis ſtipulationis, pater autem non civiliter, ſed prætorio jure. §. de conſtituta 9. cum §. ſeq. inſtitut. de act. acceptilatio autem ut pote verborum & civilis non liberat directe, niſi verbis civiliter obligatum d. l. an inutilis 8. §. acceptum. l. prout quidque 80. ff. de ſolut. l. nihil 35. l. fere 153. ff. de R. J. §. item 1. inſtit. quib. mod. toll. oblig. ſubjungit Ulpianus eſſe idem & in ſervo dicendum, ſcilicet ſi obligatus ſit verbis ex promiſſione in rem peculiarem, (quomodo interpretor ex contextu & juris ratione, quamvis noſtrates parum obſervent) idque ex eo Ulpianus confirmat, nam & ſervus generaliter & indiſtincte, ſive ex promiſſione in rem peculiarem, ſive ex contractu juris gentium obligatus ſit, poteſt accepto liberari, eoque liberato prætoriæ obligationes per conſequentias fictæ ſolutionis tolluntur, ſi quæ fuerint contra dominum, nempe quo caſu ex peculiari re contraxit. l. ſpecies 11. §. 1. l. ſi ex pluribus ff. de acceptilationibus. quia quamvis acceptilatio natura ſua & origine ad contractus juris gentium non pertineat, quia verbis non contrahuntur. d. l. 1. ff. locati. tamen poſt inventam ſtipulationem Aquilianam, per quam debita juris gentium in ſtipulationem transferuntur, & poſtea accepto feruntur, facta eſt acceptilatio uſu juris gentium, & conſequenter applicatur etiam obligationi ſervi ex contractu juris gentium. d. l. an inutilis 8. §. ult. juncta l. & uno 18 §. 1. ff. de acceptilationibus. l. 4. ubi Cujac. ff de tranſactionibus. l. 3. C. de acceptilationibus. d §. item 1. cum ſeq. Unde & ſecundo Ulpianus infert, poſſe acceptilationem, ſicut ſtipulationem, græca aut alterius gentis lingua fieri, quia & juris gentium ſunt a probatione & uſu, quamvis, quia & ſunt civiles forma & origine, id in utraque dubitatum & ſpecialiter deciſum, ut notavimus ſupra §. 4. & dicendum ex profeſſo ad l. 1. §. ult hoc tit.

§. XI. Duabus Ulpiani illationibus in d. §. ult. d. l. an inutilis 8. tertia neque obſervata forſitan vulgo ex eodem juris principio accedat. Ergo cum in adminiſtratione tutelæ, ſi plures ſint tutores vel curatores pro indiviſo adminiſtrantes, unius adminiſtratio rata habeatur. l. conſilio 7. §. ult. ubi Cujac lib. 21. Dig. Juliani, ff. de curatore furioſo. l. 3. l. decreto 24. §. 1 ff. de adm tutor. l. quod ſi forte 14. § ſive autem ff. de ſolutionibus. l. 1. C. ſi ex pluribus tutor. & unius auctoritas ſufficiat jure antiquo, ſi vel teſtamentarii tutores ſint, vel inquiſitione dati, teſte Ulpiano in fragmentis tit. 11. § ſi plures 26. ubi Cujac. l. ult. C. de auct. præſtanda. l. ſi plures 24. ff. de teſtam. tut. l. 4. & 5. in princ & §. item ipſe. l quod dicimus 7. §. 1. ff. de auctor. tut. nempe in his rebus, quarum admini-

ſtratio facti cenſetur, non autem in his, quæ ſunt juris. *d. l. conſilio* 7. §. *ult.* veluti in denuntiatione ſolemni judiciali, de qua in §. *appellamus inſtit. de actionibus.* in qua & ſimilibus negociis omnes adminiſtrantes tutores intervenire debent. *l.* 2. *C. ſi ex pluribus tutoribus.* quæ ſumpta eſt, & explicanda ex *l.* 1. *C. Theodoſ. de denuntiat.* junctis traditis a Cujac. ad *titulum C. de auctor. præſtanda.* & in *d. l.* 2. *C. ſi ex pluribus tutoribus.* & *lib.* 17. *obſervat. cap.* 8. Hillig. ad Donell. *lib.* 21. *cap.* 2. *litera K.* ſufficit tamen unius tutoris anctoritas in ſtipulatione pupilli. *d. l.* 5. *in principio. d. l. quod dicimus* 7. §. 1. nimirum quia ſtipulatio, quatenus ex conſenſu valet, & uſu juris gentium eſt, intelligitur facti eſſe, ſicut alii contractus juris gentium. *d. l. conſilio* 7. §. *ult.* quam non ſatis percipere videtur Hetingius *de fidejuſſoribus cap.* 7. *num.* 75. & hoc amplius, quia quod dicimus juxta *d. l. quod dicimus* 7. §. 1. intelligimus de tutore tali, cujus ſolius auctoritas ſufficiat jure antiquo, nempe teſtamentarii aut ex inquiſitione dati, eoque reſpiciunt, ut ſuſpicor, & explicanda ita verba. *d. l.* 5. *in princ.* & *d. l. quod dicimus* 7. §. 1.

§. XII. Hæc ad primariam clauſulam definitionis ſtipulationis, ubi verborum conceptio appellatur: jam quæ in definitione ſequuntur, partim ad formam interrogationis & reſponſionis, partim ad diviſionem ſtipulationum dandi & faciendi pertinent. De priore autem ad *l.* 1. *cum ſuis* §§. de poſteriori ad *l.* 2. *in princ. hoc tit.* dicendum ex profeſſo eſt, ideoque nunc omittimus.

§. XIII. Sed quamvis, ut poſuimus ſupra §. 1. prima & præcipua verborum obligationis ſpecies in ſtipulatione ſit, non tamen ſola; ideoque Tribonianus non ſingulari numero, ſed pluraliter titulum hunc inſcripſit *de Verborum Obligationibus*, ſecutus ut videtur veteres JCtos, & præcipue Cajum, qui tres libros ſcripſit & inſcripſit *de V. O.* ut vel conſtat ex indice Pandectis Juſtiniani juſſu prapoſito, juncta *l. penult. hoc tit.* Quibus & conſequens & obſervatione digniſſimum eſt, verborum obligationis antiquo jure præter ſtipulationem fuiſſe etiam ſpecies alias, ut indicatur in *l.* 2. §. *ult. ff. de rebus cred.* ubi dum exemplum verbis obligandi proponitur in ſtipulatione, ſignificatur & alios modos eſſe verbis obligandi; quia exempla regulam non reſtringunt: *l. penult.* §. *ult. ff. de juris & facti ignorantia.* fuerunt autem præter ſtipulationem juramentum liberti de operis, & dotis dictio, ut docet Cajus *lib.* 2. *inſtitut. tit.* 17. §. *verbis cum ſeqq.* & agnoſcunt magnus Cujac *lib.* 5. *obſervat cap.* 36. & *lib.* 22. *cap.* 7. & in *l.* 1. §. *verbis* 7 *ff. de O. & A.* & in *l.* 4 *ff. de tranſactionibus*, & in *præſenti.* ubi & Giphanius *num.* 4. Hotmanus in *epitomatis ad titulum de conſtituta pecunia num.* 3. juramentum liberti, quo ſe patrono operas, donum, munus, præſtaturum jurat, fit ſolemnibus conceptiſque verbis: ut inſinuatur in *l. ut jurisjurandi* 7. §. *jurare* 3. *ff. de oper libert.* ideoque quamvis regulariter ex juramento promiſſorio; quia ſolemnibus non conſtat, non magis obligatio civilis naſcatur, quam ex pacto nudo, ut *arg. l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolutionibus*, cum ſimilibus docent poſt Bartolum in *l. ſi quis pro eo* 56. *ff. de fidejuſſoribus.* Cujac. *ibi lib.* 15. *quæſtionum Pauli*, & *lib.* 22. *obſervat. cap.* 7. Mendoza *lib.* 1. *diſputationum de pactis cap.* 4. *num.* 17. plures apud Hillig. ad Donell. *lib.* 24. *cap.* 9. *litera C.* tamen juramentum liberti de operis civilem verborum obligationem producit (forte ex lege Julia & Papia, ut Cujac. notat *ubi proxime.*) quæ & prætorio edicto firmatur, dummodo libertatem non oneret. *l.* 2. *ff. de operis libertorum.* & ſive ſtatim poſt manumiſſionem ſive ex intervallo libertus volens juret. *d. l. ut jurisjurandi* 7. §. *jurare* 2. juncto electo ad rem textu in *l qui libertinus* 37. §. *amiſſi. l. campanus* 47. *ff de operis libertorum. l.* 1. §. *in ſumma ff. quarum rerum actio non detur. l. ſi vero* 65. §. *ſed ſi poſt ff. ſoluto matr.* dum tamen ſi ex intervallo non compellatur jurare, ſi noſit. *l. ult. ff. de liberali cauſſa.* juncta *l. operis* 31. *ff. de operis libertorum*, quomodo *d. l. ult.* conciliant Accurſ. & Albericus *ibi* cum *d. l.* 7. §. *jurare.* Donell. *lib.* 2. *comm. cap.* 18. Vertranius Maurus *de jure liberorum cap* 11. quamvis aliter Faber *lib.* 20 *conjectur. cap* 18. Pichard. *in princ. inſtitut. num.* 66. *de acquiſitione per arrogationem.*

§. XIV. Sed quod dicimus, ex juramento liberti obligationem verborum naſci, firmatur fortiter in *l. & per jusjurandum* 13. *ff. de acceptilationibus.* ubi ſcriptum eſt, obligationem ex juramento liberti per acceptilationem tolli, verius eſſe, non quidem præcedente ſtipulatione Aquiliana, ut divinatur Hilligerus ad Donell. *lib.* 14. *cap* 36. *litera G.* id enim eſſet extra dubitationem, quam tamen fuiſſe in *d. l. & per jusjurandum*, clamat vox *verius*, ſicut in *d. l. ult ff. de liberali cauſſa.* ſed per acceptilationem ſolam, quia quamvis juramenti religio, qua ſuam Deo libertus fidem obſtrinxit, exigere videretur veram non fictam impletionem promiſſi, (quæ dubitandi ratio fuit in *d. l.* 13) ejus tamen utilitas patronum reſpicit, obligationiſque ſubſtantia verbis contrahitur, & conſiſtit, ut fere ſentiunt Alciatus *lib.* 8. *parerg. cap* 2. Briſſon. *lib.* 2. *de ſolutionibus.* & aperte Cujac. & Giphan. *ubi ſupra.* ideoque & poteſt a patrono remitti ex notatis in *cap.* 1. *cap. ad noſtram* 20. *de jurejurando* & quidem per acceptilationem, quæ tamen niſi verbis colligatur, non diſſolveret. *l. an inutilis* 8 §. *acceptum ff. de acceptilationibus. l. nihil* 35. *l. fere* 153. *ff. de R. J.* quibus ex locis convinces facile aliam ad *d. l.* 13. interpretationem Sarmienti *lib.* 1. *ſelect. cap.* 3. *num.* 7. aliam Donelli in *rubr. hujus tit. num* 10. & *lib.* 16. *comm. cap* 21. quam eo non laudato ſequitur ex noſtratibus nonnemo.

§. XV. Deinde pro traditione hac noſtra de juramento liberti expendo & explico, quæ ſequuntur. Primo quod extat in *l certum* 6. §. *ſi quis abſente ff. de confeſſis.* ubi docemur, libertum, qui jurat de operis patrono abſente, non obligari, & tamen ſi obligatio ex religione juramenti procederet, poſſet utique abſenti adquiri, vel per procuratorem, ſicut adquiritur actio ſaltem utilis ex juramento litis deciſorio, cum procurator defert aut jurat. *l nam poſtea* 9. §. *penult. l. jusjurandum* 17. §. *ult. ff. de jurejurando.* quamvis directa competat ipſi procuratori. *l. non ſolum* 39. §. 1. *ff de procurator.* quam ita cum *d. l. nam poſtea* 9. §. *penult.* conciliat poſt Accurſ. Caſtrenſem, & alios Hilligerus ad Donell. *lib.* 18. *cap.* 13. *litera F.* vel ſecuta acceptatione patroni abſentis, ſicut in aliis juramentis promiſſoriis, ex quibus qui promittit, abſenti obligatur naturaliter poſt acceptationem jure civili, ſicut ex pacto nudo. *l.* 2. *ff. de pactis.* juncta *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolutionibus.* & efficaciter jure Pontificio, ut ex *cap* 1. & *cap. debitores* 6. *de jurejurando* docet ibi poſt multos & pro multis unus noſter Balboa *num.* 15. & 36. ergo ideo omiſſo juramento litis deciſorio, quod confeſſioni, de qua Ulpianus tractabat in *d.* §. *ſi quis abſente*, ſimilius eſt. *l. poſt rem* 56. *ff. de re judicata* remotiori & ſpeciali exemplo utitur juramenti de operis, quia ex eo libertus neque obligatur per procuratorem patrono abſenti, neque poſt ipſius acceptationem, quod poſtremum non niſi ex eo fit, quia ex juramento de operis non tam conſenſus & religionis, quam verborum obligatio eſt, quæ ſicut ſtipulatio non contrahitur, niſi utroque loquente, præſente, & exaudiente, ut ſignificat Cajus *lib.* 2. *inſtit. tit.* 17. §. *item & alio* § *in principio.* juncta *l.* 1. *hoc tit.* neque contrarium eſt, quod ſequitur in *d.* §. *ſi quis abſente.* nempe ſufficere procuratorem præſentem eſſe; id enim pertinet, & referri debet ad confeſſionem, de qua prima & præcipua quæſtio ibi fuit, non autem ad juramentum liberti, quia ex eo quemadmodum directa actio competere non po-

teſt

teſt procuratori, ut pote non patrono. *l. ſervus* 10. §. 1. *cum* 2. *ll. ſeqq. ff. de oper. libert.* ita nec per eum utilis actio patrono abſenti ex regula *l.* 1. *C. per quas perſonas l. eum qui* 5. §. *Julianus* 6. juncto § *ſi actori ff. de conſtituta pec. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus hoc tit.*

§. XVI. Secundo pro eadem ſententia adduco & explico, quod proponitur in *l. ſervum* 36. *ff. de man. teſtam. l. Stichus* 24. *ff. de ſtatulib. d. l. ult. ff. de lib. cauſſa.* ſervum ante manumiſſionem jurantem de operis non obligari, ſive, quod idem eſt, debere jurare poſt manumiſſionem ut obligetur, ut Ulpianus docet *lib.* 28. *ad Sabinum* in *l.* 7. §. *jurare* 2. *ff. de oper. libert.* quibus conſequenter Ulpianus idem *eodem lib.* ſcribit in *l. in perſonam* 22. *ff. de R. J. in perſonam ſervilem nullam cadere obligationem.* id eſt, ſi cavillari nolumus, neque civilem neque naturalem, idque non generaliter, cum conſtet ex contractibus juris gentium ſervos naturaliter ſaltem obligari. *l. ſervi* 14. *ff. de O. & A. l. naturaliter* 13. *ff. de condictione indeb.* ſed in ſpecie juramenti de operis, de quo Ulpianus tractabat *d. lib.* 28 *ad Sabin.* ut animadvertit Rævardus in *d. l. in perſonam* 22. ergo cum certum ſit, ſervum alioqnin capacem eſſe conſenſus religioniſque juramenti, quia juris gentium eſt. *l.* 1. §. *ult. cum l. ſeq. ff. de juſt. & jure.* juncta *l. quod attinet* 32. *ff. de R. I.* neceſſario ſequitur, obligationem juramenti de operis non tam ex religione eſſe, quam ex verbis legitimis & ſolemnibus, & conſequenter totam juris civilis. *l.* 1. §. *ult. ff. de contrahenda emptione. l.* 1. *ff. locati.* ideoque ſervum ex eo juramento nec naturaliter obligari, ſicut nec ex ſtipulatione. *l. ſed & ſi* 20. *ff. de fidejuſſoribus.* cum laudatis ſupra §. 6.

§. XVII. Nec movemur, ſi objicias obligari ſervum ſaltem naturaliter ex ſtipulatione, ſi promittat domino. *l. ſi quis pro eo* 56. §. 1. *ff. de fidejuſſoribus.* quia tunc juris fictione fit capax ex perſona domini. *princ. inſtitutionum de ſtipulatione ſervorum.* & conſequenter obligari domino naturaliter debuiſſe ex juramento de operis. Quippe ut reſpondeas, obſervandum breviter eſt, quod nec firmare plenius nunc vacat, & præſenſit Cujac. ad *titulum C. de oper. libert. verſ. eſt etiam quinta.* nempe juramentum de operis inductum eſſe dumtaxat ad officiales operas promittendas, quia ex eo non niſi libertus patrono obligatur. *d. l.* 7. *l. ſi quando* 10. §. 1. *cum* 2. *ll. ſeqq. ff. de operis libertorum. d. l. ſi quis pro eo* 56. *in principio. l. penult. ff. de obſequiis parentibus.* quod officialium utique operarum proprium eſt. *l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus ff. de condictione indebiti. l. operæ* 9. *ff. de operis libertorum.* eoque, niſi fallimur, reſpectu Marcellus in *d. l. Stichus* 24. *ff. de ſtatulib.* relicta libertate ſervo ſub conditione, ſi decem promitteret, aut juraret de operis heredi, (ſcilicet extraneo non filio) reſpondit conditionem impleri, ſi decem promiſerit, neque adjecit, vel ſi juraverit de operis, quomodo circa filium exprimitur, in *d. l. ſervum* 36. *de man. teſtamento. d. l.* 7. §. 1. ſcilicet quia extraneo heredi, ut pote non patrono, neque jurari, neque deberi officiales operæ poſſunt. *l. pro herede* 20. §. *ſi quid tamen ff. de acquir. hered. l. fabriles* 6. *d. l. ſi quando* 10. §. 1. *de operis libert. l. liberti* 10. *C. eodem tit.* & conſequenter pro non ſcripta habita conditione jurandi de operis, tanquam juri contraria in illa ſpecie *l. Cerdonem* 42. *ff. de oper. libert.* juncta *l. conditiones* 14. *ff. de conditionibus inſtit.* ſola decem promittendi remanet, quæ impleri poſſit: ergo ut ad rem, cum officiales operas, etiamſi neque juret neque promittat, patrono naturaliter debeat libertus. *d. l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus.* & fictiones juris non operentur, niſi neceſſario & in ſubſidium ex recepta doctrina Bartoli in *l. ſi is qui pro emptore* 15. *num.* 2. 30. & 67. *ff. de uſucap.* ideo ſervus jurans de officialibus, non fingitur capax ex perſona domini, ut ei naturaliter ſaltem obligetur, quia otioſe & conſequenter vitioſe id fingeretur, cum etiam ſine juramento & fictione ſit officiales operas naturaliter debiturus patrono.

§. XVIII. Sed opponitur acriter ſententiæ noſtræ ipſe illius aſſertor Cajus *lib.* 2. *inſt. tit.* 17. *d.* §. *item & alio* 5. dum ſcribit, libertum jurantem *non tam verborum ſolemnitate, quam juramenti religione teneri:* quare ut rem explicemus, monemus breviter, inſtitutiones Caji, quæ nunc extant, non eſſe ipſum Caji contextum, ſed illius epitomen & paraphraſin ab Aniano JCto Chriſtiano, & conſiliario Alarici Regis Gothorum compoſitam, multis additis & detractis, ut exemplo manumiſſionis in eccleſia, cujus in ea epitome fit mentio *lib.* 1. *tit.* 1. probat Cujac. *lib.* 7. *obſervat. cap.* 16. *in fine.* & ex aliis apud Hillig. ad Don. *lib.* 4. *cap.* 36. *lit. B.* Don. *lib.* 16. *cap.* 24. plane cum veteres Romanæ jurandi formulæ Chriſtianis moribus legibus improbentur ob admixtam gentilium ſuperſtitionem, ut ex Synodo 6. in Trullo *canone* 94. ubi Theodorus Balſamo in *ſcholiis*, probat Photius in *nomocanone tit.* 13. *cap.* 19. & ante eum Tertullianus in *Apologetico adverſus gentes cap.* 32. & *de idololatria cap* 20. Euſebius *lib.* 4 *hiſtoriæ eccleſiaſticæ c.* 14. juncto *Deuteronomii & Exodi cap.* 23. concilio Aurelianenſi 4. *canone* 16 *cap. moves* 22. *quæſt.* 1. & præterea formularum ſolemnia repudiata ſint generaliter poſt *l.* 1. ubi Gothofred. *C. de formulis.* convenienter utrique juri Anianus poſt relatam Caji ſententiam *d. lib* 2. *tit.* 17. §. *item* 5. *in pr.* adnotat in *verſ. expenendum*, (quem totum eſſe Aniani adjectionem clamat contextus) libertum jurantem non tam verborum ſolemnitate, quæ nulla jam erat, quam juramenti religione teneri, eoque ipſo non negat, verbis obligari, quod ſupra ex Cajo poſuerat, ſed ſignificat, obligationem jam non ex ſolemnitate, ſed ex religione verborum, id eſt, ex juramento religioſo naſci, & tamen verborum eſſe, quia non fit ſine verbis, ſicut eadem ratione ſtipulatio eſt, & nunc verborum obligatio, quamvis ſolemnia verba jam non requirat. *l. omnes* 10. *C. de contrahenda ſtipulatione.*

§. XIX. Tertia tandem neque ignobilis Romano jure, quamvis perinde vulgo ignota verborum obligationis ſpecies eſt dotis dictio, per quam mulier nuptura, aut ejus pater debitorve, nec præter eos alii ſine interrogatione præcedente dotem marito promittentes obligantur, auctore Cajo *d. lib.* 2. *tit.* 17. §. *ſunt & aliæ.* Ulpiano *tit.* 6. *in pr.* junctis inde explicandis *l. promittendo* 41. *l. ſi pater* 44. *ff. de jure dot. l. ſciendum* 19. §. *dictum ff. de Ædilitio Edicto.* illuſtrant poſt Alciatum *lib.* 1. *parerg. cap.* 1. & *lib.* 11. *cap.* 10. Rævardus *de auctor. prudentum cap.* 4. Faber *de error. Pragm. decad* 99. *err.* 1. Savaro in *Sidonium Apollin. lib.* 1. *epiſtola* 11. erat autem ſolemnis formula hæc, *centum tibi doti erunt. l. ſi ei* 25. *l. pater* 44. §. *ult. cum l. ſeq. l. quemadmodum* 46. §. *ſi debitori. l. nuptura* 57. *l. ſi mulier* 59 *ff. de jure dot. l. nepos* 125. *ff. de V. S.* unde & verborum obligationem naſci ex dictione præter laudatos ſupra §. 13. ſentiunt Hotm. in *diſp. de dotibus cap.* 2. Briſſon. *lib.* 6. *de formulis.* P. Burgius *lib.* 1. *electorum cap.* 11. idque mihi jam pridem maſculo argumento liquet, nam cum conſtet, novationem voluntariam non fieri niſi per verborum obligationem. *l.* 1. & 2. *ff. de novat.* ſi tamen debitor nupturæ mulieris ab ea marito delegatus doti dixerit juſſu mulieris, quod ei debet, valere delegationem & conſequenter novationem fieri dictione dotis ſupponitur in *l. ſi mulier* 39. §. 1. *ff. de jure dotium. l ſi rem* 31. §. *ult. verſ. aut mulier ff. de novat.* ſi obſerves in his locis pro *doti dicere*, quod latinum & frequens JCtis fuit, eſſe a Triboniano inuſitate ſcriptum *doti promittere*, ne dictionis dotis, quæ in uſu jam non erat, ut mox dicemus, extaret mentio, ſicut & in *l. ſive* 61. *l. avus* 79. §. 1. *ff. de jure dotium. l. ſi marito* 31. §. 1. *l. ſocer* 44. §.

1. *ff. ſol. matr.* quibus adde *l. Julianus* 47. *ff. mandati.* notant Cujac. ad *Ulpianum d. tit.* 6. & in *rubr. noſtra.* Giphan. *ibi num.* 5. & in *l. Ariſto* 18. *num* 29. *de donat.*

§. XX. Sed ab aſſertione hac noſtra, quæ dictionem dotis & juramentum de operis inter ſpecies verborum obligationis agnoſcit, diſſentiunt Academici Anteceſſores poſt Don. in *præſenti*, & *lib.* 14. *comm. cap.* 36. ubi Hillig. *litera H.* & *lib.* 32. *cap.* 14. *litera H.* & laudati a Pich. in *§. item* 11. *num.* 29. & 38. *inſt. de actionibus*, duplici præcipuo argumento. Primo quia cum tractatu de verborum obligatione apud Juris auctores ſolius ſtipulationis fit mentio. *l.* 1. *§. verbis* 7. & *§ ult. l. obligamur* 52. *§ verbis ff. de O. & A. l. Labeo ff. de V. S. l. penult. ff. de ſolut. pr. inſt hoc tit.* Secundo in hoc titulo, in quo tam ex profeſſo *de Verborum Obligationibus*, nuſquam vel nomen dictionis aut juramenti de operis ſcriptum. Quibus ut breviter faciamus ſatis, ſciendum eſt, dictionem dotis in uſu eſſe deſiiſſe poſt *l.* 6. *C. de dot. promiſſ.* & præcipue poſt *l. unic. C. de rei uxor. act.* ideoque in *d. l.* 6. ut Cujac. & Giphan. notant *ubi proxime*, ſuppreſſit ejus mentionem Tribonianus, cum ita ſcriptum eſſet, *ſtipulatio aut dotis dictio*, ut conſtat ex *l. ult. C. Theodoſ. de dotibus.* ſicut & in *l. ſi quis* 6. *C. de inceſt. nupt.* omiſit verba *aut dicta*, quæ extabant ibi, *aut data aut dicta aut promiſſa fuerint*, ut obſervamus ex *l.* 3. *C. Theodoſ. de inceſt. nupt.* quod eundem feciſſe probabile eſt, repoſita *pollicitatione* in locum dictionis in *l.* 1. ubi Cujac. & Giph. *l. ſi a matre* 13. *C. de jure dot.* atque in *l.* 1. *§. filiam* 8. *ff. de collatione dotis.* de qua P. Burgius *lib.* 1. *electorum cap.* 11. denique & in *l.* 2. *§ creditur in fine.* Cujac. *lib.* 23. *obſerv. cap.* 18. & in aliis juris locis, de quibus Hotm. *illuſtr. quæſt.* 11. Cujac. *lib.* 12. *quæſt. Pap. l.* 7. *§. Papinianus in ſol. matr.* & *lib.* 11. *obſerv. cap.* 29. ergo ut jam reſpondeamus, ideo in noſtro *tit.* & alibi, cum de verborum obligatione tractatur, ſolius ſtipulationis fit mentio, non quia plures ſpecies non ſint, ſed quia ſtipulatio nobilior, frequentior, & rebus omnibus, perſoniſque communis, cum e contrario dictio, præterquam quod jam antiquata fuerit, tantum propria dotis, in eaque certarum perſonarum, ſicut & juramentum ſolius liberti operas promittentis, ideoque ad ſpeciales de jure dotium & operis libertorum tractatus magis pertineant.

TRACTATUS SECUNDUS

Ad L. 1. *cum ſuis §§. de Verb. Oblig.*

PARAPHRASTICÆ EXPLICATIONES,

in Academia Salmanticenſi dictatæ A. MDCXXXV.

CAPUT PRIMUM.

Stipulatio quomodo contrahatur.

§. I. Expoſitis primariis materiæ elementis, ſequuntur eis connexæ quæſtiones in *noſtra l.* 1. brevi, & perſpicua recitatione illuſtrandæ. Ergo cum *ſtipulatio* ſit *verborum conceptio conſtans interrogatione & reſponſione*, opportune in hoc limine tractatus noſtri, & conſequentis Ulpianus docet, ſtipulationem non poſſe confici niſi utroque loquente, nempe ſtipulatore, & promiſſore, unde & recte poſt alios Giphanius *num.* 2. Hillig. ad Don. *lib.* 14. *cap.* 36. *lit. K.* Heringius *de fidejuſſor. cap.* 11. *num* 11. deducunt, non contrahi ſine verbis ſtipulationem etiam inter præſentes ſcriptura, aut epiſtola, in qua alter ſtipulatur, alter promittit, quia quamvis in contractibus aliis non minus valeat ſcriptura, quam verba. *l. non figura* 38. *ff. de O. & A.* in ſtipulatione tamen, cujus forma, & ſubſtantia verborum eſt, ea ſolemniter pronuntiari, & exaudiri debent, argumento textus in *l. qui per ſalutem* 33. *ff. de jurejurando.* plane in re dubia ex ſcriptura, quæ meminit factæ promiſſionis inter præſentes, ſolemnem etiam ſtipulationem verbis interveniſſe probatur, & præſumitur. *l. ſi ciendum* 30. *l. Titia* 134. *§. pen. hoc tit. l.* 1. *C. de contrah. ſtipulatione. §. ſi ſcriptum* 17. *inſt. de inut. ſtip.* & *§ ult. de fidejuſſor.* Paulus *lib* 5. *ſententiarum tit.* 7. *§.* 1. junctis traditis ab Heringio *d cap.* 11. *num.* 111. obſcurus textus, in qua antinomiam ex difficilioribus contineri Zaſius *num.* 33. teſtatur, in *l. ea quæ* 57. *ff. de don inter V. & U.* ubi ſtipulationem per epiſtolam inter præſentes fuiſſe contractam affirmat poſt Duar. & Cujacium in *præſenti.* noſter Valentia *lib.* 2. *illuſt. tractatu* 3. *cap* 3. *num.* 5. ſed cum id his, quæ diximus, repugnet, & proponatur in *d. l.* 57. uxorem ad maritum litteras miſiſſe, quod certe proprium magis abſentis eſt, quia præſenti dari, ad abſentem autem mitti epiſtolæ ſolent, ut notat alibi Don. in *l. ſingularia* 15. *ff. de rebus cred.* veroſimilius eſt, non induci in *d. l. ea quæ* 57. ſtipulationem per epiſtolam inter præſentes, ſed ex epiſtola, quæ rei ante geſtæ confeſſionem continet, ut in *l. Publia* 26. *§. ult. ff. depoſiti* probari contractam fuiſſe verbis inter præſentes ſtipulationem, ſicut in *l. juris gentium* 7 *§. quod fere ff. de pactis.* ita *d. l. ea quæ* 57. interpretantur Giphanius, & plures apud Hillig. *ubi ſupra lit. N.* Heringium *d cap.* 11. *num.* 69.

§. II. Sed quod proponitur in *d. l. juris gentium* 7. *§ quod fere*, ex his verbis, *rogavit Titius, ſpopondit Mævius*, induci ſtipulationem, *niſi contrarium ſpecialiter approbetur, quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed tantum paciſcentium.* obſcurum valde eſt, quia ſuppoſita interrogatione & reſponſione, ex quibus ſtipulatio conſtat & conſiſtit, vel ea ſemper, neque aliquando pactum inducitur, vel confunditur & miſcetur perperam forma ſtipulationis, & pacti: quo abſurdo coactus Hotmanus *lib.* 7. *obſ. cap.* 3. contendit *verſ. niſi contrarium d. § quod fere.* Triboniani adjectionem eſſe, reſpicientis ad *l. omnes* 10. *C. de contrab. ſtipulatione. l.* 4. *§. ult. C. de recep. arbitris* per quas ſublatis verbis ſolemnibus ſtipulationis ea perinde, ac pactum ex conſenſu valet. *§.* 2. *in fine inſtitutionum hoc tit.* & *§. poſt mortem de inut. ſtip.* junctis traditis a Mendoza *lib.* 3. *de pactis cap* 9. *num.* 14. & conſequenter poteſt etiam ex interrogatione & reſponſione pactum induci, ſi ita conſenſum ſit: verum cum ſit certo certius, in *d. l. omnes* 10. ſublata tantum fuiſſe in ſtipulationibus ſolemnia & directa verba, non tamen formam interrogationis, & reſponſionis, ſine qua ſtipulatio non conſiſtit, & a pacto diſtinguitur etiam jure noviori.

prin-

principio inſt. hoc tit. l. ſi quis argentum 35. *§. ſed ſi quidem* 5. *C. de dot. l.* 1. *tit.* 11. *Part.* 5. ſic potius ex propoſitis explicanda res eſt, ut dicamus ex verbis illis *rogavit Titius, ſpopondit Mævius*, quæ tamen extrema parte inſtrumenti pactorum, quæ per ſtipulationem ſic inibantur, adjici ſolebant, ut in *d. §. quod fere* cum ſimilibus congeſtis *a* Briſſ. *lib.* 6 *de formulis pag.* 627. non induci ſtipulationem, niſi juris præſumptione, quæ ſupponit, ſtipulationem verbis inter præſentes ſolemniter interveniſſe. *d. l. ſciendum* 30. *hoc tit.* cum ſupra notatis. Proinde ceſſat ſtipulatio, ſi contraria probatione præſumptio excludatur, veluti ſi conſtet, ſtipulatorem, aut promiſſorem fuiſſe abſentem, ut in *l. his verbis* 8. *ff. de duobus reis. l. pen. C. de contrah. ſtipulatione.* aut non fuiſſe animum ſtipulandi, ſed paciſcendi, quo caſu etiam ſuppoſita verbis inter præſentes interrogatione & reſponſione ſtipulatin non erit, quia deficit conſenſus, qui tanquam materia præcedere verborum formam debet, & ſine quo ſtipulatio nulla eſt. *l.* 1. *§ adeo ff. de pactis. l. inter* 83. *§* 1. *l. continuus* 137. *§.* 1. *hoc tit.* veluti cum per jocum promittitur. *l. ſciendum* 19. *§. ea autem ff. de Ædil. Edicto. l.* 3. *§. ult. ff. de O. & A.* quam recte contra Rebuff *lib.* 2. *var. cap.* 5. explicant poſt Claſſicos Cujacius, & Giph. in *d. l.* 3. *§. ult.* Goveanus *lib.* 1. *var. cap.* 34. Don. *lib.* 12. *comm. cap.* 7. erit autem pactum, ſi paciſcendi animus fuerit, neque ideo confunditur forma ſtipulationis & pacti, quia interrogatio & reſponſio, quamvis ſtipulationis propria & in pacto omnino non neceſſaria, quomodo & diſtinguuntur, tamen ſervit explicando conſenſui potius, quam nocet. *l.* 1. *§. eum qui ff. de conſt. pec. l. ſi ſtipuler* 35. *§ ult. hoc tit. d. §. quod fere.* in quo ita ſentiunt, quamvis non ſatis explicent poſt Bart. Caſtr. & Fulgoſium Duar. Cujac. & Faber *ibidem.* Giplanius in *l.* 5. *§. ſtipulatio num.* 45. *hoc tit.* Hillig. ad Don *lib.* 14. *cap.* 36. *lit. I.* & conducunt tradita a Suarez in *l. poſt rem judicatam, in declaratione legis Regni ampliatione* 2. *num.* 2.

§. III. Plane a primaria hac regula noſtri textus, quæ docet ſtipulationem non confici, niſi utroque loquente, excipiuntur vulgo poſt Bart. in *præſ. num.* 0. ſingulares caſus, in quibus ſine verbis ſtipulationem induci creditum eſt. Primus caſus extat in *l unic. C. de rei ux. act. §. fuerat inſt. de act.* ubi a Juſtiniano pro dote repetenda ſoluto matrimonio inducitur ſtipulatio, & conceditur uxori actio ex ſtipulatu, etiamſi verba ſtipulationis non intervenerint, neque id invita juriſprudentia, ut audenter ſcribit Faber *lib.* 11. *conject. cap.* 12. non enim conſtituitur, ut vera ſine verbis ſit ſtipulatio, quod abſurdum eſſet, ſed ſpeciali dotis favore verba, quæ revera non intervenerunt, finguntur interveniſſe, & conſequenter non violata juris ratione ficta ſtipulatio inducitur, non vera, vel præſumpta, ut poſt Acc. in *d. l. unic. in princ. & §. accedit verbo præſumatur*, docet Don. *num.* 8. Cujacius, & Giphanius *ibidem.* & in *d. l. unic.* poſt plures Hillig. ad Don. *lib.* 14. *comm. lit. G.* Pichard. in *§. fuerat num.* 36. *inſt. de act.* eaque ficta ſtipulatio, ſi maritus publico inſtrumento fateatur, dotem ſe recepiſſe, nec promittat reſtituturum, tamen mandari executioni debet; perinde ac ſi inſtrumento contineretur, ut *arg. l. ſi duo* 13. *§ Marcellus de jurejurando.* reſolvit poſt Bart. in *d. l. unic. §. & ut plenius* (cujus hoc primum fuit de jure conſilium) Parlador. *lib.* 2. *rer. quotid. cap. ult. parte* 1. *§.* 11. *num.* 20. Gratianus *diſceptat. forenſ cap.* 115. *num.* 27. *& cap.* 325. *num.* 20.

§. IV. Neque inepta, aut inutilis hæc fictio ſtipulationis cenſeri debet ex *l. ad exactionem* 6. *C. de dotis promiſſione.* ubi jam ante *d. l. unic.* inductum fuerat ſingulari dotis favore, ut ex quacunque pollicitatione dos exigi poſſet, ut deducunt, docentque poſt Claſſicos in *d. l. ad exactionem* 6. & in *l. legitima* 6. *ff. de pactis.* Carolus Labbæus *obſ. in Synopſin Baſil. lib.* 29. *pag. mihi* 81. Duar. *de dotibus ad titulum ſoluto matrimonio cap.* 2. Hotmanus *de dotibus cap.* 11. *num.* 82. Faber *lib.* 12. *conject. cap.* 15. Hillig. ad Don. *lib.* 12. *cap.* 14. *lit A* quamvis aliter Don. *ibi.* Connanus *lib.* 5. *comm. cap.* 3. *num.* 1. quippe rejecta opinatione Gomezii in *l.* 50. *Tauri num.* 19. & aliorum exiſtimantum, correctum eſſe in *d. l. unic.* privilegium *d. l. ad exactionem* 6. in quo aperte labuntur, quia probatur id privilegium a Juſtiniano in *l. ult. C. ad S. C. Vellejan.* juncta *l. præcipimus* 32. *in fine C. de appel.* & proponitur in *l.* 10. *tit.* 11. *Part.* 4. reſpondent Academici Anteceſſores, utrumque privilegium utile, & neceſſarium eſſe, quia illud ex *d. l. ad exactionem* 6. pertinet ad maritum, cui olim dotis actio non erat, niſi ex ſtipulatione aut dictione, hodie vero etiam ex pacto, aut pollicitatione: privilegium vero fictæ ſtipulationis eſt ſolius uxoris, cui ſoli etiam pro dote repetenda competebat olim actio rei uxoriæ, non autem ex ſtipulatu, niſi ſtipulatio interponeretur. *l.* 2. *ff. ſoluto matrimonio.* Paulus *lib.* 3. *ſententiarum titulo* 22. *in fine.* hodie autem loco actionis rei uxoriæ actio ex ſtipulatione ficta datur uxori non marito, ut poſtremum hoc notant Duar. in *l.* 1. *ff. ſoluto matrimonio.* Coraſius *ibidem lect.* 2. *num.* 11. & in *l qui liberos num* 79 *&* 145. *ff. de ritu nuptiarum.* Coſtanus in *tractatu de dote cap* 4. *num.* 2. Ego vero jam pridem in commentariis ad *l. unic C. de rei ux act.* certum magis, receptumque eſſe docui, privilegium fictæ ſtipulationis, quamvis inductum primo, & principaliter favore uxoris, competere tamen etiam marito, ut æqualitas inter conjuges ſervetur, eique utile eſſe ob hypothecam tacitam, quæ actioni ex ſtipulatu conjuncta eſt, & marito etiam conceditur, ut exprimitur in *d. l. unic. §. & ut plenius in principio, & in fine.* juncta *l. aſſiduis* 12. *verſ. ad hæc C. qui potiores. §. fuerat inſt. de act. l.* 23. *tit.* 13. *Part.* 5. docent Connanus *lib.* 5. *comm. cap.* 3. *num.* 1. Hillig. ad Don. *lib.* 10. *cap.* 14. *lit. B.* neque ideo inutile, aut antiquatum eſt privilegium. *d. l. ad exactionem* 6. quin potius manet ſimul cum *d. l. unic.* quia utile eſt marito, pluribus actionibus poſſe experiri. *l. quoties* 41. *ff. de O. & A. l. cum filius* 76. *§. variis ff. de leg.* 2.

§. V. Proximo ſuperioribus eſt nondum in hoc tractatu expenſa, & paradoxa omnino conſtitutio Severi in *l.* 1. *C. ſoluto matrimonio.* ubi poſt æſtimationem dotis pactione vel ſtipulatione interpoſita de rebus dotalibus ſi extent uxori reddendis reſcriptum eſt: *& ancillas cum partu ex ſtipulatu judicio oportere reſtitui.* & conſequenter ſupponitur, etiam ex pacto naſci actionem ex ſtipulatu, quod deſperatum valde ænigma eſt, ne dicam falſum, inauditumque in jure, niſi cum Cujac. ad *tit C. ſoluto matrimonio* affirmemus, cum a Severo ſcriptum eſſet, *judicio rei uxoriæ, vel ex ſtipulatu*, omiſiſſe Tribonianum mentionem rei uxoriæ actionis, quia ſublata erat a Juſtiniano, relicta actione ex ſtipulatu, per quam hodie dos reſtituitur, ſive ſtipulatio interceſſerit, ſiva pactio. *d. l. unic. C. de rei ux. act.* nobis autem jamdiu placebat, nodi hujus ſolutionem pendere ex recta explanatione quæſtionis *d. l.* 1. in qua omiſſis traditis poſt plures ab Amaya *lib.* 3. *obſ. cap.* 1. *§.* 1. *num.* 30. diſtinguendum eſt ex ratione antiqui juris, inter pactionem & ſtipulationem de rebus ipſis, vel ancillis dotalibus ante æſtimatis, ſi ſoluto matrimonio extent, vel tantidem æſtimatis reſtituendis, nam pactione tali interpoſita cum per eam non movetur actio rei uxoriæ, quæ ipſo jure pro dote competit. *l. avia* 6. *C. de jure dotium* nec dumtaxat bonæ fidei eſt. *d. l. unica §. ſed & ſi non ignoramus. §. fuerat inſt. de act.* ſed etiam concepta in bonum, & æquum. *l. eos* 8. *cum l. ſequenti ff. de capite min. l. ſi cum Cornelius* 82. *ff. de ſolut. l. pen. §. ult ff. ſol. matrimonio.* & in qua ex bono æquo æſtimatur, quantum reſtitui debeat. *§. in bonæ fidei inſt. de actionibus.* ſuadet æquitatis, & æqualitatis ratio, partus

tus ancillarum conſtante matrimonio editos, quamvis ſtricto jure ſint uxoris tanquam dotales. *d. l. unica §. cumque ex ſtipulatu. l. cum poſt* 69. *§. ult.* juncto *§ cum res ff. de jure dotium.* remanere tamen apud maritum. *l. pen §. mancipia ff. ſoluto matrim. l. ſi mancipia* 18. *ff. de jure dotium.* juncta regula *l. ſecundum* 15. *ff. de reg. jur.* quia & periculum interitus ancillarum, quod uxoris eſſe debebat, tanquam dotalium. *l. plerunque* 10. *ff. de jure dotium.* ſuſcipit per pactionem maritus, dum vel ipſas ancillas, ſi extent, vel ipſarum pretium, ſi pereant, reſtituere cogitur. *d. l. pen. §. mancipia.* junctis *d. l. plerunque* 10. *§. ult l ſi inter* 21. *C. de jure dotium. l. æſtimatis* 51. *ff. ſoluto matrimonio.* Don. *lib.* 14. *comm. cap.* 7. & Hillig. *ibi lit. B.* diverſum eſt, ſi ſtipulatio, ut diximus, ſit interpoſita, quia cum tunc dos petatur actione ex ſtipulatu. *d. l unica §. accedit.* quæ ſtricti juris fuit ante Juſtinianum. *d. l unic. §. ſed & ſi non ignoramus.* non permittitur marito retentio partus ancillarum prætextu æquitatis. *d. § in bonæ fidei inſt. de act. d. l. unica §. taceat in fine.* vere, ut jam primæ & propriæ difficultati occurramus, congruenter Severus in *d. l.* 1. *C. ſoluto matrimonio.* utrique caſui pactionis & ſtipulationis reſpondet, partus reſtitui actione ex ſtipulatu, ita enim indicat, reſtitui in caſu ſtipulationis, ex qua ſola jure antiquo datur actio ex ſtipulatu: non reſtitui vero in caſu pactionis, ex qua dari non poſſe actionem ex ſtipulatu ante Juſtinianum in *d. l. unic in principio.* plus quam certum erat, ideoque id Severus ſupponit potius, quam exprimit in *d. l.* 1. quam ita expones, & compones cum *d. l. pen. §. mancipia. d. l. ſi mancipia* 18. *ff. de jure dotium.*

§. VI. Sed ut pergamus, extat ſecundus caſus ſtipulationis ſine verbis in *l.* 4. *§. ult. ff. de fidejuſſ. tutorum.* ubi fidejuſſoriam obligationem, quæ ſine ſtipulatione non contrahitur. *l. blanditiis* 12. *C. de fidejuſſ.* induci ex ſtipulatione ficta docent poſt gloſſam in *d. l.* 4. *§. ult.* Coraſ. *num.* 13. Hering. *de fidejuſſ. cap.* 7. *num.* 53. *& cap.* 11. *num.* 75. & quidem, ut loquuntur, propter calorem judicii, cujus auctoritate fidejuſſores obligari in *d. §. ult.* & pactionem alioquin nudam veſtiri, ut actionem producat, *arg. l. eum pro quo* 17. *ff. de in jus vocando. l. tale* 40. *§.* 1. *ff. de pactis.* cum ſimilibus, affirmant Acc in *auth. generaliter, verbo conſcribat. C. de epiſc. & clericis.* Jaſon in *l. juris gentium* 7. *§. ſed cum nulla num.* 19. *ff. de pactis.* aliique plures; ceterum probabilius poſt Alciatum Faber in *juriſprud. Papin. tit.* 2. *principio* 8. *illatione* 38. interpretatur. in *d. l.* 4. *§. ult.* obligari ex æquitate fidejuſſores ſine ficta, aut præſumpta ſtipulatione; perinde tamen ſeu ſimiliter ac ſi interveniſſet, ſicut & in *l.* 3. *§. item ſciendum ff. ſi cui plus quam per l. Falc. l. ſi finita* 15. *§. eleganter* 28. *ff. de damno infecto.* quamvis aliter de his juribus poſt Bartolum Pichard. in *d. §. fuerat num.* 28. & in *principio inſt. hoc tit. num.* 41. idque tribus ex cauſſis, auctoritate actorum judicialium, taciturnitate, & patientia fidejuſſorum, & favore pupilli ſive reipubl. *d. l.* 4. *§. ult. l.* 2. *ff. ad municip. l.* 1. *C. de decurionibus.* juncta *l. manumiſſio* 23. *ff. de man. vindicta.* alioquin ſolus color ſive auctoritas judicii neque ſtipulationem inducit, neque pactum nudum reddit efficax. *l. ſive apud acta* 28. *C. de transact. l. omnes* 32. *§. in hac* 3. *C. de epiſc. & clericis. l.* 4. *§. ult. C. de receptis arbitris.* ex quibus ita ſentiunt argumentis contra propoſitis reſpondentes Alc. in *præſ. num.* 14. *&* 24. Padilla in *d. l. ſive apud acta* 28. *num.* 1. niſi in conventionibus, quæ ad expeditionem ipſius judicii pertinent.

§. VII. Denique inter alios fictæ ſtipulationis caſus, de quibus Mant. *de tac. lib.* 14. *tit.* 9. qualis eſt, qui proponitur in *l. his verbis* 19. *§. fin. ff. de adopt.* & exponitur poſt antiquiores in *præſ.* & laudatos a Pichard. *ubi ſupra.* a Cujac. *lib.* 29. *quæſt. Papiniani* in *l. cauſſa* 40. *ff. de vulg.* Eduardo Caldera *lib.* 3. *variarum cap.* 1. *num.* 11. Giphanio in *l. unic. C. de rei ux. actione.* tertius neque omittendus eſt, qui adjicitur ex *l. cum de in rem verſo* 6, *ff. de uſuris.* ubi ex diuturna præſtatione uſurarum, quæ ſine ſtipulatione non deberentur. *l. ſi pro patre* 10. *§. ſed utrum ff. de in rem verſ.* fingitur ſtipulatio interveniſſe, ſive quod probabilius, & communius eſt, præſumitur ſtipulatio; cum non ſit veriſimile, tamdiu & uniformiter ſolutas fuiſſe uſuras, quæ non deberentur, ut *arg. l. cum de indebito* 25. *ff. de probat.* notat Cujac. *lib.* 29. *quæſt. Papiniani* in *d. l. cum de in rem verſo* 6. vere & generaliter ex uniformi præſtatione decennali facta prætextu ſpecialis cauſſæ allegatæ induci præſumptionem talis cauſſæ, ſeu tituli tam in præteritum quam in futurum, niſi contrarium probetur, docent deducuntque ex *d. l. cum de in rem verſo* 6. *l. litibus* 20. *C. de agric. & cenſitis. l.* 1. *C. de fideicommiſſis.* late ad praxin poſt multos Pichard. in *d. §. fuerat num.* 24. *inſt. de act.* Grat. *diſcept. forenſium cap.* 208. quamvis contra ſentiant Ant. Faber. *lib.* 7. *conject. cap.* 8. *&* 9. Schifordegh. *ad Fabrum lib.* 1. *tractatu* 15. recentioresque Academici Anteceſſores moti ex *l. ſi certis* 28. *C. de pactis. l. operis* 31. *ff. de operis libertorum. l. creditor* 7. *C. de uſuris.* in quibus tamen recte reſpondetur, ideo titulum non præſumi, quia neque allegabatur, imo conſtabat, vel nullum, vel inſufficientem præceſſiſſe, quo caſu ſola diuturna præſtatio non ſufficit ad præſumptionem tituli, ut poſt Bart. exponunt plures: plane in diſputando, quod attinet ad *d. l. cum de in rem verſo* 6. ſimilius veri eſt, non fuiſſe ibi quæſtionis, an præſumeretur ſtipulatio de ſolvendis uſuris, quin potius ſtipulationem interpoſitam a filio fuiſſe ſupponitur; & cum actione de in rem verſo ageretur de principali ſorte, & uſuris contra patris heredem, qui ſe debere negat, quia pecunia verſa non fuit in utilitatem patris, judicatum eſt ſolvendas uſuras, quia & ipſe pater eas longo tempore præſtiterat, & conſequenter agnoviſſe debitum in rem ſuam verſum præſumitur *arg. l. ſi res* 5. *ff. de in rem verſo.* explicat Don. in *d. l. ſi certis* 28. *num.* 2. Duar. *ad titulum de uſur. cap.* 1.

§. VIII. Verum ut progrediamur, ex ſupra tradito juris principio, quo docemur ſtipulationem non confici niſi utroque loquente, proxime & proprie Ulpianus noſter infert, neque mutum, aut ſurdum ſtipulari poſſe. *l.* 1. *§. mutum* 14. *cum ſeq. ff. de O. & A. §. mutum* 7. *inſt. de inut. ſtip. l.* 2. *titulo* 9. *Part.* 5. neque abſentem. *l.* 9. *C. de inut. ſtipulationibus. §. item verborum* 12 *inſtit. eod. tit. l.* 1. *&* 3. *titulo* 11. *Part.* 5. Paulus *lib.* 5. *ſentent. titulo* 7. *§.* 2. nempe, quia in muto, qui omnino non loquitur, deficit verborum conceptio. *l. mutum* 9. *ff. de Ædil. Edicto. l. Labeo* 7. *in fine ff. de ſupellect. legata.* vere & abſenti, & ignoranti comparatur. *l. ult. ff. de V. S. l. cum pater* 77. *§. ſurdo ff. de leg.* 2. in ſurdo autem, vel abſente deficit invicem exaudiendi facultas, ſine qua non magis ſtipulatio conſiſtit, quam ſine verbis, quin potius eo ipſo, quod utrumque loqui ad ſtipulationem requiritur, & exaudire invicem debere conſequens eſt; quia nec congrue & continue reſpondebit, niſi qui audierit, nec interrogaſſe cum effectu videbitur, qui reſpondentem non exaudit, ut in §. 1. *legis noſtræ. l. continuus* 137. *hoc tit.* eademque ratione mutus, aut ſurdus vindicta manumittere non potuerunt ſtricto, ſummoque jure, quia nec ſolemnia verba manumiſſionis effari, aut exaudire poterant teſte Paulo *lib.* 4. *ſentent. titulo* 12. *§.* 2. juncta *l.* 1. *§. initium* 3. *verſ. propter ff. de poſtul.* & tamen Celſus utilitatis gratia motus ſurdum ita natum manumittere poſſe ſcripſit. *l.* 1. *ff. qui & a quib.* cujus hæc propria ſententia eſt, quam exprimunt Baſilica *lib.* 48. *titulo* 7. *in principio.* idemque in muto & ſurdo indiſtincte poſtea receptum fuit ex ratione *legis manumiſſio* 23. juncta *l. ſurdi* 10. *cum l. pater* 12. *ff. de man. vind.* niſi exprimendæ voluntatis omni-

no

Digitized by Google

no incapaces ſint. *l. diſcretis* 10. *C. qui teſtamenta facere poſſ.* ſic explicanda, ſane in aliis negotiis, in quibus non tam verbis, quam conſenſu opus eſt, & mutus, ſurdusque, ſi intelligendi & conſentiendi compotes ſint, veluti nutu aut litteris, & abſens per epiſtolam, aut nuntium intervenire poſſunt. *l. 2. l. in quibuscunque* 48 *ff. de O. & A. l. ubi non voce* 124 *ff. de reg. juris. l.* 1 *§. ult ff. de contrah. emptione. l.* 4. *& l. ult.* juncta *l.* 2. *ff. de ſponſalibus.* cum pluribus congeſtis a noſtratibus in *præſenti* quos in re aperta cur tranſcribamus.

§. IX. Ex eadem ratione juris Ulpianus noſter notat, infantem ſtipulari non poſſe, quia neque fari, aut loqui. *l. mulier* 70. *l. ult. §. pupillus ff. hoc tit. l.* 1. *§. huic proximus* 13. *ff. de O & A. §. pupillus* 9. *verſ. ſed quod diximus inſtitut. de inut. ſtip.* infantem autem eſſe intelligimus non quidem naturaliter eum, qui facto ipſo loqui non poteſt, ſed minorem 7. annis inſpecta civili infantiæ definitione, de qua in *l. tamen ſponſalibus* 14. *ff. de ſponſ. l.* 1. *§ ſufficit ff. de adm. tut. l. ſi infanti* 18. *C. de jure deliberandi.* Leonis *Novella* 209. *cap litteras* 4 *cum ſeq. de deſponſatione impuberum. l. ult. tit.* 2. *Part.* 4. quibus jungendi ſunt Briſſonius *de ritu nuptiarum pag.* 152. *& ſeqq.* Cujacius *ad tit. C. de ſponſalibus, & lib.* 4. *differentiarum Modeſtini in d. l. in ſponſalibus* 24. Anaſtaſius Germ. *lib.* 2. *animadverſionum cap.* 6. Hillig. ad Don. *lib.* 7. *cap.* 9. *lit. D.* Sanchez *de matrimonio lib.* 2. *diſp.* 26. *num.* 3. Gutierrez *eod. tractatu cap.* 2. *num.* 3. Merillius *lib.* 1. *obſ. cap.* 14. Petrus Greg. *lib.* 15. *Syntagmatum cap.* 23. *num.* 5. tum quia in uſu juris appellatio infantis, & verba hæc, *qui fari poteſt*, & e contra, non tam ad actum fandi, quam ad ætatem ſeptennii referri ſolent. *d. l.* 1. *§. ſufficit. l. quoties* 9. *de administr. tut. l. cum quaſi* 30. *§.* 1. *de fideicommiſſ. libertatibus.* in qua, & in *l. pen. de man. vindicta.* & in *l. inde* 23. *§. ſi infans ad l. Aquil.* & alibi ſæpe pro infante ἄλαλος id eſt non majorem ſeptem annis exprimit conſtanter græcus contextus juris *lib.* 408. *Baſilicorum tit.* 2. *in fine, & tit.* 4. in *d. l. cum quaſi* 30. *§.* 1. *& tit.* 8. in *l.* 6. *&* 12. *de lib. cauſſa.* & *lib.* 60. *tit.* 3. in *d. l. inde* 23. Harmenopulus in *Promptuario lib.* 6. *tit.* 6. tum etiam, quia ſummovendis litibus, quæ alioquin pro varietate citius, tardiusve loquendi in infantibus variæ eſſe poſſent, certum infantiæ terminum definiri expedit, & maxime civilem ſeptennii in ſtipulatione, quæ civilis eſt. *d. l. quoties* 9. *d. §. pupillus* 9. *verſ. ſed quod. l.* 4. *tit.* 11. *Part.* 5. ex quibus ita docent, & alia juris auctorum teſtimonia minus perſpicua explicanda eſſe ſentiunt poſt alios Alciatus in *præſenti num.* 23. Giphanius *num.* 9. cum pluribus Pich. in *d. §. pupillus* 9. *num.* 5. & *ad tit. de acquir. her. cap.* 23. Heringius *de fidejuſſ. cap.* 7. *num.* 71. Petrus Fab. in *l. in negotiis* 5. *de reg. jur.* quamvis aliter Ant. Fab. in *jurisprud. Papin. tit.* 12. *principio* 6. *illatione* 8. aliter noſter Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 3. *cap.* 2. *num.* 7 cujus in contrarium rationibus fieri ſatis poteſt ex his, quæ diximus: ſecundum quæ etiam explanandus eſt textus alioquin obſcurus in *l. ſervum* 6. *rem pup. ſalv. fore*, ita ut verba illa *ſi præſens ſit & fari poteſt.* quæ ſic legenda notat Ant. Aug. *lib.* 2. *emendationum cap.* 2. intelligantur civiliter de majore ſeptem annis, proximo tamen infantiæ, in quo, ut ſtipulari poſſit ſine auctoritate tutoris, eſt benigne receptum, cum ſtricto jure non poſſet, quia etſi loquitur, non ſatis intelligit. *d. §. pupillus* 9. *in fine. d. l.* 1. *§. huic proximus* 13. *de O. & A. l.* 1. *§. exigere de magiſtr. conveniendis.* juncta *l. pupillus* 9. *de acquir. her.* quomodo omiſſis aliis interpretantur *d. l. ſervum* 6. Coraſius *lect.* 2. *num.* 18. Duar. Cujac. & Don. *num.* 7. Giphanius *num.* 11. poſt alios Pich. in *d. §. pupillus* 9. *num.* 13.

§. X. Proponit tandem Ulpianus in *verſ. ſi quis ex his* remedium ſeu cautionem, qua adhibita mutus, ſurdus, & abſens, ſi velint, ſtipulari poſſint, nempe ut per ſervum præſentem ſtipulentur, ſic enim & naturalis capacitas conceptionis verborum, quæ illis deeſt, & in ſervo concurrit, per eum ſuppletur, *arg. l. ſi ſervus* 42. *de damn. infecto. §. ſi quis* 4. *verſ. ei vero inſt. de inut. ſtipul.* & viciſſim ſervus ipſe alioquin incapax ſtipulationis, quatenus juris civilis eſt, mutuatur civilem capacitatem ex perſona domini, eique acquirit ex ſtipulatu actionem. *§.* 1. *inſt. de ſtip. ſerv. l. ſtipulatis* 38. *§ alteri. l. quodcumque* 45. *l. ſervus* 62. *cum ſimilibus hoc tit.* eademque ratione ſi promittendo obligari velint, mutus, ſurdus, vel abſens poſſunt jubere (nutu aut per epiſtolam. *l.* 1. *§.* 1. *quod juſſu.*) ſervo ut promittat, eoque promittente, tenebuntur actione quod juſſu. *l. an* 8. *§. fin. de accept. l.* 1. *quod juſſu. §.* 1. *quod cum eo* Plane quamvis Ulpiani verba dextre intellecta ad infantem non pertineant, quia concepta ſunt de his, qui ſtipulari, aut promittere velint, infans vero nihil velle intelligitur. *§ pupillus* 9. *in fine de inut. ſtip.* notant proprie Donell. in *præſ. num.* 12. Giphanius *num.* 20. certum tamen ex aliis juris locis eſt, etiam infanti nec volenti, nec jubenti acquiri ex ſtipulatu actionem per ſervum ſtipulantem. *l* 2. *&* 6. *rem pup l.* 1. *§. exigere de magiſtr. conven.* non autem & promittere infantem per ſervum poſſe, quia nec jubere. *l.* 1. *§. pupillus, quod juſſu.* niſi auctore tutore. *l.* 3. *§.* 1. *in fin.* quam ſic intelliges, *quibus ex cauſſis in poſſeſſ. eatur.* neque obligari ſine ejusdem auctoritate. *l. obligari* 9. *de auctoritate tutorum.*

CAPUT SECUNDUM.

Ad §. *qui præſens l.* 1. juncta *l. continuus* 137. *de Verb. Oblig.*

Non tam explicatione diſputatio juris in *præſenti*, quam explanatione, & paraphraſi contextus eget, ut & prior pars ejus diſtinguatur a poſteriore, & utraque a *principio legis noſtræ:* proinde meminiſſe breviter oportebit, docuiſſe Ulpianum in *principio hujus legis.* abſentem ſtipulari non poſſe, quoniam exaudire invicem & ſtipulator, & promiſſor debent, neque exaudiunt, niſi uterque ſit præſens. Cui regulæ & rationi conſequenter Ulpianus idem nunc notat, neque promitti abſenti poſſe, quamvis præſens præſentem interrogaverit, & ideo eum, qui præſens interrogaverit, & antequam ſibi reſponderetur diſceſſit, efficere inutilem ſtipulationem, nempe etiamſi poſtea eo abſente promittatur, ut & Ulpiani verba ſupponunt, & exponunt recte Coraſius *lectura* 1. *num.* 1. Duarenus, Donellus, & Cujacius in *principio.* Connanus *lib.* 6. *comm cap.* 1. *num.* 4. alioquin ſi, ut communiter antiquiores interpretantur, nulla reſponſio ſequuta fuiſſet, ſequeretur, ut ſtipulatio inutilis non efficeretur, & quidem propter diſceſſum ſtipulatoris, ut ſignanter textus innuit, ſed omnino ſtipulatio non eſſet ex defectu reſponſionis, ac præterea ſuperflua, & ſine ulla dubitandi ratione ſententia Ulpiani eſſet in *præſenti*, cum jam deciſum in *principio legis noſtræ*, & indubitatum foret, ſtipulationem non confici, niſi utroque loquente. Plane qui antequam reſponderetur, diſceſſit, facit inutilem ſtipulationem, quia cum reſpondentem non exaudierit, neque interrogaſſe cum effectu videtur, ut notavimus ſupra in *principio hujus legis §.* 8. ſed potius diſcedendo receſſiſſe ab animo contrahendi, *arg. l.* 1. *§. refert de poſtulando.* diverſum autem eſt, ſi ut in poſteriori *§. noſtri* parte proponitur, præſens quis interrogaverit, mox diſceſſerit, & reverſo reſponſum ſit, quia quamvis ſtipulantis, & promittentis continuus actus eſſe debeat. *l. continuus* 137. *hoc tit.* ideoque vitietur ſtipulatio, ſi inter eam, & promiſſionem intervallum non modicum medium fuerit, aut diverterint contrahentes ad actus extraneos. *l. duos* 6. *§. ult. l. ſi ex duobus* 12. *de duobus reis. d. l. continuus* 137. quoniam ſi forma cujusque rei individua eſt. *l ſi is qui* 80. *§ ult. ad l. Falc.* ita & formalis actus, qualis eſt interrogatio, & reſponſio in ſtipulatione. *l. heredes* 21. *§.* ult.

ult. qui teſtam. fac. l. furioſum 9. *l. hac conſultiſſima* 21. *verſ. in omnibus. l. cum antiquitas* 28. *C. de teſtamentis.* notat ad rem Jaſo in *h. l. num.* 3. quamvis aliter Duarenus, & Donellus *num.* 4. cum ſtipulator, qui diſceſſit, brevi reverſus eſt, nec disceſſiſſe, aut diviſiſſe actum ſtipulationis intelligitur, *arg. l. plerique* 33. *de ritu nuptiarum. l.* 3. *de divortiis.* & ideo qui reverſo etiam præſenti promittit obligatur: *intervallum enim medium*, ut in Pandectis Florentinis legitur, ſi tamen ſit modicum, ut ex vulgatis, & ratione juris intelligitur, non vitiabit obligationem, ut in *noſtro* §. *qui præſens.* modicum autem intervallum quid ſit, judicis arbitrio relinquitur, ut ex *l.* 1. *de jure deliberandi* cenſet aliis omiſſis Coraſius in *præſenti num.* 2.

CAPUT TERTIUM.

Ad §. *ſi quis ita* 2. *legis* 1. *de Verb Oblig.*

§. I. Docet hic in primis Ulpianus, eum qui interrogatur *dabis?* reſponderit *quidni?* obligari ex ſtipulatione, idque non leviter obſcurum eſt, quia ſtipulatio ut pote verborum conceptio, ſuoque antiquo jure ante conſtitutionem Leonis in *l. omnes* 10. *C. de contrah. ſtipulatione.* non fit niſi ſolemnibus, directiſque verbis, ut qualia ſtipulator conceperit, ſubſequatur promiſſor repetatque, ut notavimus ſupra in *rubr.* §. 9. quod in propoſito cum non contingat, difficultati manus dare coguntur poſt Cumanum Jacobus de Nigris in *præſenti num.* 8. & 9. Hieronimus Verius in *rubr. hujus tituli num.* 277. & Bolognetus *cap.* 22. *num.* 7. nec felicior Socinus in *præſ num.* 1. dum ſcribit, intercalatum fuiſſe hunc locum a Triboniano, reſpiciente ad jus novum ex *d. l. omnes* 10. ſed obſervatum jam recte eſt, verba *quidni?* eſſe affirmantis, & reſpondentis tacita repetitione formam interrogationis, ut ex Donato, & aliis probant Ferretus, Cujacius, Donellus, & Giphanius *hic.* ideoque & a veteribus JCtis recepta hæc verba fuerint inter ſolemnia promittendi, ſicut & ſimilia, quæ formæ interrogationis effectu ipſo reſpondent. *l. quæ extrinſecus* 65. *l. ſi ſub una* 136. *hoc tit. l. blanditiis* 12. *C. de fidejus. l.* 2. *tit.* 11. *Part.* 5. juncta *l. Pamphilo* 39. §. 1. *de leg.* 3. explicant præter laudatos a Pichard. in §. *in hac re num.* 4. *inſt. hoc tit.* & Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 3. *cap.* 4 *num.* 3. Coraſ. *lect.* 1 *num.* 2. Giphanius *num.* 26. Hillig. ad Donell *lib.* 14. *cap.* 36. *litera P.*

§. II. Subjungit in *verſ. contra* Ulpianus idem, eum, qui ſine verbis annuendo reſpondet, ſtipulanti omnino non obligari, neque civiliter, quod & perſpicuum eſt, quia verba ſunt ſtipulationis forma, qua mutata & ſubſtantia ipſius perimitur. *l. Julianus* 9. § *ſed ſi quis ad exhibendum.* neque naturaliter, quia qui ſciens ſtipulationem ſine verbis non confici, reſpondet ſolo nutu, illudere ſtipulantem, & nugari potius, quam conſentire in obligationem præſumitur, *arg. l. non ſolum* 31. *de O. & A. l. an inutilis* 8. *de acceptilationibus* & conſequenter cum ſtipulantis mens alia fuerit, aliaque nutu promittentis, neque vim pacti habet ſtipulatio inutilis. *l.* 1. §. *eum qui de conſt. pec. l. in perſona* 30. §. 1. *de pactis. l.* 1. § *quid ergo, quod juſſu* (cui diſſimiles non contrariæ ſunt deciſiones. *l. in eum* 19. §. *pen. de inſt. actione. l. ult. quod cum eo.* quamvis contra putet Heringius *de fidejuſſ. cap.* 11. *num.* 159.) neque naturaliter obligat, ut in *hac lege.* juncta *l. ſed etſi* 20. *de fidejuſſ.* ut pote deficiente conſenſu. *l.* 1. *princ.* & §. *adeo de pactis. l. cum amplius* 84. *de reg. juris.* ſentiunt ita, aut præſentiunt poſt alios Duaren. Cujacius, & Donell. *num.* 5. *in præſenti.* quamvis aliter Vaconius *lib.* 5. *declaratione* 69. & 71. diverſum autem eſt in acceptilatione inutili, quæ pro pacto liberationis cedit, niſi aperte contra ſentiant textus in *l. an inutilis* 8. *l. ſi accepto* 19. *de accept. l. ſi unus* 27. §. *pen. de pactis. l. cum emptor* 5 *de reſc. venditione.* quia favorabilior eſt præſumptio conſenſus ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus* 47. *de O. & A.* ita Cujac. Faberque apud Hillig. ad Don. *lib.* 14. *cap.* 36. *litera M.* & ante eos, quamvis aliter neque expedite forſitan ſatis Valentia *ubi ſupra num.* 14. illud conſentaneum propoſitis, neque in obſcuro eſt, quod Ulpianus tandem ſcripſit, nempe fidejuſſorem acceptum pro eo, quod ſolo nutu reſpondit, ſtipulanti non obligari, quia principalis obligatio nulla eſt, cui accedat. *l.* 1. *l. fidejuſſor* 16. §. *fidejuſſoribus, de fidejuſſoribus. l.* 129. *de Regulis Juris.*

CAPUT QUARTUM.

Ad §. *ſi quis ſimpliciter cum* 2. *ſequentibus legis* 1. *de Verb. Oblig.*

Quando vitietur ſtipulatio diverſitate reſponſionis, aut circa rem deductam in ſtipulatione.

Duo ſunt ſumma capita Ulpiani diſputantis in his locis. Primum eſt, vitiari ſtipulationem propter diverſitatem reſponſionis circa qualitatem obligationis, veluti ſi pure ſtipulanti promittatur ſub conditione vel e contra, niſi reſponſionis diverſitas illico placuerit ſtipulanti, ut in *noſtro* §. *ſi quis ſimpliciter.* § *præterea inſt. de inut. ſtip.* juncta *l. obligamur* 52. §. *verbis ff. de O. & A.* Secundum eſt ex diverſitate reſponſionis circa rem deductam in ſtipulationem, veluti ſi Pamphilum ſtipulanti promittatur Pamphilus, vel Stichus, aut ſi 20. ſtipulanti promittam decem, vel e contra non fieri inutilem ſtipulationem in Pamphilo, vel decem, quia in his congruit interrogationi reſponſio, maxime cum majori ſummæ minor inſit. *noſtro* §. *ſi ſtipulanti cum ſeq.* junctis *l. inter* 83. §. *ſi ſtipulante hoc tit. l. ſi ſervus* 108. §. *qui quinque de leg.* 1. *l. ſi is qui* 25. *de accept. l. ſi unus* 27. *ſi cum decem de pactis. l.* 26. *tit.* 11. *Part* 5. tum etiam quia cum tot ſint ſtipulationes, quot corpora vel ſummæ. *l. ſcire* 29. *cum ſimilibus hoc tit.* duæ cenſentur diverſorum corporum, vel ſummarum ſtipulationes disjunctæ, quarum neutra alteri detrahit, vel adjicit circa qualitatem obligationis, ſed circa rem, vel ſummam, neque vitiatur utilis per inutilem, ut in *noſtro* § *ſed ſi mihi.* Plane in quantitate excedente, ſive in qua non conſenuit interrogationi reſponſio, eſt inutilis ſtipulatio. *d.* §. *præterea inſt. de inut. ſtip.* quem rejecta opinatione Duareni in *paraphraſi ad hunc tit. cap* 2. *regula* 2. Connani *lib.* 6. *comm. capite* 1. *in fine*, & *cap.* 6. *num.* 6. & aliorum variis, ita interpretantur Noviores communiter poſt Bart. in *præſenti num.* 1. Plures apud Hillig. ad Donell. *lib.* 24. *capite* 36. *littera S.*

CAPUT QUINTUM.

Ad §. *ult. legis* 1. *de Verb. Oblig.*

Expoſitionem hujus loci, quem Triboniano perperam adſcripſit Mendoza *lib.* 1. *de pactis cap.* 13. *num.* 10. colligere licet ex traditis ultra Claſſicos, & laudatos a Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 3. *cap* 1. *num.* 46. ab Hillig. ad Don *lib.* 28. *cap.* 3. *lit. L.* illuſtrant Panciroll. *lib.* 3. *theſauri variarum cap.* 15. Heringius *de fidejuſſ. cap.* 11. *num.* 13. Bulengerus *lib.* 3. *de Imper. Rom. cap.* 28. Illud pro corollario commentationis ad Ulpianum notandum eſt, hodie noviori Regio jure ex omni conventione facta eo animo, ut quis alteri obligaretur, efficacem obligationem & actionem naſci, etiamſi ſtipulatio non intercedat. *l.* 3. *tit.* 4. *lib.* 3. *ordinamenti. l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recompilationis.* quas utiliter præter ordinarios exornant Mendoza *lib.* 3. *de pactis cap* 9. *num.* 26. Morla in *emporio tit.* 3. *quæſt* 6. Parladorius *lib.* 2. *rerum quotid. cap.* 3. *num.* 11.

TRAC-

TRACTATUS TERTIUS

Ad Legem 2, 3, & 4. cum ſuis §§. l. 5. §. ult. l. in ſtipulationibus 54. usque ad finem. l. ſtipulationes 72. l. in executione 85. per totam. l. cum ex cauſſa 139. cum aliis de Verb. Oblig.

De Dividuis & Individuis Obligationibus

CURÆ SECUNDÆ

in Academia Salmanticenſi recitatæ A. MDCXL.

Quam initio fidem obſtrinximus, liberamus jam, & ex profeſſo aggredimur inſignitam hanc tractationem, non ut priore quadriennio, dum brevitati & voto audientium & abeuntium conſulimus, ſumma duntaxat capita & elementa, ſed interius rem ipſam & receſſus penetraturi. Eſt autem hæc tractatio omnino ex earum numero, quæ &, *dum quæruntur*, exercendi ingenii cauſſa *oblectamento ſunt, & quæſitæ uſui*, ut cum Seneca dicam *lib. 6. de benef. cap.* 1. continet enim, artis noſtræ, ut alibi Cujac. loquitur, meras delicias, ſimulque in foro eſt magno & celebri uſu, quia ex dividuitate obligationum cognoſcitur, quando & quatenus primi creditores ſeu debitores & unius eorum plures heredes pro parte, vel in ſolidum agere vel conveniri debeant. Nos autem complectemur *ſex capitibus*, quæ ſequuntur.

CAPUT PRIMUM.

De diviſione ſtipulationum dandi, & faciendi.

Ad l. 2. in pr. l. continuus 137. §. ult. de Verb. Oblig.

§ I. In ſtipulationem deducuntur aut res aut facta. *§. ult. inſt. hoc tit.* & promiſſor reſpondet daturum facturumve ſe, ut ex definitione ſupra didicimus. *l. 3. §. ſtipulatio hoc tit.* inde ſtipulationum hæc primaria diviſio profluit, ut vel ſint *in dando*, vel *in faciendo*, ut in *noſtra l. 2. l. ſi ſtipuler* 35. *l. continuus* 137. *§. ult. hoc tit. l. & uno* 18. *§.* 1. *ff. de acceptilat. l. actionum* 25. *ff. de O. & A.* quia quamvis generali verbo *faciendi* contineatur & *dandi* factum. *l. verbum* 218. *de V. S. l. ſi heres* 72. *de leg.* 1. & e contrario dandi appellatio interdum referatur ad factum. *l. 4. ff. de uſuris. l. 3 §. 1. ff. de actionibus empti.* junctis traditis a Cujac. *lib. 27. quæſt. Papiniani* in *l. cum ſervus* 34. *§ ſi liber ff. mandati.* & in *d. l. 4. ff. de uſuris.* Hillig. ad Don. *lib. 12. cap. 20. lit. A* cum tamen proprie & ſpecialiter hæc diſtinguuntur, *in dando* eſſe dicimus ſtipulationes rerum, quas *dare*, hoc eſt, dominium earum transferre neceſſe eſt. *l ubi autem* 75. *§. ult. l. ſcire* 29. *§. ult. hoc tit. §. ſic itaque diſcretis inſt. de act. in faciendo* autem ſtipulationes, in quas deducitur non translatio dominii rei promiſſæ, ſed fieri aliquid vel non fieri, quod noſtra intereſt. *l. 2. §. item ſi in facto. l. ſtipulationes* 72. *l. ubi autem* 75. *§. qui id quod.* juncto *§. ult. hoc tit. l. ſi mandatum* 45. *§ quoties ff. mandati.*

§. II. Plane quamvis adjici huic diviſioni poſſe videatur tertia ſpecies ſtipulationis, ſive obligationis mixtæ, quæ dationem & factum ſimul contineat. *l. veteris* 13. *C. de contrahend. ſtipulatione.* & generali præſtandi verbo ſignificatur. *l. 3. ff. de O. & A. l. Julianus* 13. *§. idem Julianus ff. de actionibus empti. l. qui libertinus* 37. *ff. de oper. libert.* qualis eſt obligatio ſeu conditio rationum reddendarum. *l. cum ſervus* 82. *verſ. ſed nos ff. de condit. & dem. l. ſi ſtatuliberæ* 6. *§. ult. ff. de ſtatu lib. l. qui libertatis* 69. *§. ſervus* 4. *ff. de evict.* & ignotum noſtratibus exemplum, de quo in *l liber* 118. *§. ult. hoc tit.* ubi mixtam ſtipulationem eſſe, certamque, quatenus dari ſtipulatori, incertam vero quatenus continet adjecto ſolvi quod facti eſt, juxta *l. conſilio* 7. *§. ult. ff. de curatore furioſo. d. l. ubi autem* 65. *§. ult. & §. qui id quod.* docent ſic explicantes poſt alios Duar. Giphan. & Cujac. *lib. 27. quæſt Pap.* in *d. l. liber* 118. *§. ult.* Faber *de error. Pragm. decade* 83. *err.* 4. aliud item exemplum in *l. illa* 67. *§* 1. *hoc tit. l. ult. §. ult. ff. de reb. cred.* notat Merillius in 50. *deciſ. Juſtiniani pag.* 259. non tamen ideo inepta aut imperfecta Pauli diviſio eſt in *noſtra l.* 2. quia ſub expreſſione ſimplicium ſtipulationum dandi & faciendi comprehenduntur & mixtæ ex regula *l. Titiæ* 36. *ff. de leg.* 1. *l. ſi is qui* 11. *§. interdictum ff. quod vi aut clam.* ex quibus ita notant ad rem & forenſes quæſtiones poſt Acc. in *d. l.* 2. *verbo in dando.* Hillig. ad Don. *lib. 19. cap. 2. lit. G.* Caſtillo *lib. 5. controverſ. part. 2. cap.* 89. *num.* 160. *& ſeqq.* poſt alios noſter Pich. ſub *tit. inſt. de off. judicis* in *tract de individuis cap. 6. num.* 60. Valentia *lib. 2. illuſtrium tractatu 4. cap. 1. num.* 18.

§. III. Ei jam diviſioni illuſtrandæ ſtipulationum dandi & faciendi accedunt electæ, & elegantes inter utrumque ſtipulationum genus differentiæ, ex quibus prima & ad rem pertinens eſt, quæ proponitur in *l. continuus* 137. *§. ult. hoc tit.* ubi docemur, in ſtipulationibus dandi non poſſe nos uni ex heredibus ſic ſtipulari, ut ei ſoli acquiratur; eſſe autem contra in ſtipulationibus faciendi. Cujus differentiæ ratio ea recepta eſt, quod cum obligationes dandi dividuæ ſint, & ipſo jure dividantur inter heredes pro portionibus hereditariis. *l. in executione* 85. *§. prima ſpecies hoc tit. l. ult. C. depoſiti.* neque heres repræſentet defunctum niſi quatenus heres eſt, ſive pro hereditaria parte, & extra illam extraneus ſit. *l. debitori* 50. *ff. de fidejuſſoribus. l. licet* 14. *C. ad l. Falcid.* ſi ſtipulemur dari uni ex heredibus ultra partem hereditariam, quod ultra illam eſt, videmur ſtipulari extraneo, ſive alteri contra regulam *l ſtipulatio* 38. *§. alteri hoc tit.* & conſequenter neceſſe eſt, ex perſona defuncti ſtipulatoris dividuam dandi obligationem acquiri omnibus heredibus pro parte hereditaria; diverſum autem eſt in ſtipulationibus faciendi, quæ cum ſui natura individuæ ſint etiam inter heredes. *l. ſtipulationes* 72. *l. in executione* 85. *§. ſecunda hoc tit.* poſſunt uni ex heredibus in ſolidum acquiri, ſi ei ſoli defunctus ſtipuletur. *d. l continuus* 137. *§. ult.* ubi ſic docent & diſtinguunt Bart. Caſtr. & alii *ibidem*, & in *l. avus* 33. *ff. de pactis.* & Cujac. in *l. eum qui* 56. *§.* 1. *hoc tit.*

§. IV. Sed explicandi hæc ratio, ut leniſſime dicam, implicata nimis eſt, tum quia ſunt quædam ſtipulationes dandi & individuæ, veluti ſervitutum, ut in *noſtra l. 2. §. & harum. l. ſtipulationes* 72.

l. ſi ſub una 138. §. *ult. hoc tit.* & e contrario quædam ſtipulationes faciendi dividuæ. *l.* 4. §. *Cato hoc tit.* ideoque nec poteſt differentia ſupra tradita ex dividuitate explicari, niſi reſtringatur ad ſtipulationes illas dandi, quæ ſunt dividuæ, & illas faciendi, quæ ſunt individuæ, quod quamvis Bartolus & Claſſici alii admittant, vix tamen patitur indiſtinctio contextus *d. l. continuus* 137. §. *ult.* tum etiam quia in heredibus promiſſoris, in quibus eadem dividuitatis & iodividuitatis ratio vertitur. *d. l. in executione* 85. § *prima ſpecies cum ſeq.* ſine diſtinctione tamen ſtipulationum dandi & faciendi, etiamſi unius heredis perſona in promittendo comprehenſa ſit, omnes teneri conſtat. *l. eum qui* 56. §. 1. *l. Julianus* 131. *hoc tit.* tum denique, quia ſicut in ſtipulatione dividua dandi repræſeotatio perſonæ defuncti, & in ejus jura ſucceſſio, quæ in heredibus invenitur, facit ut ex perſona defuncti acquiratur pro hereditaria parte omnibus heredibus, ita etiam in ſtipulatione individus faciendi eadem ratio repræſentationis & ſucceſſionis facere debet, ut in ſolidum omnibus ex perſona defuncti acquiratur; quare omiſſa & alia diſtinctione Donelli *lib.* 12. *comm. cap.* 17. & in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri num.* 46. & *ſeqq. hoc tit.* quam refert refutatque Giph. in *d. l. continuus* 137. §. *ult.* dicendum potius arbitror, differentiam ſuperiorem non ex dividuitatis ratiooe, cujus nulla vel tennis mentio in *d.* §. *ult.* ſed pendere omnino ex alia differentia veteris juris, quo inſpecto quamvis ſtipulationes in dando etiam ſimpliciter & ſine mentione heredum conceptæ heredibus & in heredes transmitterentur, quia continent dominii translatiooem. *l. ubi autem* 75. §. *ult. hoc tit.* & conſequenter jus, cujus ſucceſſores heredes ſunt. *l. heres* 37. *ff. de acquir. hereditate. l. cum heredes* 23. *ff. de acquir. poſſeſſione.* ſtipulationes tamen faciendi & mixtas, quatenus faciendi ſunt, non transmitti pleriqoe exiſtimabant ante *legem veteris* 13. *C. de contrab. ſtipulatione.* quia factum ſui natura perſonale eſt. *l. qui heredi* 44. *ff. de condit. & dem. l. ſi ſtatulibera* 6. § *ult. ff. de ſtatuliberis.* §. *ſed cum factum inſt. de ſtipulatione ſervor.* junctis *l. inter* 31. *ff. de ſolut. l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus ff. de condictione indebiti.* exponuot plenius poſt antiquiores Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 14. *num.* 19. Cujac. in *d. l. veteris* 13. Merillius in 50. *deciſ. Juſtiniani ibidem.* Giphan. in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *ſi quis ita num.* 43. *hoc tit.* Don. *lib.* 15 *comm. cap.* 12. ubi Hillig. *lit.* C. quamvis aliter Donellus idem in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri num.* 47. & *ſeqq.* cui differentiæ conſequens & illa fuit, ut in ſtipulatione dandi, etiamſi unius heredis perſona expreſſa fuerit, acquiratur omnibus pro hereditaria portione, ſi dividua datio fuerit, veluti quaotitatis & ſpeciei certæ, vel in ſolidum ſingulis omnibusque, ſi individua datio ſit, veluti ſervitutum, quia ad omnes jure ipſo transmittitur ex perſona defuncti; diverſum autem ſit in ſtipulationibus faciendi, quia heredes ſtipulatione non comprehenſi neque petere poſſunt ex forma ſtipulatioois, quæ uni heredi dumtaxat proſpexit, neque tanquam transmiſſum ex perſona defuncti, cum faciendi ſtipulatio non transmittatur, ideoque & totum commodum ſtipulationis, cum ad portiones aliorum heredum pertinere non poſſit, contineri videtur portione hereditaria ejus heredis, cui ſoli ſtipulatus fuit defunctus. *d. l. continuus* 137. §. *ult.* ubi ſic præſentiunt Duar. & Giph. in *d. l. eum qui* 56. §. 1.

§. V. Verum adhuc contra ſingulas partes differentiæ ita expoſitæ duo non leviter obnituntur. Primo contra priorem ex *l. avus* 33. *ff. de pactis. l. avus* 10. *ff. de pactis dotalibus.* ubi etiam in obligatione dandi ſcriptum eſt, poſſe teſtatorem paciſci ſibi, & Titio uni ex heredibus, eique ſoli liberationem acquirere contra ſententiam *l. eum qui* 56. §. 1. *hoc tit.* Reſpondendum tamen eſt, omiſſis traditis poſt Antiqoiores a Duar. Cujac. & aliis in *d. l. continuus* 137. §. *ult.* diſtinguenda eſſe pacta liberatoria a ſtipulationibus dandi, quippe in pactis, quatenus valent ex conſenſu ſolo, qui facti eſt. *l. conſilio* 7. §. *ult. ff. de curatore furioſo.* & per exceptionem facto ipſo oppoſitam non ipſo jure liberant. §. *præterea inſtitut. de exceptionibus.* factum non jus verſari intelligitur. *l. ſi unus* 27. §. *pactus ff. de pactis.* & ideo perſonalia cenſentur, neque ad heredes pertinent, niſi vel eis ſpecialiter, vel ſimpliciter & in rem pactum ſiat. *l. juris gentium* 7. §. *pactorum* 8. *l. & heredi* 21. *cum ll. ſeqq. l. tale* 40. §. *ult. l. qui in futurum* 57. §. *ult. ff. de pactis. l. ſi partim* 9 *ff. de probationibus.* eademque ratione ſicut in ſtipulatiooibus faciendi ſoli heredi nominato exceptio pacti & liberatio acquiritur in *d. l. avus* 33. & *d. l. avus* 10. quod tamen contra eſt, quoties ex obligatione dandi in perſonam unius ex heredibus promiſſoris ſpecialiter collata tacitum pactum inducere volumus, ne ab aliis heredibus petatur; id enim eſt inutile. *d. l. eum qui* 56. §. 1. *hoc tit.* quia ſtipulatio inutilis ex ratione *d. l. continuus* 137. §. *ult.* neque taciti pacti vim habet. *l.* 1. §. *ſi quis ita. l. in perſona* 30. §. 1. *ff. de pactis. l.* 1. §. *eum qui ff. de conſtituta pecunia. l.* 1. §. *quid ergo ff. quod juſſu.* docent ita poſt Caſtrenſem in *d. l. eum qui* 56. §. 1. Cujac. *ibi in recitat.* & *lib.* 56. *Dig. Juliani.* Giphan. *ibidem*, & in *d. l. continuus* §. *ult. num.* 30. Faber in *d. l. avus* 33. Don. in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri num.* 47. utiliter ad praxin Rodriguez *de annuis redditibus lib.* 2. *quæſt.* 9. *num.* 62.

§. VI. Secundum argumentum contra ſecundam partem differentiæ deducitur ex *l. Julianus* 131. *hoc tit.* ubi in ſtipulatione facti individui, qualis eſt ire agere licere. *l.* 2. §. *item ſi in factum. l.* 4. §. 1. *l. in executione* 85. §. *quod ſi. l. in heredes* 25. §. *in illa. l. inter* 44. §. *quod ex facto ff. fam. erciſc.* traditum eſt, etiamſi unius tantum ex heredibus promiſſoris perſona ſtipulatione comprehendatur, ad omnes tamen transmitti, & uno prohibente omnes teneri, ſed quamvis hæc ſubtilia adeo eſſe, ut magis ſenſu principi quam verbis exprimi poſſint, ideoque cogitandum de his moneat Socinus Junior in *d. l.* 4. §. 1. *num* 59. *hoc tit.* affirmandum tameo eſt, ex ſtipulatione illa ire agere licere, ſi unius tantum ex heredibus promiſſoris perſona comprehendatur, cæteros non teneri, etiamſi prohibeant, quia obligatio non prohibendi ut pote facti ad eos non pertinet ex ratione ſupra tradita §. 4. *in fine.* idque tacite inouit potius quam inficiatur ex Juliano Scævola in *d. l. Julianus* 131. ubi e contrario illud dumtaxat notat, prohibente Titio herede, cujus perſona ſtipulatione fuit comprehenſa, teneri etiam coheredes ejus, quia cum obligationibus faciendi, ſi quod promiſſum eſt non fiat, ſuccedat obligatio dandi id quod intereſt. *l. ſtipulationes* 72. §. *Celſus hoc titulo. l. ſi quis ab alio* 13. §. *ult. ff. de re judicata.* conſequens eſt, ſtipulationem illam ire agere licere, quatenus Titio herede nominato prohibente incipit eſſe dandi, & dividuæ quantitatis ejus quod intereſt, transmitti atque committi contra omnes heredes pro parte hereditaria. *d. l. continuus* 137. §. *ult.* perinde ac ſi conditio ſtipulationis hereditariæ extitiſſet. *d. l. inter* 44. §. *quod ex facto ff. fam. erciſc.* ſentiunt quamvis non ſatis explicent poſt alios Duar. Don. & Giphan. in *d. l. Julianus* 131. Cujac. in *d. l. eum qui* 56. §. 1. Giphan. in *d. l.* 2. §. *item ſi in facto num.* 85.

§. VII. Plane ut alias inter ſtipulationes dandi & faciendi differentias omittam cunnexas potius ſuperioribus, quam noſtro de dividuitate argumento cohærentes, quas deduces ex *l. ſi libertus* 44. *ff. de oper. libert. l. Stichum* 39. §. *ult. ff. de ſtatulib.* junctis *l. cum filius* 49. §. 1. *hoc tit. l. inter* 31. *ff. de ſolutionibus.* & proſequuntur Cujac. in *d. l. veteris* 13. *C. de contrab. ſtipulatione.* Merillius *ibi num.* 2. in 50. *deciſ. Juſtiniani.* Giphan. in *d. l. veteris* 13. & in *noſtra l.* 2. *num.* 4. & in *d. l. cum filius* 49. §. 1. *hoc tit.* Faber *in juriſpr. Papin. tit.*

§.

§. *principio 2: illatione 11.* alia inſignita & propria tractatus noſtri differentia explicanda eſt inter conditiones dandi & faciendi. Ergo quamvis impletio conditionis, ſub qua aliquid relinquitur, cenſeatur individua neque impleri pro parte poſſit, nec quod relinquitur admitti, vel omitti pro parte, & ideo quoties uni legatur ſub conditione, etiamſi dandi ſit, quantitatem vel rem dividuam niſi in ſolidum impleat & det, quamvis pro parte dederit, non conſequitur legatum etiam pro ea parte. *l. qui duobus* 23. *l. cui fundus* 56. *ff. de conditionibus & dem. l. qui putat* 74. §. 1. *ff. de acquir. hered.* tamen ſi legatariis duobus relinquatur legatum, vel duobus ſervis libertas ſub conditione dandi quantitatem aut ſpeciem dividuam, veluti decem aut fundum, poteſt uterque ex his pro parte ſua conditionem implere, & legatum pro parte conſequi & libertatem in ſolidum. *l. qui heredi* 44. §. *ſi duobus. l. ſi quis legata* 54. §. *ult. l. cui fundus* 56. *ff. de condit. & dem. l. ſi legato* 11. §. 1. *ff. de man. teſtamento.* & in legatariis, ſi unus eorum in ſolidum conditionem impleat, altero ceſſante, & integra decem aut fundum dederit, ſolidum relictum conſequetur. *d. l. ſi quis legata* 54. §. *ult. ff de condit. & dem.* nempe quia datio quantitatis vel ſpeciei certæ, cum ſui natura ſit dividua, intelligitur etiam diviſa enumeratione perſonarum inter plures legatarios, quibus legatum relinquitur & adſcribitur condicio dandi. *d. l. cui fundus* 56. ideoque & quisque pro ſua parte implet. *l. penult.* §. *de illo ff. de condit. & dem.* & cum datio ipſa non ſit perſonalis, ſed impleri per alium poſſit. *l. ſi ejusmodi* 5. *de hered. inſtit. l. ult. ff. de condit. inſtit.* poteſt utique multo magis, uno ex legatariis ceſſante, impleri in ſolidum per alium. *d. l. ſi quis legata* 54. §. *ult.* diverſum autem eſt, ſi ſub faciendi conditione pluribus relinquatur, quia cum individua plerumque & perſonalia facta ſint, nec poteſt ita dividi conditio, ut ſingulis pro ſua parte implere ſufficiat. *l. ſi ita* 13. *in princ. &* §. *hæc quæſtio ff. de man. teſtamento. l. ſi quis ita* 13. §. *ſi duo ff. de ſtatulib.* neque in ſolidum etiam poteſt per unum conditio impleri, ſed in omnibus ſimul perſonis debet exiſtere. *l. penult. princ. ff. de conditionibus & dem.* niſi voluntas teſtatoris fuerit, ut vel ſufficeret unum implere in ſolidum. *d. l. ſi ita* 13. §. 1. *ff. de man. teſtamento.* quæ voluntas jam olim libertatis favore præſumebatur. *d. l. ſi ita* 13. *in princ. &* §. *hæc quæſtio. d. l. ſi quis ita* 13. §. *ſi duo ff. de ſtatulib.* & odio pœnæ immeritæ exheredationis. *l. pater* 44. juncta *l. hoc articulo* 29. *ff. de hered. inſt.* hodie autem generaliter in omnibus faciendi conditionibus, in quibus ſatis eſt unicuique pro ſua perſona implere conditionem, ut admittatur ad relictum ex nova Juſtiniani conſtitutione in *l. ſi plures* 6. *C. de conditionibus inſert.* explicant Cujac. ad *titulum C. de conditionibus inſert. in fine.* Fab. *de error. Pragm. dec.* 31. *err.* 10. Don. *lib.* 8. *comm. cap.* 33.

§. VIII. Illud tandem circa differentiam propoſitam obſcurum eſt, cur in *d. l. ſi ita* 13. §. *hæc quæſtio. d. l. ſi quis ita* 13. §. *ſi duo.* relicta libertate duobus ſervis, ſi rationes reddiderint, quas ſimul adminiſtraverant, ſcriptum ſit, unum ex his, ut conditionem pro ſua perſona impleat, non ſolum eam implere debere in ſolidum, quatenus in facto computationis rationum conſiſtit. *l. cum ſervus* 82. §. *ſed nos ff. de conditionibus & dem.* ſed etiam quatenus in dando reliqua, ita ut non modo ſua ſed & alterius ſervi reliqua in ſolidum ſolvat, cum tamen conſtet, diſtingui & dividi ſolere a facto computationis dationem reliquorum, quæ ſui natura dividua eſt. *l. ſi ſtatulibera* 6. §. *ſtatuliber* 5. & § *ult. l. ſi quis* 12. *ff. de ſtatulib.* & in propoſito eam conditionem, quatenus dandi reliqua eſt, enumeratione perſonarum diviſam videri. *d. l. cui fundus* 56. ſed in promptu explicatio eſt, ſi obſervemus, conditionem rationum reddendarum in *d.* §. *hoc quæſtio.* quamvis duobus adſcripta ſit, cum tamen quatenus faciendi eſt, & connexa adminiſtratio fuit, deberet ab utroque ſimul & in ſolidum impleri, non ab uno duntaxat etiam in ſolidum, niſi ea teſtatoris voluntas probetur, ut in legati ſpecie ſupponitur in *l. ſi ita* 13. §. 1. juncta *l. penult. ff. de conditionibus & dem.* tamen libertatis favore præſumi voluntatem teſtantis, ut ſufficiat ab uno, ut ipſe liber fiat, conditionem impleri, ſed in ſolidum, quia inſeparabilis adminiſtratio fuit. *d. l. ſi ita* 13. *in princ. &* §. *hæc quæſtio.* quo ſemel admiſſo cum conditionis implementum, quamvis duobus adſcriptum, ad unum redigatur, conſequens eſt, etiam dationem reliquorum perinde haberi, ac ſi uni adſcripta eſſet, & ideo in ſolidum reliqua utriusque ſolvi debere ab eo, qui conditionem in ſua perſona implere vult, & liber fieri, ſicut & in ſolidum implenda eſt quævis conditio dandi uni adſcripta. *d. l. qui duobus* 23. *d. l. cui fundus* 56. diverſæ autem non contrariæ ſunt *d. l.* 6. §. *ſtatuliber* 5. & §. *ult. d. l. ſi quis* 12. *de ſtatulib.* ubi datio reliquorum uni adſcripta impletur ab eo in ſolidum, quamvis dividatur circa perſonas heredum vel emptorum, quibus reliqua dantur.

CAPUT SECUNDUM.

Communia de Dividuitate, & qualis ea quotuplexque ſit.

Ad *l.* 2. §. & *harum. l. in ſtipulationibus* 54. *l. ſi centum* 117. *de Verb. Obl. l. cum Stichus* 29. *ff. de ſolutionibus.*

§. I. Suppoſita & expoſita jam ſtipulationum dandi & faciendi diviſione, ſubjungit Paulus in *noſtra l.* 2. §. 1. harum ſtipulationum omnium, quæ in dando ſcilicet vel faciendo, quasdam partium præſtationem recipere, quasdam non recipere, id eſt, alias eſſe *dividuas* alias *individuas. l. ſed uſusfructus* 81. *ff. ad l. Falcid. l. ea quæ* 192. *ff. de R. J. dividuum* proprie dicitur in hoc tractatu, quod eſt diviſibile in partes aptitudine & potentia. *l.* 1. §. *ſi uſusfructus. l. ſi is qui* 80. §. *ult. cum l. ſeq. ff. ad l. Falcidiam.* quamvis actu ipſo non ſit diviſum, quod *indiviſum* proprie vocatur. *l. heredes* 25. §. *judex* 20. juncto §. *an ea* 9. *ff. fam. erciſc. individuum* vero dicitur, quod eſt indiviſibile aptitudine & actu. *l.* 4. §. *Cato verſ. ab omnibus hoc tit.* quamvis interdum minus proprie & indiviſum pro individuo uſurpetur. *l. via* 17. *ff. de ſervit. l. non amplius* 26. §. *ult. in fine. ff. de leg.* 1. *l. cum ex cauſa* 139. *hoc tit. l. rem hereditariam* 65. *ff. de evict.* & individuum pro indiviſo, quod actu ſcilicet nondum diviſum eſt, cum tamen dividi poſſit. *l. fine* 32. §. *Lucius ff. de adm. tutor. l.* 3. *C. in quibus cauſſis ceſſat longi temporis præſcriptio.* Dividuitatem autem vel individuitatem ſtipulationum pendere omnino ex natura rei ſive facti in ſtipulationem deducti, ita ut ſi res factave ſint dividua, ſtipulatio dividua ſit, & e contrario, *arg. l. ſtipulationes* 72. *hoc tit.* receptiſſima ſententia eſt, quam acceptam a Bartolo in *d. l. ſtipulationes* 72. *num.* 1. & 21. probant poſt alios Giphan. *num.* 1. & 7. Valentia *illuſtrium lib.* 2. *tractatu* 4. *cap.* 2. *num.* 2. Caſtillo *de uſufr. cap.* 31. *num.* 3. ſic etenim actiones & obligationes juxta naturam rerum, pro quibus competunt, inter mobilia aut immobilia computantur, ut poſt gloſſam in *l. ſi ad reſolvendam* 7. ubi DD. *C. de præd. min.* notant utiliter cum pluribus Pinellus in *rubr. parte* 1. *num.* 33. *C. de bon. matern.* Parlador. *lib.* 2. *rerum quotid. cap. ult. parte* 5. §. 3. *num.* 15.

§. II. Apud nos autem recepta illa traditio Bartoli in *d. l. ſtipulationes* 72. ſine temperamento & generaliter, ut proponitur, certa non eſt, ſed ita quidem, ut ſi res in obligationem deducta individua ſit, & obligatio ſit individua, quomodo ſem-

per fere ratiocinantur juris auctores hinc non vulgariter illuſtrandi in *d. l. 2. §. & harum verſ. quædam non, & §. ex his verſ. & ideo. l. 4. §. Cato verſ. ab omnibus. d. l. ſtipulationes 72. l. in executione 85. §. ſecunda. l. cum ex cauſſa 139. hoc tit. l. viæ 17. ff. de ſervit. l. uſus pars 19. ff. de uſu & habitatione. l. ult. ff. de ſervitute legata. l. 1. §. ſi uſusfructus verſ. ſed operis. l. lege 7. l. ſi is qui 80. §. 1. ff. ad l. Falcidiam. l. fideicommiſſa 11. §. ult. verſ. ergo ff. de leg. 3. l. 1. §. ſi pecunia 36. verſ. ſed ſi res. l. ſi duo 22. verſ. quod ſi lancem ff. depoſiti. l. ſi ſervum 27. §. item ſi ſervus 2. ff. ad l. Aquiliam l. quod ſi nolit 31. §. idem ait 6. ff. de Ædilitio Edicto l. rem hereditariam 65. ff. de evictionibus. l. ex clauſula 17. ff. judicatum ſolvi. l. 4. §. ſed ſi duorum 4. ff. ſi ſervit. vindic. l. ſtipulatio 21. §. quæſitum ff. de oper. novi nuntiatione. l. ſemper 15. §. ſi in ſepulcro ff. quod vi aut clam. l. & per jusjurandum 13. §. 1. ff. de acceptilationibus. l. 1. §. quamvis ff. ſi quid in fraud. patroni.* non autem e contrario, ut ſi res ſit dividua, & obligatio dividua ſit, id enim verum eſt plerumque, nempe ſi conventio aut lex non repugnet, ideoque & ſic interdum argumentantur Conſulti. *l. Sejo 10. ff. de ann. leg. l. ſed uſusfructus 81. ff. ad l. Falcid. d. l. 4. verſ. at ſi de eo hoc tit.* non tamen ſemper verum, quia quamvis res vel factum in obligationem deducta ſui natura ſint dividua, efficitur individua obligatio, ſi voluntas eorum, inter quos contrahitur, aut auctoritas legis æquitate nitens poſtulet, ut in ſolidum obligationi ſatis fiat, nec pro parte præſtetur, quod ſui natura præſtari pro parte poterat, ut in genericis alternativisque & pœnalibus ſtipulationibus. *d. l. 2. §. & harum verſ. quædam partis. l. 5. §. ult. l. in executione 85. §. pro parte, & §. item ſi ita hoc tit. cum ſimilibus.* de quibus ex profeſſo ſuis locis, idque in confeſſo eſt vel apud Bartol in *d. l. ſtipulationes 72. num. 18.* aliosque ſuperioris ſententiæ immemores, & agnoſcit Valentia *d. tractatu 4. cap. 3. num. 55.* ſignanter Donellus in *d. § & harum num. 8.* nec differentiæ ratio in obſcuro erit, ſi ex propoſitis principiis petatur, quia cum dividuitas dicat aptitudinem diviſionis non actu, quamvis res ſit dividua, non tamen neceſſario ſequitur, obligationem petitione aut præſtatione dividuam eſſe, quia poteſt actu ipſo non dividi propter conventionem aut legem, ut jam notavimus. E contrario autem, ſi res ſit individua, ſemper obligatio individua erit, quia individuitas, id eſt, impotentia diviſionis ejusdemque privatio & negatio excludit omnem actum dividendi, ex regula *l. ſi is qui 13. § utrum ff. de reb. dub.* ideoque nec jus dividit, quia nec poteſt. *l. heredes 25. §. an ea 9. ff. fam. ercisc. l. 2. ff. de uſufr. earum rerum.*

§. III. Deinde meminiſſe juvabit, dividendi ſive dividuitatis, de qua loquimur, duplicem modum eſſe, qui inſinuatur in *l. cum Stichus 29. verſ. atque utriusque ff de ſolut. l. in ſtipulationibus 34. in princ & §. 1. hoc tit.* Primus eſt naturalis, quoties vel diviſio fit numero, ut in obligatione quantitatis vel plurium generum. *d. l. in ſtipulationibus 34.* vel in partes naturaliter & facto ipſo ſeparatas atque diſcretas. *l. ſi filia 20. §. ſi pater. l. item 22. §. 1. ff. fam. ercisc. l. recte 25. §. 1. ff. de V. S.* Secundus dividuitatis modus eſt civilis, ſive intellectualis, quoties corpore ipſo naturaliter integro manente partes tamen intellectu diſcernuntur. *l. Mævius 65. § ſed ſi pars ff. de leg. 2. l. ſervus 5. ff. de ſtipulatione ſervor.* Primus dividendi modus, qui res in partes corporaliter dividit, efficit neceſſario, ut quælibet pars ſeparata totum quoddam conſtituat, cum enim ſeorſim ponatur, & ſegregetur a toto integrum, aliud totum efficiat neceſſe eſt. *l. ſi quis duas 6. §. ſi quis partem ff. communia prædiorum. l. communi 7. §. Neratius ff. communi dividundo. l. planè 34. §. ult. ff. de leg. 1. d. l. recte 25. §. 1. l. locus 60. ff. de V. S.* ſed & reſpectu totius, in quo ante diviſionem continebantur partes diſtinctæ, & pro diviſo, & ideo certæ dicuntur, quia oculis cerni poſſunt. *l. placet 26. ff. quibus mod. uſusfr. amittatur. l. ex mille jugeribus 64. §. caterum 4. cum ſeq. ff. de evictionibus. l. 1. §. hoc interdictum ff. uti poſſidetis.* diverſum autem in ſecunda intellectuali diviſione contingit; ea enim admiſſa adhuc totum integrum permanet, & partes ipſæ partes durant, quia totum & naturale & corporeum incorporea & intellectuali diviſione non ſcinditur, quare partes confuſæ & commixtæ manent, neque a toto ſeparatæ, & ut loquitur Papianus in *d l. Mævius 65. §. ſed ſi pars, plures in uno fundo dominium juris intellectu non diviſione corporis obtinent. d. l. ſervus 5. ff. de ſtipulatione ſervorum.*

§. IV. Utraque autem diviſio neceſſaria eſt ad practicum rerum & commerciorum uſum, ſed prima illa naturali frequentius in rebus immobilibus veluti prædiis utimur, quoties a communione volumus recedere, ut in judiciis diviſoriis. *l. 1. ff. fam. ercisc. l. 1. ff. communi dividundo. §. eadem 3. inſtit. de offic. judicis.* Secunda autem diviſio, quam *intellectualem* & *civilem* dicimus, quia juris miniſterio & intellectu fit, eſt omnino neceſſaria, & frequentior in rebus mobilibus, quæ quia non poſſunt naturaliter ſeu corporaliter dividi ſine formæ, & conſequenter ſubjecti ipſius damno & diſpendio, eoque reſpectu individuæ interdum dicuntur, quomodo explicandi ſunt textus alioquin obſcuri in *l. Pomponius 8. in fine ff. de rei vindicatione. l. non amplius 26. §. ult. ff. de leg. 1. l. quod ſi nolit 31. §. idem 6. ff. de Ædil. Edicto. §. eadem 3. inſt. de offic. judicis.* quorum occaſione multa movet & molitur Hotmanus *illuſtrium quæſtione 18. & ſeqq.* Hilliger. ad Donell. *lib. 6. cap. 22. litera D.* dividuntur ſaltem civiliter juris intellectu, ita ut corpore integro manente conſiderentur in his rebus partes, ut vocant, quotæ, quæ dominio ſubjici, & in obligationem deduci poſſint. *d l. 5. ff. de ſtipulatione ſervorum.* eſt item neceſſaria hæc diviſio in juribus incorporalibus, veluti obligatione aut dominio & ſimilibus, quæ quamvis ſui natura corporis, quod non habent, ſectionem corporalem non admittant, eoque etiam reſpectu individuæ interdum dicantur. *l. 3. ff. pro derelicto. l. arbor 19. § ſi per eundem ff. communi dividundo. l. ſi cum duorum 32. ff. de ſtipulatione ſervorum.* dividuntur tamen intellectualiter reſpectu earum rerum, quas continent, ſi dividuæ illæ ſint, neque conventio, aut lex repugnent, ut notavimus ſupra §. 2. Denique etſi non ſemper neceſſaria, eſt tamen uſitata hæc in partes intellectuales diviſio in rebus immobilibus communibus ante judicium communi dividundo. *l. 1. l. 3. & 4. ff. communi dividundo. d. l. Mævius 65. §. ſed ſi pars ff de leg. 2* & in rebus hereditariis, antequam familia erciſcatur. *l. 1. C. ſi certum petatur. l eu quæ 6. C. fam. ercisc. l. non poſſumus 1. ff. ſi pars hereditatis petatur.*

§. V. Rurſus & neceſſarii, frequentisque uſus eſt altera illa diviſio, quam numero fieri, & quidem naturaliter, diximus ſupra §. 3. *in principio.* ea enim diviſione utimur, cum in obligationem deducuntur plura genera, veluti duo homines, aut ſimilis quantitas pecuniæ aliarumve rerum, quæ numero, pondere, aut menſura conſiſtunt; tunc quippe inter duos heredes aut dominos ſervi, qui ſtipulatus eſt, obligatio non in partes, ſed numero dividitur, ita ut ſingulis heredibus dominisve ſinguli homines aut totidem aurei debeantur, non autem dimidiæ partes ſingulorum hominum aureorumve *l. in ſtipulationibus 54. l. ſi centum 117. hoc tit. l. cum Stichus 29. in fine ff. de ſolutionibus.* diverſum eſt, ſi promittantur plures ſpecies, veluti Stichus & Pamphilus, quo caſu non dividitur obligatio numero inter duos heredes dominosve, ſed in partes intellectuales, ita ut ſingulis dimidiæ Stichi & Pamphili debeantur. *d. l. in ſtipulationibus 54. d. l. cum Stichus 29. in principio.* differentiæ ratio in eo eſt, quia cum in genere plures res pro-

mit-

Digitized by Google

mittuntur, quamvis alteri heredi dominove pretioſior ſervus & alteri vilior ſolvatur, non tamen ea inæqualitas ſequitur ex diviſione generum numero facta, cum non ſint aliæ res aliis pretioſiores in genere, ſed functionem æqualemque ſubrogationem recipiant. *l. 2. §. 1. ff. de rebus creditis. l. 3. ff. de in litem jurando.* & imputanda potius eſt ea inæqualitas conditioni obligationis genericæ, juxta quam cum electio ſit promiſſoris. *§. huic autem inſt. de actionibus.* licet ei ex hominibus in genere promiſſis pretioſiorem alii dare, & alii viliorem. *l. qui ex pluribus 106. hoc tit. l. fidejuſſorem 52. ff. mandati.* idque ſuo jure & conſequenter ſine injuria aut querela juſta illius, cui vilior ſolvitur. *l. nullus 55. de R. J.* proinde cum in obligatione generum ſine inæqualitate & injuria fiat diviſio numero, eaque ſit commodior promiſſori, quoad ſolutionem, & ſtipulatoribus, ne in communione maneant, veriſimile eſt, id actum inter contrahentes fuiſſe, ut numero divideretur, idque ſequuntur juris auctores *d. l. cum Stichus 19. in fine. d. l. in ſtipulationibus 54.* at cum plures ſpecies promittuntur, cum ſint corpora certa, quæ functionem inter ſe non recipiunt, nec tantundem præſtant. *d. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* ſed plerumque alter altero ſervus pretioſior eſt. *l. ult. C. communia de leg. l. 1. §. nec autem 5. C. de communi ſervo manum.* iniqua & inæqualis eſſet diviſio numero, quia per ipſam ſine promiſſoris electione, quæ in ſpeciebus certis promiſſis nulla eſt, vilior uni & pretioſior alteri præſtaretur, quapropter viſum eſt admitti neceſſario debere diviſionem in partes intellectuales reſpectu ſingulorum corporum, quia ſic par omnium heredum dominorumve cauſſa ſit. *d. l. in ſtipulationibus 54.* ubi ſentiunt ita Eguinarius Baro & Donell. *num. 25.* & noviores noſtratesque, nec plene aut proprie ſatis Cujac. *lib. 12. quæſtionum Pap.* in *l. ſi centum 117. hoc tit.*

§. VI. Sed refragatur fortiter differentiæ propoſitæ Ulpianus in *d. l. cum Stichus 29. verſ. idemque eſt.* ubi in ſtipulatione generica decem hominum perinde fieri diviſionem affirmat, ac ſi duo Stichi vel Pamphili, vel Stichus & Pamphilus promiſſi eſſent, & conſequenter non numero ſed in partes, nec proponimus probamusve in hac difficultate explicanda, quam ex Claſſicis plerique & ex noviorbus Eguinarius Baro & Duar. diſſimulant, interpretationem Accurſ. in *d. l. cum Stichus 29. verbo homines.* quæ poſt Albericum *ibi* placuit Giphan. in *d. l. ſtipulationibus 54.* Joanni Roberto *lib. 1. receptæ lectionis cap. 36.* aliam Briſſonii *lib. 1. de ſolutionibus.* cui conſentit Robertus *lib. 2. animadverſ. cap. 21.* & utramque reprehendit Cujac. *lib. 15. obſerv. cap. 24.* & ſub perſona Mercatoris *lib. 2. notatorum cap. 21.* Donell. in *d. l. in ſtipulationibus 54. num. 23.* Quare rejecta etiam emendatione ejusdem Cujac. in *d. l. ſtipulationibus 54. & lib. 12. quæſtionum Pap.* in *d. l. ſi centum 117. hoc tit.* cui ſubſcribit P. Belojus *lib. 3. var. cap. 1.* & emendatione alia Donelli in *d. l. in ſtipulationibus 54. num. 23.* quam frequentius ſequuntur Academici Anteceſſores poſt Pichard. in *appendice ad titulum inſtit. de off. judicis tractatu de individuis cap. 3. num. 32.* alia denique Ludovici Charondæ in *d. l. cum Stichus 29.* quam refert & refellit noſter Valentia *lib. 2. illuſtrium tractatu 4. cap. 3. num. 47.* amplector potius libens ejusdem præceptoris ſententiam, quæ cur novioribus ex noſtratibus diſplicuerit, ſane non video. Mihi ſine livore aut ſtudio, quorum cauſſas procul habeo, vel quia tam recto rationis juris æſtimatori placuit, placet præ cæteris. Ergo affirmandum breviter eſt, diſputationem Ulpiani in *d. l. cum Stichus 29.* eo proprie pertinere, ut oſtendat obligationem plurium ſpecierum, vel generum admittere aptitudine & potentia diviſionem tam numero quam in partes, quia utrumque, ſcilicet numerum & partes intellectuales certorum corporum in ſpeciebus, & incertorum in generibus conſiderare licet, & ideo Sticho & Pamphilo promiſſis, *non alteri Stichus, alteri Pamphilus ſolvi non poteſt.* ut cum Pandectis Florentinis legimus in *d. l. cum Stichus 29.* id eſt, non eſt exiſtimandum, quin poſſit diviſio numero fieri aptitudine inſpecta, ſed tamen ut æqualitas ſervetur, dimidias ſingulorum partes deberi, ſive utrique præſtari neceſſe eſt, ut loquitur Julianus huc reſpiciens in *d. l. in ſtipulationibus 54. verſ. cum ſpecies, & verſic. veluti.* & ſimiliter duobus Stichis vel Pamphilis promiſſis, aut in genere decem hominibus, utriusque rei dimidium duobus modis intelligi poteſt, nempe numero aut partibus, quia utrumque comprehendit admittitque ambigua vox decem homines, ſicut decem denarii, quamvis perperam repugnet Cujac. *lib. 12. quæſtionum Pap.* in *d. l. ſi centum 117.* & tamen in hominibus in genere ſicut in quantitate, & cæteris, quæ communi ſpecie continentur, id eſt, genere ſpeciali *l. Mævius 65. §. duorum verſ. non idem ff. de leg. 2.* diviſionem numero tanquam expeditiorem neque inæqualem jus potius ſequitur. *d. l. cum Stichus 29. d. l. in ſtipulationibus 54.*

§. VII. Ex ſuperioribus principiis præmuniendæ in capitibus, quæ ſequuntur, diſputationi noſtræ duo breviter adnotanda ſunt. Primum eſt, dividuas cenſeri res corporales omnes, quæ vel naturaliter numero & in partes diſcretas, ut fundus & plerumque immobilia, vel civiliter ſaltem in partes intellectuales diviſionem admittunt, ut homo & pleræque mobiles res. Eademque ratione incorporalia jura veluti obligatio & ſimilia cenſentur dividua reſpectu earum rerum, quas continent, ſi illæ dividi poſſint naturaliter aut civiliter. *d. l. 2. §. & harum. l. in ſtipulationibus 54. hoc tit.* niſi obligationis dividuitati conventio aut lex repugnent, ut docuimus ſupra §. 2. Secundum prænotandum eſt, in executione obligationis, id eſt in petitione & ſolutione, in quibus obligationis executio conſiſtit, quatuor obligationum cauſſas ſive ordines inveniri. *l. in executione 85. hoc tit.* quædam enim ſunt obligationes dividuæ omni reſpectu, tam petitionis quam ſolutionis, ut obligationes quantitatis aut ſpeciei certæ; quædam dividuæ quidem petitione, non tamen ſolutione, ut obligationes genericæ & alternativæ: quædam e contrario individuæ tam petitione quam ſolutione, ut obligationes ſervitutum & operis faciendi; quædam denique individuæ petitione, non autem ſolutione, ut obligatio ex cauſſa evictionis, quemadmodum hæc ſingula proponuntur in *d. l. in executione 85. usque ad finem.* & diſtincte ac dilucide propriis capitibus jam exponemus.

CAPUT TERTIUM.

De Obligationibus dividuis tam petitione quam ſolutione, quales ſunt quantitatis & ſpeciei certæ.

Ad leg. 2. §. & harum. leg. In ſtipulationibus 54. leg. in executione 85. §. prima ſpecies de Verb. Oblig.

§. I. Ex quatuor illis obligationum quoad dividuitatem ordinibus, quos in extremo *præcedentis capitis* inſinuavimus, occurrunt explicandæ in primis obligationes dividuæ omni reſpectu tam petitionis quam ſolutionis, in quo ordine præter obligationes plurium generum, de quibus ſupra *cap. 2. §. 5. & 6.* offerunt ſeſe nunc obligationes quantitatis aut ſpeciei certæ, quæ quia vel naturaliter numero, ut quantitas, vel in partes diſcretas corporaliter ut fundus, vel civiliter ſaltem in partes intellectuales, ut ſpecies ſive res corporales omnes mobiles & immobiles, diviſionem admittunt, dividuæ obligationes omni reſpectu cenſentur. *noſtra l. 2. §. & harum. l. in ſtipulationibus 54. l. in executione 85. §. prima ſpecies hoc tit. l. cum Stichus 29. ff. de ſolutionibus. l. 12. tit. 11. Part. 4.* unde & pro parte ex his obligationibus peti, aut repeti poteſt. *l. nam etſi fur 13. §. ult. ff. de rebus cre-*

creditis. l. ſi is cui 94. §. 1. *ff. de ſolutionibus. l. qui ſolidum* 78. *ff. de leg.* 2. *l. ſi pœnæ* 19. §. *ſi falſo ff. de condictione indebiti. l. ſi Titius* 62. *ff. pro ſocio.* (ubi Neratii, quæ refertur, ſententia eſt ex diſciplina Pegaſi. *l.* 1. §. *ſi ego* 3. *ff. ſi pars hereditatis petatur.* cujus in ſchola Neratius fuit. *l.* 2. §. *ult. ff. de origine juris.*) *l. Sejo* 11. *ff. de annuis leg.* cui jungendus poſt Cujacium ibi Coſta *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 19. *num.* 3. & ad praxin Barboſa in *l. de diviſione* 5. *num.* 6. *& ſeqq. ſoluto matr.* Menochius *de arbitrar. lib.* 2. *caſu* 223. & quantitatis vel ſpeciei parte ſoluta aut accepto lata, ſtatim pro ea parte debitor liberatur. *l.* 9 §. *ſi decem. d. l. ſi is cui* 94. §. 1. *ff de ſolutionibus. l. pars* 9. *cum l. ſeq. de acceptilationibus.* §. *item* 1. *in fine inſt. quib. mod. tollitur obligatio.* & inter plures dominos ſervi, qui quantitatem vel ſpeciem in obligationem deduxit, dividitur obligatio pro dominicis portionibus. *l. ſervus* 5. *ff. de ſtipulat. ſervor. l. communis* 45. *ff. de acquir. rer. dom.* §. *ult. inſt. de ſtipul. ſervor.* & inter heredes debitoris vel creditoris pro portionibus hereditariis. *l. ex parte* 25. *ff. de ſolutionibus. l. ult. C. depoſiti. d. l. in executione* 85. §. *prima ſpecies.* idque eſt, quod generaliter dicitur, nomina atque æs alienum, ſive credita & debita hereditaria ſcilicet quantitatis vel ſpeciei certæ dividi jure ipſo inter heredes ex Lege XII. Tabb. *l. ea quæ* 6. *l. licet* 23. *C. fam. erciſc. l.* 1. *C. ſi certum petatur. l.* 2. *C. de hered. actionibus. l. ſi te* 10. *C. de jure deliberandi. l.* 1. *C. de except. l.* 1. *&* 2. *C. ſi unus ex pluribus hered. credit. l. pacto* 26. *C. de pactis. l.* 2. *C. de annonis & tributis. l. ex facto* 35. §. 1. *ff. de her. inſt. l. heredes* 25. §. 1. *&* §. *an ea* 9. *&* §. *idem juris* 13. *l. fundus* 51. §. *ult. ff. fam. erciſc.* juncta ex *eodem Juliani libro*, *l. non poſſumus* 7. *ff. ſi pars hered. petatur.*

§. II. Sed ſupra tradita juris regula de dividuitate obligationis quantitatis vel ſpeciei, & quæ ſigillatim ex ea deduximus, generalem exceptionem eam habent, niſi ſcilicet eorum voluntas, inter quos agitur, aut juris ratio, auctoritasque obligationem rei ſui natura dividuæ efficiant individuam reſpectu aliquo, juxta notata ſupra *cap.* 2. §. 2. idque jam circa ſingulos dividuitatis ſuperioris effectus, quorum meminimus, ſuo ordine oſtendemus. In primis itaque quoad petitionem pro parte in obligatione quantitatis explicandus hinc eſt obſcurus textus in *l. cum ab uno* 53. *ff. de leg.* 2. ubi Terentius Clemens *lib.* 4. *ad l. Jul. & Pap.* tractans earum legum cautionem illam ſive adjectionem, per quam uxori ex teſtamento mariti ultra decimam, & uſumfructum tertiæ partis bonorum capere licebat dotem ſibi legatam, ut Ulpianus ſcribit in *fragm. tit.* 15. *in fine.* docet, quod ſi mulieri pro dote compenſandi animo maritus ab uno herede legaverit, eaque dotem ſuam ferre quam legatum maluerit, dari ei debet actio de dote usque ad concurrentem quantitatem legati contra eum ſolum primumque heredem, a quo ei maritus pro dote legavit, & conſequenter neque petitionis reſpectu neque ſolutionis dividitur inter heredes pro parte hereditaria obligatio quantitatis dotis, neque in hac re explicanda referre aut refutare vacat interpretationes Accurſii & Antiquiorum *ibi*, aliam Sarmienti in *d. l. cum ab uno* 53. aliam Cujacii *ibidem*, aliam Caballini *part.* 2. *de individuis num.* 227. aliam neque improbabilem omnino communem, quam poſt Accurſ. ſequitur Caſtrenſis in *d. l. cum ab uno* 53. *num.* 2. Donell. in *l. debitorum* 25. *num.* 2. *C. de pactis.* & ex Academicis præceptoribus Pichard. in *appendice ad titulum inſt. de off. judicis cap.* 7. *num.* 70. repudiant vero, niſi cavillamur, verba *d. l. cum ab uno* 53. alias denique noviorum ex noſtratibus Anteceſſorum, quorum alter adrogat ſibi interpretationem Schifordegheri *lib.* 3. *ad Fabr. tractatu* 2. *quæſtione* 15. quæ convincitur ex *l. ſi filia* 20. §. *item Papinianus ff. fam. erciſc.* alter vero Schifordegheri diſtinctionem, quam olim publice probaverat, poſtea improbans affirmat, dotem in *d. l. cum ab uno* 53. peti actione ex teſtamento, ut & Accurſius tentat *ibidem*, *verbo putat in fine.* Cui tamen aſſertioni totus fere contextus *d. l. cum ab uno* 53. *usque ad finem.* apertiſſime repugnat; ideoque eam ridiculam, & falſam cenſent Cumanus, & Cujac. *ibi.*

§. III. Proinde his, & ſi quæ aliæ ſunt, interpretationibus omiſſis, ut res præter vulgarem forſitan captum explicetur, obſervandum ex ratione veteris juris eſt, quoties legatum a marito uxori relinquitur, ſi pro dote competeret rei uxoriæ actio, debuiſſe uxorem alterutrum eligere, & petere aut dotem actione rei uxoriæ, aut legatum ex teſtamento mariti ex Prætorio edicto de alterutro; ſin autem actio ex ſtipulatu pro dote competat, potuiſſe mulierem utrumque conſequi, & dotem ex ſtipulatu, & legatum actione ex teſtamento. *l. un.* §. *primum itaque*, ubi Giphan. & Cujac. *C. de rei uxor. actione. l. ultima C. Theodoſ. de teſtamentis.* niſi ſpecialiter legaretur pro dote aut compenſandi animo, quod in actione ex ſtipulatu pro dote exprimere ſolitum & neceſſe erat, ne utrumque mulier conſequeretur. *l. ſi filia* 20. §. *item Papinianus verſ. ſed legata ff. fam. erciſc. l. qui dotem* 47. *ff. ſoluto matr. l. penult. ff. de dot. præleg.* notant Cujac. *lib.* 3. *obſervationum cap.* 16. & *lib.* 17. *quæſt. Pap.* in *l. cum heres ff. ad S. C. Trebell.* Schifordegherus *ad Fabr. lib.* 2. *tractatu* 13. *quæſt.* 4. Ant. Fab. quamvis cum Accurſianis differentiam parum obſervans *lib.* 4. *conject. cap.* 9. qua tamen agnita differentia idem Fab. *lib.* 1. *conject. cap.* 9. notatus verecunde & tacito nomine a Schifordeghero *d. tractatu* 13. *quæſt.* 4. contendit, verba illa *pro dote compenſandi animo*, quæ extant in *pr. d. l. cum ab uno* 53. adjecta fuiſſe a Triboniano, reſpiciente ad jus novum *d. l. unic.* §. *primum itaque C. de rei uxor. actione.* quia otioſe alioquin & vitioſe exprimerentur ea verba in dote debita per actionem rei uxoriæ, de qua ſermo eſt in *d. l.* 53. & in qua rei uxoriæ actione etiam ſine adjectione pro dote compenſandi animo erat ipſo jure compenſationi locus ex edicto de alterutro, de quo ſupra. Unde & in contrarium ſunt ex noſtratibus, qui divinent peti dotem debuiſſe actione ex ſtipulatu in *d. l. cum ab uno* 53. ubi & ſic ſupponit Cujac.

§. IV. Nobis autem ſubſcribente poſtea erudito Academico Anteceſſore placuit jam pridem, tractari in *d. l.* 53. de dote debita actione rei uxoriæ, ad quam & verba *d. l.* 53. *verſ. nam cum aut ſuo jure.* & appellatio actionis de dote apud veteres JCtos plerumque refertur, ut ex *l.* 2. §. 1. *ff. ſol. matr.* juncta *l. unic.* §. *& hoc C. de rei uxoria act.* cum ſimilibus notat Giphan. in *l. unic. in princ.* Ræverdus *de auctor. prudentum cap* 4. nec tamen ideo inepte, aut ſine cauſſa exprimitur, legatum fuiſſe ab uno herede pro dote compenſandi animo in *d. l.* 53. ſed conſultiſſime ad quæſtionem propriam ibi & præcipuam, quia ex eo intelligimus, voluiſſe maritum non ſolum, ut alterutrum duntaxat mulier petat, ſed inter mulierem & heredem, a quo legavit, fieri quodammodo compenſationem, ſive contributionem legati & dotis, perinde ac ſi ille ſolus heres dotis debitor eſſet, *arg. l.* 1. *l. cum militi* 16. *ff. de compenſation.* & conſequenter debere eum primum heredem ſuſtinere onus etiam dotis ſolvendæ mulieri agenti actione rei uxoriæ legato repudiato: quibus eſt conſequens, ut cum uxor aut judicio mariti, qui ab uno herede, tanquam ſi ſolus deberet, pro dote legatum dari voluit, aut ſuo jure actionis rei uxoriæ contenta eſſe debeat, ut ſcriptum eſt in *d. l.* 53. *verſ. nam cum.* & in actione rei uxoriæ, quæ non ſolum bonæ fidei ſed in bonum & æquum concepta eſt, ſemper quod æquius melius & bonæ fidei ex utraque parte magis congruit, ſit obſervandum. *l. unic.* §. *ſed etſi non ignoramus, &* §. *taceat C. de rei uxoriæ act.* æquumque ſit actionem debere dari in eum inprimis here-

dem,

dem, ſi ſolvendo ſit, a quo maritus pro dote legavit, & apud quem legatum ab uxore repudiatum manere debet ex ratione *d. l. ſi filia* 20. *§. item Papinianus verſ. ſed legata ff. fam. ercíſc.* debet utique in primis contra eum heredem actione rei uxoriæ uſque ad quantitatem legati uxor experiri. *d. l.* 53. idque jus in eis terminis ſervandum hodie eſt in actione ex ſtipulatu pro dote, quæ in locum rei uxoriæ actionis cum qualitate bonæ fidei & æquitatis ſucceſſit. *d. l. unic. §. ſed etſi non ignoramus. §. fuerat inſt. de act.* diverſum vero olim fuit, ſi dos peteretur actione ex ſtipulatu, quam, cum ſtricti juris eſſet, non cogeretur uxor prætextu æquitatis exercere contra eum primum heredem, a quo ei pro dote maritus legaſſet. *l. ſervo* 69. *§. ſi teſtator ff. de leg.* 1. *l. non ſolum* 7. *§. ſed ſi duobus ff. de liberatione leg. l. debitorum* 25. *cum l. ſeq. C. de pact. l. tale* 40. *§. poſt diviſionem ff. eod. tit.* & multo minus, ſi ab utroque herede legatum mulieri pro dote fuiſſet. *d. l. ſi filia* 20. *§. item Papinianus.*

§. V. Superiori differentiæ inter actionem rei uxoriæ & ex ſtipulatu pro dote adjicimus & aliam non diſſimilem inter eaſdem actiones, quoad dividuitatem in heredibus actoris, differentiam, quæ in diſputatione Academica magno quondam Anteceſſori ignorata aut ignota non ſemel nocuit, & proponitur in *d. l. unic. §. videamus, & §. & hoc C. de rei uxoriæ act.* Ergo in actione ex ſtipulatu pro dote, ſi pater vel in continenti in dote danda pro filia, vel ex intervallo filia conſentiente ſtipulatus fuit, dotem ſibi reſtitui ſoluto matrimonio, jus certum fuit, acquiri patri ſoli propriam actionem ex ſtipulatu pro dote repetenda. *l. quoties* 29. *ff. ſol. matrimonio. l.* 3. *§. ergo* 5. *ff. de minor.* eamque actionem ad heredes patris tranſmitti, & inter eos dividi pro portionibus hereditariis, ſicut aliam quamlibet ſui natura dividuam. *d. l. unic. §. videamus & §. & hoc.* hac in actione rei uxoriæ, quamvis ea vivente patre ad repetendam dotem pro filia datam eſſet communis patris & filiæ, quæ in poteſtate erat. *l.* 2. *§.* 1. *ff. ſol. matrimonio. l. qui hominem* 34. *§. ſi gener ff. de ſolut.* filia tamen emancipata, aut a moriente patre exheredata, aut pro parte cum aliis heredibus inſtituta, placuit juris auctoribus actionem rei uxoriæ, etiamſi ſuper ea a patre lis conteſtata eſſet, tamen tranſire ad heredes patris, neque inter eos dividi, ſed in filiæ perſona conſolidari, eique ſoli competere tanquam præcipuum jus dotis repetendæ, quaſi proprii patrimonii. *d. l. unic. §. videamus, & §. & hoc.* juxta quos de actione rei uxoriæ explicandi ſunt textus in *l. ſi marito* 31. *§. ſi voluntate ff. ſol. matrimonio. l. ſi ſocius* 81. *ff. pro ſocio. l. pater* 14. *ff. ad l. Falcid.* eamque differentiam in actione ex ſtipulatu pro dote ſtrictæ regulæ ratioque juris & in actione rei uxoriæ æquitas, & bona fides actionis favorem dotis ſubſequens ſuadebat, & Juſtinianus ſequitur, jus actionis rei uxoriæ deinceps in hac parte ſervari conſtituens in *d. §. videamus, & d. §. & hoc.* ubi notant Cujac. & Giphan. idem Cujac. *lib.* 9. *reſp. Pap.* in *l. pater* 14. *ff. ad l. Falcid.* nec plene ſatis Barboſa in *l. poſt dotem* 40. *num.* 30. *ff. ſol. matrimonio.* Fab. *lib.* 13. *conject. cap.* 25. Schifordegh. *ad Fab. lib.* 2. *tractatu* 13. *quæſt.* 13.

§. VI. Conſtet itaque, obligationem dotis, quamvis ſui natura dividuam petitione & ſolutione, ideo tamen inter heredes pro parte hereditaria non dividi in *d. l. cum ab uno* 53. quia individuam eam fecit quodammodo mariti voluntas, eique congruens actionis rei uxoriæ æquitas jam expoſita juxta tradita ſupra *§.* 2. *princ.* Plane extra caſum cauſſamque ſingularem *d. l. cum ab uno* 53. voluntas debitoris teſtantis, ſive præcipiendo ſive ab uno herede cæteris prælegando, ſive denique per ſpeciem diviſionis bonorum ærisque alieni inter heredes velit ab uno herede in ſolidum vel ultra ſuam portionem hereditariam creditoribus ſolvi æs alienum, quamvis quoad coheredes ipſos ſervanda ſit, vel officio judicis familiæ erciſcundæ, quoties per modum præcepti ſic cautum eſt, vel actione ex teſtamento, quoties per ſpeciem prælegati, vel denique actione præſcriptis verbis, quoties per viam diviſionis & permutationis. *d. l. ſi filia* 20. *§. ſi pater, & §. Papinianus ff. fam. erciſc. l. licet* 23. *C. eod. titulo. l. non ſolum* 7. *§. ſed ſi duobus ff. de liberatione legata.* non tamen ſufficit ea voluntas, ut reſpectu creditorum & petitionis mutetur dividuitas obligationis, neque efficit, ut creditores poſſint, aut compellantur unum aliumve heredem amplius quam pro portione hereditaria convenire. *d. l. ſi filia* 20. *§. ſi pater.* juncto *§. Papinianus, & §. item Papinianus. l. ſervo* 69. *§. ſi teſtator ff. de legat.* 1. nempe quia debitorum voluntate non poſſunt creditorum jura mutari aut minui. *l. debitorum* 25. *C. de pact. l. ſolvendo* 39. *ff. de negot. geſt.* idemque juris ex eadem ratione eſt in diviſione vel permutatione bonorum, aut æris alieni facta a coheredibus cum conventione, ut ex eis unus debita hereditaria creditoribus ſolvat. *l.* 3. *ff. fam. erciſc. l. licet* 23. *C. eod. tit. l. pacto* 26. *C. de pact. l. tale* 40. *§. poſt diviſionem ff. eod. tit.* ſi quo caſu diviſio æris alieni facta eſt interpoſitis delegationibus, id eſt, uno ex heredibus ex delegatione aliorum heredum promittente in ſolidum creditoribus; tunc enim coguntur creditores eum heredem, qui delegatus eſt, convenire non tam propter pactionem ipſorum coheredum, quæ creditoribus non obſtaret, quam propter voluntatem ipſorum creditorum, quibus conſentientibus delegatio fit. *d. l. tale* 40. *§. poſt diviſionem.* juncta *l. cum pater* 77. *§. hereditatem ff. de legat* 2. *l.* 1. *C. de novat.* notant Fab. in *Rat. d. §. poſt diviſionem.* Cujacius *ad tit. ff. de pactis. & ad Pap. reſponſa lib.* 1. *ibidem,* & *lib.* 8. in *d. l. cum pater §. hereditatem.* Schifordegh. *lib.* 3. *tractatu* 1. *quæſt.* 15.

§. VII. Diverſa ſane a creditoribus in hac re eſt cauſſa legatariorum, quia quamvis obligatio & petitio legatorum quantitatis aut ſpeciei certæ, quæ ſpecialiter ab uno herede relicta non ſunt, ſed vel ſimpliciter ab heredibus, vel imperſonaliter ſine heredum mentione, vel denique vulgari formula, *quiſquis mihi heres erit. l. ſi plures* 98. *ff. de legat.* 9. dividatur inter heredes pro portionibus hereditariis. *l. legatorum* 33. *l. ſi pluribus* 44. *ff. de legat.* 2. *l.* 1. *§. qui minorem ff. ut legatorum nomine caveatur. l. turpia* 54. *§. ult. l. ſi heredes* 124. *ff. de legat.* 1. *l. quoties* 23. *§. ult. cum l. ſeq. ff. ad S. C. Trebell. l. ſive a certis* 17. *ff. de duobus reis.* cum ſimilibus ſuo loco explicandis: ſi tamen ſpecialiter ab uno herede legaverit, datur contra eum ſolum heredem ex teſtamento actio legatariis, non contra alios heredes pro hereditaria parte. *l. ab omnibus* 104. *l. ſi a pluribus* 107. *ff. de legat.* 1. quippe legatariorum obligatio & petitio non uti creditoribus competit eis ſuo jure contra teſtatorem, a quo, ſi id eſſet, mutari aut minui non poſſet. *d. l. debitorum* 25. *C. de pactis.* ſed incipit pendetque tota ex teſtatoris legantis voluntate, quam uti de re ſua diſpoſuerit auctoritas juris confirmat. *l. verbis* 120. *ff. de V. S. l. teſtandi* 13. *C. de teſtamentis.* ideoque poteſt ex voluntate teſtatoris jure confirmata fieri individua contra heredem dumtaxat gravatum legati petitio, quæ alioqnin dividua pro hereditariis portionibus foret. *d. l. ab omnibus* 104. *d. l. cum ab uno* 53. ubi Sarmiento *num.* 1. *ff. de legat.* 2. quibus conſequens eſt, ut ſi lite orta inter inſtitutum & heredem ab inteſtato veluti matrem, quæ teſtamentum filii quaſi inofficioſum reſcindi poſtulabat, tranſactio fiat, nec teſtamentum reſcindatur, quamvis hereditate inter tranſigentes diviſa tamen legatariis, quorum petitio ex teſtamento pendet. *l.* 3. *ff. de pignoribus.* contra ſolum inſtitutum, & quidem in ſolidum actio competat. *l.* 3. *ff. de tranſact.* creditoribus autem, quorum jus ex teſtamento non pendet. *d. l.* 3. *ff. de pignor.* ſi in lite injuſti aut irriti teſtamenti tranſactum fuerit inter inſtitutum & ab inteſtato heredem, &

Digitized by Google

certum ſit, quis eorum verus heres ſit, contra utrumque pro parte hereditatis, quam ex transactione retinuit, utiles actiones competant creditoribus, quorum unum idemque jus contra heredes ex teſtamento vel ab inteſtato eſt. *l. controverſia* 14. *ff. de transact.* quam ita cum *d. l.* 3. *eod. tit.* exponunt & componunt poſt Accurſium & Claſſicos in *eis locis*, Cujac. in *d. l.* 3. *& lib.* 2 *reſp. Scævolæ* in *d. l. controverſia* 14. Fab. in *Rat. utrobique.* quamvis paulo aliter Don. in *l. debitorum* 25. *num.* 3. *C. de pactis.*

§. VIII. Jam vero, ut in propoſito juris principio de dividuitate obligationis quantitatis aut ſpeciei, quoad petitionem, progrediamur, interpretandus eſt elegans & clectus in hoc tractatu Pauli locus in *l. quoties* 47. *§. ſi creditor* 3. *ff. de peculio.* dum docet non eſſe permittendum re integra creditori, ſervi actionem de peculio dividere inter emptorem ejusdem ſervi & venditorem, ita ut ſimul cum utroque pro parte experiatur, quod tamen & contrarium videtur ſupra traditis de dividuitate petitionis in obligatione quantitatis principiis, & abſurdum omnino, quia regulariter licet pro parte petere etiam a duobus reis debendi, quorum unusquisque ex qualitate conventionis ſolidum debet. *l.* 3. *§. ult. l. reos* 11. *ff. de duobus reis. l.* 1. *C. de fidejuſſoribus* tat. *l. reos* 23. *C. de fidejuſſoribus. l. grege* 13. *§. etiam ff. de pignoribus. l. inter* 51. *§. duo rei, & §. penult. ff. de fidejuſſoribus.* quomodo & in eadem ſpecie emptoris & venditoris ſtatuitur in *l. & ancillarum* 27. *§. illud ff. de peculio.* Quare omiſſa ſententia Cujacii *lib.* 12. *Dig. Jubani* in *l. ſi creditor* 37. *§. ſervum ff. de peculio.* affirmantis inter Proculum, cujus mentio in *d. l. quoties* 47. *§. ſi creditor*, & Julianum in *d. l. & ancillarum* 27. *§. illud.* cum diverſarum ſectarum auctores eſſent *l.* 2. *§. ult. ff. de origine juris.* fuiſſe in quæſtione propoſita diſſenſionem, quæ tamen poſtea Principis aut Prudentum placito deciſa fuerit juxta opinionem Juliani. *d. l. ſi creditor* 37. *§. ſervum in fine.* quam etiam diſſenſionem agnoscunt Faber in *Rat. d. l. quoties* 47. *§. ſi creditor.* & ex noſtratibus eruditus D. Joan. Chumazero *ſelect. dodecade cap.* 9. *num.* 14. omiſſa & alia conciliatione Cujacii *lib.* 1. *reſp. Scævolæ* in *l. creditor* 60. *ff. mandati.* Ut tota hæc quæſtio dilucide explicetur, diſtinguendi ſunt duo caſus. Primus eſt, cum ab initio ſimul atque uno tempore a duobus reis debendi vel fidejuſſoribus aut mandatoribus creditor petit, quo caſu certum eſt, ſi obligatio dividua ſit, veluti quantitatis aut ſpeciei certæ, poſſe creditorem inter duos reos debendi, vel fidejuſſores, vel mandatores dividere actionem ab initio, & pro parte a ſingulis petere, dummodo ſimul & a ſingulis a principio petat. *d. l.* 3. *§. ult. ff. de duobus reis.* cum ſimilibus ſupra laudatis; quia & dividuitas obligationis id admittit, & debitoribus ipſis expedit id potius quam nocet, quoniam actione ita inter ſingulos diviſa a principio cenſetur creditor juri exigendi ſolidum ab unoquoque renunciare, nec poteſt contra alios reverti, etiamſi unus ex his, quos pro parte convenit, ſolvendo non ſit. *l. liberum* 16. *C. de fidejuſſor.* idemque eſt in actione de peculio intra annum contra venditorem ſervi exercenda, vel contra emptorem perpetuo: poteſt enim creditor ſervi ab initio vel cum uno eorum in ſolidum experiri. *l. ſi noxali* 11. *§. pen. l. ſed in emptore* 13. *l. ſi ex duobus* 32. *§. ult. cum ll. ſeqq. d. l. ſi creditor* 37. *§. ſervum in fine. l. depoſui* 38. *§. ult. ff. de peculio. l.* 1. *§. in alienatione ff. quando de peculio actio ann. eſt. l. de peculii* 10. *ff. de tribut. act.* vel diviſa ab initio actione cum ſingulis ſimul pro parte agere. *d. l. & ancillarum* 27. *§. illud.*

§. IX. Secundus caſus eſt, cum ex duobus reis debendi, vel mandatoribus, vel fidejuſſoribus unum duntaxat pro parte, vel in ſolidum ab initio convenit creditor: tunc enim pro eo, quod ab illo primo convento conſequi non potuerit, habet contra alios regreſſum. *l. reos* 23. *l. ult. C. de fidejuſſor. l. ſi ex toto* 8. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. *l. inter* 51. *§.* 1. *& pen. ff. de fidejuſſoribus.* ex quibus ita docent & diſtinguunt Claſſici poſt Bart. in *l.* 3. *num.* 12. *ff. de duobus reis.* Gilkenius in *l. ſi creditores* 18. *C. de pact.* Donell. in *d. l. reos* 23. *& lib.* 16. *comm. cap.* 25. *& ſequenti.* Quamvis aliter Heringius *de fidejuſſoribus cap.* 20. *§.* 13. *num.* 6. *&* 11. aliter Faber *lib.* 12. *conject. cap.* 1. Non tamen habet regreſſum creditor contra eum, qui partem ſolvendo expreſſit, ſe pro ſua perſona ſolvere, & ultro creditor accepit. *l. ſi creditores* 18. *C. de pact.* Atque ita contra alios habet regreſſum, ſi judicato excuſſoque illo, a quo primum petiit, conſtiterit ſolidum ſolvere non poſſe; non autem ſi pendente cum eo lite velit creditor contra alios reverti pro eo, quod ab illo petit, nec conſequitur: quia ſummovetur interim exceptione dilatoria, donec prius judicium finiatur. *l. ſi per imprudentiam* 51. *§. ult. ff. de evict.* quam ita interpretatur A. Fab. *lib.* 11. *conject. cap. ult.* quamvis aliter Donellus in *d. l. reos* 23. *num.* 3. *C. de fidejuſſor.* affirmans proponi nec probari Labeonis ſententiam in *d. l. ſi per imprudentiam* 51. *§. ult.* aliter poſt Accurſ. *ibi* noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 4. *cap.* 6. *num.* 6. *&* 15. Secundum quæ etiam explicandum eſt, quod extat in *d. l. quoties* 47. *§. ſi creditor.* nempe ut creditor ſervi, poſtquam excuſſo & condemnato emptore, contra quem primo in ſolidum egit, conſtitit, non poſſe eum ab emptore niſi partem conſequi, habeat in reliquum, ſive in id quod ſupereſt, contra venditorem actionem utilem non directam, ex ratione *l. ſi ex duobus* 32. *ff. de peculio.* neque tamen re integra, hoc eſt ante condemnationem & excuſſionem emptoris lite cum eo pendente permittendum eſt *actori*, ut ſignanter vocatur creditor, qui jam cum emptore agere cœpit, in *d. §. ſi creditor.* contra venditorem reverti, & actione diviſa ſimul cum utroque experiri. *d. l. ſi per imprudentiam* 51. *§. ult. d. §. ſi creditor.* ubi ſic poſt Accurſ. *verba re integra*, & in *d. §. illud verbo in ſolidum.* exponunt & componunt Caſtr. & Alber. A. Fab. *lib.* 11. *conject. cap. ult.* Briſſ. *de V. S. verbo integra re.* quos vel legiſſe ſe diſſimulant, vel quod benignius eſt, non legerunt, qui in Academia noſtra conciliationem hanc ſibi vindicant.

§. X. Rurſus circa dividuitatem repetitionis & liberationis obſervanda eſt inter obligationem quantitatis & ſpeciei, ſive potius inter ſolutionem ejusque effectum elegans differentia, ſimulque elucidandus textus, ubi ea proponitur, in *l. ſi non ſortem* 26. *§. ſi centum cum* 2. *§§. ſeqq. ff. de condict. indeb.* ex quibus colligitur aut intelligitur, quod quamvis, quoties pro quantitate aut ſpecie debita plus debito per errorem facti in quantitate ſolvitur, veluti ſi pro centum aut fundo debito, qui centum ſit, ſolvantur ducenta in pecunia, aut in alia re, quæ pondere aut menſura conſiſtat, veluti oleo, & liberetur ſolvens pro parte debita, & aliam quaſi indebitam poſſit repetere. *d. l. ſi non ſortem* 26. *§. idem Marcellus* 5. *&* 6. *l. ſi pœnæ* 19. *§. ult. cum l. ſequenti. l. cum duo* 25. *l. is qui* 31. *ff. de condict. indeb. l. ex parte* 25. *l. ſi is cui* 94. *§.* 1. *ff. de ſolut.* ſi tamen pro ſpecie vel quantitate, quæ centum fuerit, ſolutio in alia ſpecie, quæ ducentorum eſt, per errorem fiat, neque pro parte concurrentis quantitatis debitor liberatur, aut repetit, ſed in ſolidum obligatio antiqua manet, & ſoluta ſpecies repetitur. *d. l. ſi non ſortem* 26. *§. ſi centum.* Differentiæ ratio eſt, quia quamvis obligatio quantitatis & ſpeciei tam petitione quam ſolutione æque dividua ſit ſui natura, & regulariter juris intellectu, ut docuimus ſupra §. 1. tamen quoties plus debito in quantitate ſolvitur, cum quantitas numero menſura aut pondere in diſcretas partes diviſionem naturalem admittat, & civilem juris intellectu, quia & in jure magis quam corpore conſiſtere quantitas intelligitur. *d. l. ſi is cui* 94. *§.* 1. *ff. de ſolut.* poſſitque ita & liberatio & repeti-

ti-

titio in partes dividi, ut liberato debitore in centum, illiſque apud creditorem relictis alia centum indebita repetantur, neque inviti ad communionem quantitatis compellantur, conſequens eſt, admitti eam diviſionem liberationis, & repetitionis. *d. l. ſi non ſortem* 26. §. *idem Marcellus* 5. & 6. At cum pro quantitate, aut ſpecie debita ſolvitur plus debito in alia ſpecie, veluti fundo, *non fit confuſio partis rei cum pecunia.* Quomodo & legitur & legendum eſt in *d. l. ſi non ſortem* 26. §. *ſi centum*, rejecta emendatione Hotmani *lib.* 3. *obſ. cap* 5. id eſt, non fit compenſatio ſeu contributio partis fundi ſoluti cum pecunia, quæ debebatur, neque pro concurrente quantitate pars fundi manet pro debito apud creditorem, & pars repetitur: tum quia hæc partium liberationis & repetitionis diviſio civiliter, ſeu juris intellectu facta non perinde ipſo jure operatur in fundo ſeu corpore pro parte minuendo, aut dividendo. *l. quod dicitur* 5. *in pr. ff. de impenſis in res dotales factis.* atque in quantitate, quæ juris æſtimatione & intellectu potius quam corpore aut materia conſiſtere intelligitur. *d. l. ſi is cui* 94. §. 1. *l.* 1. *ff. de contrab. emptione.* tum etiam, quia contra regulam *l. ult. C. communi divid.* compellerentur creditor & debitor inviti ad communionem in fundo ſoluto, & diſcordiarum materiam, aut ſaltem ad vicinitatem, etiam poſt fundum naturaliter regionibus diviſum, quorum utrumque grave incommodum eſſet. *l. cum pater* 77. §. *dulciſſimis ff. de leg.* 2. junctis traditis a Tiraquello *de Primogeniis quæſt.* 47. *num.* 27. Savarone in *Sidonium Apoll. lib.* 4. *epiſt.* 1. erudite ex noſtratibus Solorzano *de Indiarum jure lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 73. quibus effugiendis incommodis neque debitor præſumitur partem daturus, neque creditor in alia re quam debita accepturus, niſi uterque totum dari & accipi exiſtimaret, ideoque & integra obligatio manet, & integer fundus repetitur. *d. l. ſi non ſortem* 26. §. *ſi centum.* quam ſic explicant Faber in *Rat. ibidem.* Donell. *lib.* 14. *comm. cap.* 18. ubi Hillig. *lit.* G. Briſſ. *lib.* 1. *de ſolut. pag. mihi* 185.

§. XI. Cui differentiæ & differentiæ rationi conſentanea, aut conſequens & explicatu digniſſima alia differentia inter dotem, quæ in quantitate conſiſtit, & eam quæ in corpore, veluti fundo, quoad diminutionem, quæ ipſo jure ob impenſas neceſſarias fit. Ergo quod vulgo dicitur, neceſſariis impenſis in res dotales a marito factis dotem ipſo jure minui, ſive minorem hactenus fieri, quatenus impenſum eſt. *l. dote* 5. *ff. de dote præleg. l. dote* 61. *ff. de ritu nupt. l. illud* 5 *in fine ff. de pact. dot.* §. *item ſi de dote* 37. *inſt. de actionibus. l. pen. ff. de impenſis in res dot. fact.* ſic accipiendum eſt, ut univerſitas dotis in quantitate conſiſtentis, ſive quantitas confecta ex univerſa rerum dotalium æſtimatione minuatur ipſo jure uſque ad quantitatem concurrentem impenſæ neceſſariæ. *l. un.* §. *taceat verſ. ſed nec ob impenſas C. de rei uxor. actione. l. quod dicitur* 5. *ff. de impenſ. in res dotal. l.* 1. §. *impenſæ* 5. *ff. de dote prælegata.* Cæterum corporales res in dotem datæ non minuuntur propter impenſas neceſſarias; abſurdum enim eſſet propter pecuniam erogatam ipſo jure partem dotalis fundi in ſolidum minui, ita ut dotalis eſſe deſineret, ut Ulpianus conſiderat in *d. l. quod dicitur* 5. juncta *l. ſi is qui* 56. §. *quod dicitur ff. de jure dot.* proinde ſi ducenta in pecunia ſola, aut in pecunia & rebus corporalibus in dotem data ſint, & maritus quinquaginta neceſſaria in res dotales impenderit, deſinunt ipſo jure quinquaginta eſſe in dote, & minuuntur ex quantitate dotalis pecuniæ. *d. l. quod dicitur* 5. *verſ. ergo. d. l. ſi is qui* 57. §. *quod dicitur verſ. ſi pecunia.* quemadmodum etſi res quædam æſtimatæ, quædam non æſtimatæ in dotem datæ ſint, propter neceſſarias impenſas factas in res non æſtimatas minuetur ipſo jure, & uſque ad concurrentem quantitatem impenſarum dotalis eſſe deſinet quantitas debita propter res æſtimatas. *d. l. quod dicitur* 5. *verſ. proinde.* ut interpretatur Barboſa *part.* 3. *rubr. num.* 25. *ff. ſolut. matr.* & conſequenter otioſa aut vitioſa eſt emendatio Fabri *lib.* 1. *conject. cap.* 2. nec refragatur ſuperioribus, quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi is qui* 56. §. *quod dicitur.* nempe fundum totum dotalem eſſe deſinere, ſi per partes in eum tantum neceſſario impendatur, quanti totus eſt, quia quamvis Ant. Faber *d. lib.* 1. *conject. cap.* 2. contendat, reprehendi Scævolam a Paulo in *d.* §. *quod dicitur.* nec felicius, quamvis probabilius Cujacius *lib.* 23. *obſ. cap.* 12. & in *l. dote* 5. *ff. de dote præleg.* affirmet, ſententiam Scævolæ, quam Paulus improbabat, ſuppleri & interpolari a Triboniano in *verſ. niſi mulier*, & *verſ. & magis eſt d.* §. *quod dicitur.* Verius tamen eſt, ſententiam Scævolæ proponi & probari a Paulo in *d.* §. *quod dicitur.* alia tamen interjecta diſputatione circa aſſertionem Nervæ, ut agnoſcit idem Faber ſibi contrarius *de err. Pragmat. part.* 4. *dec.* 82. *err.* 5. quapropter reſpondendum potius eſt, in ſpecie *d.* §. *quod dicitur.* ſi per partes in dotalem fundum neceſſario impendatur, quanti totus eſt, deſinere eum dotalem eſſe, non quidem ita, ut per partes deſinat, aut ipſo jure pars minuatur, quia ei diminutioni partium ipſo jure inducendæ repugnat natura rei corporalis. *d. l. quod dicitur* 5. & incommoda communionis. *d. l. ſi non ſortem* 26. §. *ſi centum.* neque ita ut totus fundus ipſo jure deſinat dotalis eſſe abſolute, & irrevocabiliter, quod Ulpianus negat in *d. l. quod dicitur* 5. Sed ut deſinat ſub conditione reſolutiva, nempe niſi mulier intra annum impenſas marito ſolverit, quibus ſolutis in cauſſam dotis fundus revertitur, acſi nunquam dotalis eſſe deſiiſſet, & ideo interim alienari non poteſt, *arg. l. quod ſi fundus* 11. *ff. de fundo dotali.* docet Harmenopulus in *Promptuario lib.* 4. *tit.* 8. pluribus & poſt plures Hilligerus ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 8. *lit. B.* quamvis aliter noſter Pichardus in §. *fuerat num.* 87. *inſt. de act.*

§. XII. Ad eandem juris rationem breviter referenda ſunt, & ex propoſitis explicanda quæ ſequuntur. Primum ſit, ob quantitatem æris alieni, quod ſervus peculium habens domino debet, non diminui ipſo jure corpora ſingula peculiaria, ita ut in totum aut pro parte eſſe in peculio deſinant, quia abſurdum eſſet, diminutionem corporum fieri propter pecuniam. *d. l. quod dicitur* 5. & quia, ut eleganter argumentatur Pomponius in *l.* 4. §. *pen. ff. de peculio.* ſi deſinerent eſſe in peculio, & minuerentur, etiamſi poſtea a domino remiſſum aut ab alio ſolutum ſervi nomine debitum fuiſſet, neceſſaria eſſet nova domini conceſſio, ut res quæ deſierant rurſus in peculio eſſe inciperent, quæ tamen neceſſaria non eſt. *l. dominus ſervum* 22. *ff. de peculio legato.* At in eadem ſpecie ob debitum domini, cum minuitur ipſo jure ad dotis exemplum univerſitas peculii & pecuniaria quantitas, quæ in eo fuerit, deſinit peculiaris eſſe. *l. ſervum quem* 30. *ff. de act. empt.* juncta *l.* 5. §. *ult. l. ſi noxali* 11. §. *denique* 7. *ff. de peculio.* minuitur etiam æſtimatio ſingulorum corporum peculiarium, ita ut non corporaliter res ſingulæ deſinant peculiares eſſe, ſed univerſaliter reſpectu earum æſtimationis minui pro rata debiti intelligantur. *l. ſi peculium* 6. *l. denique* 8. *ff. de peculio legato:* quas ita interpretatur Cujac. *lib.* 23. *obſ. cap.* 12. & in *l. dote* 5. *ff. de dote præleg.* Unde & dexterius, quam vulgo ſolet, explicari levi opera poteſt obſcurus textus in *l. ſi Sticho* 21. Secundum proprie magis ad rem & rationem *dictæ l. ſi non ſortem* 26. §. *ſi centum* pertinens eſt, ſi pro ſpecie debita ſpecies alia volenti creditori ſolvatur, & pars ejus poſtea evincatur, priorem obligationem quamvis ſui natura dividuam, ut pote ſpeciei, manere tamen non pro parte evicta dumtaxat, ſed in ſolidum, ne ad communionem in ſpecie, cujus pars evicta eſt, compellatur invitus creditor, qui non accepiſſet ſolutionem in alia re quam debita, niſi pro ſolido ſuam fieri exiſtimaret. *l. ſi quis alium*

46. ff. de ſolut. cui jungendus Donellus lib. 16. comm. cap. 9. Cujac. lib. 19. obſ. cap. 38. Faber de error. Pragm. dec. 100. err. 7. & ſeqq. Heringius de fidejuſſor. cap. 20. §. 21. num. 29. Tertium denique ex eisdem principiis profluens eſt, quoties futurum ſit, ut venditin integræ ſpeciei dividuæ facta reſeindatur propter reſtitutionem in integrum, aut addictionem in diem, aut redhibitionem, ita ut pars rei emptæ reddenda ſit, reſcindi debere venditionem in ſolidum totius rei, eo poſtulante, qui partem empturus aut venditurus non eſſet, quomodo explicandi ſunt textus in l. tutor 47. §. penult. ff. de minor. l. quod ſi uno 13. verſ. ipſo ff. de in diem addictione. l. quod ſi nolit 31. §. ſi plures 5. cum ſeqq. ff. de Ædilitio Edict. juncta l. cum ex cauſſa 139. hoc tit.

§. XIII. Præterea ut in primaria illa regula noſtra de dividuitate obligationis quaotitatis & ſpeciei jam progrediamur, diſcrepare ab eo juris principio videtur, non deſcendere jus traditum circa actiones noxales, quibus cum domini ex maleficiis ſervorum teneantur ad æſtimationem damni, niſi malint ſervum ipſum qui nocuit noxæ dedere. l. 1. & toto tit. ff. de noxal. & conſequenter in petitione & obligatione principali ſit quantitas æſtimationis damni, & in ſolutione ſeu deditione ſpecies certa ſeu ſervus, qui noxam nocuit. l. miles 6. §. 1 ff. de re judicata. l. item 20. §. idem recte 5. ff. de hereditatis petitione. fatendum neceſſario videtur, obligationem noxalem, ut pote quantitatis vel ſpeciei, dividuam eſſe petitione & ſolutione, ideoque & dividi oportere pro portionibus dominicis inter plures dominos ſervi communis, qui noxam nocuit, vel cui nocitum eſt, juxta regulam l. ſervus 5. de ſtipulatione ſervor. & tamen contra eſt, nam ſi ſervus communis plurium dominorum deliquerit, individua tam reſpectu quantitatis quam ſpeciei noxalis actio eſt, quia unuſquiſque tenetur vel in ſolidum ſolvere æſtimationem damni, vel in ſolidum noxæ ſervum dedere. l. ſi ſervus 8. l. cum ſervus 41. ff. de noxal. l. heredes 25. §. ſi unus 15. ff. fam. ercisc. l. ut tantum 14. §. ſi ſervus ff. de ſervo corrupto. l. 4. ff. ſi ex noxali cauſſa agatur. l. qui ſervum 20. ff. de interrog. in jure faciendis. l. ſupra 11. §. officium ff. de aqua, & aquæ pluviæ. l. 1. §. noxæ 14. ff. ſi quadrupes paup. fec. dic. Et e contrario, ſi communi ſervo, vel rei nocitum ſit a ſervo extranei, quamvis ex dominis communis rei, vel ſervi non poſſint ſinguli, niſi pro parte æſtimationem damni perſequi, tamen noxæ deditio, vel utrique domino ſimul, vel ſi unus tantum egerit, fieri ei in ſolidum debet. l. ſi in re communi 19. ff. de noxal. l. ſi ſervus 27. §. item ſi ſervus 2. l. ſed ſi communem 19. cum l. ſeq. ff. ad l. Aquiliam.

§. XIV. Enimvero totum hoc jus circa noxales actiones, ne ſupra traditis principus omnino adverſum ſit, fatendum eſt, diverſum ſaltem eſſe, & ſingulari atque multiplici ratione defendi, quæ tamen cum idonea vix occurreret, retrocurrit ad aſſiduum l. non omnium 20. ff. de leg. Fulgoſius in l. ſi communes 40. ff. de negot. geſt. Prima igitur ſingularis juris ratio ſit, quia tam noxæ deditio, quam litis æſtimatio præſtantur pro ſuſcepta defenſione ſervi communis, qui damnum dedit, quam ſi noluit ſuſcipere unus ex dominis, qui convenitur, poteſt parte ſua cedere ante acceptum noxale judicium, ſive ante litem conteſtatam. d. l ſi ſervus 8. ff. de noxalibus. ſin autem malit defendere, defenſionis in ſolidum ſuſcipiendæ neceſſitas cuilibet ex dominis eſt, quia nec pro parte dominii poteſt innocentem ſervum oſtendere, ſed omnino aut ſuſcepta defenſione conſtat innocentem eſſe, & nihil præſtat, aut nocentem eſſe, & ſuccedit defenſioni individuæ æſtimatio litis, aut noxæ deditio ſimiliter individua atque in ſolidum, quemadmodum hæc ratio fere exprimitur in d. l. 4. ff. ſi ex noxali cauſſa agatur. quam &, ut diximus, cum d. l. ſi ſervus 8. diſtinctione adhibita inter tempus ante litis conteſtationem & poſt eam conciliant Faber in Rat. ibidem. Pacius cent. 1. quæſt. 63. quamvis audenter poſtea idem Faber in Rat. d. l. ſi ſervus 8. adſcribat Triboniano integrum verſic. quamquam d. l. 8. Proinde cum neque invitus quis compellatur ad defenſionem ſervi, niſi quodammodo ſub conditione, ſi nolit ante litem conteſtatam parte ſua cedere. d. l. ſi ſervus 8. l. non ſolum 29. l. noxali 33. l. ult. ff. de noxal. l. invitus 156. ff. de Reg. Jur. neque ad litis æſtimationem aut noxæ deditionem in ſolidum, niſi quaſi ſub conditione jure delata, ſi defenſionem ſuſcipiat, neque innocentem ſervum oſtendat, conſequens eſt, ſuſcepta defenſione ſubjicere ſe ultro eum, qui ſuſcipit ſolidæ litis æſtimationem, aut noxæ deditionis, ſi ſervus nocens pronuntietur, eoque contingente obligationem, quamvis alioquin, quatenus dandæ quantitatis vel ſpeciei eſt, dividua futura eſſet, fieri tamen individuam propter conditionem illam, quæ extitit, defenſionis damnationiſque ſervi; ſi enim & in aliis cauſſis conditio, ſicut ſui natura eſt individua. l. cui fundus 56. ff. de condit. & dem. l. inter 44. §. quod ex facto ff. fam. ercisc. ita ſi adjiciatur, vel inſit dividuæ obligationi dandi, facit eam individuam, ut evenit in penali & pignoratitia. l. 5. §. ult. l. in executione 85. §. item ſi hoc tit. l. heredes 25. §. idem juris 13. cum §. ſeq. ff. fam. ercisc. l. rem hereditariam 65. ff. de evict. præſentit veluti ad rem Fulgoſius in d. l. ſi ſervus 8. Faber in Rat. d. l. heredes 25. §. ſi unus.

§. XV. Secunda ejuſdem juris ratio eſt, quia litis æſtimatio præſtatur loco noxæ deditionis non factæ. d. l. miles 6. §. 1. ff. de re judic. atqui noxæ deditio individua eſt. d. l. ſi ſervus 27. §. item ſi ſervus 2. ff. ad l. Aquil. ſive quatenus nudi facti eſt & traditioni ſimilis. l. ſi rem 28. l. ſtipulationes 72. §. 1. hoc tit. ſive quod verius dicitur, quia quamvis datio magis, quam factum ſit noxæ deditio, reſpondet tamen unico damno & delicto, quod individuum atque in ſolidum non pro parte ſervus admiſit, ideoque & una atque individua noxalis obligatio eſt, ut ratiocinantur fere Conſulti in d. l. ſupra 11. §. officium verſ. licet opus ff. de aqua & aquæ pluv. d. l. in re communi 19. verſ. ſed poteſt ff. de noxal. juncta l. in depoſiti 9. ibi: quia æſtimatio, ff. depoſiti. & conſiderat Fab. in d. l. ſi ſervus 8. Ergo & quoad æſtimationem, quia ſuccedit in locum dationis individuæ, erit individua noxalis obligatio, ut æſtimatio in obligatione dandæ ſervitutis. l. heredes 25. §. contra 10. & §. ſi unus 15. (ubi notat ad rem Cujac. lib. 23. Pauli ad Edictum) ff. fam. ercisc. l. 2. §. ex his hoc tit. & utramque hanc rationem inſinuat Valentia illuſtrium lib. 2. tractatu 4. num. 7. Tertia juris ejuſdem ratio ſit, quia tam damni æſtimatio quam noxæ deditio veniunt in præſtationem disjunctim, ſive alternative, ut alterutrum præſtetur, ſicut Stichus aut decem in promiſſionem & obligationem alternativam, ut alterutrum debeatur. d. l. miles 6. §. 1. d. l. ſi ſervus 8. unde quemadmodum alternativa obligatio, quamvis quantitatis & ſpeciei ſit, individua eſt ſolutione, quia in una & integra re ex alternatim debitis, non in partibus diverſarum rerum conſiſtit. l. ſi ex toto 8. §. ult. ff. de leg. 1. ita etiam noxalis actio ſemel conteſtata, quia alterutrum præſtandum integre eſt, vel litis æſtimatio, vel noxæ deditio: & ſi ſervum pro ſua parte noxæ dedendo unus ex dominis liberaretur, liceret alteri poſtea convento partem æſtimationis damni ſolvere, & conſequenter ſolutio fieret in partibus diverſarum rerum, quod abſurdum eſſet. l. ſi non ſortem 26. §. ult. ff. de condict. indeb. l. 2. §. & harum. l. in executione 85. §. pro parte hoc tit. Faber in d. l. heredes 25. §. ſi unus. quamvis repugnet Alciatus in l. 2. §. & harum num. 7. hoc. tit.

§. XVI. Accedit quarta ratio propoſita in d. l. ſupra 11. §. officium ff. de aqua & aquæ pluv. nempe quoniam unus ex dominis, ſi ſolidam æſtimationem damni ſolvat, ne noxæ dedat, poteſt, quod pro ſocio præſtiterit, a ſocio recipere actione commu-

ni

ni dividundo, aut familiæ erciſcundæ. d. l. ſi ſervus 8. d. l. heredes 25. §. ſi unus cam §. ſeq. l. etſi 8. §. penult. l. ſi ſocius 15. ff. communi dividundo. quæ ſane ratio quamvis improbetur in ſpecie ſimili in eadem l. ſupra 11. §. apud ferocem. quia iniquum eſſet, aliquem ob id ſolum teneri, ut ſolveret, quia actionem habiturus eſt, qua recipiat ab alio, quod præſtiterit. l. nemo 161. ff. de R. J. juncta l. ſi ſtipulatus 15. ff. de fidejuſſor. l. 3. ff. de compenſationibus. quamvis ſi actionem jam haberet, teneretur ſaltem, ut eam cederet. l. quod debet 51. ff. de peculio. l. quod in diem 16. §. ult. l. item 20. §. ait ſenatus 17. ff. de hered. petitione. l. 2. §. perveniſſe ff. de hered. vel actione vendita. tamen ſuppoſitis rationibus jam perpenſis, ob quas quis ex dominis noxali actione in ſolidum tenetur, idonea hæc quarta ratio eſt, ut accedens illis oſtendat, non futuram injuriam damnoſamve uni ex dominis condemnationem in ſolidum, eum poſſit, quod præſtiterit, a ſocio recipere, quomodo & applicatur & explicanda ratio ea eſt in d. §. officium. & in l. & ancillarum 27. §. ult. juncta l. quod debetur 51. ff. de peculio. docent Cujac. lib. 49. Pauli ad Edictum in d. §. officium, & lib. 24. obſerv. cap. 1. P. Fab. in d. l. nemo 161. ff. de R. J. Ant. Fab. in Rat. d. l. & ancillarum 27. §. ult. Plane quod ad ſecundum illum caſum attinet, propoſitum ſupra §. 13. in fine. in quo uni ex dominis communis rei, cui nocitum eſt, agenti noxali actione, quamvis deditio noxæ non niſi in ſolidum fiat, quia individua eſt, ut jam diximus, tamen æſtimationem damni pro parte dominii actoris ſolvi oportere conſtat. d. l. ſi ſervus 27. §. item ſi ſervus 2. l. ſi communem 19. cum l. ſeq. ad l. Aquiliam. perſpicua & plenius ſuo loco explananda ratio eſt, quia ſemper in rebus ſui natura dividuis veluti æſtimatione aut quantitate jus effectumque actionis ex jure actoris metimur. l. 1. §. 1. ff. ſi pars hereditatis petatur. ſive quatenus actoris intereſt, atque ei debetur. l. loci 4. §. ſi fundus ff. ſi ſervitus vindicetur. l. ſi duo 22. ff. depoſiti. princ. inſt. de actionibus. unde quo caſu actor dominus eſt in ſolidum rei vel ſervi, cui nocitum eſt, etiam contra unum ex dominis ſervi, qui nocuit, condemnatio in ſolidam æſtimationem fit, quia in ſolidum actoris intereſt. l. 1. §. noxæ 14. ff. ſi quadrupes pauper. cum ſimilibus ſupra laudatis §. 13. & e contrario, quoties actor non eſt dominus, niſi partis rei ſive ſervi, cui nocitum, quia neque amplius quam pro parte illius intereſt, non niſi partis reſpectu fit condemnatio æſtimationis, etiam contra dominum in ſolidum ſervi, qui nocuit: eaque diſtinctio recepta eſt etiam in aliis cauſſis, in quibus æſtimatio ſolvitur pro re individua, veluti ſervitute. d. l. loci 4. §. ſi fundus. d. l. heredes 25. §. an ea 9. ff. fam. erciſc. explicat poſt Claſſicos ad rem Cujacius lib. 22. obſerv. cap. 36. & lib. 22. Pauli ad Edictum, in d. l. ſi in re communi 19. ff. de noxal.

§. XVII. Denique primario illi juris principio de dividuitate obligationis quantitatis vel ſpeciei valde & valide obſtat, quod ſcriptum eſt, ſi plures furtum fecerint ſpeciei certæ, vel in ea damnum dederint, ſingulos non pro parte ſed in ſolidum teneri, ut vel rem ſubreptam reſtituant, vel æſtimationem ejus aut damni ſolvant. l. item Mela 11. §. ſi plures 4. l. ita vulneratus 51. §. ult. ff. ad l. Aquil. l. 1. §. ult. cum l. 2. & 3. ff. de his qui effud. vel dejecer. l. tres tutores 55. §. ſed ſi ipſi ff. de adm. tut. l. ſi plures 6. ff. arbor. furtim cæſarum. l. vulgaris 21. §. penult. ff. de furtis. l. 1. §. ult. ff. ſi is qui teſtam. lib. l. 1. C. de condictione furt. unde evinci videtur, obligationem etiam ſpeciei vel quantitatis certæ individuam eſſe, contra regulam d. l. in executione 85. §. 1. cum §. ſeq. hoc tit. ſed rejecta in opportuniorem locum potius quam repudiata ſententia eorum, qui affirmant, obligationem, de qua in adductis jam juris locis, ideo individuam eſſe, quia non eſt dandi, ſed reſtituendi, quod meri atque individui facti cenſetur, ſicut traditur in l. 4. §. ult. l. ſtipulationes 72. §. 1. hoc tit. & conducit in ſpecie textus in l. ſi duo 22. verſ. & niſi pro ſolido ff. depoſiti. reſpondendum potius eſt, ideo plures in ſolidum teneri in ſpeciebus propoſitis, quia obligatio eſt non ex contractu, ſed ex delicto ſive dolo, quem certe intelligi non poteſt ſingulos pro parte admiſiſſe; ſed unumquemque in ſolidum & totius rei univerſos, quæ ratio fere exprimitur in d. l. ſi duo 22. verſ. nam certe. d. l. vulgaris 21. §. penult. ff. de furtis. l. ſemper 15. §. ſi in ſepulchro ff. quod vi aut clam. junctis in eam ſententiam d. l. ſupra 11. §. officium verſ. licet opus. d. l. ſi in re communi 19. verſ. ſed poteſt ff. de noxal. l. in depoſiti 9. ff. depoſiti. docet poſt Academicos Anteceſſores noſter Valentia lib. 2. illuſtrium tractata 4. cap. 4. num. 28. junctis traditis poſt alios a Covarr. in clem. ſi furioſus parte 2. §. 2. num. 3. & in regula peccati parte 2. §. 12. num. 3. circa quæ tamen duo dumtaxat ulterius meminiſſe oportebit. Primum ſit, obligationem ex delicto vel furto individuam ſeu contra plures in ſolidum eſſe, quoties ſubrepta ſpecies eſt; cæterum ſi pecuniæ numeratæ ſeu quantitatis furtum fuerit, & unusquisque ſolvendo eſt, tenentur non in ſolidum, ſed ſinguli pro parte, quam abſtulerunt, quia & hactenus deliquiſſe intelliguntur; neque ultra actoris intereſt, cum pecunia ſeu quantitas omnino dividua ſit. d. l. tres tutores 55. verſ. plane ff. de admin. tut. d. l. ſi duo 22. Secundum ſit, etiam quo caſu ob furtum damnumve, ſeu delictum in ſpecie una a pluribus commiſſum ſinguli in ſolidum tenentur, multum intereſſe, an conveniantur mere pœnali actione, an rei perſecutoria, nam ſi mere pœnali, quamvis unus in ſolidum pœnam pecuniariam dependerit, alii a pœna non relevantur. l. tres tutores 55. §. ſed ſi ipſi ff. de adm. tutor. d. l. Mela 11. §. ſed ſi plures 2. ad l. Aquiliam. l. ſi quis 7. §. ult. cum l. ſeq. ff. de jurisdictione. d. l. 1. §. ult. ff. ſi is qui teſtam. liber. l. utique 21. ff. de liberali cauſſa. l. ult. ff. ne quis eum, qui in jus voc. d. l. 1. C. de condictione furt. quia ſingulorum proprium atque integrum delictum eſt. l. ſi familia 9. ff. de jurisdictione. l. ſi plures 34. ff. de injuriis. neque id, quia ejus pœnam unus ſubierit, debet in aliis remanere impunitum. d. l. ita vulneratus 51. §. ult. l. ſi a reo 70. §. ult. ff. de fidejuſſoribus. ſed ſi rei perſecutoria actione conventus unus ſolverit, cæteri ab ea actione liberabuntur. d. l. 1. C. de condictione furtiva. d. l. 3. ff. de his qui effud. l. ſi cum 14. §. ult. ff. quod metus cauſſa. l. 1. §. ſi plures 4. ff. de eo per quem factum erit. d. l. ſemper 15. §. ſi in ſepulchro ff. quod vi aut clam. l. ſi ex duobus 15. ff. de tutelæ & rationibus diſtrahend. l. 1. §. ſi apud duos ff. depoſiti. quia rem habet actor, quam perſequebatur, nec bis eam petere debet. l. bona fides 50. ff. de R. J. explicat noviſſime & electe noſter Suarez lib. 1. ad l. Aquil. cap. 3. ſectione 2. & 3. & conducunt tradita a Covarr. lib. 3. var. cap. 3. num. 7. & 8. Cujac. lib. 7. obſerv. cap. 37. Ant. Fabro lib. 4. conject. cap. 1.

§. XVIII. Tandem quoad petitionem ſolutionemve partis, quam ex dividuitate obligationis quantitatis vel ſpeciei permitti creditori & debitori docuimus ſupra §. 1. obſervandum eſt, permitti id quidem ex natura obligationis dividuæ; ideoque & partem peti poſſe ipſo jure. l. penult. §. ult. ff. de jurisdictione. & ſoluta parte ſtatim pro ea debitorem liberari. l. ſtipulatus 9. §. 1. ff. de ſolut. ſi tamen debitoris in admittenda petitione partis, aut creditoris in ſolutione voluntas non repugnet, ut ſupponendum eſt in locis nuper laudatis, idque ſufficit, ut obligatio quantitatis, vel ſpeciei ex natura rerum debitarum dividua jure cenſeatur. Cæterum ſi debitor, a quo pars petitur, malit totum ſolvere, ne poſtea ſuper alia parte diverſo judicio vexetur, & conſequenter pluribus pro uno debito contra regulam l. 2. ff. de exercitoria act. l. & ancillarum 27. §. ult. ff. de peculio. rei æquitas jurisque ratio, quæ in hoc caſu dividuitati repugnat

Digitized by Google

juxta notata ſupra §. 2. *in principio.* facit, ut debitor invitus partis exactionem pati non debeat, quin potius exceptione adjuvetur, niſi creditor totum petat. *l. in commodato* 17. §. *duabus ff. commodati.* & e contrario ex eadem ratione juris, ſi creditor nolit admittere ſolutionem partis propter incommoda, quæ ſecum affert particularis ſolutio. *l.* 3. *ff fam. erciſc.* & quia partem accipiendo creditor ſolutionem alterius partis differt, eoque ipſo minus quam debebatur conſequi videtur, ad quod cogi non debet invitus. *l. ſolidum* 85. *ff. de ſolut.* §. *ſi quis agens* 33. *verſ. plus autem inſt. de actionibus.* neque contraxiſſe intelligitur, niſi ut ſolidum acciperet. *d. l. ſi quis aliam* 46. *ff. de ſolutionibus.* non cogitur invitus creditor certi & confeſſi debiti partem admittere, ut expreſſum eſt in *l. tutor* 41. §. *Lucius ff. de uſur. l. fiſtulas* 78. §. *qui fundum ff. de contrah. empt l. Julianus* 13. §. *offerri ff. de act. empt l. qui pignori* 19. *ff. de pignor. l. cum fundus* 31. §. *ult. ff. de rebus cred. l. ult. ff. quib. mod. pign. vel hypot. ſolv. l. obſignatione* 9. *C. de ſolutionibus. l. hereditatis* 22. *ff de hered. vel actione vend* conducit argumento deducto ab ſpeciali textu in *l.* 4. §. *item ſi decem* 6. juncta *l.* 3. § *ſi decem* 5. *ff. de ſtatulib.* ex quibus ita docent & deducunt communiter poſt Bart. in *noſtra l.* 2. §. *& harum.* & in *d. l. tutor* 41. §. *Lucius ff. de uſur* late congeſti ex noſtratibus a Pichard. in *appendice ad titulum inſt. de offic. jud. cap.* 7. *num.* 77. Valentia *illuſtr. lib.* 2. *tractatu* 4. *cap.* 4. *num.* 38. quibus addendi ſunt Donell. *lib.* 16. *comm. cap.* 11. & in *d. l. quidam* 21. *ff. de rebus cred.* Schiſordegherus *ad Fabrum lib.* 1. *tractatu* 2. *quæſtione* 4.

§. XIX. Nec nos ab hac ſententia, quæ in ſchola & foro receptiſſima eſt, movent argumenta vel mutant, quibus in contrarium utuntur uterque Raphael Fulgos. in *d. l. quidam* 21. Cumanus in *l. ſtipulationum* 5. § *ult. num.* 10. *hoc tit.* & noviores alii affirmantes, poſſe etiam invito creditori partem ſolvi, & pro ea ſtatim debitorem liberari. Quippe ut pleriſque omiſſis, quibus ſupra laudati pro communi reſpondent, pauca duntaxat, præcipuaque ſententiæ hujus momenta expendamus, non nimis eis ſavet, aut noſtræ repugnat, quod deducitur ex *d. l. quidam* 21. *ff. de reb. cred. l. permittendum* 8. *ff. ſi part hered. pet.* id enim obtinet non in liquido & confeſſo debito, de quo nos cum communi loquimur, ſed in eo, cujus partem fatetur, offertque debitor, partem autem debere ſe negat, & de ea litigare paratus eſt, quo caſu compellendus eſt creditor partem accipere Prætoris officio ex æquitatis jurisque rationibus, quas conſiderat poſt Antiquiores, & jam laudatos Faber in *Rat. d. l. quidam* 21. quamvis temere idem Fab. eum textum Triboniano adſcribat in *Rat. l. ſi unus* 27. §. *ſi cum decem ff. de pactis.* & in *libello de variis nummariorum debitorum ſolutionibus cap.* 7. nec ad rem magis pertinet alterum argumentum ex *l. in his* 5. § *ſi duos ff. de ſolutionibus.* nam quod ibi ſupponitur, poſſe debitorem ſic ſolvere, ut unum ſolum ex fidejuſſoribus liberet, & conſequenter poſſe ſolvere partem unius fidejuſſoris etiam invito creditore, intelligendum eſt in ſolutione a debitore facta nomine unius fidejuſſoris, quia cum ex epiſtola Hadriani, ſi omnes fidejuſſores ſolvendo ſint, obligatio dividatur, & partem ſolam unusquisque attento effectu debeat. *l. inter* 26. *ff. de fidejuſſor.* quamvis totius debiti reſpectu ſolutio partis ſit, quæ a debitore fit pro uno fidejuſſore, tamen reſpectu ejus, quod fidejuſſor iſte ex Hadriani epiſtola effectu attento debet, totum, quod iſte debet, ſolvi intelligitur; & ideo creditor cogitur accipere: invulgatus in hac re textus in *l. ex judicatum* 16. *ff. judicatum ſolvi.* & fidejuſſor, pro quo ſolvitur, liberatur non ipſo jure, quia ipſo jure totum debebat, ſed per exceptionem, ſi confidejuſſores litis conteſtatæ tempore ſolvendo ſint. *l. inter* 51. §. 1. ubi Cujac. *lib.* 3. *reſp. Pap. ff. de fidejuſſor. d. l. in his* 5. §. *ſi duos. l. quoties* 37. *ff. de ſolutionibus.* ubi Cujac. *lib.* 2. *Juliani ad Urſejum Ferocem,* & *lib.* 26. *obſerv. cap.* 4. Donell. in *l. ſi creditores* 18. *num.* 7. *ff. de pactis.*

CAPUT QUARTUM.

De Obligationibus Dividuis Petitione, & Individuis Solutione, quales ſunt Genericæ, Alternativæ, Pignoratitiæ, & Pœnales.

Ad *leg.* 2. §. *& harum cum* 2. *ſeqq. l. ſtipulatio* 5. §. *ult. l. in executione* 85. §. *pro parte* 4. *& §. etiamſi* 6. *de Verb. Oblig.*

§. I. Sequitur ex propoſitis ſupra *cap.* 2. §. 7. *in fine,* ſecundus ordo obligationum, ex quibus peti quidem pro parte poteſt, & ideo petitione dividuæ ſunt, ſed niſi ſolidum ſolvatur, nec pro parte ſoluta debitor liberatur, & ideo ſolutione individuæ dicuntur, earumque notiora & nobiliora exempla in obligatione generis, veluti hominis, & alternativa, veluti Stichi aut Pamphili, proponuntur in *noſtra l.* 2. §. *& harum. l. in executione* 85. §. *pro parte hoc tit.* quibus explicandis in primis quoad naturam obligationis genericæ omiſſis multis traditis ab Accurſ. & Claſſicis in *l. Mævius* 65. §. *duorum ff. de leg.* 2. & in *d.* §. *& harum.* Zaſio *lib.* 1. *reſponſor. cap.* 1. *num.* 35. obſervandum eſt, in obligatione generis contineri ſingulas ſpecies, quæ ſub genere ſunt, non quidem ita ut proprie ſtricteque deberi omnes dici poſſit, neque ita ut ſpeciali & expreſſo verborum vinculo ſingulæ comprehendi aut affici videantur, ſed ita ut genericæ orationis compendio poni deducique ſingulæ in obligationem videantur, quaſi ſub conditione ſi ſolvantur, ſic ut quacumque ex eis ſoluta eam debitam, & in obligatione fuiſſe intelligamus. *l.* 3. *ff. qui & a quibus. l. cum incertus* 13. *ff. de leg.* 1. idque eſt, quod dicitur, hominis compendio & generali legato ſingulos homines contineri. *d. l. Mævius* 65. §. *duorum verſ. non idem ff. de leg.* 2. ut explicat Cujac. *ibidem lib.* 17. *quæſt. Papin. & lib.* 14. *obſerv. cap.* 21. plane proprie & ſtricte generica obligatio conſiſtit duntaxat in una ſpecie ejuſdem generis, corpore quidem incerta, ſed electione & ſolutione ad certitudinem redigenda, ita ut eam ſolam debitam, & a principio in obligatione fuiſſe appareat ex poſtfacto. *l. ſi Pamphilo* 10. *ff. de optione legata. l. cum incertus* 13. *ff. de leg.* 1. *l. & per jusjurandum* 13. §. *ſi is qui hominem ff. de acceptilat.* ex quibus ita ſentit Bart. in *d. l. Mævius* 65. §. *duobus num.* 9. & in *noſtro* §. *& harum num.* 10. noviores apud Pich. in *append. ad tit. inſtit. de off. judicis cap.* 9. *num.* 102. nec diſſentit in effectu noſter Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 4. *cap.* 5. *num.* 2.

§. II. Deinde ex ejuſdem rationis filo quoad obligationem alternativam, in quam ſcilicet illud aut illud disjunctive deducitur, ſciendum eſt, utrumque quidem expreſſis conventionis verbis poni ad obligationem, ſive deduci non ſimpliciter, ſed alternative & disjunctim, ita ut in quamlibet rem ex duabus alternative promiſſis obligatio & ſolutio cadere poſſit. *l. ſi duo* 128. *hoc tit. l. cum hereditas* 5. §. *ult. ff. qui & a quibus. l. te hominem* 32. *ff. de novat.* proprie autem & præciſe obligatio non conſiſtit, niſi in alterutro electione, & ſolutione ad certitudinem redigendo, quia & alterutrum duntaxat ab invito debitore exigi poteſt. *l. ſi quis* 112. *hoc titulo. l. Stichum* 8. §. *ſi decem. l. ſi is cui* 26. *ff. de novat. l. ult.* §. *is qui operas ff. qui & a quibus. l. adigere* 6. §. 1. *ff. de jure patronatus.* & conſequenter alterutrum debitum, & in obligatione proprie eſt, non utrumque, *arg. l. debitor* 108. *ff. de V. S. princ. inſtitut. de obligat.* unde & unum legatum, ſive obligatio alternativa cenſetur. *l. ſi*

ex

ex toto 8. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. illud* 27. *ff. de leg.* 2. *l. cum illud* 25. *ff. quando dies leg. ced.* docet ita poſt Alciatum, & Zaſium Caballinus *parte* 2. *de individuis num.* 117. & ex communi opinione, quam ſequuntur ſic explicandi plures apud Valentiam *ubi proxime num.* 4. junctis traditis a Cujac in *d. l. ſi ex toto* 8. §. *ult.* & in *l. Titio* 21. *ff. de uſufr. leg.* & *lib.* 18. *quæſt. Pap.* in *d. l. cum illud* 25. *ff. quando dies leg ced.* Bened. Pinell. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 16. *num.* 3 & 34.

§ III. Ex ſuperioribus jam intelligitur, dividuitatem petitionis, & individuitatem ſolutionis in obligatione generica & alternativa (ſi, ut cum JCtis ſupponimus, ſint obligationes dandi, & conſiſtant in rebus ſui natura dividuis) ex una eademque ratione juris deſcendere, nam cum utraque obligatio partis dationem natura recipiat, ut ſcriptum eſt in *noſtro* §. & *harum.* neque conventio aut juris ratio obſtent, quominus creditor, qui rem unam integram ex obligatione generica vel alternativa petere potuit, partem duntaxat petat, dilata interim alterius partis petitione, cenſetur utraque obligatio dividua reſpectu petitionis. *d. l. in executione* 85. §. *pro parte hoc tit.* dum tamen quoties electio debitoris eſt, ut plerumque eſt in alternativa & generica obligatione. *l. plerumque* 10. §. *ult. l. quemadmodum* 46. §. *ult. ff. de jure dot. l. ſi marito* 9. §. *ult. ff. de fundo dotali. l. ſi ita* 25. *l. ſi in emptione* 34. §. *ſi emptio* 6. *ff. de contrahend. empt.* §. *ſi quis agens* 34. *verſ. huic autem cum ſeq. inſt. de act.* non pars certæ ſpeciei, vel unius ex alternative debitis, ſed generaliter pars incertæ ſpeciei, vel alterutrius ex alternatim debitis petatur, nam alioquin debitori electio adimi, & cauſa plus peti intelligitur. *d.* §. *ſi quis agens* 34. *verſ. huic autem cum ſeq. l. obligationum* 44. §. *modus ff. de oblig. & act. l. ubi autem* 75. § *qui illud hoc tit. l. qui hominem* 17. *ff. de acceptilationibus. l. ſi non ſortem* 26. §. *ſi decem ff. de condict. indeb. l. miles* 6. §. 1. *ff. de re judicata.* qnod diverſum omnino eſt, ſi creditor electionem ſibi ſervaverit; tunc enim poteſt partem unius certæ rei ex deductis in obligationem alternativam aut genericam petere. *l. cum debitore* 17. *ratam rem haberi. l. ſi is qui Stichum* 66. *ff. de procuratoribus.* e contrario cum utraque obligatio generica & alternativa conſiſtat proprie & ſtricte non in pluribus rebus diverſis, aut diverſarum partibus, ſed in una tantum ſpecie per electionem ſolutionemque ad certitudinem redigenda. *d. l. ſi Pamphilo* 10. *ff. de opt. legata. d. l. ſi ex toto* 8. §. *ult. ff. de leg.* 1. cum ſupra laudatis; & electionem, quæ in contractibus alternativis & genericis, niſi creditor ſibi reſervet, debitoris eſt, ut jam diximus, non amittat debitor ex contractu, quamdiu non integre rem unam præſtat. *l. qui ex pluribus* 106. *l. cum qui certarum* 138. §. 1. *hoc tit.* etiamſi unius rei partem ſolverit. *l. ſi non ſortem* 26. §. *ſi decem ff. de condict. indeb. l. qui hominem* 34. *in princ.* & §. 1. *ff. de ſolut.* ſi ſolutione partis ſtatim pro ea debitor liberaretur, liceret ei jure electionis, quam adhuc retinet, partem alterius rei diverſæ præſtare, & quidem cum injuria, & contra mentem creditoris, qui rem unam integram ex alternative aut generice debitis non partes diverſarum in conventionem deduxit, qua ratione æquitatis & conventionis tacitæ in obligatione generica ei non ſatisfieri parte ſoluta, & conſequenter individuam eſſe ſolutionem proditum eſt in *d. l. in executione* 85. §. *pro parte*, & in *noſtro* §. & *harum.* nam creditor accipiendo partem ſimpliciter intelligitur ſolutionem alterius partis in eadem re differre in gratiam debitoris. *l. tutor* 41. §. *Lucius ff. de uſur.* non autem permittere, ut alterius diverſæ rei parte ſoluta debitor liberari poſſit, ne ſuum jactare creditor præſumatur, contra *l. cum de indebito* 25. *ff. de probationibus.*

§. IV. Eadem ſane ratio in obligatione alternativa, præterquam quod inſinuatur in extremo *noſtri* §. & *harum*, & *d. pro parte.* & magno aſſenſu veterum & noviorum recepta eſt, exprimitur reſpectu creditoris electionem habentis, qui diverſarum rerum partes petit, in *d. l. ſi ex toto* 8. §. *ult.* ibi: *quia unum in alterutra cauſa legatum ſit.* proinde audiendus potius, quam auſcultandus unus & alter ex Academicis Anteceſſoribus, quibus placet, individuitatem reſpectu ſolutionis in obligatione alternativa non ex ratione tradita in obligatione generica, ſed pendere prorſus ex favore debitoris, ne ſcilicet ſi ſoluta parte liberetur, electionem amittat alterius rei ſolvendæ; eſt enim ex adverſo certius etiam in obligatione alternativa, liberato debitore pro parte unius rei non amitti electionem in alterius rei parte ſolvendi, ſi non interveniat abſurditas & injuria ſolutionis in partibus diverſarum rerum contra qualitatem conventionis, ut in exemplo *l. qui hominem* 17. *ff. de acceptilat.* & conſequenter ei abſurditati vitandæ, quæ ſolutione partis liberato debitore ex electione ſequi poſſet, & qualitati ipſius obligationis alternativæ, quæ in una integra re conſiſtit, individuitas hæc accepto ferenda eſt. *d. l. ſi ex toto* 8. §. *ult.* unde non ad favorem aut facultatem debitoris, ſed ad neceſſitatem juris refertur hujus individuitatis ratio. *l ſi quando* 109. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. ſi quis duobus* 15. *ff. de leg.* 2. *l. plane* 21. *ff. de condict. indebiti.*

§. V. Conſentaneum propoſitis aut conſequens eſt, ceſſare individuitatem hanc obligationis genericæ vel alternativæ quoad liberationem debitoris pro parte, ſi ceſſet illa abſurditas ſolutionis in partibus diverſarum rerum, veluti ſi contra unum ex heredibus promiſſoris ſtipulator hominis in genere egerit pro parte hereditaria, & victus ſit abſoluto per ſententiam herede, (quomodo verbum *egit* de eo, qui egit nec obtinuit, uſurpatur in *l. & an eadem* 14. §. *ult.* juncta *l. ſi mater* 11. §. *ult ff. de exceptione rei judicatæ.*) quo ſane caſu cum abſolutus heres nec ſpeciem nec partem ejus præſtet, ideoque nec immineat periculum ſolutionis in partibus diverſarum ſpecierum, & ille liberatur, & alii heredes manent pro ſuis partibus obligati, ut in *noſtra l.* 2. §. *ſi tamen hominem hoc tit.* idemque eſt, ſi uni ex heredibus promiſſoris, vel etiam ipſi promiſſori accepto feratur pars obligationis genericæ vel alternativæ, namque & tunc cum creditor non partem certæ rei accipiat, ſed accepto ferendo remittat, verendum non eſt, ne poſtea in parte rei diverſæ ſolutio fiat, & ideo acceptilatio pro parte liberat. *d. l.* 2. §. *ſi tamen hominem. l. qui hominem* 17. *ff. de acceptilat.* quas ita interpretantur Claſſici *utrobique.* & Duar. Cujac. & Giphan. *ibidem.* idem Cujac. *lib.* 54. *Dig. Juliani* in *d. l. qui hominem* 34. §. 1. *ff. de ſolut.* Don. *lib.* 16. *comm. cap.* 21. Briſſon. *lib.* 2. *de ſolut. pag. mihi* 207. eadem denique ratione fit, ceſſare individuitatem hanc obligationis genericæ & alternativæ, ſi electio creditoris ſit, & ideo debitorem liberari ſoluta parte. *d. l. cum debitore* 17. *in fine ff. ratam rem haberi.* nam cum eo caſu creditor, ſive lite conteſtata de una re aut ejus parte, ſive electione facta partem unius rei acceperit, electionem conſumat, quam mutare poſtea non licet juxta diſtinctionem propoſitam in *l. ſi quis ſtipulatus* 112. *hoc tit.* junctis docte traditis a Cujac. *lib.* 9. *quæſtionum Pap.* in *l. ſi is qui Stichum* 66. *ff. de procuratoribus.* Donello *lib.* 15. *comm. cap.* 2. Eduardo Caldera *lib.* 2. *var. cap.* 6. poſſitque ſemper partem aliam ejuſdem rei ſolutæ petere, non autem partes diverſarum rerum. *d. l. ſi ex toto* 8. §. *ult. ff. de leg.* 1. non eſt cur timeatur iniquitas injuriave ſolutionis in partibus diverſarum rerum, ut rectiſſime perpendunt poſt Caſtrenſem, & alios Jaſo in *noſtro* §. & *harum num.* 14. & 15. Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 10. *num.* 12. nec diſſentiens in effectu Sarmiento in *l. ſi quis duobus* 15. *num.* 2. *ff. de leg.* 2. eiſque non laudatis noſter Valentia *lib.* 2. *illuſtrium tractatu* 4. *cap.* 5. *num.* 32.

§. VI. Illud in commune ex ſupra traditis circa individuitatem ſolutionis in obligatione generis,

& alternativa, quoties electio debitoris fuerit, proprie deducitur, neque debitorem ipſum, neque ejusdem fidejuſſorea, vel heredes aut duos reos ſolum parte liberari, quamdiu non ejusdem ſpeciei partes præſtiterint, & ideo aut ſtatim partem ſolutam repeti poſſe, ſi alia integra res ſolvatur, aut quamdiu illa non ſolvitur, eſſe in pendenti liberationem & repetitionem, ut in *noſtro §. & harum.* quem ita intelliges ex communi ſententia, eoque pertinent textus hinc explicandi in *d. l. ſi non ſortem* 26. *§ ſi decem cum §. ſeq. l. plane* 21. *ff de condictione indebiti. l. ſtipulatus* 9. *§. ult. l. qui hominem* 34. *in princ. & §.* 1. *& §. ſi decem ff. de leg.* 2. quibus circa quæſtiones tractatui noſtro de individuitate connexas potius quam cohærentes præter laudatos ex noſtratibus a Pich. in *appendice ad titulum inſt. de officio judicis cap.* 9. *num.* 109. Valentia *d. cap.* 6. *num* 24. adjungendi ſunt Don. *lib.* 14. *comm. cap.* 18. ubi Hillig. *lit.* F. Bened. Pinel. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 18. *num.* 30. Merillius *lib.* 3. *obſervat. cap.* 10. Sarmiento in *d. l. ſi quis duobus* 15. & in *l ſi cui* 19. *de leg.* 2.

§. VII. Superioribus ſuccedit elegans differentia inter obligationem genericam & alternativam, namque in alternativa non poteſt creditor parte rei unius ex alternative debitis accepta, veluti quinque, integram eam rem nempe decem poſtea petere; quia peteret partem rei, quam jam habet, quod abſurdum eſt. *l. ſi quis dolo* 51. *§. ult. ff. de re judicata.* & e contrario ut electionem, quæ in alternativis plerumque debitoris eſt *l. plerumque* 10. *§. ult. de jure dot. §. ſi quis agens* 34. *verſ. huic autem inſt. de act.* neque adimitur etiam parte unius rei ſoluta, quamdiu non integra res una ſolvitur. *l. qui ex pluribus* 106. *l. eum qui certarum* 138. *§.* 1. *hoc tit. l. qui hominem* 34. *in princ. & §.* 1. *ff. de ſolut.* ſalvam relinquat debitori creditor, neque cauſſa plus petat, ut in *d. §. ſi quis agens verſ. huic autem.* juncta *l. miles* 6. *§.* 1. *de re judicata. l. qui hominem* 17. *ff. de acceptilat.* neceſſe omnino eſt, ut petat alternative reliqua quinque, aut Stichum integrum, non autem quinque ſola, aut partem Stichi. *l. ſi non ſortem* 26. *§. ſi decem.* ne ita ſoluta admittatur ſolutio in partibus diverſarum rerum, quod abſurdum eſt. *d. l. in executione* 85. *§. pro parte hoc tit.* diverſum eſt in obligatione heredis, in qua cum nulla certa ſpecies verbis conventionis demonſtretur, ſed incerta & in genere. *l. cum incertus* 13. *de leg.* 1. *l. Mævius* 66. *§. decorum verſ. non idem de leg.* 2. *l.* 3. *ff. qui & a quibus.* non videtur creditor, quia Stichi partem accepit, petere etiam, ſi integrum hominem petat; & e contrario, ne petita reliqua parte Stichi eripiat electionem debitori, quam habet etiam in obligatione generica, & retinet etiam parte ſoluta, ut illam repetat, & in alia ſpecie ſolvat, cum petita parte hominis in genere relinquat debitori facultatem ſolvendi in parte alterius hominis quam Stichi, ne ſequatur abſurditas ſolutionis in partibus rerum diverſarum contra *d. l. in executione* 85. *§. pro parte.* debet omnino integrum hominem petere. *d. l. ſtipulatus* 9. *§. ult. ff. de ſolut.*

§. VIII. Deinde in eadem re præter vulgarem diſſentientium & docentium mentem obſervandum eſt, ceſſare individuitatem illam obligationis genericæ & alternativæ reſpectu liberationis parte ſoluta, quoties obligatio eſt ex teſtamento & codicillis, in quibus alternatim vel generice ab uno herede uni legatario relinquitur, namque in alternatis & genericis legatis, ſive electio fuerit heredis, ut in relictis per damnationem. *l. ſi a ſubſtituto* 43. *§. ult. l. cum res* 47. *§. ſed ſi Stichus ff. de leg.* 1. *l. ſi ita relictum* 43. *§. ult de leg.* 2. ſive legatarii, ut in relictis per vindicationem. *l. plane* 34. *§. penult. l. legata* 37. *l. ſi domus, & l. ſi ſervus* 108. *§. cum homo de leg.* 1. *l. Lucia* 23. *de leg.* 2. *l.* 2. *§.* 1. *ff de optione legata.* Quam differentiam proponit Ulpianus in *fragm. tit.* 24. *de legatis §. optiones.* & inſinuat ſignanter textus in *l. ſi is cui* 19. *de leg.* 2. & quamvis alii, qui non capiunt, carpant eam, tamen agnoſcunt Cujac. in *d. l. ſi is cui* 19. Merillius in 50. *deciſ. Juſt.* in *l.* 4. *C. de V. S. num.* 17. Caſtillo *de uſufr. cap.* 9. *num.* 34. poſt alios Hilliger. ad Donell *lib.* 8. *cap.* 19. *lit. K.* non licet legatario vel heredi electione ſemel facta variare. *l. apud* 20. *de optione legata. l. ſervi* 5. *l. hujusmodi* 84. *§. Stichum de leg* 1. *l. ſtatuliberum* 11. *§. ult. de leg.* 2. atqui heres partem unius rei ex alternative ſeu generice relictis ſolvens, vel legatarius petens accipiensque, ſive ſcientes faciant, eligunt eo ipſo ſolutionem in ea re, nec variare poſſunt, *arg. l. cum debitore* 17. *ff. ratam rem haberi.* ſive per errorem exiſtimantes illius tantum ſpecies, in cujus partem ſolvunt, non autem alternativum ſeu genericum legatum fuiſſe, non poſſunt repetere. *d. l. ſi is cui* 19. *de leg.* 2. nempe quia in legatis acquiritur ipſo jure legatario etiam ignoranti dominium rei legatæ & electæ, ſi per vindicationem legata fuerint, auctore Cajo *lib.* 2. *inſt. de leg. §. vindicationis, & §. cæterum in fine.* juncta *l. quod pater* 77. *§. ſurdo de leg.* 2. *l. ſi partem* 19. *§.* 1. *ff. quemadm. ſervit. amitt. l. magis* 5. *§. ſi fundum ff. de rebus eorum. l. quia retro* 35. *ff. ad l. Aquil.* & perſonalis actio ex teſtamento, ſi legatum fuerit damnationis aut fideicommiſſum. *l. filiusfam.* 16. *in fine ff. qui teſtamenta fac. poſſunt. l. cum vera* 26. *§. ult. de fideicommiſſar libert. l. Pomponius* 13. *§. ſed & legataria ff. de acquir. poſſeſſione. l. ult. C. quando dies leg. ced.* nec poteſt variatio heredis, vel legatarii ſuſcitare electionem ſemel conſumptam, & dominium actionemve ex ea jam jure ipſo quæſitam mutare, ut ſignificatur in *l. apud Aufidium* 20. *de opt. legata.* quod cum diverſum ſit in obligatione alternativa aut generica ex contractu, ex quo ſola electione a debitore facta dominium ipſo jure non acquiritur creditori ſine traditione. *l. traditionibus* 20. *C. de pactis.* Poteſt utique debitor etiam poſt electionem mutare voluntatem, quamdiu non integre rem unam ſolverit. *l. qui ex pluribus* 106. *l. eum qui* 138. *§. ult. hoc tit.* & ſi per errorem ignorans ſe alterutrum aut rem in genere promiſiſſe, ſpeciem unam aut ejus partes ſolverit, poteſt repetere. *l. cum is* 32. *§. ult. de condict. indebiti.* Quam ita cum *d. l. ſi is cui* 19. *de leg.* 2. conciliant Merillius *lib.* 3. *obſervat. cap.* 10. & in 50. *deciſ. Juſtiniani* ad *l. penult. C. de condictione indeb. num.* 4. *pag.* 237. Pacius *cent.* 4. *quæſt.* 6. *in fine.* loquimur autem de uno herede ſeu legatario, quia ſi plures legatarii vel heredes ſint, nec ceſſabit individuitas, nec liberabitur unus heres parte rei ſoluta ante electionem ejusdem rei ab omnibus factam, quoniam electio unius, quamdiu alii in eadem re eligenda non conſentiunt, mutari poteſt. *l. ſi tibi* 8. *§. unius de opt. legata.* quam ita accipit Cujac. *ibi.* tranſcriptus a noſtratibus, nec laudatus, quamvis valde idem in eo loco interpretando fluctuet *lib.* 9. *quæſtionum Papiniani* in *l. ſi is qui Stichum* 66. *de procuratoribus.* & conſequenter ſi pro ea parte heres liberaretur, poſtea alia re ab omnibus electa, contingeret ſolutio in partibus diverſarum rerum contra *d. l. in executione* 85. *§. pro parte.*

§. IX. Sed de individuitate alternativæ, & genericæ obligationis, ſi propria tantum noſtri tractatus nec proxima & aliena quærimus, ſunt hæc jam ſatis. Succedit ex propoſitis in *principio hujus cap.* obligatio pœnalis; de qua ante omnia illud ſciendum eſt, quod ſi præcedat obligatio dandi quantitatem, vel ſpeciem, cui ſubjiciatur pœnalis ſtipulatio certæ itidem quantitatis, vel rei præſtandæ, niſi ex priori obligatione ſolvatur, ſolidum poteſt peti in ſolidum pœna ex poſteriore obligatione. Ideoque quamvis unus ex heredibus promiſſoris pro portione ſua ſolverit partem pecuniæ, vel ſpeciei deductæ in priorem obligationem, niſi tamen & cæteri coheredes ſolvant, ita ut in ſolidum ſatisfiat, committitur in ſolidum pœna contra omnes heredes. Quo reſpectu & prior obliga-

tio,

tio, & poſterior ſit individua, quia neque ex priore prodeſt partem ſuam ſolvere, niſi totum ſolvatur, neque ex poſteriori unquam, niſi tota pœna petatur. *l. ſtipulationum* 5. §. *ult. l. in executione* 85. §. *item ſi* 6. *hoc tit. l. heredes* 25. §. *idem juris* 13. *ff. familiæ erciſcundæ.* Cujus principii ratio ea eſt, quia quamvis ſui natura utraque obligatio ut pote quantitatis, vel ſpeciei dividua cenſeri debeat, ut ſignificatur in *d. l. heres* 25. §. *idem juris*, junctis traditis ſupra *cap.* 2. contrahentium tamen conventio, ſeu conſenſus in adjicienda pœna fuiſſe intelligitur, ut ex actione pœnæ ſarcirentur incommoda, quæ particularis ſolutio ex priori obligatione afferre poſſet. *l.* 3. *ff. familiæ erciſcundæ. l. cum hi* 8. §. *in cauſſa ff. de tranſactionibus. l.* 9. *ff. de alimentis legatis.* & conſequenter, ut niſi in ſolidum ex priori obligatione ſolveretur, committeretur in ſolidum pœna, cujus exigendæ jus ſemel ſtipulatori quæſitum auferri ei ſine injuria non poteſt. *d. l. ſtipulationum* 5. §. *ult. in fine.* Accedit quod & in aliis cauſſis obligationem alioquin dividuam efficit individuam conventio juris auxilio nitens, ut docuimus priore *tractatu cap.* 1. §. 2. *in fine, & cap.* 2. §. 8. præſertim ſi conventio exprimatur per formam conditionis, quæ ſui natura individuitatem inducit, ita ut ſatis non ſit pro parte conditionem implere. *l. qui duobus* 22. *l. cui fundus* 56. *ff. de condition. & demonſtr.* At pœnalis ſtipulatio conditionaliter concipitur, nempe ſi ex priore obligatione ſpecies aut quantitas data non erit. *d. l.* 5. §. *ult. l. in executione* 85. § *item ſi* 6. *hoc tit.* Ergo cum verum ſit, etiam parte ſoluta ſpeciem tamen, vel quantitatem integram datam non eſſe, conſequens eſt, & pœnam in ſolidum committi. *d. l. in executione* 85. §. *item ſi* 6. ubi ita ex Claſſicis exponit Jaſon, & in *d. l.* 5. §. *ult.* ubi Duarenus, Donellus, & Giphanius, Cujacius in *l.* 4. §. *Cato hoc tit.* noſter Valentia *lib.* 2. *illuſtrium tractatu* 4. *cap.* 6. *num.* 17.

§. X. Sed ſuperioribus obnititur in *cap. ſuam* 9. *de pœnis*, cujus argumento pœnam adjectam etiam obligationi quantitatis dandæ, ſi ea pro parte ſoluta ſit, non committi, neque exigi, niſi reſpectu partis non ſolutæ; idque ex Canonica æquitate, ut pœna culpæ reſpondeat. *l. ſancimus* 22. *C. de pœnis.* procedere antiquata deciſione *d. l.* 5. §. *ult. cum ſimilibus.* docent poſt *gloſſam* in *d. cap. ſuam* 9. ita eum textum communiter intelligentes Bartolus in *d. l.* 4. §. *Cato num.* 19. Jaſon *num.* 40. poſt alios Gutierrez *de juramento confirmatorio part.* 3. *cap.* 17. *num.* 6. & *lib.* 4. *practic. quæſt. quæſtione* 67. *num.* 2. noſter Pichardus in *diſputatione de mora num.* 126. & 183. ſed quamvis hæc ſententia recepta ſit, ſuſtineri tamen in diſputandu non potuit, ut advertunt Alciatus in *d.* §. *Cato num.* 71. noſter Pichardus ſibi contrarius in *appendicibus ad titulum inſtitutionum de officio judicis cap.* 13. *num.* 224. Quare aliis interpretationibus omiſſis affirmandum eſt, deciſionem textus in *d. l.* 5. §. *ult. hoc tit.* non corrigi in *d. cap. ſuam* 9. ſed diverſam utriusque loci quæſtionem eſſe: quippe alia eſt quæſtio, an quo caſu ſupponimus pœnam legitime adjici, exigi & peti in ſolidum poſſit, ſi pro parte priori debito ſatisfiat, quod affirmatur in *d. l.* 5. §. *ult.* Alia autem quæſtio eſt, an obligationi quantitatis pœna recte adjiciatur & exigi poſſit, de quo in *d. cap ſuam* 9. ubi docemur, eam pœnam neque pro parte neque in ſolidum peti poſſe, quia inhoneſto ſive illegitimo quæſtui accedit, maxime attenta epiſcopali modeſtia, cenſeturque quodammodo uſuraria, *arg. l. Julianus* 13. §. *idem Papinianus ff. de actionibus empti. l. cum allegas* 15. *C. de uſuris. l.* 3. §. *ult. de annuis legatis.* uſuræ autem Pontificio jure omnino inhibentur. *cap.* 1. & *toto titulo de uſuris.* elegans ad rem textus in *l. ult. titulo* 11. *Part.* 5.

§. XI. Quartus poſtremusque ordo obligationum, quas inſcriptio hujus capitis complexa fuit, eſt in pignore, cujus obligatio ſemel contracta, quamvis rem afficiat ſui natura dividuam, nempe corporalem ſpeciem pignori obſtrictam, ut plerumque evenit, cenſetur tamen individua reſpectu luitionis, & diſtractionis pignoris, quia etiam parte debiti ſoluta pignus pro ea parte non liberatur, ſed obligatum manet pro ſolido. *l. rem hereditariam* 65. *ff. de evictione. l. in executione* 85. §. *item ſi ita hoc tit. l. qui pignori* 19. *ff. de pignor. l. ult. ff. quib. modis pignus ſolvitur. l. hereditatis* 22. *ff. de hered. vel act. vendita. l. quod ſi nolit* § *idem Marcellus ff. de Ædil. Edict.* & perinde in ſolidum diſtrahi a creditore poteſt, acſi pars nulla debiti ſoluta eſſet. *l. quamdiu* 6. *C. de diſtractione pignoris. l.* 2. *C. debitorem vendit. pignoris &c.* eademque in heredibus debitoris & creditoris ſervantur. *l. ſi neceſſarias* 8. §. *ſi unus. l. ſolutam* 11. §. *ſi creditori de pignorat. actione. l. his conſequenter* 18 §. *Celſus* 4. *l. heredes* 25. §. *idem obſervatur* 14. *ff. familiæ erciſc. l. arbiter* 11. *l. ult. ff. de diſtractione pignorum. l.* 1. *C. de luit. pignoris, l. unus* 16. *C. de diſtractione pignor. l.* 1. & 2. *C. ſi unus ex pluribus heredibus creditor. &c.* cujus individuitatis ratio ea recepta eſt, quia conditionis forma, ſub qua tacite vel aperte conventio concipitur, ſolet individuitatem inducere, cum neceſſe ſit conditionem ſpecifice implere, quod non fit niſi in ſolidum impleatur. *l. qui duobus* 23. *l. cui fundus* 56. *ff. de condition. & dem.* Obligatio autem pignoris ex contrahentium mente & juris intellectu ſub ea conditione contrahitur, ne pignus liberetur, niſi debito integro ſoluto, aut ſatisfacto. *l. grege* 13. §. *item ff. de pignor. l ſi rem* 9. § *omnis ff. de pignorat. actione.* Qua ratione obligatio pignoris & pœnalis, de qua ſupra §. 9. conjunguntur veluti & comparantur, quoad cauſſam individuitatis. *d. l. in executione* 89. §. *item ſi. d. l. heredes* 25. §. *idem juris* 13. *cum* §. *ſequenti.*

§. XII. Sed expendendus, exponendusque ſimul eſt in propoſito difficilis textus in *l.* 3. *C. de negot. geſt.* ubi ſcriptum eſt, coheredi, qui pignoris liberandi gratia univerſum debitum hereditarium ſolvit, competere negotiorum geſtorum actionem contra heredem, quæ tamen non daretur, ſi communis ratio & neceſſitas & pignoratitiæ actionis individuitas coëgiſſent ſolidum ſolvere. *l. ſi quis putans* 6. §. *ſive autem*, & §. *ſi domni ff. communi dividundo. l. ſi communes* 40. *ff. de negot. geſt. l. heredes* 25. §. *non tantum ff. fam. erciſc.* quia tunc competit proprie actio familiæ erciſcundæ, quæ & in hac ipſa ſpecie totius debiti pro pignore ab uno herede ſoluti datur in *d. l. his conſequenter* 18. §. *Celſus* 4. & §. *penult.* & *ult. l. heredes* 25. §. *idem obſervatur* 14 *ff. fam. erciſcundæ.* Ergo in *d. l.* 3. dum tribuitur actio negotiorum geſtorum, ſupponitur obligationem pignoris individuam non eſſe, in qua difficultate explicanda omiſſis Accurſii & Antiquiorum expoſitionibus, quarum meminit Gregor. Lopez Madera *animadverſ. cap.* 3. omiſſa & alia ejusdem, quam juris ratio & alternata orationis junctura non patitur, obſervandum potius eſt, in quæſtione *d. l.* 3. diverſa ratione & reſpectu actionem negotiorum geſtorum & familiæ erciſcundæ poſſe exerceri, quippe ſi perſonalem, principalemque obligationem inſpicimus, cum ea dividua ſit, ipſoque jure pro hereditariis partibus inter coheredes diviſa, potuit coheres partem ſuam debiti ſolvere, ita ut ejus obligatione perſonali liberetur, etiamſi totum non ſolviſſet, & conſequenter dum totum ſolvit, coheredemque liberavit, negotium ejus geſſit, & negotiorum geſtorum agere poteſt. *d. l.* 3. junctis *d. l. ſi quis* 6. §. *ſive autem. d. l. ſi communis* 40. *ff. de negot. geſt.* Sin autem pignoris obligationem inſpicimus, cum ea individua ſit, nec tollatur etiam pro parte coheredis ſolventis, niſi totum ſolutum ſit. *l.* 1. & 2. *C. ſi unus ex pluribus hered. creditor.* non poteſt coheres partem ſuam gerere & expedire, ſic ut pignus liberet, niſi ſolidum ſolvat. Unde & quia ſolvit, neceſſitate communionis & indivi-

duitatis cogente habet eo reſpectu actionem familiæ erciſcundæ. *d. l. his conſequenter* 18. §. *Celſus* 4. *d. l. heredes* 25. §. *idem obſervatur*, & §. *non tantum* juncta *l. rem hereditariam* 65. *de evictionibus*. Poteſtque alterutra earum actione experiri, ut eſt in *d. l.* 3. quam ita interpretatur rectiſſime Cujac. *lib.* 26. *obſervat cap.* 36. & laudati ab Hilligero ad Donellum *lib.* 15. *comm. litera G.*

§ XIII. Superioribus de individuitate pignoris duo hæc velut corollaria accedant. Primum ſit, obligationem pignoris prætorii, quæ contrahitur legatario miſſo in poſſeſſionem legati ſervandi cauſſa, juxta *l* 5. § *quæri* 21. *ff. ut in poſſeſſionem legat.* perinde individuum eſſe, ac pignoris conventionalis ex eadem ſcilicet cauſſa & exemplo; ideoque coheredi, qui ut poſſeſſionem prætorii pignoris a legatario liberaret, ſolidum legatum ſolvit, datur in id, quod ultra ſuam portionem ſolvit, actio familiæ erciſcundæ contra coheredes, quomodo intelligendus Ulpianus in *d. l. his conſequenter* 18. § *penult.* juncta *l. heredes* 25. §. *ſi unus* 15. *in fine ff. famil. erciſc.* Secundum eſt, obligationis pignoris ſive hypothecæ tacitæ, quam pro legatis & fideicommiſſis Juſtinianus induxit. §. *ſed olim* 2. *inſt. de legat.* ſingulare jus eſſe in eo, quod non ut aliæ pignorum obligationes individuæ ſint, ſed ſicut actio perſonalis, ita & hypothecaria hæc heredes ſingulos adſtrinxit tantum pro hereditariis portionibus. *l.* 1. *in fine C. communia de legat.*

CAPUT QUINTUM.

De Obligationibus Individuis tam Petitione quam Solutione, quales ſunt Servitutum & Factorum plurium.

§. I. Non eſt vel otii vel negotii noſtri, quorum utrumque ſimul cum voto veſtro properat in argumento hoc de individuitate ſervitutum vel factorum, lente aut ex profeſſo immorari. Quare ut propria dumtaxat primariaque rei cujusque elementa intelligantur, præmonendum in primis breviter eſt, obligationem ſervitutum fere omnium individuam eſſe omni reſpectu petitionis & ſolutionis. *l.* 2. §. & *harum*, & §. *ex his. l. ſtipulationes* 72. *l. pluribus* 140. §. *ult. hoc tit. l. pro parte* 11. *l. viæ* 17. *ff. de ſervitut. l. ſi unus* 19. *ff. de ſervitut. præd. ruſtic. l. heredes* 25. §. *an ea ff. fam. erciſc. l. ſi is qui* 80. §. *ult. ff. ad l. Falcid. l.* & *per jusjurandum* 13. §. 1. *ff. de acceptilationibus. l. ult. de ſervitute leg. l. loci* 4. §. *ſi fundus cum l ſeq. ff. ſi ſervitus vindic. l. ſi communis* 17. *ff. de ſtipulatione ſervorum. l.* 1. §. *quamvis* 21. *ff. ſi quid in fraud. patr. l.* 9. *titulo* 31. *Part.* 3. Ratio autem individuitatis hujus, ut pleraſque alias omittam, ea frequentius probari ſolet, quod ſervitutes neque ſui natura diviſionem admittunt. *d l.* 2 §. & *harum. l. ult. de ſervit. legata* quia ſunt jura & qualitates prædiorum, & conſequenter res incorporales, quæ naturaliter in partes ſeparatas ſcindi non poſſunt. *l.* 4. §. *ſi viam ff. de uſucap. l.* 3. *ff. pro derelicto.* neque reſpectu rei, in qua conſiſtunt, poſſunt per legem ſive civiliter in partes intellectuales dividi. *d. l. heredes* 25. § *an ea. l. arbor* 19. §. *ſi per eundem ff. communi dividundo.* quia in nudo facto ſive uſu conſiſtit, qui ſui natura individuus eſt. *d. l. viæ* 17. *ff. de ſervitut.* non enim poteſt factum utendi in partes ita dividi, ut pro parte uti videantur, pro parte non uti. *l uſus pars* 19. *ff. de uſu & habitatione. l. ſi ut certo* 5. §. *ult. ff. commodati.* Explicant ſic præter laudatos a Pichard. in *appendice ad tit. inſt. de off. judicis cap.* 11. *num.* 147. Valentia *illuſtrium lib.* 2 *tractatu* 4. *cap.* 7. *num.* 3. cum pluribus Caſtillo *de uſufructu cap.* 31. *num.* 12. & *ſeq.* Connanus *lib.* 4 *comm. cap.* 9. *num.* 5. Petrus Gregor. *lib.* 4. *Syntagmat. cap.* 1. *num.* 7. Parladorius *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 6. §. 1.

§. II. Verum cum uſusfructus ſervitus dividua cenſeatur. *l. uſusfructus* 5. *ff. de uſufructu. l.* 1. §. *ſi uſusfructus. l ſed uſusfructus* 81. *ff. ad l. Falcid. l.* & *per jusjurandum* 13. §. 1. *ff. de acceptilationibus. l. etſi forte* 6. §. *ſi ædes ff. ſi ſerv vindicetur. l. excepta* 14 *l. placet* 25. *ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* & tamen neque admittat diviſionem, quatenus jus & res incorporalis eſt. *l. ſi cum duorum* 32. *ff. de ſtipulatione ſervor.* juncta *d. l. arbor* 19. §. *ſi per eundem ff. communi dividundo.* Neque quatenus in facto utendi fruendi conſiſtit. *l. unic. ff. quando dies uſusfr leg. cedat. l.* 1. §. *interdum ff. de uſufr. accreſc.* quia non magis ſui natura dividi poteſt in partes utendi fruendi merum factum, quam utendi factum dumtaxat in ſervitute prædiorum. *l. is qui* 80 § *ult. ff. ad l Falcid.* ex qua, & ſimilibus uſumfructum dividuum eſſe tentat Hotmanus *illuſtr. quæſt. quæſtione* 20. E converſo autem utilitas, quæ ex utendi facto reſultat, & in plerisque individuis ſervitutibus continetur, ac fructus contenti jure uſusfructus perinde ſui natura dividi interdum poſſint, ut aqua in ſervitute aquæ hauriendæ vel ducendæ, quæ menſura aut temporibus dividitur. *l. Lucio* 4. *cum l. ſeq. de aqua quotid.* & *æſtiva l. ſi partem* 25 *ff. de ſervit. præd. ruſtic. l.* 2 & 3 *de aquæductu in C. Theodos.* & fructus in ſervitute uſus. *l. item* 10. §. 1. *ff. communi divid.* conflictant inter ſe quodammodo juris rationi elucidandæ DD. Ex noſtratibus primus communem illam ſupra traditam ſervitutum individuitatis cauſſam ſuſtineri non poſſe non nemo aſſeruit, niſi adjicimus, ſervitutes prædiorum & perſonalem ſervitutem uſus in eo proprie ab uſufructu quoad dividuitatem diſtingui, quod jure uſus, ſive per ſe, ſive quatenus in eo conſiſtunt, prædiorum ſervitutes conſiderentur, non continetur alia aut amplior utilitas, quam pro neceſſitate prædii aut perſonæ, cui debetur, & ex cujus arbitrio neceſſitas ipſa æſtimatur. *l. plenum* 12. § *præter ff. de uſu & habitatione l* 2. § 1. *l. ergo* 5. *in fine l una* 18 *ff. de ſervit præd. ruſtic. l. ſi ſtillicidii* 8. §. *ult. cum l. ſequenti ff quemadm. ſervit amitt.* Unde etiamſi revera, quoties pluribus ſervitus debetur, pro ſua tantum parte utilitatem ſervitutis quisque percipiat, tamen juris intellectu in ſolidum percipit, quia videtur percipere pro neceſſitate prædii aut perſonæ, quantum ſatis eſt, quo nihil amplius jure ſervitutis continetur. *l. ſi ut certo* 5. § *ult. ff. commod.* conducit recte expenſus elegans textus in *l. quæſitum* 12. §. *ſi quis* 14. *ff. de inſtr. & inſtrum. legato.* notant ad rem poſt Fabrum in *Rat. ad d. l. ſi ut certo* §. *ult.* Hillig. ad Donell. *lib.* 10. *cap.* 24. *litera A.* Gilken. *de præſcriptionibus part.* 3. *cap.* 12. *num.* 21.

§. III. Diverſum eſt in uſufructu, qui quamvis quatenus jus eſt, & in facto fruendi conſiſtit, perinde ac cæteræ ſervitutes ſit individuus, ideoque neque directum communi dividundo judicium de uſufructu detur. *l.* 4. *ff. communi dividundo.* juncta *l. Lucio* 4. *de aqua quot.* cenſetur tamen dividuus reſpectu fructuum, qui ſui natura & juris intellectu dividui ſunt, & quorum omne emolumentum continet, non pro neceſſitate prædii aut perſonæ. *l. Mævius* 65. §. *fundo ff. de leg.* 2. *l. uſusfructus* 7. *l. item* 9. *ff. de uſufructu.* idcirco rationem illam individuitatis, quam circa ſervitutem viæ forſitan ex Sabino proponit probatque Paulus in *d l. arbor* 19. §. *ſi per eundem ff. communi dividundo.* ubi inquit, *quoniam nulla ejus juris ſeparatim communio intelligi poteſt.* & exponunt Cujac. *lib.* 2. *reſp. Pap.* in *l liberto* 31. § *ult. de negot. geſt.* non probat idem Paulus circa uſumfructum in *l. ſi cum duorum* 32. *ff. de ſtipulatione ſervor.* cui jungendus Cujac *lib.* 11. *obſervat. cap* 12. Hotmanus *lib.* 5. *obſerv. cap.* 3. unde & judicio utili communi dividundo de uſufructu agi poſſe inter omnes conſtitit. *d. l. ſi cum duorum* 32. *l.* & *puto* 16. *ff. fam. erciſc. l. ſi cujus* 13. §. *ſed ſi inter duos ff. de uſufr. l. communi* 7. §. *ſed etſi*, & §. *cum de uſufructu ff communi dividundo. d. l.* 4. *ff. de aqua quot.* Idemque uſusfructus exemplo in

com-

commoditate aliarum ſervitutum; quatenus licet, diſtribuenda Sabiniani admiſerunt. *d. l. 4. ff. de aqua quot. l. cum duobus 52. §. item ſi in communem ff. pro ſocio. l. ſi partem 25. ff. de ſervit. præd. ruſtic. l. item 10. §. 1. ff. communi dividundo.* poſt quam etiam diſtributionem jus ipſum ſervitutis individuæ proprium cujusque in ſolidum valet. *l. aquam 16. ff. quemadm. ſervit. amitt. l. via 23. §. cuacumque ff. de ſervit. præd. ruſticor. l. ſi prius 17. ff. de aqua pluvia arcendæ* & uſui tantum modus imponitur. *l. 4. & 5. §. 1. ff. de ſervitut.* quamvis interdum figurate potius quam vere jus ipſum dividi dicatur reſpectu ſcilicet intermiſſionis uſus, in quo conſiſtit. *l. 1. §. duo autem 9. ff. de aqua quotid. d. l. arbor 19. §. ult.* in quibus explicandis difficultati manus dare cogitur Antonius de Leon in *l. 4. num. 3. ff. de ſervitut.* & interpretantur recte Hotmanus *illuſtrium quæſtione 20. in fine*, & in *epitome ad titulum ff. de ſervitut. num. 15.* Pichard. in *appendice ad titulum inſtitutionum de officio judicis cap. 11. num. 164.*

§. IV. Præterea in eodem ſervitutum individuitatis argumento elegans & electa ſpecies eſt apud Papinianum in *l. liberto 31. §. ult. ff. de negot. geſt.* ubi cum quis de ſervitute aquæ hauriendæ vel deducendæ debita communi prædio, & conſequenter pluribus ejusdem dominis litigaſſet, traditum eſt, ſententiam prædio dari, & ſumptus neceſſarios probabilesque in communi lite factos repeti poſſe a ſociis pro parte actione negotiorum geſtorum, quæ & in ſimili ſpecie datur in *l. arbor 19. §. ſi per eundem ff. communi dividundo.* Atqui hæc actio non competit, quoties communionis ratio & neceſſitas reique ipſius individuitas cogit in communi erogare; tunc enim locus eſt potius aut judiciis communi dividundo; aut familiæ erciſcundæ. *l. bis conſequenter 18. §. Celſus 4. & §. penult. l. heredes 25. §. ſi unus 15. & §. non tantum 16. ff. fam. erciſc. l. ſi quis 6. §. ſive autem, & §. ſi damni ff. communi divid.* ſed quoties ultro quis & negotium ſocii gerens pro eo expendit, cum poſſet ſine parte illius partem ſuam adminiſtrare. *l. ſi communes 40 ff. de negot. geſt. d. l. 6. §. ſive autem, & §. ſi damni ff. communi dividundo.* ergo fatendum eſt, prædialem ſervitutem aquæ eſſe dividuam, quæ res ut dextre explicetur, omiſſis traditis ab Accurſio in *d. l. liberto 31.* Antiquioribus & Fabro *ibidem.* Pac. *cent. 2. quæſtione 63.* obſervavi jam pridem in quæſtione hac de actione, qua ſumptus in communi ſervitute factos repeti oporteat, Sabinum, Caſſium alioſque Sabinianæ ſive Caſſianæ Scholæ auctores exiſtimaſſe, dandam eſſe communi dividundo actionem, aut pro ſocio, quia communio & individuitas ſervitutis fecit, ut neceſſe eſſet etiam pro parte ſocii expendere, ut ex Caſſio proponitur, quoad actionem pro ſocio, in *l. cum duobus 52. §. item ſi in commune ff. pro ſocio.* & quoad utramque actionem communi dividundo & pro ſocio refert Paulus *lib. 6. ad Sabinum* in *d. l. arbor 19. §. ſi per eundem ff. communi dividundo.* & conducunt in eandem ſententiam ex Juliano, quem Sabinianum eſſe dices ex *l. 2. §. ult. ff. de origine juris.* & ex aliis juris auctorum ad Sabinum libris, textus in *l. 4. & 5. ff. de aqua quotidiana. l. ſi cum duorum 32. ff. de ſtipulatione ſervor. l. ſi partem 25. ff. de ſervit. ruſtic. prædiorum.* verum hæc Caſſianæ Scholæ traditio, tametſi non aperte improbata, durior tamen viſa eſt plerisque ſubtili illa ratione, quia communi dividundo & pro ſocio actio rem pro parte duorum pluriumve communem, quæque in partes dividi poſſit, ſupponunt, ſervitutis autem jus, ſive uſus non poteſt conſiderari tanquam pro parte communis, neque dividi in partes ſeparatas, ſive ut loquitur Paulus, *nulla ejus juris ſeparatim communio intelligi poteſt. d. l. arbor 19. §. ſi per eundem. d. l. ſi cum duorum 52. ff. de ſtipulatione ſervor.* proinde placuit potius plerisque, actionem negotiorum geſtorum competere ea forſitan civili neque ineleganti ratione, quia cum ſervitutis pluribus debitæ jus uſusque proprius uniuscujusque in ſolidum ſit, potuit ſocius ſuo nomine in ſolidum cauſſam ſervitutis defendere, & in eam erogare, & conſequenter ſocii negotium geſſit, dum communi nomine expendit, aut defendit. Quomodo vel proponitur, vel proponenda eſt ſpecies in *d. l. arbor 19. §. ſi per eundem ff. communi divid.* Cujacius *lib. 1. reſponſ. Papiniani* in *d. l. liberto 31. §. ult. ff. de negot. geſt.*

§. V. Deinde ex eiſdem principiis lux afferenda eſt tenebricoſo Marcelli loco in *l. 3. ff. de ſervitute legata.* ubi quatuor ſpecies quo proponuntur ordine explicandæ ſunt. Prima eſt, cum Mævio fundus Sejanus, & ad eum via per fundum Titianum, & poſtea Cajo idem Sejanus fundus per vindicationem ſine via legatur. Quo caſu cum Mævius & Cajus in Sejano fundo ſint re conjuncti, & concurſu partes habeant. *l. conjunctim 80. de leg. 3.* ſi uterque fundum agnoverit, & vindicaverit, inutile viæ legatum eſt, quia cum una & individua ſervitus ſit, neque in ſolidum neque pro parte acquiri a Mævio poteſt fundo communi, in quo alter legatarius partem habet. *l. ſi unus 19. ff. de ſervitut. præd. ruſticor.* ſed ſi deliberante Cajo prior Mævius legatum agnoverit, & poſtea Cajus repudiet, tametſi dubitari poterat, an viæ legatum intercidiſſet, quia ante repudiationem Caji adquiri non potuit Mævio, qui tunc pro parte tantum fundi dominus erat; magis tamen viſum eſt, viam in ſolidum Mævio acquiri, quia Cajo repudiante perinde habetur, acſi Mævio ſoli fundus legatus eſſet, quia cum ſolo concurſu partes habeant, antequam Cajus concurrat, ſolidum fundum Mævius habet. *l. Titio 34. cum l. ſequenti ff. ad l. Aquiliam.* Secunda ſpecies eſt, cum uni legatario fundus ſub conditione & ad eum via pure per vindicationem legatur; tunc enim ſi pendente conditione fundi ceſſerit dies legatæ viæ, inutiliter cedit, quia nondum legatarius fundum habet, cui via adquiratur. *l. 1. in fine communia prædiorum.* Via autem pure legata & per vindicationem ſtatim legatario adquiritur. *l. ſi partem 19. §. ult. ff. quemadmod ſervit. amitt.* aut nunquam acquiritur, quia poſtquam ceſſit, ſuſpendi non poteſt. *l. ult. in fine communia prædiorum. l. cum filius §. ſervus ff. de leg. 2.* Tertia ſpecies eſt, cum ejusdem fundi pars pure, pars autem ſub conditione & via pure legata eſt vel uni vel duobus, quo etiam caſu ſi viæ & partis fundi pura legati dies ceſſerit, pendente adhuc conditione alterius partis fundi, intercidit viæ legatum, quia neque adquiri in ſolidum poteſt ei, qui ſolam partem fundi habet, antequam conditio alterius partis exiſtat, neque pro parte fundi poteſt, cum una & individua ſervitus ſit. Quarta ſpecies & quidem obſcurior eſt, cum ex duobus dominis fundi communis via uni pure legata eſt, ſub conditione alteri, qui pendente conditione deceſſit. In qua quæſtione ut in ſuperioribus reſponſum eſſe Marcellus ſignificat, viæ legatum evaneſcere, quia nec ab uno ex dominis, cui pure legata fuit, acquiri poteſt, cum partem tantum habeat in fundo, neque ab utroque in ſolidum poteſt, cum ille, cui ſub conditione legata eſt, pendente conditione deceſſerit, neque ad heredem legatum tranſmittat. *l. unic. §. ſin autem aliquid C. de cad. tollend.* ſicque explicanda ſunt & referenda ad legatarium in *d. l. 3. de ſervit. legata* verba illa *pendente conditione deceſſiſſet*; cum Hotmano *lib. 13. obſervat.* alias *2. amicabilium cap. 23.* quamvis aliter Bartolus, Albericus, & alii in *d. l. 3.* aliter Cujac. *ibidem*, & *lib. 1. obſervat. cap. 23.* ubi pro *deceſſiſſet* reponit *dies ceſſiſſet.* Porro ratio illa, quæ ſubjungitur in fine *d. l. 3.* cum quæſtioni immediatæ non congruat, in qua nonniſi abſurde dici poteſt, ab uno ex dominis fundi communis ſolidum fundum, quem pro parte jam habet, vindicari ex legato potuiſſe, referenda eſt omnino ad primam & primariam textus ſpeciem, cujus occaſione cæteræ, quæ ſequuntur, obiter interpoſitæ vi-

videntur, ut integra ejus ratio ſit, idcirco Titio, & Mævio fundum vindicantibus viam Mævio ad fundum relictam evaneſcere; quia neque acquiri pro parte fundi poteſt, cum individua ſit; neque in ſolidum, cum alterius legatarii ſcilicet Titii, qui partem in fundo vindicat, perſona impedimento ſit, quominus a Mævio ſolidus fundus cum via poſſit vindicari.

§. VI. Rurſus ex ſuperioribus elucidandum elegans Papiniani reſponſum in *l. cum filius* 76. *ff. de leg.* 2. ubi cum filius de inofficioſo teſtamento matris contra ſingulos ejus heredes egiſſet, diviſis tribunalibus (nempe centumvirorum, qui in varia tribunalia diviſi judicabant de inofficioſo. *l. Titia* 13. *l. qui repudiantis* 17. *ff. de inoffic. teſtamento.*) ſi ab uno herede in uno tribunali victus; in alio tribunali alios viciſſet, Papinianus reſpondet cohæredem victorem non habiturum præceptiones, ſeu prælegata ei relicta, quæ pro parte coheredum valere poterant, ſi victi non eſſent, nec deberi jam poſſunt, cum victi ſint, eiſque filius portiones hereditarias abſtulerit: ſicut & pro his partibus actiones aliis legatariis non dantur, quamvis competant pro parte coheredis vincentis. *l. nam etſi* 15. §. *ult. l. circa* 24. *ff. de inoffic. teſtamento.* Sed in libertatibus a matre teſtamento relictis, quod pro parte inofficioſum eſt pronuntiatum, cum individuæ ſint, ideoque vel in ſolidum perire debeant, vel competere in ſolidum, ſuaſit earum favor, ſic accipi rem dubiam debere, ut competerent potius quam perirent. *l. duobus* 30. *de liberali cauſſa. l. domino* 16. *ad S. C. Syllanian. l. alieno* 31. §. 1. *de fideicommiſſariis libertat. l. qui gravi de jure codicill.* proinde uno herede vincente directæ libertates ex teſtamento competunt, & fideicommiſſariæ præſtantur in ſolidum. *l. cum duobus* 13. *C. de inoffic. teſt. l. judicatæ* 29. *de except. rei judicatæ.* quod tamen in propoſita ſpecie producendum non eſt ad ſervitutes, quæ pro parte minui non poſſunt, ut inquit Papinianus in *d. l. cum filius* 76. quia quamvis illæ perinde ac libertates ſint individuæ, nec pro parte poſſint perire, non ſunt tamen perinde favorabiles, & ideo cum pro parte præſtari nequeant, ſtricta ſummaque juris ratio facit, ut omnino nihil præſtetur. *l. penult. in fine ff. de jure codicill.* quam ita accipiunt P. Faber *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 15. Ant. Fab. *lib.* 3. *conject. cap.* 11. Cujac. *lib.* 19. *quæſt. Pap.* in *l. qui gravi* 11. *de jure codicill.* æquitate tamen inſpecta & legatarius ab herede victore integram ſervitutem petere poteſt, & heres ei partem æſtimationis ſervitutis præſtare, quia cum dividua ſit, poteſt ab eo pro portione hereditatis præſtari, quam retinet. *l. loci* 4. §. *ſi fundus ff. ſi ſervit. vindicetur. l. heredes* 25. §. *an ea ff. fam. erciſc.* ſin autem filius, qui vicit, paratus ſit conſentire, ut integra præſtetur ſervitus, accepta ejus æſtimatione pro parte hereditatis, quam habet, obſtabit doli exceptio legatario, niſi æſtimationis partem offerat, idque comprobat Papinianus in *d. l. cum filius* 76. exemplo quartæ Falcidiæ, quæ cum non poſſit ipſo jure deduci ex legato ſervitutis, quia individuum eſt, repellitur legatarius doli exceptione, ſi ſervitutem petat non oblata æſtimatione quartæ partis. *l. ſi is qui* 80. §. *ult. ad l. Falcid. l. pure* 5. §. 1. *ff. de doli exceptione.* notat Cujac. *lib.* 6. *reſponſ. Pap.* in *d. l. cum filius* 76. & *lib.* 7. *quæſt. Pap.* in *l.* 5. *ff. de uſufr.*

§. VII. Hæc de individuitate ſervitutum non nimis obvia plebi litteratorum adnotaſſe interim ſatis. Jam de dividuitatis vel individuitatis obligationum faciendi primariis elementis, quæ proſequuntur plenius ex noſtratibus poſt multos Pichard. in *appendice ad tit. inſt. de officio judicis cap.* 12. Valentia *illuſtrium lib.* 2. *tractatu* 4. *cap.* 6. quædam etiam non paſſim vulgo nota aut notata levi & tumultuaria opera colligemus, inter quæ primum ſit, quod deducitur ex *l.* 4. §. *ult. hoc tit. l. plures* 27. *l. ex damni* 40. §. *quoties* 2. *ff. de damn. infecto. l. ſupra* 11. §. *officium ff. de aqua & aquæ pluv. l.* 2. §. *ult. ff. de prætoriis ſtipulationibus.* nempe ſtipulationem damni infecti, qua domini vitioſarum ædium loci vel operis, ex quibus damnum nondum factum in futurum metuitur, quanti ea res ſive damnum fuerit, præſtituros ſe cavent. *l. in hac* 28. *de damn. infecto.* eſſe eo usque dividuam, ut neque plures domini vitioſarum ædium promittere cogantur, niſi pro parte quisque ſua, neque plures domini, aut eorum heredes, quibus cavendum ſit, poſſint ſtipulari aut ex ſtipulatu petere niſi pro parte ſua, unde & in jure interrogatus, quota ex parte prædii dominus ſit, reſpondere cogitur, ut ſciatur quota etiam ex parte cautionem damni infecti præſtare debeat. *l. non alienum* 10. ubi Cujacius *lib.* 48. *Pauli ad Edictum. l. qui ſervum* 20. §. *ult.* ubi idem Cujacius *lib.* 2. *quæſt. Pauli*, *ff. de interrogat. in jure faciendis.* & ſocio, qui in ſolidum de damno infecto cavit, atque ita etiam pro ſocii parte, quia potuit ex dividuitate cautionis pro ſua tantum parte cavere, quatenus ultra eam cavit, & negotium ſocii geſſit, datur in ſocium actio negotiorum geſtorum, non communi dividundo. *l. ſi communes* 40. *de negotiis geſtis. l. ſi quis* 6. §. *ſi damni ff. communi dividundo.* cum tamen ſi unus ſolus vitioſarum ædium dominus ſit, aut in ſolidum de damno infecto promittere cavereque debeat, aut miſſionem actoris in ædium poſſeſſionem patitur, atque eo ſaltim reſpectu & caſu jus ſtipulationis damni infecti individuitati noxalis actionis comparatur. *l. ædium* 23. *ff. de peculio. l. in ſtipulatione* 23. *de damno infecto.* Quas ita accipiunt poſt antiquiores in *d. l. in ſtipulatione* 23. Cujac. *lib.* 2. *quæſt. Pauli* in *d. l. qui ſervum* 20. §. *ult. ff. de interrogat. in jure faciendis.* Faber in *Rat. d. l. ædium* 23. Cæterum extra eum caſum, & quoties plures domini ſunt, a quibus cautio exigitur, diſtat multum ſtipulatio damni infecti, quam ut pote dividuam pro ſua quisque parte præſtat, ab actione noxali, ad quam ut pote individuam præſtandam ſingulos dominos ſervi, qui noxam commiſit, teneri in ſolidum conſtat. *l.* 1. §. *noxæ* 14. *ff. ſi quadrup. paup. fec. dic.* cum adductis ſupra hoc *tractatu cap.* 2. §. 1. Idcircoque cum de actione aquæ pluviæ arcendæ ob opus in communi plurium fundo factum, ex quo aqua pluvia vicino nocet, dubitaretur, utrum contra quemque dominorum in ſolidum dari deberet exemplo noxalis actionis, an potius contra ſingulos pro parte ſua, ſicut in actione damni infecti fit, obtinuit magis id ſervandum in aquæ pluviæ actione, quod in actione damni infecti, & conſequenter damnari ſingulos pro ſua duntaxat parte. *l. ſupra* 11. §. *officium ff. de aqua & aquæ pluv.* eoque jure utimur, ſive ex plurium fundo aqua noceat, ſive plurium fundo noceatur, ut tam reſpectu actoris quam rei dividua ſit petitio & damnatio, & pro parte fiat. *d. l. ſupra* 11. § *quod ſi fundus. l. ſi tertius* 6. §. 1. *ff. de aqua & aquæ pluvia.*

§. VIII. Subſiſtamus tamen oportet, obſtat enim quominus progrediamur digniſſimus interprete aut potius vindice Pauli locus in *l. ſupra* 11. §. 1. ubi ex Caſſio proponitur, ſive ex communi fundo ſive ex communi aqua pluvia noceat, & unus ex dominis communis fundi, cui noceatur, egerit, & reſtitutio operis litisque æſtimatio facta ſit, cæterorum actionem evaneſcere, vel ſi cum uno actum ſit, & is præſtiterit, cæteros liberari, ac proinde ſupponit, & reſtitutionem operis, & quod magis eſt, litis æſtimationem in ſolidum vel uni vel ab uno præſtari; alioquin ſi pro parte dumtaxat ejus, cum quo actum eſt, fieret iniquum, & ineptum eſſet, cæteros pro ſuis partibus liberari; & difficultas creſcit ex eo, quod ſubjungitur, id quod ſociorum nomine datum ſit, recuperari poſſe per arbitrum communi dividundo, & conſequenter ſupponitur, non ſponte, ut in actione damni infecti, ſed individuitatis ratione cogente ſolidum ab uno ex ſociis præſtari ex traditis in *d. l. ſi communes* 40. *ff.*

Digitized by Google

de negot. geſtis. l. heredes 25. *§. non tantum, & §. ſi unus ff. fam. erciſc. l. ſi quis* 6. *§. ſive autem cum ſequenti ff. communi dividundo.* ergo aquæ pluviæ arcendæ actio non eſt dividua, ut ſtipulatio damni infecti. Deinde & quoad hanc ipſam actionem non eſſe eam dividuam, ut diximus, pervinci ex eo videtur, quod neque reſtitutio neque defenſio pro parte contingere poteſt ipſi promiſſori, ut generaliter de ſtipulatione damni infecti & ſimilibus proditum eſt in *d. l.* 4. *§. ult. hoc tit.* ac in ſtipulationem damni infecti & venit defenſio. *d. l. ſi communes* 40. *de negot. geſt.* & venit reſtitutio operis. *l. in parietis* 35. *cum ll. ſeqq. l. in reficiendo* 41. *ff. de damno infecto.*

§. IX. His difficultatibus enodatis, ſimulque confirmatis ſupra traditis de dividuitate cautionis damni infecti & actionis aquæ pluviæ arcendæ obſervandum eſt, rationem propriam earum individuitatis in eo conſiſtere, quod illarum jus & poteſtas plerumque & principaliter non ad factum aliquod refertur, aut obligat, ſed ad præſtationem incertæ pecuniariæ quantitatis ejus, quod intereſt ob damnum futurum, quæ ſane quantitas cum ſui natura & omni reſpectu dividua ſit ex notatis ſupra *cap.* 2. efficit & cautionem actionemque dividuam, quæ eam continet, quomodo hæc ratio vere exprimitur circa cautionem damni infecti in *l.* 2. *§. ult. de prætor. ſtip.* juncta *l. damni* 18. *§. ſed ſi venditor ff. de damno infecto.* unde & eam dividuam eſſe agnoſcunt communiter poſt Bartolum Claſſici in *l.* 4. *§. ult. hoc tit.* Cujac. *ibi*, & *lib.* 73. *Pauli ad Edictum* in *d. l.* 2. *§. ult. de prætor. ſtip.* Fab. in *Rat. d. l. ſi communes* 40. *ff. de negot. geſt.* quamvis perperam dubitet Giphan. in *d. l.* 4. *§. ult. num.* 97. & confirmatur circa actionem aquæ pluviæ arcendæ in *d. l. ſupra* 11. *§. officium.* plane quo caſu ultra quantitatem ſive æſtimationem pecuniariam damni petitur & reſtitutio ſive demolitio operis, ex quo damnum ſecutum eſt, quod non niſi aliquando in cautionem damni infecti venit. *l. nam ſi non fuit* 37. *ff. de damno infecto.* cum demolitio ſive reſtitutio operis ſit meri facti, & conſequenter individua. *d. l.* 4. *§. ult. hoc tit. l. penult. §. quæſitum ff. de oper. novi nunciatione. l.* 2. *§.* 1. *de prætor. ſtipulat.* juncta regula *l. ſtipulationes* 72. *§.* 1. *l. in executione* 85. *§. ſecunda ad opus hoc tit. l.* 1. *§ ſi uſusfructus verſ. ſed operis. l. ſi is qui §. ult. ad l. Falcid.* erit utique reſpectu ejus reſtitutionis individua cautio damni infecti; atque ita accipi facile ſententia poteſt *l.* 4. *§. ult. hoc tit.* quamvis & alia ejuſdem textus idonea interpretatio ſit, de qua poſtea. Sed & eadem ratione actio aquæ pluviæ arcendæ, quatenus individuum factum reſpicit reſtitutionis operis, ex quo aqua pluvia nocet, & ultra damni æſtimationem datur, ut id opus reſtituatur ſeu diluatur. *l. ſi tertius* 6. *§. vicinum ff. de aqua & aquæ pluviæ.* eſt etiam eo reſpectu individua, & ex pluribus dominis communis fundi unumquemque, cum quo primo actum ſit, ad reſtitutionem operis in ſolidum adſtringit. *d. l.* 4. *§. ult. hoc tit.* notant ad rem poſt Claſſicos Don. *lib.* 15. *comment. cap.* 47. *ad finem.* Quamvis ut diximus dividua ſit, & pro parte dumtaxat actoris vel rei competat quoad æſtimationem damni. *d. l. ſi tertius* 6. *§.* 1. *d. l. ſupra* 11. *§. officium cum ſeq.*

§. X. His principiis ſuppoſitis pro explicanda *d. l. ſupra §.* 1. affirmandum eſt, ſi vel ab uno vel cum uno ex dominis communis fundi, ex quo vel cui aqua pluvia nocet, actum ſit aquæ pluviæ arcendæ actione, & reſtitutio operis ſcilicet in ſolidum juxta ipſius individuitatem, *litiſque æſtimatio facta ſit* (ſic enim lego, intelligoque damni ex opere facto & aqua pluvia ſecuti æſtimationem, quæ ut pote dividua facta fuit pro parte actoris vel rei, quamvis aliter Faber emendans perperam *litiſve æſtimatio, de error. Pragm. dec.* 93. *err:* 10.) cæterorum actorum actionem ſcilicet aquæ pluviæ evaneſcere, & cæteros reos eadem actione liberari illa propria & pereleganti ratione, quoniam actio aquæ pluviæ datur & conteſtatur de reſtitutione operis facti ante litem conteſtatam, non vero de damno præterito ante litem conteſtatam, aut ſecuto poſt rem judicatam, ſed de damno futuro, nempe quod ex opere facto ante litem conteſtatam ſecutum eſt poſt eam & ante ſententiam. *d. l. ſi tertius* 6. *§. officium. d. l. ſupra* 11. *§. officium. l.* 14. *§. in hoc cum ſeq. de aqua & aquæ pluviæ.* proinde cum operis reſtitutio in ſolidum damnique æſtimatio pro parte actoris vel rei præſtita eſt, extinguitur neceſſario cæterorum & in cæteros actio aquæ pluviæ, quia nec ſupereſt opus, cujus reſtitutio petatur, aut cujus nomine lis conteſtetur. Neque ex eo opere, quod jam non eſt damnum futurum, ſequi aut timeri poteſt. Plane quidquid in opere in ſolidum ſuo ſumptu reſtituendo unus ex dominis, cum quo actum eſt, ultra ſuam partem expenderit, & eo nomine ſociorum dederit, recuperare poteſt actione communi dividundo; quia id ratione communionis & individuitatis facti reſtitutionis cogente præſtitit, non ſua ſponte aut negotium ſociorum gerens. *d. l. heredes* 25. *§. non tantum, & §. ſi unus ff. fam. erciſcundæ.* aliteratque ſi rem dividuam, qualis eſt æſtimatio damni, ultro in ſolidum pro ſociis præſtitiſſet, quo caſu ei daretur actio negotiorum geſtorum, ut in *d. l. communes* 40. *ff. de negot. geſt. d. l. ſi quis* 6. *§. ſi damni ff. communi dividundo.* atque ita interpretatur *d. l. ſupra* 11. Cujac. *lib.* 49. *Pauli ad Edictum.*

§. XI. Verum adhuc explicatu eget poſterior illa difficultas, quam deduximus ex *d. l.* 4. *§. ult. hoc tit.* ut inde evinceremus, ſtipulationem damni infecti, de qua & aliis ſermo in *d. §. ult.* individuam eſſe propter individuitatem defenſionis; ut vel jam obligationes omnes, in quas factum defendendi deducitur, individuæ jure cenſeantur reſpectu defenſionis, ut probatur in *l. in executione* 85. *§. in ſolidum. l. cum ex cauſſa* 139. *hoc tit. l. ſi rem* 62. *§.* 1. *de evictionibus. l.* 4. *ff. ſi ex noxali cauſſa agatur. l. heredes* 25. *§. ſi unus ff. fam. erciſcundæ. l. non tamen* 18. *l. licet* 42. *§. ult. de procuratoribus. l. loci* 4. *§. ſed ſi duarum ff. ſi ſerv. vindicetur. l. jam tamen* 5. *§. ſi tamen. l. ex clauſula* 17. *ff. judicatum ſolvi.* ex quibus juribus ita generaliter defendendi factum & obligationem eſſe individuam, docent magis communiter poſt Bartolum Claſſici teſte Jaſone in *d. l.* 4. *§. Cato num.* 43. Alciato *num.* 135. ſed quod attinet ad cautionem damni infecti, reſpondendum breviter eſt, proprie ac plerumque in eam cautionem, ſive dum petitur, ſive cum ea ea jam præſtita agitur, nec reſtitutionem operis niſi aliquando, ut ſupra diximus §. 7. neque defendendi factum venire, ſed obligationem præſtationemque æſtimationis pecuniariæ damni infecti ſeu nondum facti; quæ quia dividua eſt, dividuam cautionem facit. *d. l.* 2. *§. ult. de prætor ſtipulat.* ex quo & apparet, *verſiculum illum ipſi autem* in *d. l.* 4. *§. ult.* de individuitate reſtitutionis & defenſionis non eſſe referendum ad cautionem damni infecti, ſed ad ſtipulationem duplæ & operis novi nunciationem, quibus proprie ea ſententia congruit, ut poſt plures explicant Jaſo in *d. §. ult. num.* 4. Cujac. *ibidem.*

§. XII. Illud pro auctario ſupereſt, ut hujus capitis inſcriptio poſtulat, videlicet ut inquiramus ſententiam textus in *l. eadem* 4. *§. Cato hoc tit.* ſupponimus enim ex *hujus capitis* inſcriptione obligationes faciendi, & quæ in facto conſiſtunt, individuas eſſe, quod & probatur ex *l. ſtipulationes* 72. *§. ult. l. in executione* 85. *§. ſecunda ad opus. l.* 1. *§. ſi uſusfructus verſ. ſed operis ff. ad l. Falcid.* cui principio objicitur diſtinctio Catonis in *d. l.* 4. *§. Cato.* ubi ſi obligationi faciendi ſubjecta ſit pœna, quærit Paulus, utrum ſtipulatione commiſſa ab uno ex heredibus promiſſoris contra faciente pœna committatur in ſolidum, id eſt, ab omnibus heredibus, ut loquitur JCtus, & diſtinguendum eſſe cum Catone

reſpondet; aut factum, cui pœna ſubjicitur, eſt individuum, ut *iter fieri*, aut eſt dividuum; ut *amplius non agi*, & *Titium heredemque ejus ratum habiturum*. In prima ſpecie ubi factum individuum eſt, in ſolidum pœnam committi docet, atque ab omnibus heredibus promiſſoris pro portione hereditaria ſolvi debere, quod unus peccaverit; in ſecunda vero ſpecie ubi factum dividuum eſt, heredem dumtaxat committentem ſtipulationem pro ſua parte hereditaria teneri ad pœnam docet Paulus, atque ex heredibus ſtipulatoris illum ſolum acturum, contra quem petitum eſt. *l. inter* 44. §. *ſi quis* 6. *ff. fam. ercisc.* ex quo colligitur, principium illud, aſſerens facta in obligationem deducta eſſe individua, nec firmum nec perpetuum eſſe, in cujus difficultatis expoſitione illud in primis notandum eſt, obligationes in non faciendo conceptas, de quibus in §. *Cato.* rectiſſime connumerari inter obligationes faciendi. *l.* 2. §. *item ſi in facto ff. hoc tit.* & ibi Cujac. nam ſtipulatio *per te non fieri &c. ibidem* dicitur conſiſtere in facto; ratio eſt in *l. in illa* 30. *ff. hoc tit.* quia videlicet promiſſor ſe curaturum ſpondet, ne contra fiat.

§. XIII. Celebris eſt *hujus* §. difficultas, qui ut inquit Fab. *lib.* 3. *conject. num.* 7. non modo obſcuriſſimum tractatum habet, ſed etiam verba uſque adeo ambigua, ut vix quidquam recte ex his conjici poſſe videatur. Duplex in eo vertitur quæſtio, altera de dividuitate atque individuitate factorum: altera de dividuitate atque individuitate pœnæ factis ſubjectæ, quæ ſecunda ex prima pendet ſecundum Catonis ſententiam ibi: *differentiæ hanc eſſe rationem &c.* Quod autem attinet ad dividuitatem atque individuitatem factorum, expeditum eſt, ſi diſtinguamus facta, quæ præciſe in faciendo conſiſtunt, veluti foſſam fodere, inſulam fabricari atque his ſimilia; aliud enim vero obligatio, (niſi tranſeamus ad æſtimationem) perpetuo individua eſt. *l. ſtipulationes* 72. *l. in executione* 82. §. *ſecunda ad opus hoc tit. l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi in opere* 23. & §. *ult. ff. de leg.* 3. *l.* 1. §. *ſi uſusfructus. l. ſi is* 80. §. 1. *ff. ad l. Falcid.* quia ut ibi habetur, *nullum balneum aut theatrum aut ſtadium feciſſe intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex conſummatione contingit, non dederit*: atque de his factis procedit noſtra concluſio. conſentiunt Cujac. ad *l.* 2. §. *in facto ff. de V. O.* Donell. *lib.* 15. *comm. cap.* 6. Faber. *d. lib.* 3. *conject. cap.* 7. Alia ſunt facta, quæ non proprie in faciendo, ſed in non faciendo conſiſtunt, de quibus aliqua dividua ſunt, aliqua etiam individua: utriuſque exemplum reperitur in *d.* §. *Cato.* nam hæc ſtipulatio *per te non fieri, quominus ire agere liceat*, ſive quod idem eſt, *iter fieri* individua omnino eſt, quoad obligationem, & ratio illa veriſſima aſſignatur in *l. in executione* 85. §. *quod ſi ſtipulatus.* ibi: *quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor*, quod certum eſt, nam ſi ex pluribus promiſſoris heredibus me unus tantum ire & agere prohibuerit, in ſolidum prohibeor, ac perinde eſt acſi omnes heredes impediant, nam non magis eam atque agam uno prohibente ac omnibus, itaque hujus ſtipulationis individuitas ex juris ratione certa eſt, nam niſi in ſolidum peccari in illam non poteſt, ut loquitur Paulus. Cæterum aliæ ſunt obligationes in non faciendo dividuæ V. G. *amplius non agi*, ſive quod idem eſt, *Titium heredemque ejus ratum habiturum.* nam hujus ſtipulationis poteſtas eo ſpectat, ut amplius non agatur aut petatur. *l. procurator* 23. *l. amplius* 15. *ff. rem ratam haberi.* notat Cujac. ad *d. l.* 4. § *Cato.* Harum autem ſtipulationum dividua eſt obligatio. *l. inter* 44. §. *ſi quis ſtipulatus* 6. *ff. fam. ercisc.* Ratio autem hujus dividuitatis ea eſt, quia ſi unus V. G. ex promiſſoris heredibus amplius egerit, aut ratum non habuerit, pro ſua duntaxat parte hereditaria agere poterit. *l. ea quæ* 6. *C. fam. ercisc.* videlicet quia tantum pro parte ſua agere poteſt, unde eſt, ut ſtipulatoris amplius non interſit, quam pro illa parte hereditaria, pro qua convenitur ab uno ex promiſſoris heredibus. Aliter atque contingit in prima ſpecie, per te non fieri quominus eam, agamque; nam altero prohibente in ſolidum intereſt ſtipulatoris, quippe in totum prohibetur. *d. l. in executione* 85. §. *quod ſi ſtipulatus.* atque in totum caret ſervitute promiſſa, in ſpecie vero amplius non agi, aut Titium ratum habiturum, uno ex heredibus agente, aut ratum non habente, pro illius tantum parte, qui agit & petit, intereſt promiſſoris. Qua diſtinctione cognita expedita eſt, quoad hanc partem, hujus tractatus difficultas, quod eleganter expoſuit Donellus *loco ſupra citato.*

§. XIV. Ingentior adhuc reſtat hujus textus difficultas, quæ reſultat non ex eo, quod ſupponitur, facta videlicet eſſe dividua atque individua, ſed ex integra textus deciſione, nam ſi obligationi facti adjecta ſit pœnalis ſtipulatio certæ quantitatis, & quæratur an uno ex heredibus promiſſoris contra faciente committatur pœnalis ſtipulatio contra omnes heredes, an potius contra eum ſolum, qui contra fecerit pro ſua portione hereditaria, diſtinguitur inter obligationem præcedentem facti dividui vel individui, & ſi dividui facti fuerit, eum ſolum heredem, qui contra fecerit, teneri ad pœnam pro portione ſua affirmatur in *d. l.* 4. §. *Cato.* ſi vero facti individui prior obligatio fuerit, contra omnes heredes pro portione hereditaria pœna committitur. Ergo cum obligatio facti dividui non ſit ſui natura magis dividua, quam obligatio dandi quantitatem vel ſpeciem, quin imo hæc dividua magis quam illa, quia factum quatenus merum factum eſt diviſionem non recipit. *l. ſtipulationes* 72. §. 1. *l. in executione* 85. §. *ſecunda ad opus hoc tit. l.* 1. §. *ſi uſusfructus verſ. ſed operis ad l. Falcid.* Quantitas vero aut ſpecies ſemper ſaltem in partes intellectuales diviſionem admittant. *l.* 2. §. *& harum. l. in ſtipulationibus* 54. *hoc tit.* neceſſario fatendum videtur, aut perinde pœnam adjectam obligationi dandi, aut facti dividui contra heredes omnes committi in ſolidum contra *d. l.* 4. §. *Cato* aut ſi in obligatione facti dividui non committitur pœna, niſi adverſus heredem, qui contra fecit, & pro portione illius hereditaria idem fore admittendum, pœna adjecta obligationi dandi contra *d. l. ſtipulationem* 5. §. *ultimo.* Neque in hac difficultate explicanda animo noſtro ſatisfacit diſtinctio inter obligationem dandi & faciendi tradita a Joanne antiquo gloſſographo apud Accurſium in *d.* §. *Cato verbo ſolum pœnam.* quam ſequitur poſt alios Jaſon *ibi num.* 33. Connanus *lib.* 6. *comm. cap.* 2. *in fine.* Giphan. in *d. l. ſtipulationum* 5. §. *ult.* quia repugnat ei diſtinctioni exemplum ex compromiſſo, ſi arbitri ſententiæ non pareatur, quod eſt pœnæ adjectæ obligationi facti, & tamen in ea idem ſtatuitur, atque in adjecta obligationi dandi. *d. l. ſtipulationum* 5. §. *ult.* ubi conſiderat ita Donell.

§. XV. Quare his & aliis aliorum traditionibus omiſſis dicendum eſt, diſtinguendas eſſe ſtipulationes pœnales conceptas ſub conditione negativa, *ſi quid datum factumve non erit*, adjectaſque obligationi dandi aut faciendi, de quibus tractatur in *d. l.* 5. §. *ult.* & pœnales conceptas ſub conditione affirmativa, *ſi quid factum fuerit*, & adjectas obligationi non faciendi, de quibus in *d. l.* 4. §. *Cato* & in *l. inter* 44. §. *ſi quis quod ex facto ff. fam. ercisc.* Namque in priori genere conditio negativa, ſub qua concipiuntur, facit pœnales ſtipulationes individuas, quia quamvis unus ex heredibus partem ſuam ſolverit, vel arbitri ſententiæ paruerit, quamdiu tamen alter non ſolvit, aut paret, verum eſt tamen centum aut fundum, qui in conditione fuit, data non eſſe, vel arbitro obtemperatum non fuiſſe, quia cum oratio ex univerſo negative ſumitur, aliquo deficiente in totum redditur falſa. *l. ſi is qui* 13. §. *utrum*, & §. *cum ita ff. de reb. dub. l. ſi ſervus* 9. §. *ſi plurium ff. ſi quis cautionibus.*

ideo-

ideoque vel uno non ſolvente aut non parente; contra omnes pœna committitur in ſolidum; quaſi conditio ejus extiterit, *arg. d. l. inter* 44. §. *quod ex facto ff. fam. ercisc.* At in pœnalibus ſtipulationibus ſecundi generis, quæ ſcilicet accedunt obligationi præcedenti non faciendi, & concipiuntur ſub conditione affirmativa, *ſi contra factum ſit*, obtinet proprie diſtinctio Catonis in *d. l.* 4. §. *Cato.* nam ſi dividuum factum fuerit, veluti *amplius non agi*, aut *centum non peti*, ſive quod idem eſt, *ratum haberi*, cum pœnæ committendæ conditio affirmativa ſit, nempe *ſi amplius agatur centumve petantur.* & uno ex heredibus agente aut petente, cum non niſi pro parte hereditaria poſſit petere. *l. ex qua* 6. *C. fam. erciſc.* non poſſit dici centum peti, nec committitur pœna, niſi contra eum ſolum, qui petiit, idque ex ſententia potius contrahentium quam ex forma conditionis. *d. l.* 4. §. *Cato. l inter* 44. §. *ſi quis ſtipulatus* 6. *fam. erciſc.* quibus interpretandis ita diſtinguunt Donellus in *d. l.* 5. §. *ult.* & *lib* 15 *comm. cap.* 6. Pichard. in *appendice ad tit. inſt. de off. judicis cap.* 13. *num* 223. quamvis aliter Giphan. ad *d. l.* 5. §. *ult.*

CAPUT SEXTUM.

De Obligatione individua Petitione & dividua Solutione, qualis eſt Obligatio de Evictione.

Ad legem 4. §. *ſi is qui duplam. l. in executione* 85. §. *in ſolidum. l. cum ex cauſſa* 139. *de Verb. Oblig.*

§. I. Succedit pro coronide tractatus noſtri quartus poſtremusque ordo obligationum, quæ individuæ ſunt petitione & dividuæ ſolutione, quarum nobile exemplum extat in obligatione ex cauſſa evictionis, ſed ut res proprie intelligatur, ſciendum eſt, *evincere* nihil aliud eſſe, niſi emptorem judicio vindicationis vincere, & ei rem vel poſſeſſionem jure dominii aut hypothecæ auferre. *l. habere licere* 57. *ff. de evictionibus.* quod cum contingit, habet emptor regreſſum de evictione contra venditorem & ejus heredes. Nam etſi venditor non teneatur rem venditam emptoris facere. *l. ſi ita* 25. §. 1. *ff de contrahend. emptione.* tenetur tamen vacuam poſſeſſionem tradere & cavere, ac purgari dolo malo *l.* 3. *ff. de actionibus empti. l.* 1. *ff. de rer. permutatione. l.* 4. *ff. de uſuris.* & ut emptori habere rem liceat ſine interpellatione. *l. venditor* 8. *ff. de evictionibus. l. ſervus* 30. §. *ult. ff. de actionibus empt. l. ſtipulatio* 38. *hoc tit.* in eamque rem ex natura ipſa venditionis, quamvis nihil exprimatur, contrahitur obligatio de evictione, & re evicta committitur actione ex empto in ſimplum, & in id quod intereſt rem evictam non fuiſſe *l. in vendendo* 66. *ff. de contrahenda emptione. l. ex empta* 11. §. & *in primis* 2. & §. *idem Neratius* 8. *l. Titius* 43. *in fine ff. de actionibus empt. d. l. venditor* 8. *l. ſi in venditione* 60. *l evicta* 70. *ff de eviction. l. non dubitatur* 6. *l. cum ſucceſſores* 23. *C. eodem tit.*

§. II. Frequens autem fuit, emptorem in caſu rei evictæ ſtipulari, & venditorem repromittere duplam, ſcilicet quantitatis ſive æſtimationis ipſius pretii, quo res vendita fuit, eaque cautio & repromiſſio ſolemnis erat in venditione prædii, aut rei mobilis pretioſæ aut mancipii. *l. emptori* 37. *in princ.* & §. 1. *l. ſi fundo* 53. *ff. de evictionibus. l. quod ſi nolit* 31. §. *quia aſſidua* 20. *ff. de Ædilitio Edicto.* & vocatur *ſtipulatio duplæ* in *noſtra l. cum ex cauſſa* 139. *hoc tit. l. ſi mancipium* 34. §. *duplæ ff. de evictionibus.* in venditione autem rei vilioris, aut ejus quæ acceſſionis loco venditur, cautio & ſtipulatio ſimplæ recepta eſt. *l. Lucius* 11. §. 1. *l. evicta* 16. *l. hoc jure* 27. *d. l. emptori* 87. *ff. de evictionibus. l. ſi donatæ* 36. *ff. de donat. inter V. & U.* eoque referenda & explicanda inde mentio venditionis ſimplariæ in *l. ſi tamen* 48. § *ult ff. de Ædilitio Edicto* ubi Budæus *part* 1. *annotationum in Pandectas.* Donellus *ad titulum de Ædilitio Edicto pag.* 288. Hotmanus in *epitomatis ad titulum de evictionibus num* 7. poterat & ex conventione triplum aut quadruplum repromitti. *l. ſi dictum* 56. *l. ſi plus* 64. *ff. de evictionibus. l ſi curator* 5. *ff. de jure fiſci.* quas illuſtrat Cujac. *lib.* 11. *obſerv. cap.* 4 & *tractatu* 8. *ad Africanum* in *l. cum & forte* 44. *ff. de act. empti.* Faber *lib.* 2 *conject. cap.* 3. a quibus perperam diſſentit Giphan. ad *titulum C. de evict. pag.* 465. hodie autem non poteſt ultra duplum poſt *legem unicam C. de ſententiis quæ pro eo quod intereſt.* plane etiamſi nihil in vendendo dictum ſit, poteſt ante evictionem temporali Ædilitia actione venditor cogi, ut de dupla vel ſimpla pro qualitate rei venditæ caveat aut repromittat. *l.* 2. *l. emptori* 37 *ff de evict. d. l. quod ſi nolit* 31. §. *quia aſſidua* 20. *ff. de Ædilitio Edicto. l. ex empto* 11. §. *idem Neratius* 8. *cum* §. *ſequenti ff. de act. empti.* poſt evictionem autem ſi dupla promiſſa non fuit, nihil præter ſimplum & id quod intereſt præſtare venditor cogitur. *l ſi in venditione* 60. *ff. de evictionibus* ſed ſi in vendendo dictum fuerit, ut dupla promittatur, & poſtea per errorem repromiſſio omiſſa, aut promiſſa ſimpla pro dupla ſit, poteſt perpetua civili actione ex empto agi, ut ante evictionem dupla promittatur, aut poſt evictionem præſtetur. *d. l. emptori* 37. § *ult. l. ſi dictum* 56. *ff. de evictionibus.* quam ita ex inſcriptione ad Edictum Ædilium Curulium exponunt Giphan. & Cujac. ad *titulum C. de evictionibus.* Faber *lib.* 2. *conject. cap.* 3. quamvis non ſatis hæc diſtinguant Donell. in *l. ſi tibi* 25 *num.* 12. *C. de evictionibus.* & in *l.* 5. *num.* 27. *hoc tit.* Weſembec. ad *titulum ff. de evictionibus num.* 3. & 4.

§. III. Sed quamvis hodie moribus regioque jure noſtro venditor ad cautionem duplæ pro evictione nec compelli poſſit nec ſoleat. *l.* 32. *in fine*, ubi Gregor. *gloſſa ult. titulo* 5. *Partita* 5. quia nec Romano jure niſi ex conſuetudine regionis exigebatur. *l ſi fundus* 6. *ff de evictionibus. l. quod ſi nolit* 31. §. *quia aſſidua ff. de Ædilitio Edicto.* in caſum tamen, quo interpoſita ea cautio fuerit, & ad obſcuræ hujus antiqui juris partis lucem pretium operæ erit inter actionem de evictione ex empto, & eam quæ ex ſtipulatione duplæ naſcitur, inſigniores differentias paucis complecti. Quibus explicandis præmittendum eſt, formam cautionis duplæ eam eſſe, ut venditor emptori ſtipulandi permittat, *rem emptam habere licere, neque jure & judicio evinci, & ſi de ea re parteve ejus emptori controverſia fiat, venditorem denunciatum defenſioni adfuturum, item dolum malum abeſſe abfuturumque eſſe, & ſi quid contra factum erit, quanti ea res erit duplum præſtari*, ut colligitur ex *l. ſi ſervus* 21. *l ſi dictum* 56 §. *in ſtipulatione. l. habere* 57. *ff. de evictionibus. l. ſi cum fundum* 68. §. 1. *ff. de contrahend. emptione. l. ſtipulatio* 38. *in princ.* & §. *ſi quis* 13. *hoc tit.* notant pleniorem formulam proponentes Cujac. *tractatu* 6. *ad Afric.* in *l. non tamen* 24 *ff. de evictionibus*, & ad *eundem titulum in C. in principio.* Hotmanus in *epitomatis ad titulum ff. de evictionibus num.* 3. Deinde & præmittendum eſt, utramque actionem ex empto & ex interpoſita ſtipulatione duplæ ita ſimul pro evictione competere, ut ſit in electione emptoris, qua uti velit. *l. ſed etſi* 18 *ff. de evictionibus. l. ſi tibi* 25. *C. eod tit.* ubi Donell. *num.* 16. neque audiendus Ant. Fab. *lib.* 9. *conject cap.* 1. & *de error. Pragm. dec.* 70. *err.* 6. qui deceptus vulgata lectione *l.* 1. § *cautionales ff. de prætoriis ſtipulat.* ubi ſcriptum vulgo eſt, & *ut ſit novatio, intercedunt*, cum verior Florentina lectio ſit, quæ ita habet: & *ut ſit nova actio*, contendit interpoſita duplæ ſtipulatione actionem ex empto novari & conſumi, ſolamque ex ſtipulatione ſupereſſe, cujus argumenta & ſententiam refutat Hillig. ad Donell *lib.* 13. *cap.* 4. *litera F.*

§. IV. Quibus ita poſitis primaria inter utram-

que actionem differentia, & ex qua pendent veluti & connexæ ſunt, quæ ſequuntur, ea eſt, quod actio ex empto pro evictione, cum bonæ fidei ſit. §. actionum inſt. de actionibus. latiorem liberioremque ex utraque parte emptoris & venditoris interpretationem æquitatis admittit. l. ex empto 11. §. ult. verſ. ibidem ff. de actionibus empt. actio autem ex ſtipulatione duplæ ut pote ſtricti juris. d. §. actionum. ſtricte etiam & præciſe id, quod in ſtipulationem deductum eſt, complectitur. l. ſi dictum 56. §. in ſtipulatione ff. de evict. l. quidquid 99. hoc tit. notat ad rem Cujac. lib. 23. quæſt. Pap. in l. ſi quod ex Pamphila 73. ff. de leg. 2. & lib. 28. in l. ſi cum venditor 66. §. ult. in fine ff. de evictionibus. cui differentiæ in primis ſecunda illa conſequens aut conſentanea eſt, nempe in actione ex empto cum bonæ fidei ſit ultra pretium rei venditæ præſtandum eſſe emptori, quantumcumque ejus propter rei utilitates vel impenſas in eam factas intereſt, rem evictam non eſſe. l. venditor 8. l. ſi in venditione 60. ff. de evictionibus. l. ſi controverſia 9. C. eod. tit. l. Titius 43. in fine ff. de actionibus empti. dum tamen id omne quod intereſt non excedat duplum æſtimationis rei, niſi contra venditorem, qui ſciens alienum vendidit. l. cum & ſorte 44. l. idque 45. in pr. & §. 1. l. Julianus 13. ff. de actionibus empti. l. cum fundus 48. ff. de evictionibus. juncta l. un. C. de ſententiis quæ pro eo quod intereſt. ubi poſt Claſſicos Cujac. in recitat. ibi, & tractatu 8. ad Afric. in d. l. cum & ſorte 44. Donell. lib. 26. comm. cap. 19. & ſeqq. at in actione ex ſtipulatu pro evictione non niſi præciſe ſimplum vel duplum pretii in ſtipulationem deducti peti poteſt. l. ſi tibi 25. in fine. ubi differentia hæc inſinuatur, C. de evictionibus.

§. V. Tertia & ſuperioribus proxima differentia eſt circa tempus, quo pretium rei evictæ ſpectatur. Namque in actione ex empto, ut ſciamus, quantum emptori pro pretio rei evictæ præſtandum ſit, inſpicitur æſtimatio & bonitas rei quanti erat eo tempore, quo evicta eſt, & ſive aucta, ſive diminuta evictionis tempore fuerit, non præſtatur emptori, niſi quanti tunc eſt, cum evincitur, quia neque amplius neque minus emptoris intereſt, rem evictam non eſſe, idque ipſum, quod tunc intereſt, ei ex natura emptionis & bona fide præſtari oportet. l. venditor 8. l. evicta 16. l. ſi cum venditor 66. §. ult. l. evicta 70. ff. de evictionibus. l. Titius 43. l. idque 45. ff. de actionibus empti. e contrario in actione ex ſtipulatione ſimplæ vel duplæ inſpicitur pretium rei, quantum fuit tempore venditionis & ſtipulationis. l. bonitatis 13. ff. de evict. hoc eſt, pretium in venditione conventum, quod & in ſtipulationem deductum intelligitur. l. ſi fundo 53. ff. de evict. ex qua ita Cujac. in d. l. un. C. de ſententiis quæ pro eo quod intereſt. Don. lib. 26 comm. cap. 20. & ideo ſive melior, ſive deterior poſt venditionem res facta ſit, & tota evicta fuerit, neque augetur neque minuitur quantitas evictionis ex ſtipulatione duplæ, ſed id ipſum pretium duplatur, quod in venditione conventum & in ſtipulationem deductum eſt. l. ex mille 64. in pr. verſ. ſi totus ff. de evict. plane ſi pars rei venditæ evicta ſit, diſtinguendum eſt, nam ſi evincatur pars certa, in quam & ſeparatim certum pretium conſtitutum in vendendo fuit, aut pars incerta & quota pro indiviſo, veluti quarta aut quinta duplatur, & pro rata pars reſpondens pretii in venditione & ſtipulatione duplæ conventi. l. 1. l. ſi fundo 53. d. l. ex mille 64. in pr. ff. de evict. ſin autem evincatur pars certa fundi pro diviſo, quæ in venditione certo pretio ſeparatim æſtimata non fuit, etiam in ſtipulatione duplæ pro evictione præſtari debet dupla æſtimationis, non pro modo aut numero jugerum totius fundi, ſed pro bonitate & qualitate partis evictæ attento pretio & tempore venditionis. d. l. 1. bonitatis 13. cum l. ſequenti. l. qui fundum 45. l. ex mille 64. §. cæterum ff. de evict. l. penult. ff. de Ædilitio Edicto. niſi in duobus caſibus, qui extant in l. ſi ſervum 4. §. 1. ff. de action. empti. l. ſed ſi quid 15. ff. de evict. de quibus plenius Caballinus in tractatu de evictionibus in additionibus ad §. 4. Donell. lib. 13. comm. cap. 4. & in d. l. ſi tibi 25. num. 8. C. de evictionibus, & ad eundem ff. tit. in recitatione d. l. ex mille 64. Cujac ibidem lib. 7. quæſt. Papiniani, & lib. 26. obſervationum cap. 37. noſter Valencia illuſtrium lib. 2. tractatu 4. cap. 3. num. 24.

§. VI. Quarta lateque patens inter actionem ex empto & ex ſtipulatione duplæ differentia eſt, actionem ex empto pro evictione competere non ſolum, ſi res ipſa vendita aut propria pars ejus, ſed etſi qualiſcumque pars rei aut acceſſio evicta ſit, quam emptori venditorem præſtare ex bono & æquo oporteat. l. quod ſi nolit 31. § ult. ff. de Ædilitio Edicto. l. ex empto 11. §. ſi quis rem 17 ff. de actionibus empti. l. evicta 16. ff. de evictionibus. veluti ſi evincatur partus ancillæ prægnantis venditæ, aut hereditas ſervo empto delata. l. venditor 8. ff. de evictionibus. l. non quocumque 82. §. Julianus 4. ff. de leg. 1. l. ſi quod ex Pamphila 73. de leg. 2. aut columna domus emptæ. l. eum qui §. ſi autem 1. ff. de uſucap. diverſum eſt in ſtipulatione duplæ, quæ cum juris & interpretationis ſtrictæ ſit, non committitur, niſi res ipſa vendita aut propria pars ipſius evicta ſit. l. nave 36. ff. de evictionibus. & ideo non committitur partu ancillæ aut fœtu vaccæ venditæ evicto. l. ſi prægnans 42. cum l. ſequenti ff. de evictionibus. ſicut neque cæmentis ſingulis domus aut tabulis, vel ſcapha navis evictis. l. ſcapham 44. d. l. nave 36. ff. de evictionibus. in qua auctores Synopſis Baſilicῶn lib. 19 tit. 11. cap. 32. ad illa verba d. l. 36. nec evictionis nomine obligatur venditor, ſupplent in duplum, & eadem diſtinctione inter actionem ex empto & ex ſtipulatione duplæ conciliandis locis laudatis utuntur Cujac. ad Jul. lib. 15. Dig. in d. l venditor 8. & lib. 58. in l. vaccæ 43. de evict. & ad Paulum lib. 53. ad Edictum in d. l. ſi prægnans 42. & ad Pap. in d. l. ſi quod 73. de leg. 2. Fab. de error. Pragm. dec. 60. err. 4. ad finem. Bened. Pinell. lib. 2. ſelect. cap. 1. num. 36. Amaya lib. 3. obſervat. cap. 1. §. 2. num. 54.

§ VII. Plane ſi pars, quæ proprie pars rei venditæ ſit, pro diviſo aut indiviſo evincatur, etiam ex ſtipulatione duplæ pro evictione agi poſſe, quamvis Accurſiani dubitaverint, dubitandum non eſt. l. 1. d. l. nave 36. l. ex mille 64. ff. de evictionibus. quapropter & evicto uſufructu rei venditæ, quia portionis inſtar obtinet. l. cum filius 76. §. dominus. l. Mævius 66. §. fundo ff. de leg. 2. l. qui uſumfructum 58. hoc tit. ſtipulatio duplæ committitur. l. ſed ſi quid 15. §. 1. l. vaccæ 43. l. ſi ab emptore 49. ff. de evictionibus. l. in vendendo 66. ff. de contrah. emptione. ſicut & committitur evicto uſu, ſuperficie, emphyteuſi, aut poſſeſſione, quia & portiones quodammodo ſunt juris rei venditæ, quod habere licere promittitur, & evictis illis minuitur. l. ſtipulatio 38. §. ſi quis forte 3. hoc tit. l. 1. §. ſi ſoli cum §. ſequenti ff. de ſuperficiebus. non autem ſervitutibus prædiorum evictis, quia qualitates potius ſunt, & accidentia fundi quam portiones, neque emolumentum rei continent, quia rem etiam evictis illis habere licet, & ideo ex ſtipulatione de evictione venditor, qui ignorans & ſimpliciter fundum vendidit, non tenetur evicta ſervitute. l. penult. ff. de evict. d. l. in vendendo 66. ff. de contrahend. emptione. d. l. Mævius 65. §. fundo ff. de leg. 2. neque ex empto in id quod intereſt, ſed æſtimatoria in id quod minoris emiſſet emptor, ſi ſciſſet ſervitutem impoſitam, quæ evicta eſt. l. quoties 61. ff. de Ædilitio Edicto. l. ſed ſi quid 15. §. 1. ff. de evictionibus. ubi pro voce ſervus reponit ſervitus Cujac. lib. 2. obſerv. cap. 20. & tractatu 6. ad Africanum in l. fundum 46. §. 1. ff. de evictionibus. Forner. lib. 3. rer. quot. cap. 26. tenetur autem de evictione ex empto non ex ſtipulatione duplæ, ſi vel ſciens venditor ſervitutem celaverit emptori ignoranti. l. 1. §. 1. l. quæro 39. ff. de

actio-

actionibus empti. l. qui libertatis 69. §. *penult. ff. de evictionibus.* vel fundum liberum, ſive *uti optimus maximusque eſt*, vendiderit, cum obnoxius jam eſſet ſervituti, quæ poſtea evicta eſt, quo caſu tam ex empto quam ex ſtipulatione de evictione tenetur venditor. *l. cum fundus* 48. *l. penult. ff. de evictionibus. l. ſi quis fundum* 35. *ff. de actionibus empti. l. ſi cum venderet* 59. *ff. de contrahenda emptione. l. traditio* 20. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. l. qui ati* 90. *l. ſi cum fundum* 126. *l. non tantum* 169. *ff. de V. S.* vel denique ſi ſervitutem ſpecialiter vendat, aut eum fundo debito deberi dicat. *l. ſi quis per fundum* 10. *l. fundum* 46. §. 1. *d. l. penult. ff. de evict. l. tenetur* 6. §. *ſi tibi cum* §. *ſequenti. l. ſi tibi* 8. *ff. de act. empt. l. qui fundum* 40. §. 1. *l. cum manu* 80. §. 1. *ff. de contrahend. empt.* hodie autem apud nos indiſtincte emptor evicta ſervitute poteſt ad reſciſſionem emptionis experiri juxta *l.* 63. *tit.* 5. *Partita* 5. Duarenus, Cujac. Donellus, & Giphan. in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *ſi quis forte hoc tit.*

§. VIII. Neque ſuperiori aſſertioni de committenda ſtipulatione duplæ etiam evicta parte obſtat, quod ſcriptum eſt in *l. ſi dictum* 56. §. *in ſtipulatione ff. de evictionibus.* nempe in duplæ ſtipulatione adjectionem partis exprimi neceſſario debere, ut parte evicta committatur ſtipulatio. Quo argumento Martinus apud Acc. in *l.* 1. *gloſſa* 1. *ff. de evict.* aliique contendunt, non committi regulariter ſtipulationem duplæ evicta parte, niſi vel ſpecialiter in ſtipulatione evictio partis promiſſa ſit. *d. l.* 56. §. *in ſtipulatione.* vel pars fundi evincatur, quia ea quoque pars fundus eſt. *d. l.* 1. *l. ex mille* 64. *ff. de evictionibus.* juncta *l. locus* 60. *ff. de V. S.* Cæterum aſſertione noſtra retenta, quæ & eſt certior receptiorque, reſponderi poteſt, quod proponitur in *d.* §. *in ſtipulatione.* non commune jus eſſe, ſed ſingulare in homine vendito, ſive *cum homo venditur*, quomodo ſcribitur, & in contrarium regulam eſſe inſinuatur in *dicto* §. *in ſtipulatione.* quia cum homo emptus, etiamſi pars ejus evincatur dominii jure, ſi tamen juſſu emptoris accipiat vel ſtipuletur, aut ex re ejus aut eo animo, ut ei ſoli adquirat, perinde emptori adquirat in ſolidum, acſi in ſolidum emptoris eſſet. *l. ſervus* 5. *ff. de ſtipulatione ſervor.* non poteſt eo ſaltem reſpectu videri homo evictus, ac nec propria quidem pars ejus, etiamſi emptori pars evincatur. *d.* §. *in ſtipulatione.* quamvis diverſum ſit, quoties judicio communi dividundo contra emptorem propoſito ſervum emptum fuiſſe cum alio communem apparuit, & adverſario adjudicatus eſt, quia eo caſu totus homo evincitur, & ideo ſtipulatio duplæ committitur. *l. ſi mancipium* 34. §. 2. *ff. de evictionibus.* docent poſt Bartolum in *l.* 1. *ff. de evictionibus.* Donell. in *commentario ad eum tit. pag. mihi* 335.

§. IX. Quinta poſtremaque ordine non dignitate & uſu differentia verſatur circa genus effectumque evictionis, quam emptor pati debet, ut ex empto aut ſtipulatione duplæ agere poſſit, namque in primis quoad genus evictionis in ſtipulatione duplæ, ut ea committatur, rem judicio evictam eſſe oportet, & e converſo in actione ex empto ſufficit qualecumque evictionis genus, etiam ſine judicio, per quod rem habere emptori non liceat. *l. non tamen* 24. *ff. de evict.* idcirco ſi emptor ſervi a non domino venditi heres poſtea domino extiterit, quia jam evinci ei ſervus non poteſt, cujus jure hereditario dominus factus eſt, non committitur ſtipulatio duplæ, & tamen quia cum ſervum habet jure hereditario, non jure emptionis, perinde cenſetur, acſi quodammodo evictus eſſet, & ideo experiri poteſt ex empto de evictione juxta textus ſic explicandos in *l. ſi vendiderit* 9. *l. ſi ei* 41. §. 5. *ff. de evict.* juncta *l. ſervum* 49. *in fine ff. mandati.* notat Cujac. *tractatu* 6. *ad Afric.* in *d. l. non tamen* 24. *ff. de evict.* Donell. in *comment. ad eum tit. pag.* 321. Faber in *Rat. d. l. ſervum* 49. *in fine ff. mandati.* quamvis eandem differentiam captet potius quam capiat Guzman *de evict. cap.* 15. *num.* 5. & 48. Ex eadem ratione juris, ſi legatarius ſub conditione ignorans rem ſibi legatam ab herede emerit, poteſt poſtea conditione exiſtente & legato agnito repetere ab herede pretium actione ex empto. *l. cui res* 29. juncta *l. Julianus* 13. §. *ſi fundum* 15. *ff. de act. empti.* non tamen de evictione agere ex ſtipulatione duplæ. *l. habere* 57. §. 1. *ff. de evict.* & ideo actione ex empto, quia quodammodo, poſtquam conditio legati extitit, evicta res emptori eſt, quam jam habeat ei licet non emptionis jure. *l. hujusmodi* 84. §. *qui ſervit ff. de leg.* 1. ſed potius jure legati. *l.* 4. *ff. ad l. Falcid.* ideo autem pretium repetit, quia quamvis ei, qui rem ex cauſſa lucrativa legati habet, petitio pretii dari non ſoleat. §. *ſi res aliena* 6. *in fine inſt. de legatis.* in propoſito tamen non intelligitur proprie emptor rem ex cauſſa lucrativa legati habere, quamdiu ei pretium abeſt. *l. plane* 34. §. *quod ſi rem* 7. *ff. de leg.* 1. quo referenda & explicanda ita ratio illa eſt, *quia non ex cauſſa legati rem habet*, in *d. l. cui res* 29. *ff. de act. empti.* ubi poſt Acc. Cujac. & *lib.* 16. *quæſt. Papiniani* in *l.* 4. *ff. ad l. Falcid.* rejecta emendatione Fabri *lib.* 5. *conject. cap.* 14.

§. X. Rurſus quod ad effectum evictionis attinet, ut ex ſtipulatione duplæ agi poſſit, neceſſe eſt, rem emptori evinci aut litis æſtimationem cum effectu, ita ut jam res aut æſtimatio abducta ſit. *l. evicta* 16. §. 1. *l. ſi ſervus* 22. §. 1. *l. habere* 57. *ff. de evict. l.* 3. *C. eodem tit.* motam autem controverſiam eſſe, aut etiam condemnatum emptorem, quamdiu ſententia executioni mandata & cum effectu res vel æſtimatio ablata non fuerit, non ſufficit, ut ſtipulatio duplæ committatur. *d. l. habere* 57. *l. ſi plus* 74. §. *mota ff. de evict.* late Guzman *de evict. cap.* 15. proinde quod ſupponitur in *l. ſtipulatio* 38. §. *ſi quis forte* 3. *hoc tit.* controverſia mota committi ſtipulationem, *habere licere*, intelligendum eſt de controverſia mota cum effectu, ſic ut non ſola lis aut condemnatio, ſed & evictio rei cum effectu ſequuta ſit, ita ut jam vere dici poſſit habere non licere, & cum effectu diminutum eſſe aliquid ex jure, quod emptor habuit, quam interpretationem & poſtrema ejus textus verba, jurisque ratio deſiderant, & ſequuntur Cujac. & Giphan. in *d.* §. *ſi quis forte.* Donell. *ibi*, & ad *tit. ff. de evict. pag.* 320. quidquid in ea re ſui & perſpicui juris immemor hallucinetur Guzman *de evict. cap.* 7. & *cap.* 15. *num.* 5. e contrario actio ex empto etiam ante evictionem cum effectu ſequutam datur emptori contra venditorem, quo caſu ſciens ille rem alienam aut pignoratam aut vitioſam vendidit. *l. tenetur* 6. §. *ult. l. ſervus* 30. §. *ult.* ubi Cujacius *tractatu* 8. *ad African. ff. de act. empti.* & tamen eo etiam caſu agi ex ſtipulatione duplæ ante evictionem non poteſt. *l.* 4. *ff. de act. empt.* cui & propoſitis non refragatur obſcurus textus in *l. ſi emptori* 30. *ff. de evict.* eſt enim accipiendus non de ſtipulatione duplæ pro evictione. *l. ſi ei* 41. *in principio ff. de evict.* ſed de ſtipulatione duplæ Ædilitia, de morbis noxis vitiisve rei venditæ, in quam venit duplum ejus, quanto minoris res eſt ob id, quod morbo noxa vitiove comprehenſo in Edicto Ædilitio laborat. *l. Lucius* 11. §. 1. *l. evicta* 16. §. *ult. l. ſi ita quis* 31. *ff. de evict. l. itaque* 32. *ff. de Ædilitio Edicto.* junctis traditis a Donello in *l.* 5. *num.* 28. *hoc tit.* hæc itaque Ædilitia ſtipulatio committitur etiam re non evicta, ſi tamen conſtat, eam noxis vitiisve ſolutam non eſſe, ut in *d. l. ſi emptori* 30. quam ita cum *d. l.* 4. conciliat Cujac. *tractatu* 6. *ad African.* in *l. non tamen* 24. *ff. de evict.* & in *d. l.* 4. quamvis aliter Faber in *Ration. ibidem.*

§. XI. Sed ut pergamus, & leviores alias aut ex propoſitis facile exponendas inter ex empto actionem & ſtipulationem duplæ de evictione differentias omittamus, qualis una & ſuperioribus proxima extat in *l. ſi cum venditor* 66. §. *ſi ſecundus.* ubi Cujac. *lib.* 28. *quæſt. Pap. ff. de evict.* alia

in *l. ſi quis per fundum* 35. *ff. de act. empti.* cujus loci oblitus aut inſcius multa circa rem non in re ſcribit Guzman *de evict. cap.* 36. alia in *l. qui libertatis* 69. §. *quid ergo* 3. *ff. de evict.* juncta *l. ſi decem* 10. *ff. de ſtatulib. l. qui duas* 42. *in fine ff. de act. empti.* alia denique in *d. l. qui libertatis* 69. §. *penult. ff. de evict.* obſervandum opportune jam eſt, ita demum actioni ex empto aut ex ſtipulatione duplæ de evictione locum eſſe, ſi emptor litem ſuper re empta motam venditori & heredibus ejus nuntiaverit, ut defenſioni litis aſſiſtant. *l. ſi ab emptore* 49. *l. ſi fundo* 53. §. 1. *ff. de evict. l. emptor* 8. *cum l. ſeq. l. ſi cum quæſtio* 19. *l. ſi parentes* 21. *cum l. ſeq. C. de evict. l.* 1. *C. de peric. & com. rei vend. l. venditor* 49. *ff. de judiciis. l. qui abſentem* 75. *ff. de procurator. cap. ult. de empt. & vendit. l.* 33. & 36. *tit.* 5. *Part.* 5. idque ipſum denuntiare venditori, ut defendat, vetere juris verbo dicitur *auctorem ſuum laudare. l. tenetur* 6 §. *ſi tibi ff. de act. empti. l. Herennium* 63. §. 1. *ff. de evict. l. auctore* 7. *C. eodem tit.* A. Gellius *lib.* 2. *noct. attic. cap.* 6 & ex eo Macrobius *lib.* 6. *Saturnal. cap.* 7. fieri autem ea nunciatio poteſt ab emptore quolibet tempore poſt litem motam, & ante ſententiam in prima aut ſecunda inſtantia, dummodo eo tempore, quo allegationi & probationi exceptionum locus adhuc ſit. *l. ſi rem* 29. §. *ult. ff de evict. l.* 36. *tit.* 5. *Part.* 5. & denuntiandum eſt venditori ipſi in perſonam. *l. minor* 39. § 1. *in fine. l. ſi dictum* 56. §. *ſi præſente cum* §§. *ſeqq. ff. de evict.* & venditore mortuo ſingulis atque omnibus ejus heredibus, ut defendant, & quolibet eorum defugiente aut non defendente omnes de evictione tenentur. *noſtra l.* 4. §. *ult. in fine. l. in executione* 85. §. *in ſolidum. l. cum ex cauſſa* 139. *hoc tit. l. ſi rem* 62 §. 1. *ff. de evict.* tenentur tamen ad ſolutionem non in ſolidum, ſed pro hereditaria parte, ſive, quod idem eſt, petitione defenſionis eſt individua obligatio, & dividua quoad præſtationem ejus quod intereſt, aut dupli pœnæ. *d. l.* 85. §. *in ſolidum. d. l. cum ex cauſſa* 193.

§. XII. Ratio autem hujus juris, ut concludamus, non obſcura eſt, quippe cum obligationis de evictione duo ſint capita, primumque eo pertineat, ut venditor denuntiatus defendat. *l. ſi plus* 74. §. *penult. ff. de evict.* defenſio autem cenſeatur factum individuum. *l.* 4. *ff. ſi ex noxali cauſſa agatur. l. heredes* 25. §. *ſi unus ff. fam. erciſc. l.* 5. § *ſi tamen. l. ex clauſula* 17. *ff. judicatum ſolvi. l. non tamen* 38. *l. licet* 42. §. 1. *ff de procuratoribus. l.* 4. §. *ſed ſi duorum ff. ſi ſervit. vind.* junctis traditis poſt Bartolum in *l.* 4. §. *Cato num.* 43. ab Alciato *num.* 105. *hoc tit.* Giphan. in *d.* §. *Cato num.* 54. & *ſequent.* conſequens eſt, cenſeri individuam obligationem evictionis reſpectu petitionis ex primo capite, ideoque ex eo agi ſeu peti contra omnes venditoris heredes debet, & denuntiari in ſolidum ſingulis ut defendant, atque uno non defendente contra omnes committitur de evictione obligatio. *d. l.* 4. §. *ult. d. l.* 85. § *in ſolidum*, cum jam laudatis. & tamen quia ex ſecundo capite obligationis agitur, re evicta, in id quod intereſt, evictam non eſſe actione ex empto, aut ex ſtipulatu ad duplæ quantitatem, & conſequenter eo reſpectu obligatio utpote dandi & quantitatis dividua eſt, talis etiam eſſe intelligitur ſolutione, & quamvis ob rem ab uno non defenſam contra omnes commiſſa petitio ſit, non tamen cum effectu dupla vel id quod intereſt exigitur a ſingulis, niſi pro parte hereditaria. *d. l.* 4. §. *ult.* obtinetque omnino in hac ſpecie Catonis diſtinctio propoſita in *d. l.* 4. § *Cato* juncta *l.* 2. §. *penult.* & *ult. in fine hoc tit.* proſequuntur poſt Claſſicos & noviores Cujac. *lib.* 65. *Pauli ad Edictum* in *d. l.* 4. §. *ult.* late Caballinus *parte* 2. *de individuis num.* 455. Faber *de error. Pragm. dec.* 34. *err.* 6.

RECITATIONUM ACADEMICARUM
AD TITULUM DIG. DE VERB. OBLIG.
PARS SECUNDA.
ANNO MDCXL. RECITATA.

Ex privato receſſu ad Academiæ hæc limina veluti poſtliminio redimus, ſimulque ad inſignati tituli hujus commentationem, quæ Academicis legibus, quia non unius anni provincia aut opera, repetito biennali conatu veſpertinis Anteceſſoribus illuſtranda proponitur; ſed ut obtemperemus, in primis quæ vel alii ante nos vel nos ipſi priore quadriennio ad hanc partem ſcripſimus, recenſebimus, deinde & adjiciemus non pauca, quæ ſupra vulgi captum aut præter mentem eruditorum longa obſervatione didicimus, eaque ſingula perſpicue & breviter, ut in uſum potius videamur ſcribere quam ſplendorem, & *utilitatem juvandi prætuliſſe gratiæ placendi*, ut eleganter Plinius in *Præfatione naturalis hiſtoriæ*.

CAPUT PRIMUM.

Ad l. inter ſtipulantem 83. *de Verb. Oblig.*

An ſtipulatio alieni facti conſiſtat.

§. I. Pertinet diſputatio Pauli in *præſenti* ad ſtipulationis, ſimulque aliarum conventionum materiam, quæ cum ſit res aut factum. §. *ult. inſt. hoc tit.* ideoque & omnes obligationes in dando eſſe dicantur aut in faciendo. *l.* 2. *l. ſi ſtipuler* 35. *hoc tit. l.* 3. *ff. de O. & A.* appoſite ad utraſque Paulus ſcribit, non obligari alium pro alio promittentem, daturum facturumve illum, ſive, quod idem eſt, alienum factum (cujus appellatione nunc alienam etiam dationem complectimur, ut in *l. verbum* 218. *ff. de V. S. l. ſi heres* 73. *ff. de leg.* 1.) inutiliter promitti, quod & probatur in *l. ſtipulatio* 38. *in principio. l. ſi ita ſtipulatus* 97. §. 1. *hoc tit. l. ſicut reus* 65. *ff. de fidejuſſoribus. l. eum qui* 5. §. *ſed ſi quis ff. de conſtituta pec.* §. *ſi quis alium* 3. & §. *verſa vice* 21. *inſt. de inut. ſtipulat. l.* 11. *titulo* 11. *Part.* 5. idque ipſum eſt, quod dicitur in definitione ſtipulationis, reſpondere promiſſorem debere, *daturum facturumve ſe quod interrogatus eſt. l.* 5. §. *ſtipulatio hoc tit.* nimirum *ſe* non alium, neque alienum factum. exponunt poſt Claſſicos in *præſenti*, & in *d. l. ſtipulatio* 38. *hoc tit.* Ferretus, Duarenus, Cujac. Donell. Giphan. & alii *ibidem.* Connanus *lib.* 6. *comm. cap.* 3. *num.* 5. Donell. *lib.* 12. *comm. cap.* 19. & præter laudatos ab Hilligero Ant. Fab. in *Rat. d. l. eum qui* 5. §. *ſed ſi quis ff. de conſt. pec.* Balduinus, Hotmanus, Pichard. & alii in *d.* §. *ſi quis alium* 3. *inſt. de inut. ſtipul.* Covarr. in *cap. quamvis pactum part.* 2. §. 5. *de pactis lib.* 6. Parladorius *lib.* 2. *rer. quot. cap.* 3. *num.* 29.

§. II. Hæc noſtri textus primaria regula, cujus tamen germana ratio nec ſine controverſia eſt nec perſpicua; ſed omiſſis variis traditis ab Alciato in

d. L

Google

d. l. ſtipulatio 38. *num.* 26. receptior illa eſt Alberici *num.* 4. & Alexandri *num.* 6. in *d. l.* 38. Gomezii *tom.* 2. *variar. cap.* 10. *num.* 23. Manticæ *de tacitis lib.* 14. *titulo* 33. *num.* 1. Giphan. in *l. impoſſibilis* 7. *num.* 8. *hoc tit.* affirmantium, promiſſionem alieni facti inutilem eſſe, tanquam impoſſibilem ex ſententia. *l. impoſſibilium* 185. *ff. de reg. juris.* quia juris intellectu impoſſibile eſt promiſſori cogere alium, quem in poteſtate non habet, ut det vel faciat. *arg. l.* 3. *verſ. ſin autem C. de Ædilitiis actionibus.* ſed receptior, ut diximus, ratio hæc eſt, non tamen certa, tum quia aliud eſt natura aut jure eſſe impoſſibile, quod promittitur, quo caſu obtinet regula *d. l. impoſſibilium* 185. aliud autem promiſſoris reſpectu non facile fieri poſſe, quo caſu obligatur promittens, quia nec proprie impoſſibile eſt, ſed difficile. *l. continuus* 137. §. *illud. l.* 2. §. *ex his in fine hoc tit. d. l.* 3. (ubi impoſſibile pro difficili minus proprie uſurpatur) *C. de Ædilitiis action.* juncta *l. non impoſſibile* 50. *ff. de pactis. l. ſi ita quis* 31. *ff. de evictionibus.* tum etiam quia ſi alieni facti promiſſio impoſſibilis eſſet, nec pœna ei adjecta deberetur. *l. ſi homo* 69. *hoc tit.* & tamen conſtat deberi. *d. l. ſtipulatio* 38. §. *at ſi quis* 2. tum denique quia rationem hanc convincit recte expenſus elegans ad rem textus in *l. continuus* 137. §. *ſi ab eo hoc tit.* & repudiant refutantque Cumanus, & Jaſo in *d. l. ſtipulatio* 38. Donell. *lib.* 12. *com. cap.* 19. Mantica ſibi contrarius *de tacitis & ambiguis conventionibus lib.* 14. *titulo* 37. *num.* 12.

§. III. Quare affirmandum potius eſt, veram principii hujus rationem præmitti a Paulo in *præſenti.* dum præfatur, *inter ſtipulantem & promittentem negotium contrahitur*, id eſt, contractum ſtipulationis cauſſamque ejusdem & effectus conſiſtere debere intra perſonas ſtipulantis & promittentis, inter quas geritur, neque ultra ad alias egredi aut extendi. Hocque ipſum eſt, quod alibi idem Paulus in eadem re docet, nempe quæcumque gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahant, niſi ex noſtra perſona obligationis initium ſumant, inanem actum noſtrum efficere. *l. quæcumque* 11. *ff. de O. & A.* cauſſæ etenim vel actui ad perſonas contrahentium limitato reſpondere etiam debet limitatus intra eosdem effectus, ſicut rationi negotii teſtamentarii geſti inter teſtatorem & heredem conſequens eſt ademptio teſtimonii heredi non legatariis. §. *ſed neque* 10. *cum ſequenti inſtit. de teſtam. ordinandis.* Unde idem Paulus in præſentiarum deducit, non obligari alium pro alio promittentem, daturum facturumve eum; *nam de ſe quemque*, ut inquit, *promittere oportet*, at qui promittit alium daturum facturumve, quamvis ipſe ſtipulanti promittit, non tamen de ſe promittit, neque negotium ſtipulationis geritur inter ſtipulantem & promittentem, cum iſte neque verbis promittat, ſe daturum facturumve, neque ex conſenſu intelligatur perſonam ſuam ſubjicere obligationi, quam in alium transferre nititur, itaque nec promittens obligatur, quia noluit, & de ſe non promiſit, neque alius, (de quo tamen hoc ipſum ut indubitatum & ex propoſitis prompte inferendum Paulus noſter non exprimit) quia nec voluit nec promiſit. *l. ſi genero* 26. *C. de jure dot. l. multum* 6. *C. ſi quis alteri vel ſibi.* ſive quia neque verbis neque conſenſu negotium contractum eſt. *d. l. quæcumque* 11. docent ita & deducunt hanc regulæ noſtræ rationem Jaſo in *præſenti num.* 1. & in *d. l. ſtipulatio* 38. *num.* 3. & utrobique poſt alios Ferretus, Cujac. Donell. & Giphan. Cujac. *lib.* 12. *obſervat. cap.* 36. Donell. *lib.* 12. *comm. cap.* 19. Amaya *lib.* 2. *obſervat. cap.* 13. *num.* 10.

§. IV. Sed in primis propoſitæ rationi & regulæ juris objicitur, quod cum fidejuſſores alieno nomine obligentur. *l.* 1. §. *ſed aut proprio ff. de O. & A.* promittunt utique reum principalem daturum aut facturum, & conſequenter factum alienum contra regulam noſtri textus, idque ex eo probatur, quia ſi ſuum factum promittant, cum factum rei principalis ſit ſui natura perſonale. §. *ſed cum factum inſtit. de ſtipulat. ſervor. l. veteris* 13. *C. de contrah. ſtipulatione. l. qui heredi* 44. *ff. de condit. & dem.* & diverſum a facto fidejuſſoris. *l. cum filius* 49. §. *ult. hoc tit. l. inter artifices* 31. *ff. de ſolutionibus.* accipientur fidejuſſores in diverſam rem ſive cauſſam quam principalis, ideoque non obligabuntur. *l. græce* 8. §. *ſi quis Stichum* 3. juncta *l. hi qui* 34. *ff. de fidejuſſor.* ergo quotiescumque fidejuſſores obligantur, factum rei principalis, & proinde alienum promittunt, atque ita obligantur. Verum huic objectioni reſpondet Paulus in *l. ſicut* 65. *ff. de fidejuſſoribus.* obligari utiliter fidejuſſores, quia ſe daturos vel facturos promittere ſolent & debent, & conſequenter de ſua perſona non de alia, quamvis pro alio & alieno nomine. docet Petrus Greg. *lib.* 24. *Syntagm. cap.* 3. *num.* 32. Heringius *de fidejuſſor. cap* 11. *num.* 166. Schifordegh. *ad Fab. lib.* 2. *tractatu* 8 *quæſt.* 5. nec tamen ideo ſuum factum promittendo fidejuſſor in diverſam rem ſeu cauſſam accipitur, ut ſupra expendebamus; quia ſi factum tale ſit, ut expediri per alium poſſit cum eadem ſtipulatoris utilitate, vel ſi reus & fidejuſſor ejusdem artis & peritiæ ſint, idem utriusque factum cenſetur juris interpretatione. *l. nemo* 5. *ff. de duobus reis. l. unic.* §. *ne autem verſ. ſin autem C. de caduc. tollend.* aut ſi factum omnino perſonale ſit, & ſimpliciter quis fidejubeat, obligari, & promittere intelligitur id quod intereſt. *l. ſtipulatus* 44 *ff. de fidejuſſor.* quod & ipſum principalis reus debet in obligatione faciendi. *l. ſtipulationes* 72 §. *Celſus hoc tit.* ita ex recepta diſtinctione Accurſii & Bartoli in *l. ſi quis pro eo* 56. *num.* 2. *ff. de fidejuſſor.* reſpondent Caſtrenſ. & Cumanus *ibi*, & in *d. l. ſicut* 65. poſt alios Jaſo in *l. ſi ita* 14. *num* 8. ubi & Duaren. *hoc tit.* Schiſurdegherus *ad Fab. lib.* 2. *tractatu* 9. *quæſt.* 4. Hillig. ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 48. *litera H.*

§. V. Huic tamen Bartoli aliorumque traditioni, quam illis non laudatis Academici Anteceſſores ſequuntur, quod attinet ad *d. l. ſicut* 65. non pauca vulgo nondum expenſa acriter obnituntur, inter quæ primum illud, quod indubitatum ante Juſtinianum fuit, facta omnia ſine diſtinctione facti per alium explicabilis aut non explicabilis adeo perſonalia eſſe, ut quamvis juris intellectu perſona heredis cum defuncto, & patris dominive cum filio aut ſervo eadem ſit. §. *ſi quis alium* 3. *verſ. ei vero inſt. de inut. ſtipul. l. heredem* 59. *ff. de reg. juris.* nunquam tamen factum a defuncto promiſſum cenſeatur explicabile per heredem, neque factum filii vel ſervi per patrem aut dominum, neque ad eos obligatio transeat, quæ facti eſt. *l. veteris* 13. *l. ult. C. de contrab. ſtipul.* §. *ſed cum factum inſt. de ſtipul. ſervor.* ergo multo minus per fidejuſſorem ut pote omnino extraneum poteſt cenſeri explicabile factum rei principalis. Quare ut obſcura res intelligatur, obſervandum eſt, cum quis ſimpliciter & ſine mentione ſuæ vel heredis perſonæ factum promittit, diſtare multum ex ratione veteris juris heredem promiſſoris a fidejuſſore; quippe heres nunquam factum defuncti præſtare poſſe intelligitur, tum quia ipſum factum ut pote perſonale non eſt idem heredis & defuncti, & fictio identitatis perſonarum non pertinet ad ea, quæ facti ſunt. *l. cum heredes* 23. *ff. de acquir. poſſ. l. quod dicitur* 130. *hoc tit.* tum etiam & præcipue, quia quamvis factum tale ſit, quod videatur cum eodem effectu per heredem explicari poſſe, cum tamen mentio heredis facta in ſtipulatione non ſit, explicatio ejus facti per heredem induci videretur præter mentem contrahentium, & contra ſtrictam naturam ſtipulationis. *l. quidquid* 99. *hoc tit.* & præſtaretur aliud pro alio factum invito creditori contra regulam *l.* 2. §. 1. *ff. de rebus cred.* ideoque obligatio faciendi in heredem non transmittebatur ante Juſtinianum, qui primus jure antiquo abrogato, ut transmitteretur, conſtituit æquitatem & effe-

Digitized by Google

effectum ſequutus potius quam ſtrictam ſubtilitatem *d. l. veteris* 13. juncta *l. ult. C. de contrab. ſtip.* e contrariu fidejuſſor promittens factum proprium ejuſdem generis, cujus & principalis promiſerat, quamvis vere & proprie ſint diverſæ perſonæ, ita & diverſa facta ſint rei & fidejuſſoris, cum tamen volens creditor fidejuſſoris mentione facta ab eo proprium factum ſtipulatus ſit, non præſtat aliud pro alio invito creditori. *l. inter artifices* 31. (ibi *non conſentiente ſtipulatore*) *ff. de ſolut.* immo ſi factum ejuſdem generis & effectus ſit, non tam diverſum factum promitti aut præſtari, quam electio data, ut vel reus vel fidejuſſor præſtet, compleri intelligitur, ut eleganter in ſpecie ſimili ratiocinatur Paulus ſic expendendus & explicandus in *l. qui res* 98 §. *mihi Romæ ff. de ſolutionibus.* ubi *verſic. ſed verius eſt* adſcribit perperam Triboniano reſpicienti ad *d. l. veteris* 13. Giphan. in *d. l.* 13. ſic enim & jam olim ſtipulatio faciendi mentione heredis facta ad eum tranſmittebatur, quamvis diverſa proprie facta eſſent. *l. ſtipulatio* 38. §. *ſed ſi quis uti* 12. *hoc tit.* eademque ratiocinandi forma eſt in patre vel domino, ut in eos tranſeat factum ex ſtipulatione filii vel ſervi, mentione eorum facta, quaſi tunc idem factum eorum ſit ex conſenſu contrahentium, non autem ſi ſine mentione eorum filius vel ſervus ſibi ſtipulentur. *d. l. quod dicitur* 130. *d. l. ſtipulatio* 38. §. *hi qui, cum* §. *ſequenti. d.* §. *ſed cum factum inſt. de ſtipul. ſervorum.*

§. VI. Deinde & fortiter magis omnibus ſupra traditis adverſatur obſcurus textus in *l. cum filius* 49. §. 1. *hoc tit.* juncta *l. inter artifices* 31. *in fine ff. de ſolut.* ubi ſi principalis & fidejuſſor promittant *ire agere licere*, quæ facti ſtipulatio eſt. *l.* 2. §. *item ſi in facto hoc tit.* ſcriptum eſt, ſi fidejuſſor prohibeat, neque ipſum neque principalem teneri, ſin autem principalis prohibeat, utrumque teneri; & tamen negativum factum non prohibendi, cum non perſonæ propriam induſtriam, ſed effectum & utilitatem permiſſionis contineat, explicari poteſt per fidejuſſorem cum eadem utilitate ſtipulatoris; ſicut affirmativum factum prohibendi cum eodem damno ejuſdem. *l. in executione* 85. §. *quod ſi ſtipulatus hoc tit.* ergo ideo prohibente fidejuſſore non tenetur ipſe, quia nec promiſit nec debet factum proprium non prohibendi, neque tenetur principalis, quia prohibitio fidejuſſoris, etiamſi effectus ejuſdem ſit, eſt factum diverſum a prohibitione principalis, & e contrario ideo prohibente principali tenetur fidejuſſor, quia factum illud alienum nempe principalem non prohibiturum promiſit contra *d. l. ſicut* 65. *ff. de fidejuſſoribus.* ſed ut res difficilis explicetur, reſponderi duobus modis poteſt. Primo factum illud negativum non prohibendi *ire agere* non fuiſſe explicabile cum eodem effectu per fidejuſſorem, quia in *d. l. cum filius* 49. §. 1. *d. l. inter artifices* 31. forma illa ſtipulationis *per te non fieri* reſtricta fuit ad perſonale factum rei principalis, quod in ſpecie eſt diverſum a facto fidejuſſoris, ſicut & diverſum factum eſt operarum officialium, quas libertus ut libertus patrono promittit, & earum quas promittit liberti fidejuſſor, & ideo fidejuſſor in officialibus moram non committit juxta textum ſic explicandum in *l. ſi libertus* 44. juncta *l. ſervus* 10. §. 1. *l. quia* 12. *ff. de oper. libert.* cum traditis a Fabro in *juriſprud. Papin. titulo* 5. *principio* 2. *illatione* 12. & quamvis ex conſenſu creditoris fieri poſſit, ut ei conſentienti facto uno pro alio ſoluto liberatio contingat. *d. l. inter artifices* 31. ibi: *non conſentiente ſtipulatore*, non tamen ut a principio obligetur fidejuſſor in diverſam rem ſive factum quam principalis. *d. l. inter* 31. *l. ſi ita* 42. *ff. de fidejuſſor.* & aliud longe eſt factum per aliud explicabile in genere, & imperſonaliter promitti a principali & fidejuſſore, quo caſu, ut ſupra diximus, idem utriusque factum cenſetur juris interpretatione & ex conſenſu contrahentium. *d. l. qui res* 98. §. *mihi Romæ ff. de ſolutionibus.* Secundo & quidem ſubtilius reſpondebitur, ſi obſervetur, multum diſtare factum affirmativum prohibendi *ire agere* a negativo non prohibendi, quippe affirmativum factum prohibendi *ire* eſt explicabile cum eodem effectu per fidejuſſorem, quoniam fidejuſſore ſolo prohibente perinde in ſolidum prohibetur ire ſtipulator, ac ſi & principalis prohibuiſſet. *l. in executione* 85. §. *quod ſi ſtipulatus hoc tit.* negativum autem factum non prohibendi non eſt explicabile cum eodem effectu per fidejuſſorem, quippe etiamſi fidejuſſor non prohibeat, impedietur ire agere ſtipulator, ſi principalis prohibeat, quapropter cum & ex forma ſtipulationis & ſui natura in *d. l. cum filius* 49. §. 1. & *d. l. inter* 31. ſit diverſum factum fidejuſſoris & principalis, non obligatur fidejuſſor ad factum proprium non prohibendi, ut pote diverſum a principali, neque ſi fidejuſſor prohibeat, ipſe aut principalis tenetur, ſed obligatur fidejuſſor in id, quod intereſt principalem non prohibere, & ideo eo prohibente tenetur, ut in obligatione facti omnino perſonalis juxta notata ſupra §. 4. *in fine.* ſentiunt ita aut præſentiunt Baldus *in fine.* & Alciatus *num.* 1. & 7. in *d. l. inter* 31.

§. VII. Verum adhuc ſupra & nuper propoſitis obſtant graviter textus in *l. ſi ita ſtipulatus* 97. §. 1. *hoc tit. l.* 5. §. *in hac* 5. *ff. judicatum ſolvi.* ubi neque qui promittit ſe pro alio ſoluturum, obligatur ad factum ſolvendi, neque ut defendat fidejuſſor in ſtipulatione judicatum ſolvi, ſed uterque in id & quatenus intereſt; & tamen utrumque factum ſolvendi & defendendi expediri poteſt cum eodem effectu per fidejuſſorem. *l. un.* §. *ne autem* 9 *C. de caduc. tollend l.* 5. §. 1. *cum ſeqq. ff. jud. ſolvi.* ergo etiam factum non perſonale & per alium explicabile cenſetur diverſum in fidejuſſore & principali, neque ad factum fidejuſſor obligatur; ſed in primis, quod attinet ad *d. l. ſi ita* 97. §. 1. reſponderi poteſt, eum, qui promittit ſe ſoluturum nomine Titii, non eſſe proprie aut ſimpliciter fidejuſſorem, ſive quoniam ut Bartolus, Caſtrenſis, Alexander, & communiter alii docent in *d. l. ſi ita* 97. §. 1. fidejuſſor ſolvere poteſt ſuo nomine aut principalis. *l. indebitam* 47. *ff. de condictione indeb.* ſive quod & dexterius & verbis *d. l. ſi ita* §. 1. congruentius dicitur, quia promiſſio ſolvendi cum ſit facti. *l. conſilio* 7. §. *ult. ff. de curatore furioſi.* non eſt ſimilis ſed diverſa a promiſſione dandi, quæ eſt juris. *l. ubi autem* 75. §. *qui idquod*, & §. *ult. hoc tit.* Titius autem idemque principalis promiſit dare non ſolvere, ut conſiderant Duarenus, Donellus, Giphanius, & alii in *d. l. ſi ita* §. 1. proinde quemadmodum cum ex parte creditoris adhibetur ſtipulationi adjectus, in quo factum ſolutionis conſiſtat, non poteſt creditor debitorem cogere, ut adjecto ſolvat, niſi creditoris interſit adjecto potius quam ſibi ſolvi. *l. liber* 118. §. *ult. hoc tit.* ita & in ſpecie *d.* §. 1. promittens ſe ſoluturum nomine Titii debitoris habetur pro adjecto, & acceſſione ex parte debitoris quoad factum ſolutionis. *l. obligationum* 44. §. *acceſſio ff. de O. & A.* & conſequenter non poteſt cogi, ut ſolvat niſi quando & quatenus ſtipulatoris interſit ab eo ſolvi, nempe ſi Titius principalis debitor ſolvendo non ſit. *d.* §. 1. *l. ſi quis ſtipulatus* 112. §. *ult. l. ſi quis ab alio* 13. *ff. de re judicata.* quod tamen contra eſſet jure recepto ante Juſtinianum, ſi fidejuſſor proprie foret. *l.* 3. *l. jure* 5. juncta *authent. præſente C. de fidejuſſor.* notat ad rem Cujac. in *d* §. 1.

§. VIII. Sed cum fidejuſſionis naturæ conveniat potius quam repugnet promittere, vel ſolvere nomine principalis. *l.* 1. §. *ſed aut proprio* 8. *ff. de O. & A. d. l. indebitam* 47. *ff. de condict. indeb.* & promiſſio ſolvendi relata ad præcedentem obligationem principalis vel contineat ipſam dationem, quam principalis promiſit, vel eam explicet eodem genere & effectu. *l. ſi heres* 73. *ff. de leg.* 1. *l. ubi autem* 75. §. *qui vero hoc tit. l. ſolutionis* 54. *ff. de ſolut. l. ſolutionis* 176. *ff. de V. S.* ideoque dubi-

ſitari non debeat, eum etiam, qui in obligatione dandi pro alio interveniens promiſit verbis ad factum relatis, ita *ut nunc vis faciam*, eſſe fidejuſſorem. *l. blanditus 12. C. de fidejuſſoribus.* inſpecta ſcilicet contrahentium mente & communi ſenſu; atque effectu potius quam verbis. *l. 1. §. ſi quis ita. l. quæ extrinſecus 65. §. 1. l. ſi ſub una 136. hoc tit.* utraque interpretatio illa *d. l. ſi ita 97. §. 1.* tanquam verbis magis quam rebus impoſita contra præceptum *l. 2. in fine C. communia de leg. l. omnes 10. C. de contrah. ſtipulat.* improbabilis mihi eſt. Quare his expoſitionibus repudiatis, quas & repudiat Mantica *de tacitis lib. 16. tit. 10.* exiſtimaverim tentari poſſe cum Raphaële Cumano in *d. §. 1.* ſententiam Celſi *ibi* eam eſſe, ut ſtipulatio illa, qua promittis Titii ſcilicet principalis debitoris nomine te ſoluturum, ſit utilis indiſtincte & ſimpliciter, ut pote cum non ſit ſimilis, ſed diverſa ab illa ſtipulatione, qua promitteres eundem Titium daturum. *l. eum qui 5. §. ſed ſi quis ff. de conſtituta pecunia.* quia priore ſtipulatione promittis factum proprium per alium explicabilem ſolutionis ſeu dationis, quam & principalis promiſit, & conſequenter promittis omnino utiliter tanquam fidejuſſor, niſi aliud contrahentes voluerint, poſteriore autem ſtipulatione promittis factum alienum, nempe dationem Titii, & conſequenter inutiliter ex regula noſtri textus *d. l. ſicut 65. ff. de fidejuſſ.* & tamen ex ea poſteriore ſtipulatione, ſi pecuniarie & principaliter juxta terminos *l. fidejuſſoris 23. ff. de pactis.* interſit ſtipulatoris te præſtare, veluti ſi Titius principalis ſolvendo non ſit, teneris quando & quatenus intereſt. *d. §. 1.* quia quemadmodum ex ſtipulatione alteri facta alioquin inutili tenetur quis, quando alteri præſtari intereſt ſtipulantis. *d. l. ſtipulatio 38. §. ſi ſtipuler cum §. ſequenti hoc tit. l. 3. C. de inut. ſtip. §. ſed & ſi quis 20. inſt. eod. tit.* ita & ex promiſſione alieni facti. *d. §. 1.* qui ſingularis in hac parte eſt, juncta ex eodem Celſo *l. quoties 81. hoc tit.* de qua poſtea, itemque *l. ſi quis ab alio 13. ff. de re judicata. l. illa 67. §. 1. hoc tit. l. ult. §. 1. ff. de reb. credit.* & ex aliis Juriſconſultis. *l. ſi quis ſtipulatus 112. §. ult. hoc tit. l. qui autem 14. §. ſed & ſi quis ff. de conſtituta pecunia.* quamvis contra ſentiat Theophilus in *§. verſa vice 20. inſt. de inut. ſtip.*

§. IX. Tandem quod pertinet ad *d. l. 5. §. in hac 5. ff. jud. ſolvi.* quem ſingularem in propoſito vocat, & ejus argumento a Bartoli ſententia, quam ſequimur, recedit Raphaël Cumanus in *d. l. cum filius 49. §. 1. num. 2. hoc tit.* reſpondendum eſt, quod quamvis ſtipulatio judicatum ſolvi complectatur effectu ipſo, & in ſe habeat veluti cohærentes duas alias clauſulas de re defendenda & de dolo malo, tanquam conditiones neceſſarias, ut judicatum ſolvatur, quia neque judicari poteſt, niſi res defendatur, nec recte judicari niſi dolus malus abſit *l. judicatum 6. ff. judicatum ſolvi. §. ſi vero aliquis inſt. de ſatisd.* proprie tamen una & prima ac præcipua clauſula ſtipulationis eſt judicatum ſolvi, qua ſola expreſſa plerumque ſtipulatio concluditur, & propter quam ceteræ veluti accedunt, & interdum exprimuntur. *d. l. 5. §. in hac 2. l. cum quærebatur 13. verſ. dicebam. l. ult. in fine ff. jud. ſolvi. l. ſi accepto fuerit 20. ff. de acceptil. l. ſtipulatio 21. §. habet ff. de oper. novi nuntiat.* Unde apparet defenſionem & defectum doli eſſe veluti conditiones ſtipulationi inhærentes. *d. l. ſtipulatio 21. §. habet.* quæ conditiones in poteſtate ejus, qui ſatisdedit, & fidejuſſorum ſunt, ut eas implendo ſe ſine dolo recte defendant, vel evitent obligationem ſolvendi judicatum, ſi abſoluti ſint, vel differant, donec condemnentur. *d. l. 5. §. 1. & §. ſi ex fidejuſſoribus. l. ſi ex duobus 14. cum l. ſequenti ff. judicatum ſolvi. l. licet 42. §. ult. ff. de procurat.* Sin autem ſine dolo non defendant tanquam impedita ob culpam eorum conditione, quæ inerat obligationi judicati ſolvendi, committitur ſtipulatio contra eum, qui ſatisdedit, & fidejuſſores in id quod intereſt, proinde ac ſi judicatum eſſet deberi, quod petebatur. *d. l. 5. §. nunc videamus. l. ex judicatum 18. l. ult. ff. jud. ſolvi.* non eſt itaque factum defendendi proprie & præciſe in obligatione fidejuſſorum aut rei principalis, qui ſatisdedit, neque ad defendendum tenentur abſolute, ſed veluti ſub conditione, ſi nolint condemnari in id quod intereſt, perinde ac ſi judicatum eſſet. *d. l. ſi ex duobus 14.* propria autem & præcipua obligatio tam ſatisdantis quam fidejuſſorum eſt judicati ſolvendi, ſive quantitatis, in quam judicatus ſeu condemnatus reus fuerit. *l. judicatum 9. ff. jud. ſolvi.* idque ipſum eſt, quod dicitur in *d. l. 5. §. in hac 5.* fidejuſſores in ſtipulatione judicatum ſolvi intervenire, ſive obligari proprie in quantitatem ſcilicet judicati, quod ſolvi promittunt, non autem ad defenſionem, ad quam neque is, pro quo intervenerunt, præciſe obligatur, & ideo nec mandaſſe eis videtur, ut defendant, neque imputare poteſt in judicio mandati, cur defenſionem omiſerint, quomodo ea difficultas contra Cumanum enodanda eſt, quamvis aliter Jaſo in *d. l. cum filius §. 1. num. 3. hoc tit.*

§. X. Jam vero ut ex diverticulo iſto, cujus occaſione non pauca ignota vulgo & ignorata ſcripſimus, ad regiam rectamque diſputationis noſtræ viam revertamur, objicitur deinde contra textum noſtrum, & explicatu digna eſt ratio, cur alieni facti promiſſio inutilis ſit, cum utilis ſit promiſſio rei alienæ. *l. ſi is qui pro emptore 15. §. ult. ff. de uſucap. l. is qui alienum 51. l. continuus 137. §. illud in fine hoc tit.* cum tamen & hæc ipſa rei alienæ promiſſio ſit facti alieni, quia res aliena ſine facto domini dari non poteſt. *l. id quod noſtrum 11. ff. de Reg. Juris.* ſed explicabitur res facile, ſi animadvertas promiſſionem alienæ rei utilem eſſe, quia obligatio ſumit initium ex perſona promittentis, qui promittit ſe daturum, ac proinde factum proprium. *d. l. ſicut 65. ff. de fidejuſſorib. l. quæcumque 11. ff. de O. & A.* & quamvis datio hæc alienæ rei ſine facto alieno domini eam dari permittentis impleri non poſſit, id tamen evenit per conſequentiam, ideoque nec movere aut morari debet, *arg. l. 1. l. quod dicimus 7. ff. de auctor. tutor.* principaliter autem promiſſio eſt facti & dationis propriæ, idcircoque utilis tanto magis, quia quo caſu dominus vendere nolit, promiſſor æſtimationem ſtipulatori præſtare cogitur. *l. alienus 81. in fine ff. ad l. Falcid. l. alieno 31. §. ult. ff. de fideicommiſſar. libert.* notat ad rem poſt Bartolum in *l. 4. §. Cato num. 13. hoc tit.* Mantica *d. lib. 14. tit. 33. num. 2.*

§. XI. Neque difficiliorem explicatum habet, quod opponi ſolet, debere promiſſionem alieni facti ſic exaudiri, ut intelligatur quis promittere ſe facturum & curaturum, ut alius det vel faciat, nam cum ſic accepta tanquam propria & pura ſeu facti ſtipulatio ſuſtineri poſſit. *§. ſi quis alium 3. inſt. de inut. ſtipulat.* relata vero omnino ad factum alienum inutilis ſit, debuit capi ea interpretatio, per quam actus potius valeret quam periret. *l. quoties 80. hoc tit. l. quoties 12. ff. de reb. dub.* quomodo & promiſſionem alieni facti interpretantur ſuſtinentque JCti in *l. ſtipulatio 38. §. penult. l. quoties 81. hoc tit. l. ult. ff. ſi quis in jus vocatus non ierit.* Ceterum quamvis huic difficultati ſuccumbat Petrus antiquus interpres apud Jaſonem in *l. ſtipulatio 38. num. 3. hoc tit.* ex communi tamen Jaſonis ejuſdem & aliorum ſententia fiet facile ſatis, ſi meminerimus, regulam illam, quæ docet debere accipi eam interpretationem, per quam actus potius valeat quam pereat, ſequendam eſſe, cum ambigua oratio ſtipulationis talem interpretationem admittit. *d. l. quoties 80. hoc tit. l. quoties 12. ff. de reb. dub.* at quoties ſtipulatio directe aperteque ad alienum factum refertur, non poteſt locus eſſe interpretationi, per quam ſtipulatio contra verba mentemque contrahentium detorquetur ad factum proprium, nempe ſe curaturum, quia neque in claris locus eſt conjecturis. *l. ille aut ille 25. §. 1.*

ff. de leg. 3. l. continuus 137. §. cum ita in fine hoc tit. quin potius credimus eum, qui de ſe non promiſit, obligare ſe noluiſſe, ut notavimus ſupra §. 3. in fine.

§. XII. Neque adverſantur huic ſolutioni textus in d. l. ſtipulatio 38. §. penult. l. quoties 81. hoc tit. l. ult. ff. ſi quis in jus voc. non ierit. nam reſponderi ſolet, pertinere eorum jurium ſententiam ad ſtipulationes prætorias, in queis promiſſio alieni facti eam recipit interpretationem, ut promiſſor intelligatur promiſiſſe, ſe acturum & curaturum, ut alius faciat, ut docet Coraſ. in d. l. ſtipulatio 38. num. 4.

§. XIII. Neque in obſcuro ratio eſt, nam cum prætoriæ ſtipulationes veluti judicio ſiſti, aut ratam rem haberi deſcendant ex officio mero Prætoris, formamque accipiant. l. 5. §. prætoriæ. l. in conventionalibus 52. hoc tit. & Prætor eas ſtipulationes interponi jubeat, ut brevius lites expediantur, nec judicia eluſoria ſint. l. 1. §. 1. ff. de prætor. ſtipul. ideoque nihil his ſtipulationibus addere, detrahere, vel immutare liceat contrahentibus. d. l. in conventionalibus 52. conſequens eſt intelligi eas debere ex mente Prætoris, ita ut utiles ſint & referantur ad factum propriæ curæ. l. in prætoriis 9. ff. de prætor. ſtip. quomodo & explicandi & referendi ad prætorias ſtipulationes ſunt juris loci in l. ſi eum 10. ff. ſi quis caution. l. ſi commiſſa 13. ff. ratam rem haberi. l. 11. tit. 11. Part. 5. plane hæc traditio, quamvis & certa ſit & idonea explicandis pleriſque locis nuper laudatis, tamen quod attinet ad d. l. ſtipulatio 38. §. penult. & d. l. quoties 81. hoc tit. non niſi divinando admitti poteſt, quia non conſtat, fuiſſe ibi prætoriam ſtipulationem de ſiſtendo in judicio, ſed ſimplicem & indefinitam de ſiſtendo, quapropter verius reſpondetur, in d. l. ſtipulatio 38. §. penult. eſſe apertam ſtipulationem facti proprii conceptam verbis illis, illum ſiſtas: quibus cum promiſſor reſpondeat ſe illum ſiſtere promittere, promittit principaliter factum proprium, quamvis & conſequenter factum ejus, qui ſiſtendus eſt, requiratur, ut in promiſſione rei alienæ diximus ſupra §. 10. & ideo nulla cauſſa eſt, cur non obligatio conſtet, ut ſcriptum eſt in d. §. penult. At in d. l. quoties 81. quamvis dubitabilior res ſit, refertur tamen ſtipulatio ad factum promittentis, quia promiſſio non ea fuit, ut alius ſe ſiſteret, quomodo concepta promiſſio eſſet omnino facti alieni; ſed paſſive concepta fuit, ita alium ſiſti, in qua forma ſtipulationis ſatis eſt conjecturæ, ut promitti interpretemur ſiſti debere alium ab eo, qui promittit, ſive acturum promiſſorem, ut ille ſiſtatur, ut conſiderant Jaſo, & Duar. in d. l. quoties 81. & generaliter quoties promiſſio ex conjectura aliqua aut verbis admittit interpretationem facti proprii: ſequuntur eam & ſuſtinent JCti, ut in l. qui autem 14. §. ſed & ſi quis ff. de conſt. pec. de qua poſtea.

§. XIV. Deinde, ut pergamus, ex ſupra tradita §. 3. juris ratione pendet propria & perpetua ratio illius etiam juris principii, quo docemur, alteri ſtipulari neminem poſſe, ſive quod eodem ſenſu & generalius dicitur, non poſſe ex ſtipulatione aut alio contractu, ſi mutuum excipias, alteri per alterum obligationem acquiri. §. ſi quis alii 4. & §. alteri jus inſt. de inut. ſtip. d. l. ſtipulatio 38. §. alteri. l. ſi mihi & Titio 110. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus verſ. reſpondi hoc tit. l. 9. C. de inut. ſtip. l. quæcumque 11. ff. de O. & A. l. ſolutum 11. §. per liberam ff. de pignor. act. l. certi 9. §. numeravi, & §. ſi nummos ff. de reb. cred. l. 1. & 2. C. per quas perſon. l. cum res 22. C. de donat. l. 5. §. item ſi ff. de conſtitut. pecun. l. quo tutela 73. §. ult. ff. de reg. jur. l. 10. tit. 11. Part. 5. nam cum negotium ſive cauſſa dandi accipiendique inter ſtipulantem & promittentem geratur, ideoque de ſe non de alio promittere quemque oporteat, ut cum Paulo ſupra docuimus, ita & quemque ſibi non alteri ſtipulari ex eadem ratione ejuſdem Pauli in d. l. quæcumque 11. non geritur autem negotium ſtipulantis, quoties alteri ſtipulatur, cui dari nihil intereſt ſtipulatoris. d. l. ſtipulatio 38. §. alteri. d. §. alteri inſt. de inut. ſtip. ubi quæ ratio hujus principii traditur, non diverſa eſt a ratione Pauli in præſenti, & in d. l. quæcumque 11. ſed eam ipſam ut primariam & potiorem ſupponit, firmatque & tanquam pars ejuſdem ſic expoſita oſtendit clarius id, quod & Paulus noſter ſenſit, nempe ſtipulationes inventas eſſe, ut ſtipulator ſuum negotium gerat, & adquirat, quod ſua intereſt, & conſequenter non geri ſtipulantis negotium aut promittentis, ſi ſtipuletur alii, vel de alio promittat, cui vel a quo præſtari nihil intereſit ſtipulatoris, ut ſentit Giphan. in d. l. quæcumque 11. num. 4. Cujac. in d. l. ſtipulatio 38 in principio, & §. alteri. quamvis aliter Donellus ibi num. 4. Hotman. in d. §. ſi quis alii enuntiatione 3. inſt. de inut. ſtip.

§. XV. Jam vero ex tradita ratione juris expeditum intellectum habet, quod dicitur, ſi in ſtipulatione alteri facta aut promiſſione alieni facti pœna adjiciatur in caſu, quo alteri datum non ſit, aut alter non fecerit, pœnam deberi. l. ſtipulatio 38. §. at ſi quis 2. & §. alteri hoc tit. d. §. alteri 19. & §. verſa vice 21. inſt. de inut. ſtipulat. quia quamvis ſine principali acceſſorium non ſubſiſtat. l. 2. ff. de pec. legata. l. in omnibus 43. ff. de ſolut. l. nihil 129. §. 1. l. cum principalis 178. ff. de R. J. & pœnalis ſtipulatio adjecta præcedenti ſtipulationi inutili ſit etiam inutilis. l. ſtipulatio 61. l. ſi homo 69. l. ſi ita ſtipulatus 115. in principio hoc tit. l. quod bonis 15. §. frater ff. ad l. Falcid. quarum argumento pœnalem ſtipulationem eſſe acceſſoriam principalis præcedentis ſupponunt pro conſtanti Bart. in d. l. ita ſtipulatus 115. num. 12. poſt alios Jaſo in d. l. ſi homo 69. & in l. ſi mihi 12. §. 1. num. 12. ff. de leg. 1. Giphan. in l. impoſſibilis num. 6. hoc tit. verius tamen omnino eſt, pœnalem ſtipulationem non eſſe acceſſoriam, quia & a principio ſine præcedente aut principali obligatione poteſt per ſe ſubſiſtere, veluti ſi a conditione incipiat, ita ſi fundum non dederis decem dabis? quo caſu fundus cum promiſſus non ſit non eſt in obligatione, ſed in ſolutione, & unica obligatio pœnalis eſt in decem. l. obligationum 44. §. ſi ita ff. de O. & A. juncta l. 1. §. item ſi ita in fine ff. ad l. Falcid. l. ſi penum 24. in fine ff. quando dies leg. ced. & tamen ſi acceſſoria eſſet, non poſſet incipere ſine principali, cui applicaretur, arg. l. qui contra 11. l. fidejuſſor 16. §. fidejuſſor. Unde etiamſi ſtipulatio præcedat, eaque inutilis ſit, erit tamen utilis pœnalis, quæ adjicitur, ſi in ea non concurrat eadem ratio, quæ præcedentem inutilem fecit. l. nuda 5. C. de contrah. ſtipulat. ut evenit in pœna, quæ promittitur poſt ſtipulationem alteri factam aut alieni facti, quia ratio illa, quod ſibi non ſtipulatur aut de ſe non promittit, ſed alteri vel de alio, cui vel a quo præſtari ſtipulatoris non intereſt, ceſſat in pœna, quam & de ſe promittit, & ſibi ſtipulatur, & conſequenter ipſius jam intereſt tam aperte, ut de eo dubitandum non ſit, ſed inſpicienda quantitas & conditio ſtipulationis pœnalis. d. l. ſtipulatio 38. §. at ſi quis, & §. alteri. ex quibus ita recte docet Don. in d. §. alteri num. 74. & in d. l. ſi homo 69. num. 4. hoc tit. & lib. 12. comm. cap. 18. Covarr. in cap. quamvis pactum parte 2. §. 4. num. 4. de pactis lib. 6. Connan. lib. 6. comm. cap. 4. num. 10. & 12.

§. XVI. Diverſum autem eſt non contrarium, quod ex aliis locis deduximus, ſi præcedens ſtipulatio inutilis ſit, eſſe etiam inutilem pœnalem, id enim tunc ſolum obtinet, quoties eadem aut par ratio improbandæ præcedentis ſtipulationis in pœnali quoque concurrit, quæ & improbatur tunc potius ex proprio vitio, quam quia ſit acceſſoria præcedentis. Idque in primis contingit in d. l. ſtipulatio 61. hoc tit. ubi pœnalis ſtipulatio illa, ſi heredem me non feceris centum dare ſpondes, inutilis eſt, quia

&

& ipſa contra bonos mores eſt, cum auferre libertatem teſtandi, & captare hereditatem viventis ſemper odioſum ſit & incivile, ſive fiat per præcedentem ſtipulationem aut conventionem. *l. ex eo C. de inut. ſtip. l. pactum* 15. *l. licet* 19. *l. ult. C. de pactis. l. hereditas* 5. *C. de pact. convent. l. cum duobus* 52. *§. idem reſpondit ff. pro ſocio.* ſive præmio diſpoſitionis captatoriæ. *l. captatorias* 70. *ff. de her. inſtit. l. captatoriæ* 64. *ff. de leg.* 1. ſive denique multo magis, ſi fiat metu pœnæ, ut in *d. l. ſtipulatio* 61.

§. XVII. Sed ejuſdem generis eſt, quod extat in *d. l. ita ſtipulatus* 115. *hoc tit.* imperfectam ſive inutilem eſſe ſtipulationem pœnalem adjectam præcedenti ſtipulationi ſiſtendi in certo loco, ſi dies ſiſtendi expreſſus non fuerit, cum id ageretur, ut certus dies exprimeretur, quo ſiſti oporteret, id enim ex eo fit, quia ratio incertitudinis diei, quæ facit inutilem præcedentem ſtipulationem, quoniam non apparet, quo die ſiſtere tenearis, facit etiam ne poſſit exiſtere conditio ſtipulationis pœnalis, nempe illa *ſi non ſteteris*, quia apparere non poteſt, te ſtatum non eſſe illa die, quæ exprimenda neque expreſſa fuit, & ideo adhuc incerta eſt. Accedit quod cum pœna ſit vindicta delicti ſive culpæ, ſine qua non infligitur. *l. aliud* 131. *ff. de V. S. l. ſancimus* 22. *C. de pœnis.* nec committi debet adverſus eum, qui in culpa non eſt, quia non poteſt etiamſi velit parere præcedenti ſtipulationi ſiſtendi ob incertitudinem diei. *l. multa* 6. *l. in teſtamento* 27. *ff. de cond. & dem.* juncta *l. pater* 44. *ff. de her. inſtit.* quas illuſtrant Don. *lib.* 8. *comm. cap.* 16. Radulphus Forner. *lib.* 2. *rer. quot. cap.* 2. Jacobus Gutherius *lib.* 3. *de jure manium cap.* 6. & 26. Coſta in *repetit. l. cum tale* 72. *§. ſi arbitratu ampliatione* 12. *num.* 41. *ff. de cond. & dem.* Cujac. *tractatu* 1. *ad Africanum in l.* 1. *ff. de his quæ pœnæ cauſſa relinquunt.* proprie magis ad rem Don. in *d. l. ita ſtipulatus* 155. *num.* 12.

§. XVIII. Nec diſſimilis rationis eſt, quod proponitur in *d. l. ſi homo* 69. *hoc tit.* non committi pœnam adjectam impoſſibili ſtipulationi hominis mortui ſiſtendi aut dandi, nempe quia & impoſſibile jure attento eſt, ut pœna ſine culpa committatur. *d. l. aliud* 131. *ff. de V. S.* nulla autem culpa eſt promiſſoris in non ſiſtendo aut dando homine, qui mortuus eſt, & conſequenter jam non homo, & impoſſibile, ut tanquam homo ſiſtatur aut detur. *noſtra l. inter ſtipulantem §. penult. l. ſi ſervum* 91. *§. ult. hoc tit. l.* 4. *ff. qui ſatisd. cog. l. non moriturum* 8. *C. de contrah. ſtip.* ergo nec pœna rei impoſſibilis committetur, ut ſignanter in hanc ſententiam ſcriptum eſt in *d. l. ſi homo* 69. ubi Don. *num.* 6. juncto *§. ult. in fine inſt. de leg. l. unic. C. de his quæ pœnæ nom.* cum interpretatione Bart. in *l.* 1. *num.* 1. *ff. de cond. inſt.* Jaſonis in *d. l. un. num.* 3. Coſtæ *lib.* 1. *ſelect. cap.* 12. & in *repetit. §. ſi arbitratu ampliat.* 12. *num.* 57. Donelli *lib.* 18. *comm. cap.* 16. Non idem eſt in promiſſione alieni facti, cujus præſtatio cum impoſſibilis non ſit, ut notavimus ſupra §. 2. & promiſſor prævidere potuerit & debuerit, an ab alio impetrari poſſit, ut faciat; ſi nihilominus promiſit nec fiat, merito pœna contra eum committitur ob culpam temerariæ promiſſionis, *arg. l. Julianus* 13. *§. quid tamen* 3. *ff. de act. empt. l.* 3. *C. de Ædilitiis act.* notat Mantica *de tacitis lib.* 14. *tit.* 37. *num.* 12.

§. XIX. Denique nec diverſum explicatum habet, quod Papinianus ſcribit in *d. l. quod bonis* 15. *§. frater ff. ad l. Falcidiam.* denegandam eſſe actionem ex ſtipulatione pœnali adjecta præcedenti ſtipulationi de Falcidia non deducenda, nimirum quia ſicut prior ſtipulatio interpoſita tempore inſtitutionis, & conſequenter vivo adhuc teſtatore, & quo tempore heredis circa Falcidiam privatum nullum jus erat, intelligitur directo interpoſita, ut deroget publico juri Legis Falcidiæ contra regulam *l. jus publicum* 38. *ff. de pactis. l. nemo* 55. *ff. de leg.* 1. & ideo inutilis eſt. *l. Sejus* 27. *ff. ad l. Falcid. l. ſi ut allegas* 11. *l. ſi quis* 18. *C. eodem tit.* jure ſcilicet quod obtinuit ante Juſtiniani *Novell.* 1. *de hered. & Falcid. cap.* 2. *in fine. authent. ſed cum teſtator C. ad l. Falcid.* ita & pœnalis ſtipulatio ejuſdem temporis cenſetur interpoſita contra ſententiam Falcidiæ, ſive in fraudem ejuſdem publici juris, atque ideo improbatur. *d. l. Sejus* 27. juncta *l. non dubium* 5. *C. de leg. l. contra* 29. *cum l. ſequenti ff. eodem tit.* quamvis diverſum eſſet, ſi mortuo teſtatore, quo tempore jam heredis circa retentionem Falcidiæ proprium jus eſt, ſtipulatio de ea non retinenda interponatur, tunc enim valet, quia jam non publico, ſed privato ſuo juri heres renuntiat. *l. qui quod* 46. *l. poteſt* 71. *ff. ad l. Falcid. l. ſi patronus* 20. *§. ult. ff. de donat. l. ult. C. ad l. Falcid.* juncta regula *legis ſi judex* 41. *ff. de minor.* explicant ita in *d. l. ult. C. ad l. Falcid.* Don. & Cujac. idem Don. *lib.* 8. *comm. cap.* 27. ubi Hillig. *lit. K.* Cujac. in *Novell.* 1. *de hered. & Falcid. & lib.* 2. *quæſt. Pap.* in *d. l. jus publicum* 38. *& lib.* 13. *reſponſ. Pap.* in *d. l. quod bonis* 15. *§. frater.* quamvis aliter poſt alios Morla in *emporio tit.* 3. *quæſt.* 1. *num.* 11.

§. XX. Ex ſupra traditis circa interpretationem *d. l. ſi homo* 69. *hoc tit.* adverſatur, quod ſcriptum eſt in *l. in illa* 8. *hoc tit.* ſtipulationem illam, *ſi kalendis Stichum non dederis decem dare ſpondes*, quamvis mortuus Stichus ſit, utilem eſſe, ſicut & illam, *ſi intra kalendas digito cœlum non tetigeris*, quamvis ex priore agi non poſſit ante kalendas. *l. ſi eum* 10. *§.* 1. *ff. ſi quis caut.* ex poſteriore autem ſtatim & protinus etiam ante kalendas, & tamen utraque ſtipulatio pœnam continet rei impoſſibilis: quippe breviter reſpondendum eſt, ex priore ſtipulatione ideo pœnam committi, quia proponimus Stichum viventem, cum promittebatur, fuiſſe mortuum poſt promiſſionem, ut indicat contextus *d. l. in illa* 8. & quod eſt amplius, mortuum culpa dolove promiſſoris, ut exprimitur in *d. l. ſi eum* 10. *§.* 1. *ff. ſi quis caut.* & ſupponi facile poteſt in *d. l. in illa* 8. Quare cum ſtipulatio ab initio non fuerit rei impoſſibilis, nempe hominis jam tunc mortui, ut in *d. l. ſi homo* 69. ſed hominis qui præſtari poterat, cum promittebatur, mirum non eſt, eo mortuo & maxime poſt culpam promiſſoris committi pœnam, non tamen ante diem kalendarum, quia quamvis *ad conditionem*, ſive quod ad conditionem pertinet, ut ſcriptum & exponendum eſt in *d. l. in illa* 8. ſtatim committi pœna videatur, quia homine mortuo conditio illius dandi jam exiſtere non poteſt, ſupereſt tamen dies, qui cum adjectus ſit conditioni ad perſonam factumque promiſſoris pertinenti, cenſetur etiam promiſſoris gratia adjectus ex regula *l. eum qui* 41. *§. quoties hoc tit. l. cum tempus* 17. *de reg. jur.* & ideo dies expectandus eſt, neque ante eum cum effectu committitur. *d. l. in illa* 8. *d. l. ſi eum* 10. *§.* 1. *ff. ſi quis caut.* quamvis diverſum eſſet, ſi dies adjiceretur conditioni relatæ ad perſonam extranei, veluti *ſi ante kalendas Titius in Italiam non venerit decem dare ſpondes:* tunc enim non tam gratia promiſſoris, quam ut incertitudo conditionis certo tempore concludatur, dies adjectus intelligitur, & ideo ſtatim ac certum eſſe cœperit, Titium ad diem kalendarum in Italiam venire non poſſe, pœna committitur etiam ante kalendas. *l. hoc jure* 10. *hoc tit.* juncta *l.* 4. *§.* 1. *ff. de cond. & dem.* Plane & poſterior illa ſtipulatio, *ſi intra kalendas digito cœlum non tetigeris*, ideo ſtatim utilis eſt, quia non incipit a præcedente diſpoſitione & promiſſione rei impoſſibilis, veluti hominis mortui dandi, aut ſiſtendi, in quem caſum pœna promiſſa, ut pote rei impoſſibilis non deberetur. *d. l. ſi homo* 69. ſed potius nulla præcedente promiſſione digito cœlum tangendi incipit ſtipulatio a conditione illa, *ſi non tetigeris*, & conſequenter nec dici poteſt, contineri ea ſtipulatione pœnam ejus non facti, quod fieri promiſſum ante non eſt; ſed tanquam ſtipulatio concepta ſub ea conditione, quæ neceſſario extitura eſt, quia jam nunc certum eſt, digi-

digito cœlum tangi non poſſe, ſtatim committitur neque expectatur dies, quia nec poteſt videri gratia promiſſoris adjici, ut id fiat, quod ab initio certum eſt fieri non poſſe. *d. l. in illa* 8. quam ita cum pugnantibus aliis juris locis exponunt & componunt poſt Acc. Bart. *ibidem num.* 2. & in *d. l. ita ſtipulatus* 115. *num.* 52. & poſt alios Claſſicos Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 13. Don. & Giphan. in *d. l. in illa* 8. Donellus *lib.* 15. *comm. cap.* 8. quamvis aliter & varie de tota ea quæſtione ſentiant præter laudatos ab Hilligero ad Don. *d. cap.* 8. *lit. B. & C* Coraſ. *lib.* 3. *miſcellan. cap.* 21. *num.* 5. Emanuel Suarez *lib.* 1. *obſervat. cap.* 31.

§. XXI. Jam vero ut omiſſa interim ſeu potius intermiſſa expoſitione *l. quod ſi locus* 11. *ff. de relig. & ſumpt. fun.* quæ ad pœnam adjectam promiſſioni alieni facti referenda eſt, & opportunius explicabitur in §. *ſacram l. noſtræ.* in propoſito progrediamur, ex generali illo juris principio & decidendi ad noſtrum textum ratione tradita ſupra §. 3. elucidanda eſt nobilis diſputatio, qua nulla inter noſtrates Anteceſſores in hoc tractatu illuſtrior ſubtilior nulla, an ſcilicet cum quis alteri ſtipulatur, aut alienum factum promittit, naſcatur ſaltem naturalis obligatio. In qua quæſtione nec naturaliter obligari promittentem in primis non obſcure colligitur ex ſuppoſitis pro ratione regulæ noſtri textus; nam cum alieni facti aut alteri concepta ſtipulatio ideo improbetur, quia qui de ſe non promittit, aut ſibi non ſtipulatur, neque obligare ſe, neque ſibi obligationem adquirere voluiſſe creditur, neque alium, qui non promittit, obligare poteſt, aut adquirere obligationem ei, qui non ſtipulatur deficiente ejusdem conſenſu & repugnante juris ratione. *l. ſi genero* 26. *C. de jure dot. l. multum* 6. *C. ſi quis alteri vel ſibi.* conſequens eſt, ex neutra earum ſtipulationum naſci obligationem naturalem, cum deficiat in promittente aut ſtipulante conſenſus, & in alio conſenſus & æquitas, quæ duo vincula ſunt naturalis obligationis. *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut. l. cum amplius* 84. §. *his natura ff. de reg. jur.* Secundo hoc ipſum probatur ex his locis, quibus indefinite & indiſtincte traditum eſt, factum alienum fruſtra & inutiliter promitti, & ſtipulationem alteri factam adeo inanem & nullius momenti eſſe, ut nihil agatur, nullaque obligatio naſcatur. *d. l. ſtipulatio* 38. §. *ſed ſi quis* 1. *l. ſi ita ſtipulatus* 126. § *Chryſogonus verſ. reſpondit hoc tit. l.* 1. §. *quod ſervus ff. de ſtipul. ſervor. l. ſicut* 65. *ff. de fidejuſſor. l. quæcumque* 11 *ff. de O. & A.* §. *ſi quis alii* 4. *inſt. de inut. ſtipul.* ergo nec naturalis obligatio naſcitur, alioquin negativæ illæ, & univerſales propoſitiones, quæ nihil agi nſcendunt, ſubverterentur ex regula *l. ſi is qui* 13. §. *utrum ff. de reb. dub.* juncta *l.* 1. § *ſi quis ita hoc tit.* Tertio pro eadem parte expenditur quod ſcriptum eſt in *l. certi* 9. §. *numeravi ff. de reb. cred.* ubi ſi decem, quæ tibi mutua numeravi, poſtea alteri ſtipulatus ſum, non fit novatio certi condictionis ex numeratione natæ; & tamen ſi ex ſtipulatione alteri facta naſceretur naturalis obligatio, ſufficeret eadem in illa ſpecie ad inducendam novationem interventu novæ perſonæ. *l.* 1. *in fine ff. de novat.* Quarto quia in conſtituto vel naturale debitum ſufficit. *l.* 1. §. *debitum* 7. *ff. de conſt. pec.* & tamen quoties quis ſe ſoluturum alteri conſtituit vel alium, per ſe conſtitutum inutile eſt. *l. eum qui* 5. §. *ſed ſi quis eum* § *ſequenti ff. de conſtit. pec.* Quinto quia nudum pactum ex conſenſu & æquitate ſola conſiſtit. *d. l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut.* ideoque & ſolam naturalem obligationem producit. *l. in his* 5. §. *Imperator ff de ſolut. l.* 3. *C. de uſuris.* & tamen alteri paciſci non magis licet quam alteri ſtipulari. *l. quo tutela* 73. §. *ult. ff. de reg. jur. l. & tibi* 17. §. *ſi pactus* 4. *l. fidejuſſoris* 23. *ff. de pactis.* Sexto, quia regulare eſt, ut ſtipulatio inutilis, quales eſſe dicuntur facti alieni & alteri factæ, neque vim pacti habeat. *l.* 1. §. *eum qui ff. de conſtit. pec. l.* 1. §. *quid ergo ff. quod juſſu. l. eum qui* 56. §. 1. *hoc tit. l. in perſona* 30. § 1. *ff. de pactis.* neque naturaliter obliget. *l.* 1. §. *ſi quis ita hoc tit. l. ſed etſi* 20. *ff de fidejuſſor.* Quibus argumentis ex ſtipulatione alteri facta non naſci naturalem obligationem docent ex novioribus Hillig. ad Donell. *lib.* 12. *comm. cap* 16. *lit. A.* Ant. Fab. in *Rat. ad l certius* §. *numeravi ff. de reb. cred.* & in ſtipulatione facti alieni idem notat Ferretus in *d. l. ſtipulatio* 38. *num.* 5.

§. XXII. Contrariam tamen ſententiam probant poſt Accurſ. in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* Bart. *ibi num.* 8. & communiter magis Claſſici teſte Jaſone *ibidem num.* 20. Coraſio *num.* 2. Covarr. in *cap. quamvis pactum part.* 2. §. 4. *num.* 3. *& ſeqq. de pactis lib.* 6. Quibus ſuffragatur in primis juris ratio, quæ docet, naturalem obligationem cum ſit vinculum æquitatis & fidei ex conſenſu datæ obſervandæ. *d. l. Stichum* 95. §. *naturalis. d. l. cum amplius* 84. §. *his natura ff. de reg. juris. l. ſi noxali* 11. §. *ſi a debitore ff. de pec.* non eſſe æſtimandam ex ratione aut præſumptione civili, ſed ex æquitate naturæ & veritate facti. *l. nec ſervus* 41. *ff. de pec. l. penult. ff. de juſt. & jure. l. ſervitutes* 4. *ff. de ſervit. l. bona fides* 31. *ff. depoſiti.* atqui veritate inſpecta negari non poteſt, eum qui alienum factum promittit, vel alio ſtipulante alteri promittit, promittere ſtipulanti & fidem ſuam obſtringere in id ſaltem, quod vel curavit, ut alius det aut faciat, vel ipſe alteri dabit, & æquitate naturali attenta conſtat nihil magis ei convenire, quam fidem datam, & ea quæ placuerunt ſervare. *l.* 1. *ff. de pactis. l.* 1. *l. illud* 25. *ff. de conſtitut. pec. l.* 1. §. *hæc autem ff. depoſiti. l. non minorem* 20. *C. de tranſactionibus.* Ergo & fatendum eſt, ex ſtipulatione alteri facta aut alieni facti naturalem obligationem oriri. Secundo pro eadem parte fortiter urget, quod quamvis ex pactione non petendi in alterius favorem concepta non detur illi alteri exceptio facti, niſi paciſcentis interſit. *d. l. ſi tibi* 17. §. *ſi pactus. l. & fidejuſſoris* 23. *ff. de pactis.* datur tamen exceptio doli. *l. reſcriptum* 10. §. *ult. l. ſi cum emptore* 16. *l. & heredi* 21. §. 1. *cum ſequenti. l. idem in duobus* 25. §. *ult. ff de pactis.* & tamen doli exceptio ſubſidiaria eſt exceptionis pacti. *d. l. reſcriptum* 10. §. *ult. l. juris gentium* 7. §. *ſed ſi ſervus* 18. *ff. de pactis.* daturque contra eum, qui occaſione juris civilis contra æquitatem naturalem fidemque propriam abutitur. *l.* 1. §. 1. *l. qui æquitate* 12. *ff. de doli except. d. l. ſervitutes* 4. *ff. de ſervitut. l. qui quadriageata* 88. §. *quid ergo ff. ad l. Falcid. l. ult. C. de uſucap. pro emptore.* & quod eſt amplius, cum exceptio doli, quæ ex pactione de non petendo in alterius favorem contra petentem datur, ſit perpetua & ſubnixa naturali æquitate, ſupponit ipſo jure naturalem obligationem præcedentis debiti extinctam contraria conventionis æquitate, ideoque & per errorem ſoluti repetitionem tribuit. *l. qui exceptionem* 40. juncta *l. ſi pœnæ* 19. *ff. de condict. indeb. l. qui ſe debere* 7. *ff. de cond. cauſa dat. l.* 3. §. *cui congruit ff. de pec.* junctis traditis a Donell. *lib.* 14. *comm. cap.* 12. ergo in pactione alteri facta & naturalis æquitas fidei ex conſenſu datæ ſervandæ concurrit, & poteſtas extinguendæ præcedentis contrariæ naturalis obligationis, ſi pactio fuerit de non petendo, & conſequenter inducendæ etiam naturalis obligationis, ſi pactio promiſſoria fuerit ex ratiocinatione Papiniani in *d. l. Stichum* 95. §. *naturalis.* juncta *l. prout* 80. *ff. de ſolut. l. nihil* 35. *l. fere* 153. *ff. de R. J.*

§. XXIII. Tertio eisdem adſtipulantur Papiniani & Pauli teſtimonia in *l. inter* 26. §. *filia ff. de pact. dot. l. debitor* 59. §. *ult. ff. ad S. C. Trebell.* ubi ex pactione promiſſoria alteri facta, veluti ſi inter maritum & uxorem convenerit de dote matri reſtituenda, ſi dos matri ſoluta ſit, & retentio ei conceditur, & repetitio marito denegatur,

gatur, ac proinde ſupponitur, quæſitam matri fuiſſe ex ea pactione naturalem obligationem, cujus ſunt proprii & primarii effectus retentio; & ut ſolutum repeti non poſſit. *l. naturales* 10. *ff. de O. & A. l. fidejuſſor* 16. §. *naturales ff. de fidejuſſor.* Quarto & eiſdem favet, quod placuit, quoties parentes liberis ſtipulantur etiam his, quos in poteſtate non habent, quamvis ſtipulatio alteri, ut poteſt, facta ſtricto civili jure inutilis ſit, dari tamen ex ea liberis actionem utilem ex ratione ſummæ affectionis parentum erga liberos. *l. quodcumque* 45. §. *ſi quis ita hoc tit. l. Publia* 26. *ff. depoſiti. l. Cajus* 46. *ff. ſoluto matr. l. pater* 23. *ff. de pact. dot. l. pater* 7. *C. de pact. convent. l. cum quis* 37. §. *codicillis ff. de leg.* 3. id autem abſurdum eſſet, ſi in ſtipulatione alteri facta deficeret conſenſus & æquitas, præſertim cum utilis actio ex æquitate accommodari ſoleat ceſſante directa ex ſummo jure. *l. ſi cum venditor* 66. §. 1. *ff de evict. l. penult. C. ad exhib. l. quia actionum* 11. *ff. de præſcript. verbis.* Quinto quia certum eſt, ea quæ naturaliter adquiruntur, quomodo adquiri naturalem obligationem negari non poteſt. *d. l. nec ſervus* 41. *ff. de pec.* per quemlibet etiam extraneum adquiri poſſe. *l. ea quæ* 53. *ff. de adquir. rer. dom.* ergo & per alterum ſtipulantem alteri naturalis obligatio adquiretur.

§. XXIV. Hæc in ſpeciem pugnantia juris argumenta & ſententias ut componat Ferdinandus Menchaca *lib.* 3. *de ſucceſſ. creat.* §. 30. *num.* 6. affirmat ex ſtipulatione alteri facta oriri quidem naturalem obligationem, ſed ejus effectus impediri jure civili; quod poſtremum convincitur aperte ex *d. l. inter* 26. §. *filia ff. de pact. dot. l. debitor* 59. §. *ult. ff. ad S. C. Trebell.* junctis *d. l. idem in duobus* 25. §. *ult. ff. de pact.* cum ſimilibus ſupra laudatis §. 21. Nec expeditior quæſtio eſt inter noſtrates Academicos Anteceſſores, ex quibus alii & quidem antiquiores ex neutra earum ſtipulationum, quæ vel alteri fiunt, vel alienum factum continent, naturalem obligationem naſci contendunt, ſubſcribentes priori illi ſententiæ relatæ ſupra §. 20. Inter noviores autem magis obtinuit, diſtinguendam eſſe ſtipulationem alteri factam a promiſſione alieni facti, ita ut ex priore illa naturaliter obligari promittentem verius ſit, ex poſteriore autem nec civiliter nec naturaliter. Nobis autem cum una eademque ratio ſit, ob quam utraque ſtipulatio ſive alteri facta, ſive alieni facti infirmatur jure civili, ut expoſuimus ſupra §. 13. & perſpicue Paulus oſtendit in *præſenti*, & in *l. quæcunque* 11. *ff. de O. & A.* & in utraque ſtipulatione unum idemque judicium æquitatis & conſenſus ſeu fidei datæ reſpectu promittentis ſit, reſpectu autem ſtipulantis manifeſtior voluntas ſibi adquirendi obligationem ſit, cum quis factum alienum ſibi adſtipulatur, quam quoties alteri ſtipulatur, non poteſt ſuaderi diſtinguendas eſſe, quoad obligationem naturalem, hujuſmodi ſtipulationes, quas una eademque ratio civilis & naturalis conjungit.

§. XXV. Quare ut in controverſia nobili judicium quoque interponamus noſtrum, placet placuitque ſemper magis communis ſententia, quæ ex utraque ſtipulatione ſive quæ alteri fit, ſive quæ alienum factum continet, naturalem obligationem oriri docet, idque præter expenſa ſupra §. 21. & 22. firmamus non vulgaribus argumentis his, quæ ſequuntur. Primum mihique decretorium fortaſſe & omnibus, qui Hiſpanis legibus utuntur, eſt ex *l.* 3. *titulo* 8. *lib.* 3. *ordinam. l.* 2. *titulo* 16. *lib.* 5. *Comp.* qua cautum eſt, omnem omnino conventionem, per quam utcumque appareat obligare ſeſe aliquem alteri voluiſſe, utilem efficacemque eſſe, ut & obligationem civilem & actionem cum effectu producat. Cui conſtituto conſequenter adjicitur in *d. l.* 2. non poſſe objici, quominus efficax ſit promiſſio, fuiſſe eam conceptam privato alicui in favorem alterius abſentis, aut promiſſum fuiſſe factum alienum, ſive ut ſcriptum eſt in *d. l.* 2. *a que ſue prometido a otra perſona en nombre de a tros entre auſentes, o que ſe obligo alguno que daria otro, oque haria alguna coſa.* ſic enim habet recepta magis lectio in *d. l.* 3. *ordinamenti.* & comprobata hodie in *d. l.* 2. *Comp.* quam ſequuntur & ex ſtipulatione alieni facti, ſicut & ex concepta in alterius ſavorem naſci efficacem obligationem & actionem Regio noſtrati jure docent Greg. Lopez in *l.* 11. *gloſſa* 1. *titulo* 11. *Patita* 5. & præter laudatos a Pichard. in §. *ſi quis alium num.* 23. *inſt. de inut. ſtip.* Parlad. *lib.* 2. *rerum quotid. cap.* 3. *num.* 30. Gutierr. *de juramento confirmatorio part.* 1. *cap.* 44. *num.* 8. quamvis contrarium quoad promiſſionem alieni facti juxta lectionem aliam *d. l.* 2. (quæ ſic habet, *que daria a otro*, & commentitia aut mendoſa eſt, quia otioſe repetit, quod de ſtipulatione alteri concepta ſcriptum jam erat) affirment Gomez. *tom.* 2. *variar. cap.* 10. *num.* 23. Didacus Perez in *d. l.* 3. *ordinamenti.* proinde ſuppoſita vera lectione & intellectu *d. l.* 2. aut fatendum eſt, eam ineptam & iniquam eſſe, quia in ſtipulatione alieni facti, aut alteri facta obligat efficaciter promittentem, deficiente ipſius conſenſu & naturali ac civili vinculo præter juris & æquitatis regulas, & contra mentem ipſius *l.* 2. obligationem inducentis his tantum caſibus, in quibus ſeſe aliquem obligare voluiſſe apparet, aut ſi abſurda hæc ſingula ſunt, fatendum potius eſt, perinde in utraque ſtipulatione promittentem ſe obligare velle, & adeſſe conſenſum & æquitatem neceſſariam naturali obligationi producendæ.

§. XXVI. Accedit in eandem ſententiam, quod jure Pontificio inſpecto in eccleſiaſticis tribunalibus magis obtinuit, valere utramque ſtipulationem, & facti alieni promiſſionem in eum ſenſum accipi, acſi quis promiſiſſet, ſe acturum & curaturum, ut alius det, vel faciat, quia id convenit bono & æquo, quod canonicum jus ſemper ſequitur. *cap.* 10. *de teſtam. cap. dilecti* 6. *de judiciis.* notant poſt gloſſam per textum ibi in *cap. Eleutherius* 91. *diſtinctione* 1. Jaſo in *d. l. ſtipulatio* 38. *num.* 5. *hoc tit.* Covarr. in *cap. quamvis pactus part.* 2. §. 5. *num.* 1. *de pactis lib.* 6. & Pichard. *ubi proxime.* quamvis aliter poſt Alciatum in *l.* 4. §. *Cato num.* 134. *hoc tit.* Gomez. *tom.* 2. *variar. cap.* 10. *num.* 23. & in ſtipulatione alteri facta laudati ab Hillig. ad Donell. *lib.* 12. *cap.* 16. *litera A.* Accedit etiam quod placuit, efficacem eſſe omni jure ſtipulationem alteri factam, & promiſſionem alieni facti confirmatas juramento, quia religio jurisjurandi, ne perjurio violari videatur, facit actum ſic intelligi, ut valeat meliori modo, quo poteſt. *l. cum pater* 77. §. *filius matrem* 23. *ff. de leg.* 2. quam poſt Claſſicos & Cujac. *ibi lib.* 8. *reſp. Pap. & lib.* 17. *obſervat. cap.* 25. recte interpretantur Panciroll. *lib.* 2. *theſauri variar. cap.* 72. Emanuël Suarez in *notatis ad Gomezium tom.* 2. *variar. cap.* 10. *num.* 23. *litera C.* late Gutierrez *de juramento confirmat. part.* 2. *cap.* 2. *num.* 3. & conſequenter promiſſio alieni facti jurata reſolvitur in illam, ſe acturum & curaturum, ut *arg. cap. ex reſcripto* 9. *de jurejurando. cap ex literis* 10. *cap. ſicut ex literis* 22. *de ſponſalibus.* affirmant utroque *gloſſa* & Claſſici, poſt alios Covarr. Greg. Lopez, Gomez, Gutierrez *de juramento part.* 1. *cap.* 44. *num.* 3. quamvis aliter Emanuël Suarez *ubi proxime.* aliique apud Hillig. ad Donell. *lib.* 12. *cap.* 18 *lit. J. & cap.* 19. *litera C.* atqui ſi in promiſſione alieni facti æquitas aut conſenſus fundamenta naturalis obligationis deficerent, nec firmaretur Pontificio jure, quod æquitatis & fidei datæ obſervatione nititur. *cap.* 1. *de pactis.* neque juramento quod ſequitur naturam actus, cui applicatur, neque eum confirmat conſenſu aut æquitate deficiente. *l. ult. C. de non num. pec. l. penult. C. de tranſact. l. ſi libertus* 30. *ff. de operis libert.*

§. XXVII. Neque hac ſententia, quam tuemur, retenta ab ea nos divellunt aut deturbant, quæ pro contraria argumenta expendimus ſupra §. 20.

§. 20. nam quod ad primum attinet, dicendum eſt, attenta præſumptione & ratione civili eum, qui alteri ſtipulatur, nec ſibi velle adquirere, neque alteri poſſe, & ideo neque ſibi ceſſante voluntate ex præſumptione juris civilis, neque alteri prohibente ratione ejuſdem juris adquirere poteſt civilem obligationem & actionem, quomodo exponenda eſt *d. l ſi genero 26. C. de jure dot. d. l. multum 6. C. ſi quis alteri vel ſibi.* eademque forma ratiocinandi eſt de promittente alienum factum, quia nec ſe obligare velle præſumitur, neque alium poteſt, at inſpecta æquitate & veritate facti, ex qua naturalis obligatio æſtimatur, certum eſt in utraque ſtipulatione fidem promittentis dari & accipi, atque obligari ad obſervationem promiſſi, ut notavimus ſupra §. 21. & ideo naturalem obligationem contra promittentem naſci, quæ in ſtipulatione alteri facta per eum, qui ſtipulatur, acquiritur naturaliter illi alteri etiam ignoranti, quia conditio ejus melior fit ex regula *l ea quæ 53. ff. de adquir. rer. dom. l. ſolvendo 39. ff. de neg. geſt.* cujus ignoratione aut oblivione peccat largiter in hac re Hillig. ad Donell. *lib. 12. cap. 16. litera A.* in promiſſione autem alieni facti adquiritur naturalis obligatio ſtipulanti contra promittentem, non contra alium, cujus factum promittitur, quia illius non conſentientis deteriorem conditionem fieri, nec naturalis æquitas patitur. *d. l ſolvendo 39. l. non debet 75. ff. de R. J.* nec diſſimilis explicatio eſt ſecundi argumenti ex *d. l. ſi ita ſtipulatus 126. § Chryſogonus verſ reſpondi hoc tit.* cum ſimilibus adductis ſupra §. 20. quibus probatur, in his ſtipulationibus, de quibus loquimur, nihil agi & nullam obligationem naſci. Hæc enim & ſimilia pronuntiata, quamvis alioquin tanquam generalia omnem obligationem & effectum juris excludant, tamen in propoſito ſecundum ſubjectam materiam referenda ſunt ad civilem obligationem & actionem, qua attenta nihil agitur, & alteri per alterum nulla efficax obligatio adquiritur, ſive ut Duaren. exponit in *d. §. Chryſogonus.* ex nulla conventione, etiam quæ ſtipulatio non ſit. *d. l. quæcumque 11. ff. de O. & A.* ſic enim & non ſemel generalis hæc mentio nullius obligationis exauditur de civili & efficaci, ut in *l. juris gentium 7. §. ſed cum nulla,* ubi DD. *ff. de pactis.* juncta *l. 5. §. Imperator ff. de ſolut.* itemque in *l. in perſonam 22. ff. de reg. jur.* juncta *l. ſervi 14. ff. de O. & A.*

§. XXVIII. Deinde nec magis in contrarium urget tertium argumentum ex *d. l. certi 9. §. numeravi ff. de rebus cred.* cui quamvis manus dare cogitur ex ſententiæ noſtræ aſſertoribus Jaſo in *d. §. numeravi num. 4.* & in *d. l. 38. §. alteri num. 20.* reſpondendum tamen eſt, in *d. §. numeravi* novationem non fieri certi condictionis ex mutuo per ſtipulationem alteri factam, non quia ex iſta nec naturalis obligatio naſcatur; ea enim ſi ratio eſſet, fieret in eadem quæſtione novatio per promiſſionem pupilli ſine auctoritate tutoris juxta *l. 1. in fine ff. de novat. § præterea inſt. quibus modis toll. obligatio.* quod tamen negatur in *d. l. certius §. idem eſt.* ſed ideo potius in utraque ſpecie propoſita non fit novatio, quia non fuit novandi animus, ſine quo novatio non contingit. *l. 2. l. ſi Stichum 8. §. ſi quis ita. l. aliam 29. l. ſi rem 31. §. ult. ff. de novat. d. §. præterea. l. ult. C. de novat.* quoties enim in continenti ante aut poſt numerationem pecuniæ accedit ſtipulatio ejuſdem pecuniæ, non id agitur, ut ex numeratione condictio vel naſcatur, vel novetur, ſed ut quaſi ex uno contractu re & verbis geſto ſola ſtipulatio teneat, cujus implendæ gratia, ne ſine cauſſa promitti videatur. *l. 2. §. circa in fine ff. de doli except.* numeratio interponitur. *l. ſi ita 6. §. ult. cum l. ſequenti ff. de novat. l. 3. §. ult. l. contra 6. ff. de SC. Macedon. d. l. ſi ita 126. §. Chryſogonus verſ. ſupereſt hoc tit. l. obligamur 52. in pr. & §. re & verbis ff. O. & A.* Hæc ita, ſi ſtipulatio civiliter & cum effectu teneat. Nam ſi ea civili jure inutilis ſit, veluti cum ſtipulamur alteri aut a pupillo ſine tutoris auctoritate, non videtur per ſtipulationem civiliter inefficacem recedi ab efficaci obligatione juris gentium, quæ ex numeratione naſcitur, & ideo tunc certi condictio ex mutuo manet. *d. §. numeravi cum ſequenti.* ubi Caſtrenſis, Donell. & Faber. *d. §. Chryſogonus.* ubi Cujac. Don. *lib. 16. comm. cap. 20.*

§. XXIX. Expeditiorem ſolutionem habet quartum argumentum ex *d. l. eum qui 5. §. ſed ſi quis cum §. ſequenti.* juncta *l. 1. §. debitum ff. de conſtituta pec.* nam quod dicitur in conſtituto debitum naturale ſufficere, eum ſenſum habet, ut reſpectu ejus, cujus debitum conſtituitur, ſufficiat naturale debitum præcedere, ut id in conſtitutum deduci poſſit. *d. l. 1. §. debitum 7. cum ſequenti. l. 3. §. 1. & ſequenti. l. 5. §. quod exigimus ff. de conſtituta pec. l. 2. C. eodem tit.* cæterum reſpectu conſtituentis non ſufficit eum obligari naturaliter, ut ex conſtituto actio competat. *l. 1. §. de pupillo ff. de conſtit. pec.* juncta *d. l. 1. in fine ff. de novat.* quia quemadmodum Prætor, dum ex conſtituti pacto alioquin nudo actionem tribuit, recedit a civili jure, & naturalem æquitatem fidei ſervandæ ſequitur propter commercii utilitatem, quæ in obſervantia conſtituti irrepſit. *l. 1. d. l. 3. §. ult. l. qui autem 14. §. 1. ff. de conſtit. pec. §. in perſonam 8. inſtitution. de action.* & ne infirmum & inefficax ſit conſtitutum, quod confirmatur præcedenti debito adjicitur. *l. item 18. §. 1. ff. de conſtit. pec.* ita & excepta ea conſtituti confirmatione in cæteris, quæ ad obligandum efficaciter conſtituentem neceſſaria ſunt, ſequitur jus civile, & computat conſtituentis debitum ex civili cauſſa, id eſt, exigit, ut conſtituens debeat ea cauſſa, quæ civili jure utilis ſit, argumento textus hinc illuſtrandi in *l. non ſolum 49. §. ult. ff. de pec.* Unde cum quis conſtituit, alteri ſe ſoluturum vel alium pro ſe, quamvis naturaliter debeant, cum tamen debeant ex cauſſa inutili jure civili, eſt inutile conſtitutum. *d. l. 5. §. ſed ſi quis, cum ſequenti §.*

§. XXX. Sed propoſitis ex *d. l. 5. §. ſed & ſi quis.* obſtat acriter Ulpianus in *l. qui autem 14. §. ſed & ſi quis ff. de conſtit. pec.* ubi ſcribit teneri ex conſtituto eum, qui conſtituerit incertam perſonam pro ſe fidejuſſorem, & tamen ea conſtituta alienum factum nempe illius, qui fidejuſſurus eſt, continetur, & quidem ſimile ei facto, quod inutiliter conſtitui dicitur in *d. l. 3. §. ſed ſi quis.* juxta vulgatam lectionem ibi: *alium pro ſe ſoluturum.* Quare ut concilientur, affirmandum eſt in quæſtione *d. l. 14. §. ſed ſi quis.* eum, qui conſtituit certam perſonam pro ſe fidejuſſuram, quamvis prima verborum fronte factum alienum promittere videatur, re tamen & effectu attento factum proprium promittere, ſive quia conſtitutum dandi fidejuſſoris, cum fiat ad confirmandam obligationem principalis ejuſdemque conſtituentis, intelligitur ex perſona ipſius conſtituentis vires accipere, *arg. l. quæcumque 11. ff. de obligat. & act.* & ideo reſolvitur in promiſſionem ſe acturum & curaturum, ut certa perſona fidejubeat, ut interpretantur communiter poſt Bartolum & alios Anton. Faber in *Rat. d. l. 14. §. ſed ſi quis.* Jaſo in *d. l. ſtipulatio 38. num. 5. hoc tit.* Donellus in *præſenti num. 5.* Pichardus in *§. ſi quis alium 2. num. 16. inſtitut. de inutilibus ſtip.* ſive potius, quoniam ambigua oratio conſtituentis certam perſonam fidejuſſuram, ut conſtitutum potius valeat quam pereat, ex regula *l. quoties 80. hoc tit.* ſic exauditur, ut videatur quis conſtituere ſe ſatisdaturum ſeu præſtiturum certam perſonam, quæ fidejubeat, ut in *l. ſi quis ab alio 13. ff. de re judicata. l. ſi quis 112. §. ult. cum l. ſequenti §. ult. hoc tit.* juncta *l. quoties 81. hoc tit.* ubi ad rem Donellus *lib. 12. commentariorum cap. 19.* cui interpretationi ſuffragatur præcedens quæſtio *d. l. 14. §. 1.* quæ cum ſit de conſtituente ſe pignus daturum, ſuadet contextus eam, quæ ſequitur in *d. §. ſed & ſi quis eſſe.* de conſtituente ſe daturum fidejuſſorem

rem accipiendam: non idem juris eſt in *d. l.* 5. §. *ſed ſi quis.* ubi conſtituens alium pro ſe ſoluturum ideo non obligatur ex conſtituto, quia neque ex verbis, quæ aperte ad factum alienum referuntur, neque ex qualitate ſolutionis, quæ non ut fidejuſſio ad confirmandam ſed potius ad ſolvendam & tollendam obligationem tendit, poteſt ſumi interpretatio, per quam conſtitutum referatur ad proprium factum, ut omittam Florentinam lectionem, quæ rejectis verbis *pro ſe* agnoſcit dumtaxat *alium ſoluturum*, præferendam eſſe vulgatæ, ut pote expeditiorem auctoritate & ſententia.

§. XXXI. Rurſus neque obſtat quintum argumentum ex *d. l. ſi tibi* 17. §. *ſi pactus* 4. *l. fidejuſſoris* 23. *ff. de pactis. l. quo tutela* 73. §. *ult. ff. de R. J.* ubi quod traditum eſt, non licere paciſci alium, neque ex alterius pacto dari aliam exceptionem pacti, habet eam forſitan invulgatam rationem, quia quemadmodum Prætor in conſtituto, dum ex eo actionem largitur, exigit cauſſam conſtituendi jure civili non inutilem, ut notavimus §. 28. ita & dum ex pacto de non petendo contra actionem civili jure competentem tribuit exceptionem. §. *præterea inſtit. de except.* exigit etiam ut pactum non ſit contra regulas juris civilis. *l. juris gentium* 7. §. *ait Prætor*, & §. & *generaliter* 16. *l. contra* 28. *ff. de pact.* ſi autem ex pacto alteri facto daretur exceptio pacti illi, qui pactus non eſt, contrairet directo Prætor juri civili, quod ei non licet niſi oblique. *l.* 1. §. 1. *ff. de feriis.* Cicero *lib.* 2. *de legibus.* & abſurde plus tribueret pacto quam ſtipulationi ejusdem generis, quæ inutilis omnino eſſet jure civili. Diverſum autem eſt, quoad naturalem obligationem ex facto promiſſorio in alterius favorem, quia ſicut in non diſſimili quæſtione diſtinguitur effectus naturalis obligationis ex facto promiſſorio, quæ contrario pacto de non petendo tollitur ipſo jure. *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut.* & effectus exceptionis ex pacto liberatorio de non petendo, quæ contrario pacto non tollitur ipſo jure, ſed eliditur per replicationem. *l. ſi unus* 27. §. *pactus ff. de pactis.* quam ita cum *d.* §. *naturalis* conciliant poſt alios Jaſo in *d.* §. *pactus num.* 14. plures apud Hillig. ad Don. *lib.* 16. *cap.* 17. *lit. B.* & *lib.* 24. *cap.* 2. *lit. B.* ita & in propoſito, quamvis ex ratione jam tradita exceptio pacti de non petendo non detur alteri, qui pactus non eſt. *d. l. fidejuſſoris* 23. nec filio quidem ex pacto patris, etiamſi poſtea patri heres exiſtat. *d. l. ſi tibi* 17. §. *ſi pactus ff. de pactis.* niſi tanquam heredi ſuo quis paciſcatur. *l. avus* 33. *ff. de pactis. l. avus* 10. *ff. de pact. dot.* tamen ex pacto promiſſorio in alterius favorem naſcitur naturalis obligatio, quia ſolam æquitatis & conſenſus cauſſam requirit. *d. l. Stichum* 95. §. *naturalis.* eademque ratione & ex pacto de non petendo in alterius favorem tollitur ipſo jure contra eum naturalis obligatio, daturque illi alteri exceptio doli. *l. reſcriptum* 10. §. *ult. l. ſi cum emptore* 16. *l.* & *heredi* 21. §. 1. *cum ſequenti in fine. l. idem* 25. §. *ult. ff. de pactis.* quibus conciliandis cum *d. l. ſi tibi* 17. §. *ſi pactus*, rejectis Fabri emendationibus *ibidem*, & *de error. Pragm. dec.* 33. *err.* 9. ita diſtinguunt poſt Claſſicos Cujac. *lib.* 3. *Pauli ad Edictum* in *d.* §. *ſi pactus*, & in *d. l.* & *heredi* 21. §. *nos autem* 2. Hilliger. ad Donell. *lib.* 22. *cap.* 4. *lit. G.* & *ſequenti.*

§. XXXII. Denique ad rem non pertinet ſextum argumentum adductum ſupra §. 20. ex illis juris locis, quibus probatur ſtipulationem inutilem neque haberi pro pacto utili, neque obligare naturaliter; quippe ex recepta traditione Bartoli & poſt alios Jaſonis in *d. l.* 1. §. *ſi quis ita num.* 13. & 23. Ripæ *num.* 17. *hoc tit.* quam illuſtrant laudati a Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 4. *num.* 18. affirmandum eſt, quod dicitur ſtipulationem aliumve contractum eo modo quo geritur inutilem non obligare naturaliter, nec valere meliori modo quo poteſt, toties verum eſſe, quoties contractui jus reſiſtit, eumque improbat, ut in *l. cum lex* 46. *ff. de fidejuſſoribus.* juncta & hinc explicanda *l. cum qui* 56. §. 1. *hoc tit.* aut quoties defectus formæ vel capacitatis perſonæ, cui jus refragatur, faciunt locum præſumptioni, voluiſſe contrahentes potius nugari quam obligari, ut in *d. l.* 1. §. *ſi quis ita hoc tit. l. ſed* & *ſi* 20. *ff. de fidejuſſoribus.* cum laudatis ſupra §. 20. *in fine.* Cæterum extra eos caſus plerumque præſumitur, voluiſſe contrahentes obligari meliori modo quo poſſunt, & conſequenter ſaltim naturaliter, præſertim cum defectus eſt materiæ, cui jus non tam reſiſtit quam non aſſiſtit, ut promiſſioni facti alieni aut in alterius favorem. *l. ſi divortio* 21. *hoc tit. l. ſi accepto* 19. *ff. de acceptilat.* conducunt textus hinc illuſtrandi in *d. l. certi* 9. §. *numeravi ff. de rebus cred. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus.* juncta *l. quoties* 80. & 81. *hoc tit.*

§. XXXIII. Ex ſuperioribus, ut deinceps reliquias diſputationis noſtræ colligamus, cum conſtet jam, promiſſionem alieni facti obligare ſaltem naturaliter, & efficacem eſſe jure Pontificio & Regio indiſtincte, vel ſi pœnæ adjectione ut juramento firmetur, aut juris interpretatione reſolvatur in promiſſionem, ſe acturum & curaturum, ut docuimus §. 14. 24. 25. & 29. occurrit tempeſtive jam explicanda quæſtio multi magni quoad praxin in *hoc tit.* momenti & uſus, an ſcilicet, quando & quatenus promiſſio alieni facti valet, liberetur promiſſor, ſi accurate curaverit, ut alter faciat, & ille alter facere nolit, in qua quæſtione omiſſis traditis a Cujac. Duar. Donell. & aliis in *d. l. ſtipulatis* 38. *hoc tit.* Donell. *lib.* 12. *comm. cap.* 19. Hotmano & Pich. *num.* 25. in §. *ſi quis alius* 2. *inſtitut. de inutilibus ſtip.* diſtinguendi ſunt duo caſus. Primus eſt, cum alieni facti promiſſio firmatur pœnæ adjectione, quo caſu ſi alter non fecerit, quamvis promiſſor diligenter curaverit ut faceret, committitur pœna, quia conditio pœnæ fuit iſta, *ſi factum non eſſet*, quæ exiſtens obligat promiſſorem. *l. ſancimus* 26. *C. de fidejuſſ. d. l.* 38. §. *at ſi quis*, & §. *alteri hoc tit.* juncta *l. Julianus* 13. §. *quid tamen* 3. *ff. de act. empt. l.* 3. *C. de Ædilit. act.* Secundus caſus eſt, cum promiſſio alieni facti ſuſtinetur & reſolvitur in promiſſionem ſe acturum & curaturum, quomodo ſuſtineri quoad naturalem obligationem & efficaciter cum juramento & jure Pontificio ſcripſimus §. 21. & 25. idque ipſum jure Regio contingeret, notat poſt multos Sanchez *de matr. lib.* 1. *diſp.* 24. *num.* 10. in hoc itaque caſu, ſicut & cum aperte quis promittit, ſe curaturum, ſi quo poteſt polletque modo curaverit ut alter faciat, etiamſi alter iſte non fecerit, liberatur promiſſor, quia propriæ curæ & diligentiæ, quam ſolam promiſit, ſatisfecit. *pr. inſtit. quibus mod. toll. oblig.* juncta *l. fluminum* 24. §. *quamquam* 6. *ff. de damn. infect.* quamvis diverſum ſit, ſi promiſſionis forma impersonaliter & abſolute concepta ſuadeat, reſpexiſſe contrahentes non tam ad curam promittentis quam ad affectum alieni facti, ut eo non ſequuto teneretur promiſſor, quomodo explicandi ſunt textus in *l. ult.* §. *ult. ff. de reb. cred. l. illa* 67. *hoc tit.* juncta *l. ſi heres* 73. *ff. de leg.* 1. vel ſi hoc ipſum ſuadeat qualitas promiſſionis, ut in *l. qui autem* 14. §. *ſed* & *ſi quis ff. de conſtit. pec. l. ſi quis* 112. §. *ult.* cum *l. ſequenti* §. *ult. hoc tit. l. ſi quis* 13. *ff. de re jud. l.* 7. §. 1. *ff. qui ſatisd. cog.* quarum immemor contrarium perperam ex facto reſpondit Cevallos *communium contra communes quæſt.* 846. *num.* 23. vel denique ſi hoc ipſum indicent aliæ conjecturæ, quibus concurrentibus teneri in id quod intereſt promiſſorem effectu inſequuto, etiamſi curaverit, docent expoſita Regia *l.* 11. *tit.* 4. *Partita* 5. poſt antiquiores Covarr. in *cap. quamvis pactum part.* 2. §. 5. & 6. *de pactis lib.* 6. Gutierrez *de juramento part.* 1. *cap.* 44. *num.* 3. cum pluribus Cevallos & Sanchez *ubi proxime.*

§. XXXIV. Jam vero ex nuper traditis elucidan-

danda tandem eſt ſententia *verſ. & qui ſpondet noſtræ l.* ubi docemur, eum qui promittit dolum malum abeſſe, vel habere licere, quamvis videatur primo aſpectu verborum promittere ſimplex abnutivum, id eſt, indefinitam negationem alieni doli ſeu facti etiam extraneorum, in quem ſenſum facta aut intellecta promiſſio eſſet inutilis, ut agnoſcit Ulpianus ſic exaudiendus in *l. ſtipulatio* 38. *in pr. & §. ſed ſi quis* 1. *hoc tit.* tamen attenta juris & contrahentium mente non præſumi promittere, niſi affirmativum factum ſuum ſuorumque ſucceſſorum. *l.* 38. *in pr.* & quoad extraneos curaturum ſe, ut per eos dolus malus abſit & habere liceat, ut Ulpiano non negante in *d. l.* 38. docet Paulus in *noſtro verſ. & qui ſpondet.* quem ita exponit Donellus in *præſenti num.* 7. *& lib.* 12. *comm. cap* 19. quibus conſequens eſt, ſtipulationes iſtas dolum abeſſe, & habere licere utiles eſſe abſolute & ſimpliciter in promittente, & ejus ſucceſſoribus, & obligare non tantum, ut curent, ſed etiam ad effectum facti, ne per promittentem aut heredes dolus committatur, & ut habere liceat, ita ut ſi per aliquem eorum contra fiat, committatur ſtipulatio in id quod intereſt, quamvis cæteri curaverint, ne contra fieret. *d. l.* 38. *in pr. & §. ſi quis dolum. l. noviſſima* 19. *ff. jud. ſolvi.* quia poteſt obligari promiſſor etiam de alieno facto eorum, quos prohibere poteſt, veluti ſucceſſorum ſuorum. *l. flaminum* 24. *§. quanquam* 6. *ff. de damn infect. l. ex empto* 11. *§. qui autem* 18. *ff. de act. empti. l. qui inſulam* 30. *§. ult. l. ſi fundus* 33. *ff. locati.* cæterum in extraneis, quos prohibere promiſſor non poteſt, non ſunt utiles hæ ſtipulationes eodem modo, quo in heredibus, neque obligant in id quod intereſt, ſi per extraneum dolus committatur, aut habere non liceat, dummodo promiſſor curaverit, ne contra ſtipulationem fieret, ideoque ut promiſſor ex facto extranei, quamvis curaverit ne fieret, teneatur, neceſſe eſt pœnam aut promiſſionem ejus quod intereſt adjici ſtipulationi, quomodo temperanda & exponenda eſt Ulpiani ſententia in *d. l ſtipulatio* 38. *in pr. & §.* 1. *cum ſequenti, & §. ſi quis dolum. d. l. noviſſima* 19. *§.* 1. deficiente autem pœna aut promiſſione ejus quod intereſt, ſi promiſſor curaverit, ne contra fieret, non tenetur ex facto extranei, quia propriæ curæ, quam debebat, fecit ſatis juxta ſecundam partem diſtinctionis propoſitæ §. 32.

CAPUT SECUNDUM.

De Rei ſacræ, aut hominis liberi ſtipulatione.

Ad inſignem §. *ſacram l. inter ſtipulantem* 83. *de Verbor. Obligat.*

PARAPHRASTICA RECITATIO.

§. I. Nobilem Julii Pauli cum Sexto Pædio & Juventio Celſo diſputationem, quæ in *hoc §.* extat, & in *l. qui res* 98. *§. aream ff. de ſolut. l. ſi chorus* 79. *§. area cum §. ſequenti ff. de leg.* 3. ut dilucide, & diſtincte explicemus, inprimis Pauli contextum brevi neque inconcinna paraphraſi explanabimus, poſtea rem univerſam juſto commentario expoſituri. Docet itaque in *princ.* Paulus, rem ſacram, religioſam, aut uſui publico in perpetuum deſtinatam, aut hominem liberum inutiliter in ſtipulationem deduci, nempe quia cum ſtipulationis finis, formaque poſtulet, ut quod promittitur, poſſit dari ſtipulatori, id eſt adquiri, ſive ſubjici ejus dominio. *l. ſi ſtipuler* 35. *l. ſtipulatio* 38. *§. alteri hoc tit. l. ſi unus* 19. *ff. de ſervit. præd. ruſtic.* & res ſacræ, religioſæ, publicæ, ac liber homo non poſſint privatorum commercio, aut dominio ſubjici. *l. ſed Celſus* 6. *l. ſi in emptione* 34. *§. omnium ff. de contrah. empt.* neque dari ex ſtipulatu poſſunt, ut ex Paulo ratiocinatur Juſtinianus in *§. idem juris* 2. *inſt. de inut. ſtipulat.* juncta *l.* 1. *§. ſi id quod ff. de O. & A. l. liber homo* 103. *hoc tit.* Ulpiano in *fragmentis tit.* 24. *de leg. §. liber homo.* neque ſuſtineri, aut convaleſcere ideo ſtipulationem Paulus ait in *verſ. quamvis*, quia ſacra, aut religioſa res fieri profana poteſt, & publica ad privatos uſus reverti, & liber homo in ſervitutem redigi, atque ita uſui & commercio noſtro ſubjici poteſt, quippe ut idem argumentatur in *verſ. nam & cum quis.* ſtipulatio Stichi ſervi aut rei profanæ expirat, liberaturque promiſſor, ſi ante moram ſine illius culpa aut facto res profana ſacra eſſe cœperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. *l. is qui* 51. *l. ſi ſervum* 91. *§. ſed ſi ſit* 1. *hoc tit. l. ſi mihi* 92. *ff de ſolut.* idque uſque adeo certum eſſe Paulus monet in *verſ. nec revocantur.* ut quamvis rurſus idem Stichus, qui poſt ſtipulationem ad libertatem pervenerat, fiat ſervus, aut res profana, quæ ſacra eſſe cœperat, fiat rurſus profana, nec revocetur in obligationem nec convaleſcat ſtipulatio ſemel extincta, ut idem Paulus docet in *l. qui res* 98. *§. aream verſ. nec admiſſum ff. de ſolut.*

§. II. Utraque autem hæc Pauli aſſertio in *d. verſ nam & cum quis*, & *verſ. nec revocantur.* ſeetiſſimo argumento oſtendit, veram eſſe primariam illam de ſtipulatione inutili rei, quæ in commercio non eſt, non ſuſtinenda aut ſuſcitanda, quamvis res eadem commercio ſubjici poſſit, aut ſubjecta poſtea fuerit. Nam cum ea, quæ ab initio valuerunt, facilius poſtea ſuſtineantur *l. patre* 8. *ff. de his qui ſui vel alieni juris.* & e contrario, quæ a principio vitioſa ſunt, ex poſtfacto non convaleſcant. *l.* 1. *ff. de reg. Catoniana. l. quod ab initio* 29. *l. omnia* 201. *l. penult. ff. de R. J.* & tamen ſtipulatio ab initio utilis, nempe rei profanæ vel Stichi non ſuſtineatur, immo exſpiret, ſi ea res poſtea ſacra aut Stichus liber fiat. *d. verſ. nam & cum quis.* nec ſuſcitetur aut convaleſcat, ſi eadem rurſus profana aut Stichus ſervus fiat. *d. verſ. nec revocantur.* multo minus ſuſtinebitur aut convaleſcet ſtipulatio a principio inutilis rerum, quæ in commercio non ſunt ex eo, quod poſtea in commercio ſint aut eſſe poſſint; præſertim cum ſtipulationes ex præſenti tempore vires capiant. *l. continuus* 137. *§. cum quis hoc tit. l. uſusfructus* 26. *ff. de ſtipulat. ſervor.* ſentit itaque Paulus, ſtipulationem rei, quæ cum promittitur in commercio non eſt, inutilem ſemper manere, quamvis in commercio poſtea eſſe incipiat, & e contrario ſtipulationem rei, quæ cum promittitur in commercio eſt, extingui ſi ea poſtea in commercio eſſe deſinat, nec convaleſcere, quamvis poſtea eadem res commercio ſubjiciatur, eamque Pauli ſententiam tranſcribunt Tribonianus & Theophilus in *§. idem juris de inutilibus ſtip.* Photius in *nomocanone tit.* 2. *cap.* 1. ubi & Theodorus Balſamo in *ſcholiis.*

§. III. Verum quoad hanc poſtremam Pauli aſſertionem, quæ extat in *verſ. nec revocantur.* Celſus Juriſconſultus contra ſenſit, exiſtimavitque ſtipulationem a principio utilem rei, quæ in commercio eſt, ſi ea poſtea eximatur, non tam extingui quam aut ceſſare, aut in pendenti eſſe, ideoque ſuſcitari, aut reviviſcere, ſi ea res rurſus in commercio eſſe incipiat. Hujus autem Celſi ſententiæ primum argumentum proponitur in *verſ quoniam una.* ubi extare rationem præcedentis ſententiæ Pauli perperam poſt Acc. *verbo quoniam* cenſuerunt Claſſici fere omnes teſte Jaſone *num.* 2. Alciato *num.* 10. quos ſequitur Don. *num.* 7. & Giphan. *ibidem.* Connanus *lib.* 6. *comment. cap.* 4. cum tamen verius ſit, referri a Paulo ibi, & removeri argumentum contrariæ ſententiæ, quo ſupponitur, unam eamdemque in contrarium eſſe cauſſam obligandi & liberandi, ſive quod vulgo dicitur, eamdem eſſe contrariorum rationem auctore Ariſtotele *lib.* 2. *rhetoricorum cap.* 16. & quibus modis liberamur, eiſdem in contrarium actis nos obligari. *l. nihil* 35. *l. fere* 153. *ff. de reg. juris.* & ideo, quemad-

Digitized by Google

admodum liberatur promiſſor Stichi, ſi Stichus liber fiat, quia dari non poteſt, ut notavimus ſupra §. 1. ita & obligari rurſus debet, ſi Stichus redigatur in ſervitutem, quia dari jam poteſt, ſicque Celſi argumentum apud Paulum in *d. verſ. quoniam* interpretantur Duar. & Cujac. *lib. 72. Pauli ad Edictum in præſenti.* Secundum Celſi argumentum extat in *verſ. nam etſi navem*, & in *d. l. qui res 98. §. aream de ſolut.* duciturque ex ſimilitudine navis promiſſæ, quam ſi ſine facto aut culpa promiſſoris dominus diſſolverit, liberatur promiſſor, quia dari non poteſt, & tamen ſi eadem poſtea navis eiſdem tabulis compacta ſit, obligatur rurſus promiſſor, quia dari jam poteſt, & eadem navis eſſe intelligitur. *l. quod in rerum 24. §. ult. ff. de leg. 1. l. proponebatur 76. verſ. itemque navem ff. de judiciis.* ergo ex eadem ſimilitudinis ratione, ſtipulatio rei, quæ in commercio eſt, ſi ea poſtea commercio eximatur, & rurſus ei ſubjiciatur, convaleſcet, quia dari jam poteſt, & eadem res eſſe intelligitur. Tertium Celſi ſententiæ argumentum adjicit ſextus Pedius, ſequiturque apud Paulum in *verſ. pro quo & illud.* ubi docemur, quod ſi quis ſtipulatus fuerit ex certo fundo centum amphoras vini, cum huic ſtipulationi natura ſua inſit mora & conditio tacita, expectare debet ſtipulator, donec vinum naſcatur. *l. interdum 73. hoc tit. l. 1. in fine ff. de cond. & dem. l. cum illud 25. §. ult. l. Firmio 26. ff. quando dies leg. ced.* & ſi natum ſine culpa promiſſoris conſumptum ſit, expectare rurſus debet ſtipulator, donec iterum naſcatur, & dari poſſit. *l. legatum 17. §. 1. ff. de annuis leg. l. ex eo 13. ff. de trit. vin. vel ol. leg.* & per has vices vini non nati vel conſumpti & iterum nati ceſſabit aut valebit ſtipulatio, proinde & eodem exemplo ſtipulatio rei, quæ in commercio eſt, ſi ea poſtea in commercio eſſe deſinat, ceſſabit tunc & expectabitur, ut in commercio iterum ſit, quo eveniente convaleſcet.

§. IV. Sed argumenta hæc & ſententiam Celſi proponit Paulus non probat, & in his, quæ aſſeruerat, perſiſtens in *verſ. ſed hæc diſſimilia ſunt* affirmat breviter, diſſimilia ea eſſe, quæ a Celſo & Pedio contra adducuntur. Idque, ut diſputationem Pauli in *præſenti* ſuppleamus ex eodem Paulo in *d. l. qui res 98. §. aream.* ex eo illic oſtenditur, quod ſi res promiſſa commercio eximatur, obligatio omnino extinguitur, & ideo ſicut naturaliter fieri non poteſt, ut mortuus homo reviviſcat, ita nec civiliter, ut obligatio in perpetuum extincta reſtituatur. At in exemplis contra adductis navis diſſolutæ & vini conſumpti non extinguitur obligatio, ſed tantiſper impeditur & ceſſat, & ideo poſtea impedimento ſublato convaleſcere eam mirum non eſt. Quo interim ſuppoſito & copioſius mox confirmando, jam fit facile ſatis primo illi Celſi argumento de una eademque in contrarium cauſſa liberandi & obligandi, quod aut dari non poſſit aut dari poſſit. Ea enim juris ratio & regula vim ſuam habet in obligatione non extincta ſed ceſſante, cujus cum vinculum & conventio permanſerit, & effectus duntaxat impeditus ſit, quia res dari non poterat, ſi ea mox dari poſſit, reſumit vires & effectum obligatio, ſublato impedimento. Diverſum autem eſt in obligatione extincta, quia cum ejus non tantum effectus ſed etiam vinculum & conventio penitus interciderit, non poteſt ſuſcitari ex eo ſolo, quod dari res poſſit, quoniam deficit adhuc conſenſus, ſine quo nec prior obligatio reviviſcere, nec nova contrahi poteſt.

§. V. Quo juris elemento pro explorato ſuppoſito diſſimilia eſſe exempla in contrarium adducta, ut ſigillatim Paulus oſtendat, non jam gradatim ſed inverſo licenter ordine quoad argumentum illud de vino conſumpto docet in *verſ. adeo enim*; id diſſimile eſſe, quia qui centum amphoras vini ex certo fundo promittit, non ſpeciem aliquam corpusve certum, ſed genus quantitatemque promittit & debet, & ideo cum ſpeciei debitor non ſit, ſed generis, comperire non poteſt vino conſumpto. *l. in ratione 30. §. incertæ ff. ad l. Aquiliam. l. incendium 11. C. ſi cert. petatur.* neque obligatio extinguitur, ſed ceſſat, donec vino iterum conſumpto & poſtea nato effectum habeat. *d. l. Firmio 26. ff. quando dies leg. ced.* idque ipſum obtinet, quoties quantitas fructuum, qui naſcentur, ex certo fundo legata in annos ſingulos. *l. legatum 17. §. 1. ff. de annuis leg. l. ex eo 13. ff. de trit. vin. vel ol. leg. l Lucius 12. ff. de aliment. vel cib. leg.* quamvis diverſum ſit, quoties obligatio contracta eſt quantitatis non pecuniæ, ut in *d. l. Firmio 26.* neque in annos ſingulos, ut in *d. l. legatum 17. §. 1.* neque abſolute ex fundo, ut in *noſtro verſ. pro quo & illud.* ſed fructuum ſemel præſtandorum ex illis, qui in certo fundo naſcentur; tunc enim præſumitur relatio habita ad fructus tunc pendentes, aut qui primo anno naſcentur, neque amplius debetur, quam ex fructibus primi anni, & quatenus illi naſcentur. *l. cum certus 5. ff. de trit. vin. vel ol.* juncta ex eodem auctore & libro *l. ſi debitor 39. §. 1. ff. de contrah. emptione.* quas ita interpretatur utrobique poſt Accurſianos Cujac. & *lib. 9. reſp. Papin.* in *d. l. Firmio 26.* & in *d. l. legatum 17. §. 1.* Pacius *cent. 6. quæſtione 3.* at e contrario qui Stichum aut rem certam promittit, debitor ſpeciei eſt. *l. in ſtipulationibus 54. hoc tit.* & ideo ſi ea res commercio eximatur, aut Stichus liber fiat, liberatur promiſſor, ut pote ſpeciei debitor, ſpecie perempta. *l. ſi ex legati 23.* juncta *l. ſi ſervum 91. §. ſed ſi ſit hoc tit.* neque obligatio interim ceſſat, ſed extinguitur, quia nec dici poteſt aut debet ineſſe ei ſtipulationi tempus, quod ſpectandum ſit, ut Stichus iterum ſervus fiat, aut res commercio exempta rurſus ei ſubjiciatur; idque adeo verum eſſe Paulus oſtendit, ut ne illa quidem ſtipulatio de homine libero concepta valeat: *illum, cum ſervus eſſe cœperit, dare ſpondes*; ſicut neque illa valet: *cum locum cum ex ſacro religioſove profanus eſſe cœperit dari*, quia neque attento præſenti tempore, ex quo vires ſtipulatio cœpit, liber homo locusve ſacer in obligationem deduci poſſunt, quia in commercio non ſunt, nec dari poſſunt, & ea duntaxat, quæ poſſibilia ſunt, veniunt in obligationem. *l. ſi ſtipuler 35. l. continuus 137. §. cum quis hoc tit. §. idem juris 2. inſt. de inut. ſtip.* neque inſpecto futuro tempore, quia caſum ſervitutis adverſamque fortunam hominis liberi, aut loci ſacri religioſive profanationem expectare fas non eſt. *l. ſi in emptione 34. §. liberum ff. de contrah. empt.* & civilis naturaliſque ratio triſtem & ominoſam ſpeciem non admittit. *l. cum tale 72. in princ. & §. 1. ff. de cond. & dem.*

§. VI. Deinde quoad illud alterum Celſi argumentum exemplumque navis promiſſæ poſtea diſſolutæ, & rurſus compoſitæ, oſtendit Paulus in *verſ. & navis.* id ad rem non pertinere, quia ſi navis eo animo diſſoluta ſit, ut in alios uſus tabulæ converterentur, obligatio non ceſſat, ſed extinguitur. *l. lana 88. §. nave ff. de leg. 3.* & ideo quamvis poſtea mutata voluntate ex eiſdem tabulis refecta ſit navis, non ſuſcitatur obligatio extincta, quia prior quæ promiſſa fuit navis periit, & hæc alia nova cenſetur. *d. l. qui res 98. §. aream verſ. homini.* Proinde in his terminis exemplum navis ſimile erit, & comparabitur recte cenſura effectuque juris ſtipulationi ſervi, qui poſtea manumiſſus eſt, quia perinde ut in navi ita & in homine manumiſſo extinguitur obligatio, nec ſuſcitatur, quia ſicut navis reſtituta cenſetur alia, ita & homo rurſus ſervus effectus videtur alius homo eſſe, ut Paulus conſiderat in *d. §. aream*, & in *l. ſervus 27. §. ult. ff. de alim. leg.* E contrario ſi navis reficiendæ cauſſa omnes tabulæ diſſolutæ, nondum perempta navis, neque ad eam deſiiſſe pertinere tabulæ intelliguntur, & ideo interim obligatio ceſſat non extinguitur, & ſi ex eiſdem tabulis componatur, permanere navis eadem cenſetur. *d. l. proponebatur 76. verſ. itemque navem ff. de judiciis.* quapropter

in hac ſpecie non eſt ſimile exemplum aut argumentum Celſi homini manumiſſo, ubi obligatio extinguitur, idcircoque nec ſuſcitatur, quamvis rurſus ſervus fiat. *d. §. aream verſ. nec ſimilis.*

§. VII. Plane eam diſtinctionem de ſtipulatione navis diſſolutæ & rurſus compoſitæ confirmat Paulus in *verſ. ſicuti.* exemplo domus, cujus ſi tigna aliqua exempta ſint reficiendæ domus cauſſa, adhuc eſſe ædificii intelliguntur, atque eadem domus manere. *l. fundi 17. §. ea quæ. l. granario 18 §. 1. ff. de action. empti.* & videtur obligatio magis ceſſare quam extincta eſſe, & reſtituta domo convaleſcit; at ſi domus usque ad aream deponatur, quamvis ex eadem materia reſtituatur, alia domus eſſe cenſetur, quia cum non niſi raro accidat, domum depoſitam usque ad aream ex eadem materia refici, quoniam pleraque ex veteribus cementis, aut tignis domo usque ad aream depoſita pereunt, non præſumitur eo animo depoſita, ut reſtituatur ex eadem materia, & ideo obligatio non ceſſare ſed extingui intelligitur, nec ſuſcitatur. *l. qui uſumfructum 36. ff. de uſufr. l. ſi ita 65. § ult. ff. de leg. 1.* in navi autem, diſſolvi eam ut reficiatur, præſumitur, quia facile ex eiſdem tabulis refici ſolet paucis mutatis, ut ad rem poſt Accurſ. notat Cujacius *tractatu 5. ad Afric. in d. l. qui uſumfructum 36. ff. de uſufr.* quamvis aliter Alciatus in præſenti *num. 27.* Poſtremo in *verſ. hic tractatus* monet Paulus, quæſtionem hanc tractatam, an ſcilicet reſtituta res eadem aut alia ſit, eſſe momenti magni & uſus, etiam in prætoriis ſtipulationibus illis, quibus de re reſtituenda cavetur. *l. 2. ff. de prætor. ſtipul.* qualis eſt ſtipulatio de novi operis nuntiatione, qua is cui novum opus nuntiatur, ut liceat ſibi ædificare, ſolet promittere ſe opus reſtiturturum, ſi conſtiterit eum non habuiſſe jus ædificandi. *d. l. 2. §. 1. l. ſtipulatio 21. in princ. & §. 1. ff. de oper. novi nuntiat.* in qua ſpecie ſi promiſſor ex vi nuntiationis tanquam non jure factum ædificium depoſuerit, & poſt illud inſtauraverit, incurrit quæſtio, an propter priorem nuntiationem inſtauratum ædificium demoliri debeat, eaque quæſtio pendet ex eo, an idem aliudve ædificium cenſeatur, quod æſtimandum eſt ex diſtinctione ſupra tradita, eademque diſtinctio & quæſtio verſatur in ſtipulatione fructuaria, qua fructuarius cavet de uſufructu reſtituendo. *l. inter fructuarium 20. ff. de damn. infect.* ubi ſimiliter quæritur, an mutata res & renovata maneat eadem, & explicandum eſt ex propoſitis, ut notat Donell. in *præſenti num. 7.*

CAPUT TERTIUM.

De Rei ſacræ, religioſæ, publicæ, & liberi hominis exemptione a commercio.

Ad *Principium §. ſacram l. inter ſtipulantem 83. ff. de Verb. Oblig.*

§. I. Contextus expoſitionem plenior jam materiæ a Paulo tractatæ commentatio ſequitur, cui prælibandæ ſupponendum breviter eſt, *rem ſacram* eſſe, quæ divinis uſibus, & miniſterio rite conſecrata eſt. *l. in tantum 6. §. ſacræ 3. l. ſacra 9. in princ. & §. 1. ff. de diviſ. rer. §. ſacræ inſt. de rer. diviſ. religioſa* autem ſunt *loca*, in quibus defunctus ſepultus eſt. *l. 2. §. ſepulchrum ff. de relig. d. l. in tantum 6. §. religioſum. publica* vero, quæ in perpetuum publicis uſibus deſtinata ſunt. *l. ſed Celſus 6. ff. de contrah. empt. l. 2. §. 1. & ſeqq. ff. ne quid in loco publ. d. l. in tantum 6. §. univerſitatis.* veluti *baſilica*, quo nomine & exemplo Paulus utitur in *præſenti*, & in *l. 1. §. ult. ff. de adq. poſſeſſ.* juncta *l. continuus 137. §. cum quis hoc tit. §. ult. inſtit. de empt. & vend.* ſignificatque eo nomine domum Regiam, cujus porticus atriaque publico judiciorum & negotiatorum uſui ſerviebant. *l. baſilicam 21. C. de oper. publicis. l. periculis 32. §. idem 4. ff. de auro & arg. leg.* notant Alciatus in *præſenti num. 2.* & *lib. 1. prætermiſſorum.* Rhodiginus *lib. 5. lect. antiq. cap. 11.* Philander in *notis ad Vitruvium lib. 5. de architectura cap. 1.* Pancirol. *lib. 1. theſauri variar. cap. 50.* Dorleans in *Tacitum lib. 3. annalium pag. mihi 427.* Roſinus *lib. 9. antiquitatum cap. 7.* Unde & eccleſiæ poſtea a Chriſtianis appellatæ ſunt *baſilicæ*, quaſi domus regiæ ſupremi Regis. *cap. omnes baſilicæ 3 & cap. baſilicas de conſecratione diſt. 1. cap. 1. de religioſ. domib.* notat Baronius in *martyrolog. Roman. die 5. Auguſti.* & ex eo Pater Cerda in *adverſar. ſacris cap. 133. num. 17.* Denique *liber homo* eſt, qui faciendi quælibet naturalem facultatem habet, quam *libertatem* dicimus, & conſequenter dominio alieno non ſubjicitur, quod *ſervitutis* eſſet. *l. 4. ff. de ſtatu hom. l. poteſtatis 215. ff. de V. S.*

§. II. His ſuppoſitis aſſerimus jam cum Paulo in *præſenti*, inutilem eſſe ſtipulationem rei ſacræ, religioſæ, publicæ, & hominis liberi. *l. 1. §. ſi id quod ff. de O. & A. l. ſi ſervum 91. §. ſed ſi ſit 1. l. liber 103. l. continuus 137. §. cum quis hoc tit. l. qui res 98. § aream ff. de ſolut. §. idem juris 2. inſt. de inutil. ſtip. l. 22. tit. 11. Part. 5.* juncta ejus principii ratione, quam illuſtravimus in *paraphraſi §. 1.* Ex qua etiam ratione obtinuit, easdem res ſacras, religioſas, publicas, & liberum hominem nec vendi poſſe. *l. ſi in emptione 34. §. omnium cum ſequenti ff. de contrah. empt. l. 2. l. locum 9. C. de religioſis d. l. continuus 137. §. cum quis. l. ſancimus 27. C. de ſacroſ. eccleſ.* nec legari. *l. cum ſervus 39. §. conſtat 17. cum ſeqq. ff. de leg. 1. §. non ſolum 4. inſt. de legatis. l. monumenta 14. C. eodem tit. l. Mævius 65. §. in fundo ff. de leg. 2.* Ulpianus in *fragm. tit. 24. de legatis §. liber homo.* nec pignori obligari. *l. 1. §. ult. ff. quæ res pign. l. 3. l. qui filios 6. C. eodem tit. cap. 1. & 2. de pignoribus.* nec donari. *l. 1. C. de patribus qui fil. diſtrax.* nec ſervituti ſubjici. *l. 4. ff. communia prædior. l. ſervitutes 14 §. 1. & ſeqq. ff. de ſervit. l. ſi prius 17. §. via cum ſeqq. ff. de aqua & aq. pluv.* nec poſſideri. *d. l. ſi in emptione 34. § omnium. l. 1. § ult. l. cum heredes 23. §. ult. l qui univerſas 30. §. 1. ff. de adquir. vel amitt. poſſeſſ. l. ult. ff. ut in poſſeſſ. legat. l. ſi ſervus 34. ff. de ſtipulat. ſervorum. l. ſi quis 20. ff. de probat. l. penult. in fine ff. de rebus cred. l. 1. §. penult. ff. uti poſſid.* nec uſucapi. *l. uſucapionem 9. l. præſcripto 45. ff. de uſucap. l ult. C. de longi temporis præſcript. quæ pro libert. l. præſcriptio 6 C. de operibus publicis. §. ſed aliquando 1. inſt. de uſucap.* nec vindicari. *l. 1. §. per hanc 2. l. in rem 23. §. 1. l. quæ religioſis 43 ff. de rei vindicat. l. 4. C. de religioſis. l. 4. ff. de aqua & aquæ pluv.* nec dividi in judiciis diviſoriis. *l. fundus 30. in fine. l. quædam 41. ff. fam. erciſc. l. ult. ff. de jure patron. l. 4. C. de religioſis.* neque in ſocietatem venire. *l. verum 63. §. ult. ff. pro ſocio.* ex qua ita notat Photius in *nomocanone tit. 2. cap. 1.* & Balſamo ibi in *ſcholiis.* denique & generaliter neque cujusquam uſibus, dominio, vel commercio ſubjici. *l. in tantum 6. §. ſacræ ff. de diviſ. rerum. l. 1. ff. de interdict. l. 1. ff. ſi ſervitus vindicetur.*

§. III. Sed & primaria Pauli aſſertio, & quæ ſingula ex ea deduximus, multis magnisque premitur difficultatibus ſigillatim jam explicandis: atque in primis aſſertio Pauli de inutili ſtipulatione rei, quæ in commercio non eſt, difficilis redditur ex ſententia Ulpiani in *l. multum 34 hoc tit.* dum docet utilem eſſe ſtipulationem rei, quæ in commercio promiſſoris non ſit, quamvis e contrario inutilis ſtipulatio ſit rei, quæ in commercio ſtipulatoris non eſt, in quo poſtremo repugnat ſibi ipſi & aſſertioni noſtræ Ulpianus ipſe in *l. ſed ſi res 40. ff. de leg. 1.* dum affirmat legata re, cujus commercii & poſſeſſionis incapax legatarius & fideicommiſſarius eſt, æſtimationem deberi, nec proponimus probamusve diſtinctionem Acc. in *d. l. mul-*

tum

Digitized by Google

tum, verbo placet. inter ſtipulationes & legata; quæ etſi communiter recepta ſit teſte Molina *de primogen. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 86. evincitur tamen aperte ex *l. mortuo* 49. §. *Labeo cum ſequenti ff. de leg.* 2. ſicut & diſtinctio, alia inter fideicommiſſa, de quibus in *l. ſed ſi res* 40. & legata, de quibus in *d. l. mortuo* 49. §. *Labeo.* quam poſt Duar. in *d. l. multum* 34. ſequitur Pichardus in §. *non ſolum num.* 57. *inſt. de leg.* & laudati ab Hilligero ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 11. *lit. L.* improbabilis ſit ex Ulpiano in *fragm. tit. de fideicommiſſis* §. *res* 5. juncto eodem Ulpiano *tit. de leg.* §. *per damnationem* 8. *cum ſeq.* junctis traditis a Don. in *d. l. multum* 34. *num.* 9. Denique & improbamus emendationem Cujac. in *d. l. multum* 34. & ſub nomine Mercatoris *lib.* 3. *obſat. cap.* 11. affirmantis legendum eſſe affirmative in *d. l. ſed ſi res* 40. ita: *ei cui jus poſſidendi eſt.* quem notat merito Joannes Robertus *lib.* 3. *animadverſ. cap.* 11. Don. in *d. l. multum* 34. *num.* 9. Hotmanus *lib.* 12. *obſervationum*, alias 1. *amicabilium cap.* 24. & ex Synopſi Baſilicôn *lib.* 4. *cap.* 38. refutat Carolus Labbæus in *notis ad Synopſin pag. mihi* 132.

§. IV. Quare ut res explicetur, præmonendum eſt, multum intereſſe, an legatum vel ſtipulatio ſit rei, quæ ſimpliciter & abſolute in commercio non eſt, ut *in præſenti.* quo caſu neque res neque æſtimatio debetur. *d.* §. *non ſolum* 4. *inſt. de leg.* an vero rei, quæ cum ſui natura privati humanique juris ſit, neque in commune commercio exempta, prohibetur tamen ejus commercium heredi aut legatario, vel promiſſori aut ſtipulatori, quales res recenſentur in *l. qui officii* 62. *ff. de contrahend. empt. l.* 1. & 2. *C. ne Chriſtianum mancip.* juxta quos terminos ſi promiſſor aut heres rei commercium non habeat, ſtipulator autem vel legatarius habeat, utilis eſt ſtipulatio & legatum. *d. l. multum* 34. *d. l. mortuo* 49. §. *ſed Proculus ff. de leg.* 2. tum quia poteſt heres aut promiſſor etiam rem, cujus commercium non habet, ſic accipere, ut ſtatim det ſtipulatori aut legatario, neque quoad hoc incapacitas commercii obſtat. *l. ſi fidei* 28. *ff. de leg.* 3. *l. aliud* 71. *ff. de V. S.* tum etiam quia interdictio commercii nocere debet promiſſori vel heredi, cui interdictum ſit, non ſtipulatori aut legatario, quod tamen contra eſſet, ſi quia commercium rei non habet promiſſor aut heres, non obligaretur, ut inſinuatur in *d. l. multum* 34. diverſum eſt, ſi res in commercio ſtipulatoris vel legatarii non ſit, quamvis ſit in commercio promiſſoris vel heredis; tunc enim neque ſtipulatio neque legatum valet. *d. l. multum* 34. *d. l. mortuo* 49. §. *Labeo.* & ideo quamvis dari a promiſſore vel herede res poteſt aut æſtimatio ejus, nec tamen debetur, nec res ipſa, quia dari non poteſt ei cui danda. *d.* §. *non ſolum inſtitut. de leg.* ſcilicet ſtipulatori aut legatario, ex cujus perſona metimur jus obligationis, ſicut actionis ex perſona actoris. *l.* 1. §. 1. *ff. ſi pars hered. pet.*

§. V. Nec refragatur huic ſententiæ Ulpianus in *d. l. ſed ſi res* 40. *ff. de leg.* 1. quia reſpondendum eſt, teſtatorem ibi legaſſe rem alienam, cujus commercium legatarius non habebat, & ab eo per fideicommiſſum reliquiſſe eandem rem alii, cui jus poſſidendi non erat, non quia ejus rei commercium fideicommiſſario legibus interdictum eſſet, ſed quia quamvis commercium rei haberet, eam tamen propter corporis vitium, ut claudus officium curſoris, vel ob aliam ſimilem cauſſam poſſidere non poteſt, quod diverſum longe eſt ab interdictione commercii, ut diſtinguitur in *d. l. ſed ſi res* 40. qua ſpecie poſita fideicommiſſum licite relinquitur. *l. filiusfam.* 114. §. *ſi quod aliqui ff. de leg.* 1. & ideo quamvis legatarius incapax ſit rei commercii, cum tamen per fideicommiſſum reſtituere debeat, inſpicitur non media ſed capientis perſona. *l. cum ei* 42. *ff. de leg.* 2. *l. ſi fidei* 28. *ff. de leg.* 3. *l. cogi* 16. §. *hi qui* 15. *ff. ad S. C. Trebell. l. cum dotem* 57. *ff. ad l. Falcid.* & æſtimatio fideicommiſſario debetur. *d. l. ſed ſi res* 40. quam ita interpretatur Donell. in *d. l. multum* 34. *num.* 9.

§. VI. Sed neque rurſus nuper traditis obſtat, quod ſcriptum eſt in *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi ſervo* 16. *ff. de leg.* 3. ſi relinquatur militia ſervo, quem teſtator ſervum eſſe ſciebat, deberi æſtimationem, cum tamen ab omni militia ſervus jure prohibeatur. *l. ab omni* 11. *ff. de re militari. l. ſuper* 6. *C. qui militare poſſunt. l.* 2. *C. de tironib.* quibus jungendus Lipſius *de militia Romana lib.* 1. *dialogo* 2. & 9. Quare obſervandum eſt, militiæ nomine in *d.* §. *ſi ſervo*, non armatam ſed imaginariam & togatam ſignificari, & officia Palatina aut forenſia, quibus adjuncta ſalaria & commoda ad inſtar militum & ſtipendiorum, quæ vendi & pecunia æſtimari ſolebant. *l.* 3. §. *ſi quid minori* 7. *ff. de minor. l. creditor* 52. §. *inter ff. de act. empti. l. libertis* 18. §. *ab heredibus ff. de alim. leg. l. omnimodo* 30. §. *ult. C. de inoffic. teſtamento. l. ult. C. de pignor.* junctis traditis poſt multos ab Hillig. ad Donell. *lib.* 19. *cap.* 4. *lit.* XX. & ideo, cui militia legatur, non tam corpus ipſius officii quam æſtimatio ejus legari intelligitur. *l. Lucius* 22. *l. mortuo* 49. §. 1. *l. Titia* 87. *ff. de leg.* 2. *l. penult.* §. *alumno cum* §. *ſequenti ff. de leg.* 3. cujus æſtimationis cum ſervus ex perſona domini capax ſit. *l. ſi mihi* 12. §. *regula ff. de leg.* 1. *l. debitor* 82. §. *ſervo ff. de leg.* 2. intelligitur legata æſtimatio, ſi teſtator ſervum eſſe ſcivit, alioquin ſi ignoravit, denegatur perſecutio fideicommiſſi ex voluntate teſtatoris, qui non præſumitur relicturus perſonale munus militiæ ſervo ejus per ſe incapaci, quamvis ex perſona domini capax ſit æſtimationis. *d.* §. *ſi ſervo.* quem ita præmonente Raphaële Cumano in *d. l. ſed ſi res* 40. interpretatur Cujac. in *d. l. multum* 34. Hillig. ad Don. *lib.* 8. *cap.* 19. *lit. G.*

§. VII. Deinde aſſertioni noſtræ de inutili ſtipulatione rei ſacræ vel religioſæ obſtat difficile teſtimonium Pauli in *l. quod ſi locus* 11. *ff. de relig.* dum docet vendito loco monumenti ea pactione, ne in eo ſepeliantur, quos jus eſt inferri, pactionem quidem ad eum effectum non ſufficere, ſtipulationem autem neceſſariam eſſe & ſufficere: tractari autem in *d. l. quod ſi locus* 11. de monumento jam functo ſive ſepulchro, & conſequenter de loco religioſo, apparet ex eo, tum quia ſupponit Paulus, fuiſſe in eum locum jus inferendi certos homines, ibi: *quos jus eſt inferri*, ac proinde non de monumento loquitur, ſed de ſepulchro familiari. *l. hereditario. l.* 5. & 6. *ff. de religioſ.* tum etiam quia ſi quæſtio eſſet de inferendi jure, quod profanum privatumque eſt. *l. monumenta* 14. *C. de legatis.* ſufficeret pactio ad id jus remittendum, *arg. l. ſervitutes* 14. §. 1. juncta *l.* 4. *ff. de ſervit.* & quia quamvis nuda pactio interpoſita extra contractum & traditionem rei non poſſit efficere, ne domino in ſuo monumento ſepelire mortuum liceat. *l. penult. ff. de pact.* ſi tamen in vendendo aut alienando apponatur, eſt utilis efficaxque pactio. *l. ult. C. de pact. inter empt.* juncta regula *l. in traditionibus ff. de pactis.* quomodo Juſtinianum in *d. l. ult.* cum Pomponio in *d. l. penult.* conciliant communiter poſt Acc. Bartolus, Caſtrenſ. & alii *utrobique.* Faber in *Ration. d. l. quod ſi locus* 11. quamvis aliter Cujac. *lib.* 27. *Pauli ad Edict.* in *d. l. quod ſi locus* 11. aliter & dextre noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtrium ad tit. de leg.* 1. *tractatu* 2. *cap.* 2. *num.* 38. ergo ideo in *d. l. quod ſi locus* 11. pactio appoſita in venditione monumenti, ne in id inferantur, quos jus eſt inferri, non ſufficit, quia venditio fuit loci religioſi, & pactio de religioſo jure, & tamen de eo ipſo ſtipulatio & venditio valet contra noſtrum textum.

§. VIII. Inexplicabilem nodum hunc *d. l. quod ſi locus* 11. fatetur Fab. in *Rat. ibidem in fine.* & dum ſolvere aliter neſcit, ſcindit deletis verbis illis prioribus, *locus monumenti*; nec felicior Cujac. *lib.* 10. *quæſt. Papiniani* in *l. ſervus* 7. *ff. de ſer-*

vis export. & in *l. quoties* 15. *ff. de ſervit.* Hotm. *lib.* 9. *obſervationum cap.* 5. Merillius in 50. *deciſ. Juſtin.* in *d. l. ult. C. de pactis inter empt. num.* 5. Valentia *d. cap.* 2. *num* 27. affirmantes, Paulum in *d. l. quod ſi locus* 11. & Pomponium in *d. l. penult. ff. de pact.* corrigi a Juſtiniano in *d. l. ult. C. de pact. inter empt.* Quare his omiſſis ſimulque explicationibus Accurſii in *d. l.* 11. Saliceti & Caſtrenſis in *d. l. ult. num.* 5. obſervandum in primis eſt cum Fulgoſio in *d. l quod ſi locus* 11. ſententiam Pauli *ibidem* explicandam eſſe ex præcedenti *l. ſi venditor* 10. *ff. de relig.* ut proinde apud Paulum ſermo ſit de vendito fundo, in quo ſepulchrum familiare ſeu monumentum jam ſunctum erat venditori & poſteris ejus, ſive familiæ conſtitutum, in qua quæſtione ſi venditor non ſibi exceperit locum ſepulchri, & jus inferendi, ut proponitur in *d. l. ſi venditor* 10. ſed potius ut per adverſativum *quod ſi* ſubjungitur in *d. l. quod ſi locus* 11. locus monumenti venierit cum reliquo fundo, cujus portio modica locus eſt. *l. locus* 60. *ff. de V. S.* & venienierit hac lege, ne in eum inferrentur, quos jus eſt inferri, nempe poſteri ſive qui de familia ſunt, recte in primis ſupponitur venditio non valere, (in quo tamen & aliis explicandis aberrat Fulgos. in *d. l. quod ſi locus* 11.) quia ſepulchri locus non exceptus tanquam modicus ſimulque jus ſepulchri, quod venditor habuit, decedit fundo, & in emptorem tranſit. *l. hanc legem* 22. *cum ſeqq. ff. de contrah. empt. l. ſi mercedem* 53. §. 1. *ff. de act. empti.* quin & eadem ſpecie retenta eleganter Paulus docet, pactionem illam, ne inferantur quos jus eſt inferri, non ſufficere, quia quamvis juri ſuo inferendi ut pote privato & profano præjudicare paciſcendo venditor poteſt. *d. l. ſervitur* 14. §. 1. *ff. de ſervitut.* non tamen juri jam quæſito poſteris & familiæ. *l. jus ſepulchri* 13. *C. de religioſ.* neque obligatur ipſe, aut familiam obligat, promittendo alienum factum familiæ, nempe non inferendi ex regula *noſtræ l.* 83. *in princ.* Proinde & conſequenter Paulus concludit, ſtipulatione id caveri oportere, non quidem ſimplici ſtipulatione alieni facti non inferendi, quæ proinde ac pactio inutilis eſſet, ut in *noſtra l. inter* 38. ſed ſtipulatione pœnali, per quam proprie cavetur & conſulitur contra vitium promiſſionis alieni facti. *l. ſtipulatio* 38. §. *at ſi quis* 2. & §. *ſi quis dolum* 13. *hoc tit.* notat poſt Acc. & alios Cujac. *lib.* 27. *Pauli ad Edictum* in *d. l. quod ſi locus* 11. & prænotavimus ad *noſtram l. inter* 83. *principio* §. 20. neque ad rem pertinet, quod ſtipulatio pœnalis ſicut & pactio de non inferendo opponitur juri religionis & uſui ſepulchri, & ideo inutilis cenſenda videtur non ſolum pactio ex ratione *l.* 4. *ff. communia prædiorum.* juncta *l.* 4. *ff. quemadm. ſervit. amitt. l. ſi quis ſepulchrum* 12. §. 1. *ff. de relig.* ſed etiam pœna ex regula *l. ſtipulatio* 61. *l ſi homo* 69. *hoc tit.* quippe affirmandum eſt, non eſſe pœnam contra jus uſumve religionis, nam cum ſepulchri jus, qualecumque venditor habuit, in emptorem cum fundo tranſtulerit, & pœna venditorem ſolum, qui de ſe promiſit, teneat, non autem alios de familia vel poſteritate, non impeditur jus religionis & inferendi in his, qui jus ſepulchri retinent, ſed in venditore, qui tranſtulit, ut in re ſimili dicemus inferius pro explicanda *l. monumentorum* 6. *C. de religioſis.* ex qua interpretatione *d. l. quod ſi locus* 11. conſtat facile jam expendenti, diverſam potius eſſe ſententiam *d. l.* 11. quam contrariam correctamve a Juſtiniano in *d. l. ult. C. de pact. inter empt.*

§. IX. Præterea & antequam hinc progrediamur, cum aſſertioni noſtræ conſequens ſit, ſtipulationem ſervi extingui eo manumiſſo, nec convaleſcere, etiamſi iterum ſervus fiat, ut in *præſenti* Paulus proponit. Obſcurum ſane eſt, & explicationis in alium locum non conferendæ, quod in legato ſervi poſtea manumiſſi & rurſus ſervi effecti ſcribit contrarium Celſus in *l. ſi chorus* 79. §. *ult. de leg.* 3. neque ferenda eſt Accurſ. *ibidem* emendatio, qui negatione adjecta legit *peti non poteſt.* reclamante in primis auctoritate Florentinæ lectionis affirmativæ, quam & ſuadet vox *quoque* in *d.* §. *ult.* & contextus §. *præcedentis*, ut notat Ant. Auguſtinus *lib.* 1. *emendationum cap.* 3. neque audiendi magis Cumanus *in præſenti num.* 3. Alciatus in *l.* 2. § & *harum num.* 69. *hoc tit.* Cujacius *hic*, & *lib.* 15. *quæſt. Pauli* in *d. l. qui res* 98. §. *aream ff. de ſolut.* & in *l. grege* 22. *ff. de leg.* 1. Guilielmus Fornerius *lib.* 2. *ſelectionum cap.* 16. Briſſon. *de ſolut. lib.* 2. *tit. de exemptione a commercio.* Ludovicus Charondas in *d. l. ſi chorus* §. *ult.* Pichard. §. *idem juris* 2. *num.* 28. *inſt. de inutil. ſtip.* affirmantes, ſententiam Celſi, quam refert & refellit Paulus in *præſenti*, & in *d. l. qui res* 98. §. *aream verſ. nec admiſſum.* ejuſque diſſenſionis in quæſtione noſtra veſtigium extare in *d. l. ſi chorus* §. *ult.* fruſtraque inter aperte ajentia & negantia conciliationem requiri. Plane Academici Anteceſſores in duas diverſaſque ſententias ſcinduntur: alii quippe cum Accurſ. in *præſenti*, *verbo ex libero in fine.* quem ſequuntur poſt Chriſtophorum de Caſtellione Jaſo *num.* 16. Alciatus *num.* 5. & cum Duaren. Giphan. in *præſenti num.* 19. Hillig. ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 17. *litera K.* diſtinguunt inter ultimas voluntates ſive legata, de quibus in *d. l. ſi chorus* §. *ult.* & contractus ſive ſtipulationes, de quibus in *præſenti*, & in *d. l. qui res* §. *aream.* Alii autem poſt Jacobum de Arena, & Albericum in *d. l ſi chorus* §. *ult.* quibus non laudatis ſubſcribit Donell. in *præſenti num.* 8. diſtinctionem adhibent inter legatum ſervi alieni, de quo accipiunt *d. l. ſi chorus* §. *ult.* & ſervi proprii teſtatoris, de quo in *l. ſervus* 27. §. *ult. ff. de adim. leg.*

§. X. Nobis autem, ut res proprie & plene explicetur, utraque conciliandi ratio jungenda, mutuoque auxilio veluti firmanda videtur, in primis autem illa communis, quæ docet diſtare in hac quæſtione ſtipulationes a legatis: quippe in iſtis ſi legatus ſit alienus ſervus, de quo exaudiendam *d. l. ſi chorus* §. *ult.* poſtea oſtendemus, iſque a domino manumiſſus & rurſus ſervus effectus ſit, vivente adhuc teſtatore, ut indicat vox *interim* in *d. l. ſi chorus* §. *ult.* placet peti eum a legatario poſſe, tum quia uberius benigniusque voluntates teſtantium interpretamur. *l. in teſtamentis* 12. *ff. de reg. juris.* tum & præcipue, quia cum in legatis perfecta nulla obligatio incipiat ante teſtatoris mortem, ad quam usque deambulatoria eſt morientis voluntas. *l.* 4. *ff. de adim. leg.* ideoque media tempora inter teſtamentum mortemque teſtatoris nocere non ſoleant. *l.* 6. §. *ſolemus. l. ſi alienum* 49. §. *in extraneis ff. de hered. inſtit.* §. *in extraneis inſt. de hered. qualit.* etiamſi ſervus vivente teſtatore a domino manumiſſus ſit, non poteſt dici extincta legati obligatio, ſed nondum naſci ſive ceſſare, & in ſuſpenſo eſſe usque ad teſtatoris mortem, ideoque ad hanc ſpeciem non pertinet Pauli regula & ratio in *d.* §. *aream verſ. nec admiſſum.* ut pote quæ in obligatione extincta militat, non in ceſſante, ut notavimus in *paraphraſi* §. 4. diverſum eſt in promiſſione itidem alieni ſervi, quia & ſtipulationem ſtricte ac plerumque contra ſtipulatorem exaudimus. *l. ſtipulatio* 38. §. *in ſtipulationibus* 18. *l. quidquid* 99. *hoc tit.* & præcipue quia ſtipulatio omnis ex præſenti vires capit. *l. ſi filius* 78. *l. continuus* 137. §. *cum quis hoc tit.* neque in ſuſpenſo eſt aut ceſſat, ſed tenet ſtatim incipitque ſaltem quoad vim & vinculum a contractu non diſcedendi. *l. uſusfructus* 26. *ff. de ſtipul. ſervor. l. ſicut* 5. *C. de O. & A.* idcircoque & extingui proprie dicitur manumiſſione ſervi, nec ſuſcitatur eo poſtea ſervo effecto. *d.* §. *aream verſ. nec admiſſum.*

§. XI. Jam vero diſtinctioni huic ne obſtet, ut vulgo obſtare creditur, Paulus in *l. ſervus* 27. §. *ult. ff. de adim. leg.* dum docet, etiam legatum ſervi extingui eo manumiſſo, nec ſuſcitari, quamvis rurſus in ſervitutem recidat, proinde nec di-

ſtare

Digitized by Google

ſtare in hac re legatum a ſtipulatione, de qua in *d. l. qui res §. aream.* adhibenda eſt ſecunda illa Alberici & Donelli conciliatio, de qua ſupra §. 9. *in fine.* & ſeparandus ſervus alienus a proprio. Namque diſtinctio ſupra tradita inter legatum & ſtipulationem referenda eſt, ut retulimus, ad ſpeciem alieni ſervi vel promiſſi, ut in *noſtro §. ſacram.* & in *d. l. qui res §. aream.* vel legati, ut in *d. l. ſi chorus §. ult.* ubi alienum ſervum legatum fuiſſe ex eo apparet, quia vox *quoque*, qua Celſus utitur in *d. §. ult.* ſignificat retineri idem fere thema ſeu terminos, de queis in *præcedenti §. area d. l. ſi chorus.* at in *d. §. area* quod Celſus docuit, aream legatam & poſtea inædificatam tunc, ſive quamdiu inædificata eſt, peti non poſſe, (ſcilicet aream ipſam per ſe aut cum ædificio, vel utriusque æſtimationem, quamvis ſolius areæ æſtimatio etiam tunc debeatur. *d. l. qui res §. aream verſ. non eſt his ſimilis*) intelligendum eſt de area aliena legata, quia ſi propria teſtatoris fuiſſet, non ſolum area ſed etiam ædificium ſuperpoſitum deberetur legatario. *l. ſi area* 39. *ff. de leg.* 2. *l. ſervum* 44. *§. ſi areæ.* juncta regula *l. quod in rerum* 24. *§. ſi quis poſt ff. de leg.* 1. quomodo ea juris teſtimonia alioquin pugnantia cum *d. l. ſi chorus §. area.* componunt poſt Bart. Cuman. Alex. & alios in *d. l. ſervum* 44. *§. ſi areæ.* Jaſo in *l. ſi ex toto* 8. *num.* 5. *ff. de leg.* 1. tametſi diſſenſiſſe etiam in hac re ab aliis Celſum contendat Cujac. in *præſenti*, & in *l. grege* 22. *ff. de leg.* 1. aliterque concilient Duaren. Donell. *lib.* 8. *comm. cap.* 17. ubi Hillig. *litera K.* aliter Pichard. in *§. idem juris num.* 42. *inſt. de inut. ſtip.*

§. XII. E contrario ſententia Pauli in *d. l. ſervus* 27. *§. ult. ff. de adim. leg.* referenda eſt ad ſervum proprium teſtatoris, quem cum ipſe Titio legaſſet, & eidem ſervo legatum aliud dediſſet, poſtea inter vivos manumiſit, tandemque ipſius ſervi legatum Titio relictum ademit, in qua ſpecie ſupponit in primis Paulus, legatum ſervi relictum Titio extingui manumiſſione, non quidem proprie & ſtricte quoad obligationem, quæ in legatis nulla eſt ante teſtantis mortem, ſed quoad voluntatem teſtatoris, ex qua tunc ſola legatum conſtabat, quamvis obnoxium repudiationi. *d. l.* 4. *ff. de adim. legat.* extinguitur autem, quia ſervi proprii manumiſſione ut pote voluntaria alienatione diſceſſiſſe a voluntate legandi, & legatum adimere teſtator præſumitur. *l. cum ſervus* 15. *l. rem legatam* 18. *ff. de adim. legat.* & ideo quamvis manumiſſus iterum in ſervitutem recidat, non ſuſcitatur legatum extinctum, niſi quæ in teſtatore defecerat, voluntas legandi nova nunc adſit probeturque, ex qua & novum legatum conſtet. *d. l. cum ſervus* 15. *ff. de adim. leg* aliud eſt autem in alieno ſervo legato, quem cum non teſtator ſed dominus manumiſerit, nulla inde ademptionis ſeu mutandæ voluntatis legandi conjectura in teſtatore elici poteſt, & ideo eo ſervo poſtea effecto legatum ut pote nunquam extinctum ex voluntate, quæ perſeveravit, peti poteſt. *d. l. ſi chorus* 79. *§. ult.*

§. XIII. Illud adhuc contra propoſitam interpretationem *d. l. ſervus* 27. *§. ult.* non leviter urget, quod Paulus ibi, ut legatum non ſuſcitari probet, non ea ratione, quam tradidimus, utitur, ſed alia alienaque, ibi: *novus enim videtur homo eſſe.* & tamen ſi, quod dicimus legatum non ſuſcitari, pendet ex voluntatis legandi mutatione, quam ex manumiſſione colligimus, nihil ad rem pertinet, an novus homo cenſeatur poſt manumiſſionem vel reductionem ad ſervitutem, an ille idem prior qui legatus fuit. *d. l. cum ſervus* 15. Quocirca eam rationem Pauli ut remotiorem, ſimulque morem ejusdem & aliorum JCtorum, plerumque omiſſis propriis alieniores rationes reddentium, notant poſt alios Gilbertus Regius *lib.* 2. *enantioph. cap.* 14. Radulphus Forner. *lib.* 3. *rer. quotid. cap.* 23. Cujac. *lib.* 17. *obſerv. cap.* 15. notati merito ipſi ab erudito noſtro Suarez de Mendoza *lib.* 1. *ad leg. Aquiliam cap.* 15. *ſectione* 6. *num.* 3. ſed ut Paulum nunc explicemus, prænotandum eſt, ſæpe a juris auctoribus rationes reddi non ineptas remotasve, ſed quæ objectioni aut ſubauditæ & tacitæ potius quam propriæ & immediatæ expreſſe applicantur, ut exemplo *l. ſi Titius & Seja* 48. *§.* 1. *ff. de fidejuſſor. l. ita tamen* 27. *§. quoties verſ. Marcellus ad S. C. Trebell.* oſtendit Coſta in *cap. ſi pater part.* 1. *verbo instituit num.* 4. *& ſeqq. de teſtam. lib.* 6. fecit autem hoc ipſum Paulus in *d. l. ſervus* 27. *§. ult.* ubi rationem illam deductam ex mutatione voluntatis per manumiſſionem ſuppuſuit potius pro conſtanti de jure aperto, quam propoſuit; expreſſit autem aliam illam, *novus enim videtur homo eſſe*, non quia neceſſaria ſententiæ proximæ de legato non ſuſcitando, ſed quia aptiſſima eſt differentiæ inſinuandæ inter illius §. ſpeciem præcipuam & propoſitam in *princ. ejusdem legis ſervus* 27. ibi enim in ſpecie ſervi legati, cui & ipſe teſtator aliquid legaverat, deinde eum alienavit, ac poſtea legatum ſervo datum ademit, reſpondit Paulus valere ademptionem, quia (quod Paulus pro explorato ſupponit, Accurſ. autem *verbo eadimatur* in *d. l.* 27. *in princ.* & Cujac. *lib.* 21. *quæſt. Pauli ibi.* non vident) lagatum ſervo relictum alienatione ſervi non revocatur, ſed ad emptorem, cui alienatus eſt, pertinet niſi adimatur. *l. quæſitum* 91. *§. ſervo ff. de leg.* 1. *l. cum ſervo* 17. *ff. quando dies leg. ced. l. ſervus* 47. *l. Julianus* 86. *ff. de condit. & dem. l. qui filio* 38. *§. igitur* 4. *ff. de her. inſt. d. l. ſervus* 27. *§. ult. verſ. igitur.* tum & maxime, ut Albericus, Bartolusque ſubaudiunt in *d. l.* 27. quia & legatum ipſius ſervi alii relictum, quod alienatione extinctum eſt, convaleſcere poteſt, ſi ſervus redimatur a teſtatore, & nova in eo voluntas legandi adſit. *d. l. cum ſervus* 15. *ff. de adim. leg.* proinde cum in eo etiam ſervi legato, quod alienatione extinctum eſt, ſi eo tempore, quo extinctum eſt, adimatur, ſuſtineatur ademptio ex eo ſolo, quia convaleſcere id legatum poteſt ſervo redempto, ut in re ſimili Paulus docuerat in præcedenti *l. ſi ſervo* 26. *ff. de adim. leg.* multo magis valere ademptio debet legati ipſi ſervo relicti, quod alienatione extinctum non eſt, quomodo Pauli ratio explicanda eſt in *princ. d. l. ſervus* 27. Plane cum huic rationi conſequens videretur, in ſpecie §. 1. *d. l.* 27. valere etiam debere ademptionem legati Titio relicti ipſius ſervi, quem poſtea teſtator manumiſit, quia quamvis manumiſſione extinctum legatum ſit, poteſt tamen, ſi manumiſſus in ſervitutem recidat, convaleſcere ex nova voluntate teſtatoris. *d. l. cum ſervus* 15. occurrit ei tacitæ objectioni Paulus *in fine d. §.* 1. affirmansque ademptionem valere reſpondet, ſervum alienatum, quamvis dominum mutet, non tamen caput ſtatumve mutare, ſed ſemper eundem ſervum manere, ideoque in eo ſpem redeundi per redemptionem ad teſtatorem & legati eo caſu ſuſcitandi non eſſe improbabilem, & ſufficere ſuſtinendæ ademptioni in *princ. d. l.* 27. E contrario ſervum manumiſſum eſſe novum hominem videri, quia cum libertate caput ſtatumque in civitate habere incipit. *l.* 3. *&* 4. *ff. de cap. minutis.* & ideo in manumiſſo ſpem recidendi in ſervirotem, & legati tunc ſuſcitandi eſſe improbabilem improbamque; ut in *noſtro §. ſacrom verſ. & caſum.* nec ſufficere ſuſtinendæ ademptioni. Itaque ratio Pauli in verbis illis, *novus enim videtur homo eſſe*, non explicat, cur legatum ibi non ſuſciteтur, ſed cur ademptio in ea ſpecie non ſuſtineatur propter ſpem ſervitutis, ut ſuſtinetur in *princ. ejusdem leg.* propter ſpem redemptionis.

§. XIV. Sed ut a ſtipulatione, de qua hactenus, ad alias conventionum & alienationum ſpecies jam progrediamur, quod propoſuimus ſupra §. 20. res ſacras, religioſas, publicas, & liberum hominem vendi non poſſe, impugnari ſolet ex *l. & liberi* 4. *cum l.* 5. *&* 6. *l. liberi* 70. *ff. de contrah. empt. l. Licinius* 4. *verſ. reſpondit ff. quib. ad*

lib. preclam. non licet. l. minor 39. §. *pater ff. de evict.* §. *ult. inſt. de emptione & venditione.* quibus traditum eſt, emptionem rei ſacræ & ſimilium, ſi a ſciente tales res eſſe emantur, inutilem eſſe, non tamen ſi ab emptore ignorante. Unde evinci videtur, res iſtas in commercio eſſe, alioquin ſcientia vel ignorantia emptoris, ſicut qualitatem rerum non mutat, ita neque infirmaret aut confirmaret emptionem, quemadmodum neque ſtipulationem in *præſenti.* Accedit tum, quod neque emptio ſine re, quæ veneat, eſſe poteſt. *l. neque emptio* 8. *ff. de contrab. empt.* neque venditio ſine pretio. *l.* 2. §. 1. *ff. eodem tit.* res autem ſacræ & ſimiles neque æſtimationem recipiunt. *l. ſacra* 9. §. *ult. ff. de diviſ. rer. l.* 3. *ff. ſi quadrup. paup. fec. l.* 1. §. *ſed cum liber. l. ult. ff. de his qui effud. vel dejec. l.* 2. §. *cum in eadem verſ. corporum ff. ad l. Rhod. de jactu.* neque in rebus humanis eſſe intelliguntur. *l. verum* 63. §. *ult. verſ res ff. pro ſocio.* tum etiam quod ignorantiæ emptoris ratioque juſta eſt in homine libero, & proponitur in *d. l.* 5. *ff. de contrab. empt. l. juſto* 44. *ff. de uſucap.* juſta eſſe vix poteſt in rebus ſacris publiciſve, quia impoſſibile pene eſt, ut non dignoſcantur a profanis & privatis, *arg. l. cum ſervus* 39. §. *conſtat verſ. ſi vero ff. de leg.* 1.

§. XV. Quibus difficultatibus explicandis rejecta Accurſii ſolutione in *l. liber* 103. *gloſſa* 1. ubi Jaſo *num.* 1. *hoc tit.* Cujac. in *d. l.* 4. *ff. de contrab. empt.* admittentis, valere emptionem rei ſacræ & ſimilium inter ignorantes, non autem ſtipulationem ex ratione *l. ſi ita* 25. *ff de contrab. empt.* cui jungendus poſt Cujac. *ibi*, Rævardus *lib.* 4. *variorum cap.* 1. Robertus *lib.* 1. *recept. lect. cap.* 16. Faber *de error. Pragm. dec.* 85. *err.* 6. quæ ſolutio convincitur ex *l. ſi rem* 28. ubi Bart. & Jaſo *num.* 1. *hoc tit. l. cum manu* 80. §. *ult. ff. de contrab. empt.* deinde & ex *l. ſi in emptione* 34. §. *omnium. l. qui officii* 62. §. 1. *ff. de contrab. empt. l.* 1. *C. de patribus qui filios diſtraxer.* §. *ult. inſt. de empt. & vendit.* Dicendum potius eſt cum Modeſtino in *d. l. qui officii* 62. §. 1. emptionem rei ſacræ & ſimilium, ſive a ſciente ſive ab ignorante emantur, nullius momenti eſſe, nempe quia neque res neque æſtimatio eſt, quæ dari poſſit. *d. l. ſi in emptione* 34. §. *omnium. l. hanc legem* 22. *ff. de contrab. empt. l. ſancimus.* 21. *C. de ſacroſ. eccleſiis. d. l.* 1. *C. de patribus qui filios. l. continuus* 137. §. *cum quis hoc tit.* & tamen ſi ab ignorante emptio fiat, valere intelligitur, ſaltem eo reſpectu, ut emptor poſſit agere ex empto, non ad rem ſeu æſtimationem, ſed in id quod intereſt ſe deceptum non fuiſſe. *d. l. qui officii* 62. §. 1. *d. l* 4. & 6. *l. liberi* 70. *ff. de contrab. empt. l. minor* 39. §. *pater ff. de evict. l. Licinius* 4. *verſ. reſpondit ff. quib. ad lib. proclam. l. ſi tibi* 25. *C. de evict.* & ignorantia emptoris, quamvis frequentior juſtiorque ſit in homine libero ex ratione *d. l.* 5. *ff. de contrab. empt.* poteſt tamen & non ſemel occurrere in locis ſacris, religioſis, publicis, veluti ſi ab abſente pro privatis & profanis emantur, ut in *l.* 1. §. *ult. ff. de contrab. empt.* docent ita & diſtinguunt poſt Bart. & alios in *d. l. liber* 103. *hoc tit.* Alber. & Faber in *d. l.* 4. & *d. l. liberi* 70. Duarenus ad *tit. de contrab. empt. cap.* 2. Jacobus Gutherius *lib.* 3. *de jure manium cap.* 5. Ant. Clarus ad *leges Regias & XII. Tab. cap.* 25. Schifordegb. *ad Fabr. lib.* 3. *tractatu* 21. *quæſt.* 7. & ex noſtratibus Pich. in §. *idem juris* 2. *num.* 13. *inſt. de inut. ſtip.* Amaya *lib.* 1. *obſervationum cap.* 17. *num.* 15.

§. XVI. Ratio autem dandæ actionis ex empto ignoranti emptori rei ſacræ, cum ea ſit, quia cum emptionis cauſſa oneroſa ſit, & emptori pretium abſit, quod pro re præſtitit, ſemper eo reſpectu ejus intereſt rem traditam eſſe. *l.* 1. *ff. de act. empt.* ceſſat plerumque in ſtipulatione, quæ cum ſui natura ſit lucrativa, & nihil ſtipulator promiſſori pro re promiſſa præſtet, non poteſt æque ut in emptione dicere ſibi pretium abeſſe, neque agere in id, quod intereſt rem traditam fuiſſe, *arg. l. Ariſto* 18. §. *ult. ff. de donat. l.* 2. *C. de evict.* ad quam differentiam inter ſtipulationem & emptionem referri poſſe exiſtimamus, quod ſcriptum eſt in *l.* 1. §. *ſi id quod ff. de O. & A.* inutilem eſſe ſtipulationem hominis liberi factam *inter eos, qui ignoraverint eum hominem liberum eſſe*, non quaſi inter ſcientes utilis ſit, ut a contrario ſenſu abſurde colligitur, ſed ut ſignificetur, ſtipulationem in eo diſtingui ab emptione, quæ non eſt omnino inutilis, ſaltem quoad actionem ex empto, ſi ab ignorante ematur, quamvis aliter exponat Cujac. in *d. l.* 1. §. *ſi id quod.* Plane ſi ſtipulatio, ut interdum fit, accedat contractui ſive cauſſæ oneroſæ, quia illius tunc naturam ſequitur, cui accedit *l.* 1. §. *ſi quis ſub conditione ff. ut leg. nom. l. quæſitum* 17. *verſ. quare ff. de reb. auct. jud. poſſid.* alias *l.* 2. *ff. de privil. cred.* poterit etiam ſtipulator ignorans agere in id, quod intereſt ſe deceptum non fuiſſe, ut in ſtipulatione duplæ de emptione liberi hominis. *d. l. Licinius* 4. *verſ. reſpondit. d. l. ſi tibi* 25. *C. de evict.*

§. XVII. Verum propoſitis de actione ex empto danda ignoranti emptori rei ſacræ & ſimilium ex ſententia *d. l. qui officii* 62. §. 1. *de contrab. empt.* obſtat acriter Ulpiani locus in *l. oſſa* 8. §. 1. *ff. de relig.* ubi religioſa re vendita tribuitur emptori non ex empto, ſed in factum actio, quæ tamen ſubſidiaria eſt, nec dari ſolet, niſi deficiente directa & civili. *l.* 1. 2. & 3. *l. quia* 11. *ff. de præſcriptis verbis. l. in rem* 23. §. *item quæcunque ff. de rei vindicat.* nec moramur interpretationes Accurſii in *d. l. oſſa* 8. §. 1. aliam Fabri in *Ration. ibidem*, aliam & improbabilem Jacobi Gutherii *lib.* 3. *de jure man. cap.* 5. & ante eum Alberici in *d. l. qui officii* 62. §. 1. aliam Cujacii in *d. l.* 4. *ff. de contrab. empt.* & ante eum Fulgoſii in *d. l. oſſa* 8. §. 1. quam refert & refellit Paulus Buſius *lib.* 1. *ſubtilitatum juris cap.* 12. quibus omiſſis affirmari ſolet, actionem ex empto, quæ conceditur in *d. l. qui officii* 62. §. 1. non eſſe directam ex empto, quia neque emptio directo & ſummo jure tenuit, ſed utilem civilem ex empto, quæ ex ſententia juris accommodatur emptori ignoranti præſcriptis ſeo conceptis in factum verbis, & ideo eadem actio vocatur in factum, & quaſi ex empto actionem continere dicitur in *d. l. oſſa* 8. §. 1. quomodo utilis actio legis Aquiliæ, cujus mentio in §. *ult. inſtit. de l. Aquilia.* appellatur in factum in *l. item ſi* 9. §. *ſi quis hominem ff. ad l. Aquil.* junctis his quæ ad rem ſcribit Suarez *lib.* 3. *ad l. Aquil. cap.* 7. ſentiunt ita in propoſito Odofredus in *d. l. oſſa* 8. §. 1. Paulus Buſius *d. lib.* 1. *cap.* 12. Pac. *cent.* 5. *quæſt.* 7.

§. XVIII. Quod ſi cui ratio hæc interpretandi durior videatur ex eo, quia in factum actio, de qua in *d. l. oſſa* §. 1. a Prætore dari dicitur, & conſequenter civilis utilis in factum non eſt, & quia cum emptio valere intelligatur, ut venditor teneatur in id quod intereſt ignoranti emptori. *d. l.* 4. *l. liberi* 70. *ff. de contrab. empt.* cum ſupra laudatis, tribuenda emptori videtur non in factum aut utilis, ſed ſimpliciter actio ex empto, quæ & indiſtincte tribuitur in *d. l. qui officii* 62. §. 1. *d. l. ſi tibi* 25. *C. de evict.* §. *ult. inſt. de empt. & vendit.* & quidem extra hos terminos, etiamſi emptio non conſiſtat, ut in *l. ſi ſterilis* 21. in *pr.* & §. *quamvis ff. de act. empt.* reſponderi etiam poteſt, ideo in *d. l. oſſa* 8. §. 1. actionem in factum dari, quia quamvis & ex empto competat ex ſententia Modeſtini in *d. l. qui officii* 62. §. 1. id tamen ſine controverſia non erat, cum dubitari merito poſſet, an ex emptione nulla, qualem rei ſacræ & ſimilium eſſe Modeſtinus ipſe & alii fatentur, poſſet ex empto actio competere. Qua dubitatione concurrente obtinuit, tutius eſſe ſubſidiariam etiam actionem in factum dari ad exemplum actionis ex empto, ut in *d. l. oſſa* 8. §. 1. eamque poſſe concurrere cum actione civili ex illo contractu, de quo an tenuerit dubitatur, ut in *l. Labeo*

50.

50. *ff. de contrah. empt. l. ſi convenit 6. ff. de reſcind. vendit. l. 2. C. de pactis inter emptorem. l. ſi vir* 12. *l. ſi gratuitam* 17. *l. rogaſti* 19. *l. Titius* 24. *ff. de præſcript. verbis.* Secundum quæ etiam conciliari poſſunt textus alioquin pugnantes in *l. ſi quis* 6. *§. ſi quis in communem ff. communi divid.* ubi dubitationis tollendæ gratia tanquam ſecurior actio in factum tribuitur, & textus in *l.* 2. §. 1. *verſ. an ſocius ff. de religioſis. l. ſi fundus* 39. *ff. pro ſocio.* ubi in eadem ſpecie competit actio communi dividundo & fam. erciſc. aut pro ſocio ex aliorum ſententia, quomodo exponunt Fab. in *Rat. d. l.* 2. §. 1. & in *d. §. ſi quis in communem.* quamvis diſſenſionem inter conſultos agnoſcat Cujac. *lib.* 8. *quæſt. Pap.* in *l. ſunt perſonæ* 43. *ff. de religioſis.* aliterque & probabiliter Merillius interpretetur *lib.* 2. *obſerv. cap* 9. aliter Gutherius Cujacium & Merillium tacite notans *lib.* 3. *de jure manium cap.* 3.

§. XIX. Hucusque pro explicanda *d. l. oſſa* 8. §. 1. progreſſi tam interpretes quam Academici Anteceſſores; nos autem proprie magis obſervamus, actionem in factum, quæ emptori tribuitur in *d. l. oſſa* 8. §. 1. eſſe illam ipſam, quæ contra eum a Prætore datur, qui mortuum in alienum locum aut ſepulchrum intulit, in quod jus inferendi non habuit, de qua actione Ulpianus idem in *ſequenti §. ſi in locum cum* 2. *ſeqq. d. l oſſa* 8. §. 1. & in præcedente *l. is qui* 7. *l.* 2. §. 1. & 2. *ff. de relig.* Quo ſuppoſito ut jam ſententiam *d. l. oſſa* 8. §. 1. exponamus, ſi venditor idemque quaſi dominus loci religioſi eum pro puro & profano vendiderit, & poſtea utens jure ſepulchri in eundem religioſum locum venditor mortuum intulerit, Ulpianus ait in eum ſcilicet venditorem dari a Prætore in factum actionem ei, ad quem ea res pertinet, nempe emptori, eamque actionem etiam in heredem venditoris competere, quia quamvis ſtricto jure venditor retinuerit jus inferendi, quia religioſus locus ſepulchri manet etiam poſt venditionem, quæ nulla fuit. *d. l.* 2. *l. locum* 9. *C. de religioſ. l. ſi quis ſepulchrum* 12. §. 1. *eodem tit.* & ideo neque in eum actio in factum dari debere videatur ex ſententia *d. l. is qui* 7. *ff. de religioſ.* & multo minus in heredem, qui ipſe non vendidit, tamen ut Ulpianus ſcribit in propoſita ſpecie, actio in factum continet quaſi actionem ex empto, hoc eſt, id ipſum & ex eadem cauſſa perſequitur, quod actione ex empto peti poſſit, nimirum ut vel tollatur mortuus illatus in locum venditum, vel quaſi habere eum locum emptori non liceat, pretium loci ei præſtetur. *d l. ſi qui* 7. quod & ipſum actione ex empto tanquam loco vendito evicto peti poſſet. *d. l. qui effirii* 62. § 1. *l.* 1. *l. ex empto* 11. § *& in primis* 2. *ff. de act. empti.* Unde quemadmodum contra venditorem aut heredem rem venditam vindicantes, quamvis aliunde jus dominii & vindicandi habeant, quia tamen contra fidem in venditione datam vindicant, excipitur de evictione, ne vindicent, vel agitur ex empto ad pretium, & id quod intereſt rem evictam non fuiſſe. *l. vindicantem* 27. *l. Seja* 73. *ff. de evict. l.* 1. *& toto tit. ff. de except. rei venditæ & traditæ.* ita in propoſito contra venditorem loci religioſi & ejus heredem, quamvis ſtricta ratione jus inferendi retineant, quia tamen contra fidem in vendendo datam inferunt, competit actio in factum, ut vel illatum tollant, vel pretium loci præſtent. *d l. oſſa* 8. §. 1.

§. XX. Jam vero ſupra tradita juris regula de emptione inutili rei ſacræ, religioſæ, publicæ, & liberi hominis ſuas & quidem nobiles exceptiones habet, deinceps ordine elucidandas. Prima exceptio eſt, ut quamvis emptio rei ſacræ religioſæ aut publicæ, cum hæ res principaliter & per ſe venduntur, nullius momenti ſit, valeat tamen quoties res iſtæ emptioni univerſitatis bonorum vel majoris partis fundi accedunt, quo caſu & in emptorem tranſeunt per conſequentias. *l. in modicis* 24. *ff. de contrah. empt. l. quædam* 62. *ff. de adquir. rer. dom.* Tacitus *lib.* 1. *annal.* ibi: *nec contra religiones fieri, quod effigies ejus ut alia numinum ſimulacra venditionibus hortorum & domuum accederent.* Ambroſius *lib.* 1. *de Abraham. cap.* 9. ibi: *ſæpe cum alienationibus poſſeſſionum venales fiunt, quæ in eisdem locis ſepulturæ ſunt.* textus hinc illuſtrandus in *l.* 1. *§. & alias* 15. *ff. ſi quid in fraud. patr.* juncta *l. libertus* 36. *ff. de bon libert. l.* in *fundo* 38. *ff. de rei vindicat.* qua etiam ratione patronatus jus eccleſiaſticum, quamvis ſpecialiter vendi non poſſit. *cap. quia clerici* 6. *de jure patron. cap. quanto* 3. *de judiciis.* transfertur tamen cum univerſitate bonorum. *cap. ex litteris* 7. *cap. cum ſæculum* 13. *de jure patronatus. cap. cum Bartolas* 18. *de ſententia & re judic.* quibus jungendi ſunt laudati a Pich. in *§. idem juris* 2. *num.* 16. *inſt. de inutilibus ſtip.* idcircoque etiam ſolemnis illa & conſueta lex venditionum, *ſi quid ſacri aut religioſi aut publici eſt, ejus nihil venit*, non fuit ſupervacua, verum adjici ſolita, & pertinens ad modica loca ſacra, religioſa, aut publica, quæ quamvis ſeparatim & per ſe ſingula vendi non poſſent, tranſirent tamen cum emptione majoris partis fundi vel bonorum, niſi ſpecialiter exciperentur, ut ſcriptum eſt in *l. hanc legem* 22. *l. pacta* 72. *§. ult. de contrab. empt.*

§. XXI. Unde explicandum eſt, quod Labeo ſcribit in *d. l. mercedem* 53. §. 1. *ff. de act. empti. ſi fundum vendideris, in quo ſepulchrum habuiſti, nec nominatim tibi ſepulchrum excepiſti, parum habes eo nomine tantum*, ſcilicet quia ſepulchrum non exceptum emptioni majoris partis fundi accedit, & in emptorem tranſit, ut exponunt poſt alios Cujac. *lib.* 10. *quæſt. Papiniani* in *d. l. pacta* 72. *§. ult. ff. de contrab. empt.* Connanus *lib.* 7. *comment. cap.* 7. *num.* 64. Briſſon. *lib.* 6. *de formulis pag. mihi* 562. Jacobus Gutherius *lib.* 3. *de jure manium cap.* 5. Donellus *lib.* 4. *comm. cap.* 6. Antonius Clarus ad *legg. Regias cap.* 25. quamvis aliter nec male poſt Fulgoſ. in *d. l. hanc l.* 22. Gabriel Mudæus in *l. ſi in emptione* 32. *num.* 35. *ff. de contrab. empt.* Neque contraria eſt nota Pauli, quæ Labeonia ſententiæ ſubjungitur in *d. l. ſi mercedem* 53. §. 1. *verſ. Paulus ff. de act. empti.* ſed eo pertinet, ut oſtendat, quamvis regulariter vendito fundo nec nominatim excepto ſepulchro, quod in eo fundo erat, accedat id emptioni majoris partis fundi, id tamen minime obtinere, ſi ſepulchrum poſitum ſit juxta viam publicam, per quam recta ad ſepulchrum venire venditor poſſit, quomodo & plerumque ſepulchra ſecundum vias publicas poni conſueviſſe, quæ prætereuntes admonere & ſe fuiſſe, & illos eſſe mortales ſcribit his verbis Varro *lib.* 5. *de lingua latina*, ſive ut eſt in inſcriptione apud Gutherium *lib.* 2. *de jure manium cap.* 33. *hic propter viam poſitus eſt, ut dicant prætereuntes Lolli vale:* tunc enim etiam vendito fundo ſpecialiter ſepulchrum non exceptum, quod in eo modicum fuit, in emptorem non tranſit, quia neque acceſſio fundi cenſetur, cum ſine ingreſſu fundi poſſit ad ſepulchrum per viam publicam pervenire, ſicut e contrario, ſi venditor fundi ſepulchrum, quod in eo eſt, ſibi nominatim exceperit, intelligitur etiam excepiſſe jus itineris aditusque per fundum funeris & ſepulturæ cauſſa. *l. ſi venditor* 10. *ff. de religioſ. l. utimur* 5. *ff. de ſepulchro violato.* illuſtrant Cujac. *lib.* 13. *obſervationum cap.* 36. *& lib.* 18. *cap.* 32. & *lib.* 22. *cap.* 37. Gutherius *de jure manium lib.* 3. *cap.* 12. Anton. Clarus ad *legg. Regias d. cap.* 25.

§. XXII. Ex ſuperioribus opportune jam expendi exponique poteſt Papiniani teſtimonium in *d. l. pacta* 72. *§ ult. ff. de contrab. empt.* ubi traditum eſt, appoſita illa lege venditioni, *ſi quid ſacri aut religioſi aut publici eſt, ejus nihil venit*, valere tamen venditionem rei, quæ non in publico uſu ſed in patrimonio fiſci eſt, nec venditori prodeſſe exceptionem, quæ non habuit locum, id autem valde ſupra traditis obſtat, quia quantumvis intelligas de re fiſcali modica, quæ majori par-

parti ſive univerſitati bonorum venditæ accedit, ea tamen vendita intelligi non poteſt, cum venditionis illa ad excipienda modica loca pertineat. *d. l. hanc legem* 22. *ff. de contrahenda empt.* & quod eſt amplius, res etiam fiſcales & in formam patrimonii fiſci ſeu Cæſaris redactæ ſub procuratore patrimonii a commercio exemptæ ſunt, non minus quam publicæ, ut etiamſi legentur, neque æſtimatio eorum debeatur. *l. cum ſervus* 39. §. *conſtat* 7. *verſiculo ſi vero,* & *verſ. ſed & ea ff. de leg.* 1. quibus difficultatibus explicandis omiſſa conciliatione Accurſ. & Bartoli & Antiquiorum in *d. l. pacta* 72. §. *ult.* alia Fulgoſii *ibidem.* alia Rævardi *lib.* 4. *varior. cap.* 4. quæ convincitur ex *d. l. cum ſervus* 39. §. *conſtat* 7. obſervandum eſt, publicas res, quod ad inſtitutum attinet, duplici modo dici. Primo earum rerum, quæ in publico uſu ſunt, & ideo extra commercium & nullius in bonis. *l. ſed Celſus* 6. *ff. de contrab. empt. d. l. cum ſervus* 39. §. *conſtat* 7. *verſ. item.* ut forum & baſilica in *noſtro* §. *ſacram.* & Romæ Campus Martius, de quo plura Pancirol. *lib.* 1. *theſauri var. cap.* 54. Secundo earum rerum, quæ non in publico uſu ſed in patrimonio & pecunia ſive reditu populi ſunt, ut peculia ſervorum, civitatum, & ſimilia earum bona, quæ nos vocamus *propios y rentas de los concejos.* quæ commercio & dominio exempta non ſunt. *l. inter* 17. *ff. de V. S. l. in tantum* 6. §. 1. *verſ. ideo ff. de diviſ. rer. l.* 1. *cum ſeqq. tit.* 5. *lib.* 7. *Compilationis.* ideoque exceptio illa, ſi quid ſacri aut religioſi aut publici eſt, ad poſterius hoc genus bonorum publicorum pertinet, quia vendi poſſunt publica utilitate exigente. *d. l. Celſus* 6. notat Duar. in *d. l. cum ſervus* 39. §. *conſtat* 7.

§. XXIII. Deinde & obſervandum eſt, jure antiquo Romano, quod poſt Auguſtum Cæſarem JCtorum ſæculo obtinuit, diverſum fuiſſe ærarium a fiſco, namque provinciis & earum adminiſtratione & vectigalibus inter ſenatum populumque & Cæſarem diviſis ærarium proprie fuit theſaurus, qui in Saturni templo fuit Reipublicæ ſive populi, cujus & ideo jus a fiſco diſtinguitur in epigraphe *l.* 1. *ff. de bon. damnat.* ejusque ærarii publici cura & adminiſtratio cum ante Cæſares ad quæſtores pertinuiſſet. *l.* 2. §. *deinde cum ærarium* 22. *ff. de origine juris. l. un.* §. 1. *ff. de offic. quæſtoris. l.* 10. *tit.* 18. *Part.* 4. ſub Cæſares primum ad Ædiles deinde ad Prætores ſeu Prætorios, denique ad Præfectos ærarii tranſlata eſt, apud quos manſit usque ad Conſtantinum, eorumque munus fuit reditus ærarii ex vectigalibus & caducis vacantibusque bonis adminiſtrare, & exigere cum juriſdictione in his cauſſis inter privatos & Rempubl. *l. edicto* 13. *l. ſenatus* 15. *l. Arrianus* 42. *ff. de jure fiſci. l.* 4. §. *ſi bona ff. de fideicommiſſar. libert. l. cum quidam* 12. *ff. de his quæ ut indign.* quibus jungendi ſunt Alex. ab Alex. *lib.* 2. *dier. gen. cap.* 2. ubi Tiraq. in *notis.* Roſinus *lib.* 7. *antiquit. cap.* 31. ubi Dempſterus in *paralipomenis*, Briſſon. *lib.* 3. *ſelect. cap.* 19. Ant. Roſcius *lib.* 3. *memorabilium cap.* 12. Panciroll. in *notitia Imperii Orientalis cap.* 73. Bulengerus *lib.* 3. *de Imperio Romano cap.* 24. Lipſius *ad Tacitum lib.* 3. *annal. annotatione* 89. Salmaſius ad *Lampridium pag. notarum* 175. & in *Vopiſc. pag.* 439. Jacobus Gutherius *de officiis domus Auguſtæ lib.* 3. *cap.* 32.

§. XXIV. E contrario fiſci appellatio JCtorum ſæculo & uſu diſtinguitur ab ærario publico. *l.* 2. §. *hoc interdictum* 4. *ff. ne quid in loco publ. l. in fraudem* 45. §. *ipſe autem* 9. *de jure fiſci.* refferturque ad privatos principis reditus & theſauros, qui illius tanquam Principis ſunt, quorum adminiſtratio & juriſdictio inter fiſcum & privatos, quamvis Romæ etiam ad Præfectos ærarii pertineret. *d. l.* 4. §. *ſi bona* 20. *ff. de fideicommiſſar. libert. d. l. edicto* 13. *in princ.* & §. 1. *ff de jure fiſci. l.* 1. §. *ex illa* 9. *ff. ad l. Cornel. de falſis. d. l.* 2. §. *hoc interdictum* 4. *l. cum hi* 8. §. *tranſactiones* 19. *ff. de tranſact.* in provinciis tamen erat Procuratorum Cæſaris. *l. ne quidquam* 9. *ff. de off. proconſulis. l.* 1. 2. & 5. *C. ubi cauſſæ fiſcales. l.* 2. *C. ſi adverſus fiſcum.* notant præter nuper laudatos Rævardus *lib.* 4. *varior. cap.* 4. Dorleans in *Tacitum lib.* 6. *annal. pag. mihi* 521. & congeſti ab Hillig. ad Don. *lib.* 17. *cap.* 10. *litt. A.* Denique & præmonendum eſt, etiam fiſcum diſtingui a patrimonio privato principis, quod ſcilicet ad principem aliunde quam jure principatus pertinet, & appellatione rei ſive rationis privatæ aut dominicæ ſeparatur a fiſco in *l.* 4. *verſ. ſed ſcimus C. de quadriennii præſcriptione. l.* 3. §. *ſi in locis. l.* 6. §. *ult. ff. de jure fiſci.* & in *titulo C. de location. prædior. fiſcal. vel rei privatæ,* & *tit. C. de collat. fundor. fiſcal. vel rei privatæ.* notant Cujac. in *recitat. ad tit. C. de quadrien. præſcript.* Dorleans in *Tacitum lib.* 4. *annal. pag.* 454. Briſſon. *d. lib* 3. *cap.* 19. & 20. Hotman. *illuſtr. quæſt.* 1. *verſ. ſed quoniam.* ejusque patrimonii adminiſtratio ætate JCtorum apud Procuratorem patrimonii fuit. *d. l. cum ſervus* 39. §. *conſtat* 7. *verſ. ſed & ea.* poſt Conſtantinum autem ad Comitem rerum privatarum pertinuit, ſicut ærarii publici fiſcique adminiſtratio ad Comitem ſacrarum largitionum, qui & ideo Comites utriusque ærarii dicuntur in *l. unic. C. de quæſtorib.* proprieque comparantur, junctis *titulis C. de off. comitis ſacrarum largit.* & *de off. comitis rerum privatar.* quibus apud nos ſucceſſerunt, quamvis aliter exponat Dempſterus ad *Roſinum lib.* 7. *cap.* 31. ſupremi publicæ ſeu fiſcalis pecuniæ curatores & judices, *contadores majores y oidores majores de la contaduria, major de hacienda,* item *contadores majores de rentas. l.* 10. *tit.* 18. *Part.* 4.

§. XXV. His ita in gratiam uſumque Juriſprudentiæ veteris animadverſis, non in obſcuro eſt jam explicatio Papiniani in *d. l. pacta* 72. §. *ult.* ibi enim ſermo eſt de re fiſcali, quæ neque in uſu publico eſt, neque redacta in formam patrimonii principis, ſed collecta ex caducis vacantibusque bonis aut ſimilibus, quæ non ſunt extra commercium, quin potius eorum venditio ut pote plerumque fiſco utilis, ne inutili adminiſtratione onerentur, fieri bona fide a Procuratore Cæſaris ſolet & poteſt. *l.* 1. §. 1. *ff. de off. procurat. Cæſaris. l.* 3. §. *Divi* 5. *l. ſi curator* 5. ubi Cujac. *l. res quæ* 22. *l. ult. ff. de jure fiſci.* juncto *tit. C. de fide & jure haſtæ fiſcalis.* & ſi ab extraneo venditio fiat, valet tanquam rei alienæ. *l. rem alienam* 28. *ff. de contrab. empt.* quamvis uſucapi res fiſci non poſſet. *l quamvis* 18. *l. ubi lex* 24. §. 1. *ff. de uſucap. l.* 2. *C. communia de uſucap.* §. *res fiſci* 9. *inſt. de uſucap.* quia uſucapio ſemper fiſco damnoſa eſt, non autem venditio, ut docent Connanus *lib.* 3. *comment. cap.* 15. *num.* 6. Briſſon. *lib.* 3. *ſelect. cap.* 13. Cujac. *lib.* 10. *quæſt. Pap.* in *d. l. pacta* 72. §. *ult.* proinde recte *ibi* Papinianus docet, valere venditionem rei fiſcalis, etiamſi adjecta venditioni ſit illa lex, *ſi quid ſacri aut publici*, quia ea lex reſervat venditori loca publica, quæ extra commercium per ſe ſunt, & tanquam modica & acceſſoria in emptorem tranſirent. *d. l. hanc legem* 22. *ff. de contrab. empt.* & conſequenter non prodeſt venditori ea exceptio in fiſcalibus, in quibus, cum ſint in commercio, locum non habent, ut ſcriptum in *d.* §. *ult.* diverſum autem eſt non contrahi, quod extat in *d. l. cum ſervus* 39. §. *conſtat* 7. *verſ. ſi vero,* & *verſ. ſed & ea.* eſt enim non de rebus fiſcalibus, ſed de redactis in formam patrimonii principis, &, ut nunc loquimur, incorporatis patrimonio principis ad privatos ejusdem uſus, ſive oblectationem, quales fuerunt horti Saluſtiani, & fundus Albanus aliaque ſimilia. *d.* §. *conſtat verſ. ſi vero.* cui addendus Panciroll. *lib.* 2. *theſauri variar. cap.* 54. Hæc itaque patrimonio incorporata cum neque diſtrahi ſoleant neque poſſint ſine juſſu principis. *l. univerſi* 9. *cum l. ſequenti C. de fundis patrimon.* intelliguntur eſſe extra commercium, nec etiamſi legentur, debetur æſtimatio. *d.* §. *conſtat* 7. *in fine.*

l. 13.

l. 13. tit. 9. Part. 6. & Photius in nomocanone lib. 2. cap. 1. pag. 51. Cujac. ubi ſupra, & in d. §. conſtat 7. Gutherius de offic. domus Auguſtæ lib. 3. cap. 27. quia impoſſibile ſere cenſetur, quod ex voluntate Principis pendet, quando a Principe fieri non ſolet, ut ex d. §. conſtat in fine. juncta l. continuus 137. §. cum quis hoc tit.

§. XXVI. Secunda ſuperioris regulæ de emptione inutili rei ſacræ, religioſæ, aut publicæ exceptio aut expoſitio ſit, utilem eam eſſe, quoties non dominium earum rerum, quod nullius eſt, & extra commercium, ſed qualequale jus humanum, quod in his rebus eſſe privati hominis poteſt, venditur & transfertur, ut quoad res ſacras notat Theodorus Balſamo in ſcholiis ad nomocanonem Photii d. tit. 2. cap. 1. pag. 49. & quoad alias exemplo eſt uſus privato proprie competente in ædificiis in publico loco poſitis. l. qui tabernas 32. ubi poſt Claſſicos Cujac. & Fab. ff. de contrah. empt. juncta l. ſi domus 61. §. ſi fundum cum §. ſequenti ff. de leg 1. & jus ſepeliendi ſive inferendi in locis religioſis, quod quemadmodum in vendendo excipi & reſervari venditori ſolet. l. ſi venditor 10. cum l. ſequenti ff. de relig. l. ſi mercedem 53. §. 1. ff. de act. empt. l. utimur 3. ff. de ſepulchro violato. ita & tradi poteſt & transferri ex cauſſa legati aut alia ſimili. l. monumenta 14. C. de legatis. & adquiri præſcriptione longi temporis. l. monumentorum 6. C. de religioſis. quia quamvis ſepulchri ipſius, ut pote loci religioſi uſucapio inhibita ſit, & quidem ſpecialiter Lege XII. Tabb. quæ non modo ſepulchrum ipſum ſive buſtum, ſed etiam forum, hoc eſt, veſtibulum ſepulchri, ut exponit Feſtus de verb. ſignific. quamvis religioſum non ſit. l. 2. §. ſepulchrum 5. ff. de religioſ. l. æde ſacra 73. §. 1. ff. de contrahend. empt. quia tamen accedit ſepulchro, & ut ſemper liber aditus ſepulchri pateat, uſucapi vetat, in eaque ſepulchrorum jus tuetur, ut ſcribit Cicero lib. 2. de legib. & illuſtrant Rævardus ad Leges XII. Tabb. cap. 15. in fine. & Ant. Auguſtin. ad easdem leges pag. mihi 191. Balduinus cap. 37. Ant. Clarus cap. ult. Roſinus lib. 8. antiquitatum cap. 6. parte 1. in fine. Jacobus Gutherius lib. 3. de jure manium cap. 11. Hotmanus lib. 1. Antiquitatum cap. ult. jus tamen ſepeliendi ſive inferendi diverſum a ſepulchro eſt, & profani humanique juris, ideoque & præſcriptione adquiri poteſt. d. l. monumentorum 6. C. de religioſ.

§. XXVII. Sed ex adverſo opponitur propoſitis Ulpiani reſponſum in l. longa 4. ff. de mortuo inferendo. dum docet longa poſſeſſione non tribui jus ſepulchri ei, cui jure non competit, & conſequenter nec legari, neque adquiri præſcriptione poſſe contra d. l. monumentorum 6. d. l. monumenta 14. C. de legatis. quibus exponendis & componendis omiſſa una & altera conciliatione Accurſii in d. l. monumentorum 6. alia Pichardi in §. nullius 6. num. 7. inſtit. de rer. diviſ. reſpondent Academici Antecesſores, diſtinguendum eſſe jus ſepulchri a jure ſepeliendi; ſive inferendi, namque ſepulchri jus proprie eſt jus non quidem veri dominii, quod nullius eſt in ſepulchro, ſed quaſi dominii & proprietatis. l. is qui 11. §. ſi quis de monumento. l. denique 13. §. quæſitum 5. ff. quod vi aut clam. l. 2. §. quædam verſ. ſed & illa ff. de interdictis. quod veluti dominium domino loci, in quo ſepultum eſt, competit jure proprio, & heredibus in ſepulchro hereditario, aut familiæ in ſepulchro familiari. l. familiaria 5. cum l. ſequenti ff. de religioſ. l. jus familiarum 8. l. jus ſepulchri 13. C. de religioſ. l. 2. §. ſi quis ſecundum 3. ff. de ſepulch. violato. l. pro herede 20. §. ſed & qui 3. de adquir. hered. quibus jungendi ſunt Briſſon. lib. 2. ſelect. cap. 14. Covarr. in cap. Raientius §. 9. num. 11. de teſtamentis. Gutherius d. lib. 3. cap. 9. & 10. Conradus Brunus lib. 4. de cerimoniis cap. 2. & ſeqq. hoc itaque jus ſepulchri hereditarii aut familiaris cum pertinere ad alios non poſſit, quam qui vel heredes vel de familia ſunt. d. l. jus ſepulchri 13. C. de religioſ. neque poteſt legari aliis. d. l. monumenta 14. in princ. C. de legatis. neque adquiri præſcriptione illis, quibus jure non competit, quia heredes aut de familia non ſunt. d. l. longa 4. ff. de mortuo infer. Diverſum autem eſt in jure ſepeliendi, hoc eſt, facultate mortui inferendi in alienum ſepulchrum: hæc enim & legari poteſt ab eo, ad quem ſepulchri jus ac veluti dominium pertinet. d. l. monumenta 14. in fine. & præſcriptione adquiri. d. l. monumentorum 6. C. de religioſ. ſentit ita aut præſentit Molina lib. 1. de Primogen. cap. 24. num. 38.

§. XXVIII. Nobis autem diſtinctio hæc niſi aliunde ex juris ratione firmius fuſiusque ſtabiliatur, non facit ſatis, tum quia & in d. l. monumentorum 6. & in d. l. longa 4. verba pariter ſunt de jure ſepulchri, non de jure ſepeliendi, tum etiam quia cum jus & quaſi dominium ſepulchri non ſit religioſum, ſed profani & privati juris, arg. d. l. qui tabernas 32. ff. de contrah. empt. l. ſane 14. ff. de injuriis. non eſt cur non ſubjaceat uſucapioni aut præſcriptioni, arg. l. uſucapionem 9. ff. de uſucap. juncta l. ſi quisquam 7. de diverſ. & temp. præſcript. de cujus conciliatione cum l. ult. ff. de uſucap. præter laudatos ab Hilligero ad Don. lib. 5. cap. 22. litt. B. & C. plura noſter Solorzano de Indiarum jure lib. 3. cap. 3. num. 65. Benedictus Pinellus lib. 1. ſelect. cap. 14. cur etenim non poſſit præſcriptio in hereditario aut familiari ſepulchro adimere familiæ aut heredi profanum jus, veluti dominii, ſicut eadem adimit verum dominium vero domino, nam quod diximus ſupra, Lege XII. tabb. inhiberi uſucapionem veſtibuli ſepulchri, quamvis veſtibulum ipſum religioſum non ſit, eam rationem habet, ne uſus aditusque ſepulchri & ritus funeris ſeu parentalia juſtaque defunctorum impediantur, tranſlato per uſucapionem ad extraneum, cui ſepulchri jus non eſt, dominio aditus ſepulchri, arg. l. utimur 5. ff. de ſepulchr. viol. l. ſi venditor 10. l. ſi quis ſepulchrum 12. ff. de religioſ. qua ratione & ſervitus itineris ad ſepulchrum, quamvis privati juris ſit. l. ſervitutes 14. §. 1. ff. de ſervit. nunquam amittitur non utendo. l. 4. hinc ſingulariter illuſtranda, ff. quemadm. ſervit. amitt. quamvis aliter poſt alios Donellus lib. 11. comment. c. ult. at in uſucapione ſeu præſcriptione juris ſepulchri diverſa ratio eſt, quia non ideo loci religioſi uſus impeditur, ſed transfertur in præſcribentem jus ſepulchri; ut ipſe eo deinceps utatur, idque fieri præſcriptione poſſe & ſolere, didici ex verbis veteris ſententiæ Alpheni Senetionis apud Cujac. lib. 18. obſerv. cap. 32. ibi: *cum habeat plurima in diverſis locis ſepulchra, jus per venditionem transferri ad emptorem non potuit; ſed cum pater Rufini & poſtea Rufinus, quanquam non jure facta emptione, ſemper in poſſeſſionem fuerint, nullo jure ſibi vindicare eum locum Patulcii poſſunt.*

§. XXIX. Ergo ut obſcura res explicetur, præeunte Fabro in Rat. d. l. longa 4. Ant. Claro ad leges Regias & XII. Tabb. cap. ult. obſervandum eſt, præſcriptionem longi temporis non tribuere poſſeſſori proprium ſeu Quiritarium dominium rei longo tempore poſſeſſæ, ſed exceptionem (unde & præſcriptio dicitur) ad retentionem rei contra dominum vindicantem; tandemque ex Juſtiniani & fortaſſe Ulpiani ſententia utilem actionem in rem. l. ſi duo 13. §. 1. ff. de jurejurando. l. emptor 9. cum ſeqq. C. de præſcript. longi temporis. l. ſi quis emptionis 8. C. de præſcript. trig. vel quadr. ann. quo ſuppoſito fatendum eſt, jus ac veluti dominium ſepulchri, quamvis religioſum non ſit, ideoque & legari poſſit. d. l. monumenta 14. C. de leg. tamen uſucapione adquiri non poſſe, nec per ſe neque cum ſepulchro, quia neque ſepulchrum ipſum ut pote religioſum, neque jus ejus ut pote incorporale uſucapionem recipit. l. ſervus 43. §. incorporales ff. de adquir. rer. dom. l. 4. § ſi viam. l. uſucapionem 9. ff. de uſucap. l. ſervitutes 14. ff. de ſervit. præſcriptio autem longi temporis, quæ prodeſſe ſolet in juribus incorporalibus. l. ſi quis diuturno 10. ff.

ſi ſervo vindicatur. *l. apparet 5. §. ſi quis ff. de itin. actuque priv. l. 1. & 2. C. de ſervit. l. ult. in fine C. de præſcript. longi temporis.* proficere etiam poteſt ad jus ſepulchrorum non quidem adquirendum jure directæ veluti proprietatis, quam præſcriptio poſſeſſori non tribuit, ſed retinendum per exceptionem contra priorem quaſi dominum vindicantem, ut exprimitur in ſententia Senetionis ſupra adſcripta, ex qua & ſic explicanda eſt *d. l. monumentorum 6. C. de religios.* & per actionem utilem poſt Juſtinianum *d. l. ſi quis emptionis 8. C. de præſcriptione 30. vel 40. ann.* plane cum præſcriptio non præbeat poſſeſſori jus proprii dominii, neque tribuit etiam aut transfert jus veluti dominii ſepulchri in eum, cui jure proprietatis non competit. *d. l. longa 4.* quæ exaudienda ita eſt, & referenda juxta inſcriptionem tituli, ſub quo extat, ad interdictum de mortuo inferendo & ſepulchro ædificando, in quo de jure veluti proprietatis ſepulchri quæritur, quia ſoli domino quaſi propriatatis competit. *l. ſunt perſonæ 43. ff. de religios. l. 1. §. hoc interdicto ff. de mortuo infer. l. 2. §. quædam verſ. ſed & illis ff. de interdictis.*

§. XXX. Deinde ſupra traditis, quatenus diximus jus ac veluti dominium ſepulchri privatum & profanum eſſe, ideoque obnoxium alienationi & præſcriptioni, obſtare acriter creditur, quod ſcriptum eſt, jura ſepulchrorum neque reſtituta hereditate transferri in fideicommiſſarium. *l. quia perinde 42. §. 1. l. ſi patroni 55. §. quid ergo verſ. nec ignoro ff. ad S. C. Trebell.* neque in fiſcum eripientem hereditatem indigno. *l. ſi quis 33. ff. de religios.* neque in diviſionem inter heredes venire. *l. fundus 30. in fine ff. fam. erciſc. l. 4. C. de religios.* & tamen ſi profana jura eſſent, ſubjicerentur translationi & diviſioni. *l. facta 63. ff. ad S. C. Trebell. l. 2. C. ad l. Jul. de vi publ. l. 4. ff. fam. erciſc.* ſed exploſa opinatione Coraſii relati ab Joanne Baptiſta Aſinio in *l. vel quod 6. ff. de religios.* affirmantis, jura ſepulchrorum & apud heredem manere, & communicari fideicommiſſario, quomodo & poſt Chifletium ſentit Hillig. ad Donell. *lib. 7. cap. 25. litera B.* reſpondendum potius eſt, jus ſepulchri hereditarii, de quo proprie magis exponitur aut ſupponitur quæſtio in *l. quia perinde 42. §. 1.* cum ſupra laudatis; ideo in fideicommiſſarium vel ad fiſcum non tranſire, non quia non ſit profanum, ſed quia eſt proprium heredis, cujus perſonæ cohæret. *d. l. 4. l. jus ſepulchri 13. C. de religios.* ſicut perſonæ filii patroni jura libertorum & maxime operarum officialium, quæ comparantur juri ſepulchrorum. *l. pro herede 20. §. ſi quid tamen, cum §. ſequenti ff. de adquir. hered. l. cum fine 11. ff. de Carbon. edicto.* juncta *l. fabriles 6. ff. de oper. libert.* nec transferuntur in fideicommiſſarium. *l. ſi patroni 55. ff. ad S. C. Trebell.* Unde quamvis fideicommiſſarius & fiſcus heredum loco ſint. *d. l. 2. C. ad l. Jul. de vi publ. l. 1. cum ſeqq. ff. de fideicomm. hered. petit.* cum tamen certum ſit, fiduciarium heredem etiam poſt reſtitutionem, & indignum etiam poſt vindicatam fiſco hereditatem manere heredem. *l. ex facto 43. §. ult. ff. de vulgari. § reſtituta inſtit. de fideicomm. hered.* manent & apud eum jura ſepulchrorum. *d. l. quia perinde 42. §. 1. d. l. ſi quis 33.* excepto ſingulari caſu *legis 1. §. interdum 3. ff. de ſuis & legitimis.* juncto *§. interdum 4. inſtit. de her. quæ ab int.* explicant poſt alios Aſinius in *d. l. vel quod 6.* & in *d. l. ſi quis 33.* ubi Fab. in *Rat.* Donell. *lib. 7. comm. cap. 25.* ubi Hillig. *litera C.* Gutherius *de jure manium lib. 3. cap. 10.*

§. XXXI. Plane ſi heres jure civili non exiſtat, aut pro qua parte & quatenus non exiſtit, pertinet jus ſepulchri hereditarii ad qualeſcumque ſucceſſores, qui loco heredum ſunt. *d. l. vel quod 6.* veluti ad eum, cui bona addicta ſunt ex conſtitutione D. Marci. *l. 4. §. ſi autem 21. ff. de fideicomm. hered.* & ad bonorum poſſeſſores prætorio jure. *l. cum fine 11. ff. de Carbon. edicto. l. 1. §. & alias 15. ff. ſi quid in fraud. patroni. l. libertus 36. verſ. veluti ff. de bon. libertor.* ubi quod Javolenus ſupponit, bonorum poſſeſſione partis debitæ a patrono petita jura ſepulchrorum pro ea parte ad patronum pertinere, explicandum moneo de eo caſu, quo a teſtatore cautum eſt, ut jus ſepulchri ad heredes pertineat, pro qua parte heredes extiterint, ut in vetere inſcriptione ſepulchri apud Gutherium *d. lib. 3. cap. 10.* cui voluntati teſtatoris ſtandum eſt. *l. 3. §. ſi quis ff. de ſepulchro violato.* alioquin regulariter eaque voluntatis cautione deficiente jus ſepulchri hereditarii non pro parte, ſed uniuſcujuſque heredum etiam ex minima parte exiſtentis eſt æquale, & in ſolidum, ideoque nec venit in diviſionem, non quia non ſit profanum, ſed quia individuum cenſetur. *d. l. fundus 30.* in *fine.* juncta *l. bis conſequenter 18. §. idem 2. ff. fam. erciſc. l. 4. C. de religios. l. ſi quis 6. §. ſi quis in communem ff. communi dividundo.* quas ita expones expediesque ab objectione propoſita ſupra §. 30.

F I N I S.

INDEX CONTENTORUM.

PARS PRIMA.

TRACTATUS PRIMUS.

Ad *Rubricam*, & Pomponium in *l. ſtipulationum 5. §. ſtipulatio de Verb. Oblig.* - - 146.

TRACTATUS SECUNDUS.

Cap. I. *Stipulatio quomodo contrahatur.* - - 152.
Cap. II. *Ad §. qui præſens l. 1.* juncta *l. continuus 137. de Verb. Oblig.* - - - 155. b.
Cap. III. *Ad §. ſi quis ita 2. l. 1. de Verb. Oblig.* 156. a.
Cap. IV. *Ad §. ſi quis ſimpliciter cum 2. ſeqq. l. 1. de Verb. Oblig.*
Quando vitiatur ſtipulatio diverſitate reſponſionis, aut circa rem deductam in ſtipulatione. - - - - 156. b.
Cap. V. *Ad §. ult. l. 1. de Verb. Oblig.* - - ibid.

TRACTATUS TERTIUS.

Cap. I. *De diviſione ſtipulationum dandi & faciendi.*
Ad l. 2. in princ. l. continuus 137. §. ult. de Verb. Oblig. - - - - - 157. a.
Cap. II. *Communia de dividuitate, & qualis ea quotuplexque ſit.*
Ad l. 2. §. & harum. l. in ſtipulationibus 54. l. ſi centum 117. de Verb. Oblig. l. cum Stichus 29. de ſolutionibus. - - 159. b.
Cap. III. *De Obligationibus dividuis tam Petitione quam Solutione, quales ſunt quantitatis & ſpeciei certæ.*
Ad l. 2. §. & harum. l. in ſtipulationibus 54. l. in executione 85. §. prima ſpecies de Verb. Oblig. - - - - - - 161. b.
Cap. IV. *De Obligationibus dividuis Petitione, & individuis Solutione; quales ſunt Genericæ, Alternativæ, Pignoratitiæ, & Pœnales.*
Ad leg. 2. §. & harum cum 2. ſeqq. l. ſtipulatio 5. §. ult. l. in executione 85. §. pro parte 4. & §. etiamſi 6. de Verb. Oblig. 168. b.
Cap. V. *De Obligationibus individuis tam Petitione quam Solutione, quales ſunt ſervitutum & factorum plurium.* - - - - 172. a.
Cap. VI. *De Obligatione individua Petitione, & dividua Solutione, qualis eſt Obligatio de evictione.*
Ad l. 4. §. ſi qui duplam. l. in executione 85. §. in ſolidum. l. cum ex cauſa 139. de Verb. Oblig. - - - - - 177. a.

PARS SECUNDA.

Cap. I. *Ad l. inter ſtipulantem 83. de Verb. Oblig.*
An ſtipulatio alieni facti conſiſtat. - 180. a.
Cap. II. *De Rei ſacræ, aut hominis liberi ſtipulatione.*
Ad inſignem *§. ſacram l. inter ſtipulantem 83. de Verb. Oblig.* - - 190. a.
Cap. III. *De Rei ſacræ, religioſæ, publicæ, & liberi hominis exemptione a commercio.*
Ad Principium §. ſacram l. inter ſtipulantem 83. de Verb. Oblig. - - 192. a.

FRAN-

Digitized by Google

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

DE

VENDITIONE LIBERI HOMINIS,

Ad Paulum in difficili *Leg. ſi uſumfructum* 23. *Dig. de Liberali Cauſſa.*

SELECTA ET BREVIS COMMENTATIO.

§. I. QUÆ de exemptione liberi hominis a cummercio & venditione ejuſdem prohibita ſcripſimus ad §. *ſacram l. inter ſtipulantem* 83. *de V. O.* poſtulant ſuo jure, ut explicemus expendamusque Quinti Mucii apud Paulum ſententiam, qua nulla eſt in hoc tractatu inter Academicos Anteceſſores celebrior, obſcurior nulla. Extat ea in *noſtra l. ſi uſumfructum* 23. ubi ſic ſcriptum eſt: *ſi uſumfructum tibi vendidero liberi hominis, & ceſſero, ſervum effici eum dicebat Quintus Mucius, ſed dominium ita demum fieri meum, ſi bona fide vendidiſſem, alioquin ſine domino fore.* Quibus in verbis paradoxa aut paraloga præter opinionem aut rationem ſunt, quæ ſequuntur: in primis quod ſupponitur, liberi hominis uſumfructum vendi & eſſe poſſe. Nam cum uſusfructus vel conſideretur tanquam dominii pars. *l.* 4. *ff. de uſufructu. l. in venditione* 8. *ff. de rebus auctor. jud. poſſid.* vel tanquam jus ſeu ſervitus perſonæ. *l. recte* 25. *ff. de V. S.* neutra ex his conſideratione uſusfructus liberi hominis vendi aut eſſe poteſt; quia nec dominio liber homo ſubjicitur, nec ſervituti. *l. ſi in emptione* 34. §. *omnium ff. de contrah. empt.* idque in uſufructu proprie inſinuatur in *l. ſi ſervum* 20. ubi Cujac. *ff. de uſufr. l. interdum* 15. *ff. quibus modis uſusfr. amitt.* quod ſi, ut ab hac difficultate te expedias, ſupponas, uſusfructus nomine in *noſtra l.* 23. ſignificari operas liberi hominis, quoniam & fructus hominis in operis conſiſtit, & e contra operæ in hominis uſufructu ſunt. *l.* 3. & 4. *ff. de oper. ſervor.* operæ autem liberi hominis vendi promittique poſſunt. *l.* 3. *ff. de uſufr. leg.* recrudeſcet difficultas acrior ex eo, quia venditio operarum liberi hominis non eſt contraria libertati ipſius. *l. ſi tibi* 23. C. *de liberali cauſſa. l. ſi veſtram* 11. *C. de ingenuis manumiſſis.* Paulus *lib.* 5. *ſententiarum tit.* 1. utpote cum & ſalva libertate præſtari operæ poſſint, veluti a libero homine artifice operas ſuas locante, & ideo abſurdum eſt, propter venditionem uſusfructus liberum hominem effici ſervum, ut ſcriptum eſt in *noſtra l.* 23.

§. II. Deinde & quod proponitur in *noſtra l.* 23. uſumfructum liberi hominis vendi & cedi, obſcurum valde eſt, quia utcumque fateamur, liberi hominis uſumfructum eſſe poſſe, tamen eum ſic vendi, ut jus ipſius uſusfructus in emptorem transferatur, impoſſibile eſt ex natura uſusfructus. *l. ſi uſusfructus* 66. *ff. de jur. dot. l. arboribus* 12. §. *uſufructuarius. l. non utitur* 38. *ff. de uſufructu.* §. 1. *inſt. de uſu & habitatione.* & multo minus cedi extraneo emptori. §. *finitur inſt. de uſufr. d. l. ſi uſusfructus* 66. neque tanquam a domino, qui in re ſua uſumfructum alii cedit vel vendit, ut in *l. quod noſtrum* 63. *ff. de uſufructu.* neque tanquam ab uſufructuario, qui jus ſuum uſusfructus, quem in re aliena habet, alii cedere vult aut vendere, juxta *l. neceſſaris* 8. §. *penult. ff. de peric. & com. rei vend.* quoniam venditor cedensque in *noſtra l.* 23. neque dominus erat, antequam venderet, ut conſtat ex *verſ. ſed dominium.* neque uſufructuarius, quia liber homo erat, ac proinde illius nullus uſusfructus ex notatis ſupra §. 1.

§. III. Rurſus, quod ſequitur, liberum hominem poſt venditionem & ceſſionem effici ſervum, difficile eſt ex eo, quia ut uſusfructus ceſſione transferatur, neceſſe eſt, prius uſumfructum eſſe & conſtitui apud venditorem, qui poſtea cedat emptori; & conſequenter neceſſe eſt, uſumfructum conſtitui in libero homine, dum liber eſt ante venditionem ſcilicet, & ceſſionem, per quam ſervus efficitur. Quin & difficile item eſt, quod hæc ſententia in *noſtra l.* 23. tribuatur Quinto Mucio ſcilicet Scævolæ, cujus mentio in *l.* 2. §. *poſt hos Quintus* 41. *ff. de orig. jur.* namque iſte floruit circa annum Urbis Conditæ 658. quo anno conſul fuit cum Licinio Craſſo, ut conſtat ex *faſtis conſularibus*, & ex traditis a Balduino in *Quinto Mucio Scævola pag.* 95. Joan. Bertrando *de Juriſperitis in eodem Scævola.* & conſequenter centum & amplius annis ante Imperium Claudii Cæſaris, cujus aut Veſpaſiani temporibus factum fuit SCtum Claudianum de muliere ſervo alieno conjuncta, ut diſces ex Tacito *lib.* 12. *annal.* ubi Lipſius *num.* 117. Suetonio

Veſpaſiano cap. 11. notantque præter laudatos a Pich. in §. 1. *num.* 1. *inſt. de ſucc. ſublat.* & in *l.* 3. *num.* 35. *C. de murilegulis.* P. Fab. *lib.* 1. *ſemeſtr. cap.* 25. Panciroll. *lib.* 2. *theſauri var. cap.* 225. & ducentis ampliusque annis ante imperium Hadriani, a quo tamen & ex conſtitutione ejus, quæ refertur in *l.* 2. *ff. ſi ingenuus eſſe dicetur.* videtur introductum jus de ſervitute liberi hominis venditi ad pretium participandum, ſive potius ex SCto Claudiano, ut *arg. l.* 3. juncta *l. ult. cum inſcriptione ff. quibus ad lib. proclam.* ſentiunt Hotmanus in §. *ſervi* 4. *enunciatione* 3. *inſt. de jure perſonarum.* Cujac. in *recitat. ad tit. C. quibus ad lib. proclam. non licet.* ergo tempore Quinti Mucii & ex ejus ſententia ante conſtitutionem Hadriani & S.C. Claudianum admitti non potuit liberi hominis venditio, ac per eam ſervitus in *d. l.* 23.

§. IV. Præterea quod ſubjungitur in *verſ. ſed dominium d. l.* 23. dominium hominis, cujus uſusfructus vendebatur, adquiri venditori, ſi bona fide vendiderit, eſt inſolens inauditumque in jure, quia in omni venditione mens venditoris ea eſt, non ut rem quam vendendo alienat & transfert, ſed ut pretium ejus adquirat. *l.* 1. *ff. de rer. permutat. l.* 1. §. 1. *in fine ff. de contrah. empt.* in venditione autem liberi hominis eadem mens venditoris eſt, in eo ſaltem ut ſatagat non de adquirendo dominio hominis, quem vendit, ſed de pretio partiendo cum ipſo libero homine, aut integro ei relinquendo, & ideo bona fides nunquam in venditore liberi hominis, ſed in emptore exigitur. *l. liberi* 70. *ff. de contrah. empt. l. liberis* 7. §. *ſi quis ſciens* 2. *l. qui ſciens* 33. *ff. de lib cauſſa* unde etiam fit, ut nec venditionis actus operari poſſit adquiſitionem dominii venditori ultra intentionem ipſius, & contra regulam *l. non omnis* 19. *ff. de rebus cred.* nec poſſit eſſe locus aut ratio requirendæ bonæ fidei in venditore, quia eo ipſo quod vendit ad pretium participandum, cujus adquirendi ſervus incapax eſt, liberum eſſe eum, qui venditur, ſcit vel ſupponit.

§. V. Denique & varie ac valide impugnatur, quod extat in *verſ. alioquin d. l.* 23. nempe ſi mala fide venditor fuerit, fieri quidem eum qui venditur ſervum, & tamen ſine domino fore, tum quia repugnat definitioni ſervitutis, ut quis ſit ſervus ſine domino. *l.* 4. §. 1. *ff de ſtatu hominum. l.* 4. *ff. de juſt & jure.* tum etiam quia ne proprietas ſive dominium apud nullum, aut in pendenti ſit, quod abſurdum eſſe ait Triphoninus in *l. de hereditate* 19. §. *ult. verſ. quod abſurdum ff. de caſtr. pec.* dici potuit oportuitque, bonam fidem emptoris prodeſſe venditori malæ fidei, ut proprietatem habeat, ut in ſpecie *l. libertis* 7. §. *ſi duo ff. de lib. cauſſa.* ſive potius bonam fidem emptoris ei proficere debere, ut cum uſufructu habeat etiam proprietatem, quæ ad venditorem pertinere non poteſt, ut in *l. ult. ff quib. ad lib. proclam.* ſive denique venditionem nullam eſſe, quia uſusfructus eſſe non poteſt in eo, qui ſine domino & conſequenter liber eſt.

§. VI. His difficultatibus explicandis nihil ſubſidii eſt reperire in alto illo Claſſicorum interpretum ſilentio, quo ſententiam *noſtræ l. ſi uſumfructum* 23. illibatam dimittunt aut diſſimulant. Neque opitulantur magis Balduinus in *Scævola*, ſive in *juriſprudentia Muciana pag.* 225. Cujac. *lib.* 50. *Pauli ad Edictum* in *noſtra l.* 23. nuda fere & jejuna contextûs recitatione contenti. Quapropter inter aliquos ex Anteceſſoribus noſtris magis obtinuit, ſententiam Quinti Mucii in *præſenti* proponi *a* Paulo non probari. Plerique vero alii, ne improbabilem Mucii & Pauli ſententiam fateantur, ſupponunt potius duplicem fuiſſe emptionem liberi hominis in *noſtra l.* 23. unam prioremque dominii ſive plenæ proprietatis, ſed ſine pretii participatione, unde & adhuc liber homo permanſit, aliam autem poſterioremque emptionem uſusfructus, quem prior emptor ejusve heres in libero homine vendidit ceſſitque, & pretii participatio ſequuta eſt, quomodo fere textum hunc explicat noviſſime noſter Larea *tom.* 1. *deciſ. Granatenſi* 9. *num.* 75. Nobis autem & primum reſpondendi genus indignum elegantiore ingenio videtur, quia ſententiam *d. l.* 23. quam exponere debuit, deponit veluti proclamatam improbabilemque Paulo & principiis juris, & proinde perperam a Triboniano in Pandectis relictam contra Juſtiniani præceptum in *l.* 1. §. *jubemus* 4. & §. *nulla* 8. *cum* §. *ſed & ſi* 10. *C. de vetere jure enucl.* & poſterius figmentum duplicis emptionis nec neceſſarium nec idoneum eſt rei explicandæ, ideoque & repudiandum ut alienum a contextu *noſtræ l.* 23. Quare ut jam cenſeamus, ſupponimus in primis, ut & Paulus ſupponit, in emptione illa uſusfructus, de qua in *noſtra l.* 23. interveniſſe conditiones jure requiſitas, ut venditio ex libero ſervum faciat, nempe bonam fidem in emptore & ætatem viginti annorum, ſimulque ſcientiam ſive patientiam & participationem in libero homine, quibus conditionibus concurrentibus liber homo, qui venditur, fit ſervus jure civili in pœnam indignitatis, qua libertatem poſthabuit pecuniario pretio. *l.* 5. §. 1. *ff. de ſtatu hominum. l. ſi quis filios* 6. §. *irritum de injuſto rupto. l. liberis* 7. *per totam. l. qui ſciens* 33. *l. cum pacto* 40. *ff. de lib. cauſſa. l.* 1. *cum ſeqq. ff. quibus ad libert. proclam. non licet. l.* 2. *ff. ſi ingen. eſſe dicetur. l. ſi ex cauſſa* 9. §. *Papinianus ff. de minor. l. non ideo* 5. *l. ſi miniſterium* 16. *C. de lib. cauſſa.* §. *ſervi* 4. *inſt. de jure perſon.* illuſtrant poſt Theophilum & noviores in *d.* §. *ſervi.* Connanus *lib.* 2. *comm. cap.* 1. *num.* 6. P. Gregor. *lib.* 14. *Syntagm. cap.* 3. *num.* 8. Donellus *lib.* 2. *comm. cap.* 9. ubi Hillig. *lit.* N. Faber in *jurisprud. Papin. tit.* 1. *pr.* 2. & *pr.* 3 *illat.* 3. Ameſcua *de poteſtate in ſe ipſum lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 1. Quelada *quæſt. juris cap.* 8. *num.* 6. noviſſime noſter Larea *tom.* 1. *deciſ. Granatenſi* 9. *num.* 9.

§. VII. Deinde & obſervamus ex patientia illa liberi hominis, permittentis ad participandum pretium uſumfructum ſuum a venditore emptori vendi & cedi, colligi proprie neceſſarioque voluntatem ejusdem & indignitatem, ob quam & uſusfructus liberi hominis cedi, & ſi bona fide venditor fuerit, dominium ejus fieri poſſit & debeat. Nam cum ille, qui uſumfructum extraneo vendit & cedit, dominus eſſe debeat, quia fructuario id in uſusfructus jure non licet. *l. quod noſtrum* 63. *ff. de uſufructu. l. neceſſario* 8. §. *ult. ff. de periculo & commodo rei vend. l. ſi uſusfructus* 66. *ff. de jure dot.* conſequens eſt, ut eo ipſo, quod liber homo patitur ſui ipſius uſumfructum ab alio vendi & cedi, ut pretium participet, velit etiam & ob participationem pretii dignus ſit, ut dominio venditoris bonæ fidei ſubjiciatur, a quo & ejusdem uſusfructus cedendus eſt. Idque ipſum ſignanter indicat auctoritas librorum Baſilicῶn *lib.* 48. *tit.* 8. ubi in contextu *d. l.* 23. iſto niſi fallor reſpectu adjiciuntur verba *eo patiente*, atque ita legitur ex verſione Gentiani Herveti: *ſi bona fide liberi hominis uſumfructum tibi vendidero, eo patiente meus erit ſervus, alioquin erit ſine domino.*

§. VIII. Quo ſuppoſito, ut jam una brevique opera & ſententiam *noſtræ l.* 23. & quæ contra eam expendimus, explanemus, proponit rectiſſime Paulus, liberi hominis uſumfructum vendi & cedi, quia cum plerumque prior ordine ſit venditio & ceſſio, poſterior autem pretii participatio, poſt quam ſolam neque ante fit ex libero ſervus ille, cujus uſusfructus venditur, neceſſe eſt, attento tempore venditionis & ceſſionis, liberum hominem eſſe eum, cujus uſusfructus venditur cediturque. Neque idcirco inutilis eſt ceſſio & venditio, quia quamvis in libero homine uſusfructus, nec tanquam pars dominii nec tanquam ſervitutis jus eſſe poſſit. *l. interdum* 15. *ff. quibus mod. uſusfruct. amitt. l. ſi ſervum* 20. *ff. de uſufr. leg.* diximus ſupra §. 1. in propoſito tamen eſſe jam intelligitur uſusfructus, ut vendatur cedaturque, qui futurus po-

poſtea eſt, ſequuta pretii participatione, ſicut & ipſe liber homo vendi ſe patiens in commercio eſſe intelligitur, ut quaſi ſervus jam vendi poſſit, quamvis non niſi poſt venditionem & pretii participationem ſervus, & in commercio ſit. Quippe nec novum eſt, vendi rem quæ non eſt, & futura ſperatur. *l. neque emptio 8. de contrah. empt. l. & quæ 15. ff. de pignorib.* neque improbabilem improbamve in hac ſpecie facit ſpem ſervitutis ratio illa Pauli in *l. inter 33. §. ſacram verſ. ſed hæc diſſimilia de V. O.* quia ſuppoſita indignitas liberi hominis, patientis ſe vendi ad participandum pretium, obruit omnem favorem libertatis. *l. liberis 7. §. ſi duo ff. de lib. cauſſa.* nec tam adverſus caſus & fortuna liberi hominis ſperatur, quod inhumanum eſſet, quam certa juſtaque ſervitutis pœna indignitati non deſutura.

§. IX. Deinde neque venditio ceſſiove uſusfructus eſt inutilis ex defectu poteſtatis vendentis cedentisque, quia quamvis, ut notavimus ſupra §. 2. neque vendere cedereve poſſit ut dominus, quia nondum talis eſt, cum vendit & cedit; ut pote homine adhuc libero manente. *noſtra l. 23. in pr. & verſ. ſed dominium.* neque tanquam fructuarius, quia fructuario vendere aut cedere jus uſusfructus extraneo non licet. *d. l. ſi uſusfructus 66. ff. de jure dot.* in propoſito vendit & cedit, tanquam dominus ſtatim futurus ex patientia liberi hominis, & participatione pretii, idque ſufficit, non tantum ut venditio, ſed etiam ut ceſſio conſiſtat, quia ceſſio in uſufructu & juribus incorporalibus habet vim, vicemque traditionis. *l. quod noſtrum 63. ff. de uſufructu. l. nemo 39. ff. de ſervitut. præd. urban.* Ulpianus *tit. 19. §. in jure ceſſio cum ſeqq.* conſtat autem fieri traditionem poſſe, ſic ut non ſtatim effectum habeat, ſed confirmetur veluti ſub conditione rei poſtea ſequuturæ. *l. ſi ego 9. §. 1. ff. de jure dot. l. qui abſenti 38. in pr. & §. 1. ff. de adquir. poſſ.* id autem frequentiſſimum eſt in ipſius liberi hominis, qui vendi ſe patitur, traditione, quæ quamvis tunc & ante pretii participationem non operetur translationem dominii, quoniam ante eam participationem liber homo eſt, & exemptus dominio commercioque, poſtea tamen participatione ſequuta ſimulque ſervitute, effectum ſuum habet traditio, & ſervum jam factum transfert in dominium emptoris ex auctoritate juris, pœnam hanc ſervitutis libero homini, qui ſe vendi paſſus eſt, imponentis, ut notavimus ſupra §. 6. quamvis in venditoris dominio nunquam fuerit. Proinde & eadem ratione & modo utilis erit ceſſio uſusfructus in libero homine ante pretii participationem, & ſequuta ea retro confirmabitur etiam eo caſu, quo propter malam fidem venditoris nunquam in venditoris dominio homo venditus fuerit, aut futurus poſtea ſit, unde & jam factum ſatis eſt argumentis perpenſis ſupra §. 1. & 2.

§. X. Convenienter propoſitis Paulus ſubjungit in *noſtra l. 23.* eum, cujus uſusfructus venditur cediturque, ſervum effici, & quidem poſt pretii participationem, non tamen ante venditionem & ceſſionem, quibus effectus hujus ſervitutis tribuitur, quia & uſusfructus & dominii adquiſitio cauſſam teſtamentumque traditionis, ſicut eſt venditio, & traditionem veram aut fictam, qualis eſt ceſſio, proprie requirit. *l. traditionibus 20. C. de pactis. l. nunquam ff. de adquir. rer. dom. l. 3. ff. de uſufructu. l. quoties 20. ff. de ſervit.* adquiſitio autem dominii vel uſusfructus, cum per eam ſubjiciatur venditus juri dominii aut uſusfructus alieni, eſt etiam vel præcipua cauſſa, quæ libertatem venditi perimit, & ſervitutem inducit. *l. 4. §. 1. ff. de ſtatu hominum. l. 4. ff. de juſt. & jure.* quocirca elegantiſſime effectus ſervitutis in *noſtra l. 23.* tribuitur venditioni & ceſſioni tanquam primariæ cauſſæ, quia quamvis eum operetur non ſola, ſed ſimul cum aliis requiſitis in emptione liberi hominis, neque ſtatim ſed poſt pretii participationem, quæ venditione & ceſſione eſſe poſterior ſolet, tamen neque ante venditionem & ceſſionem, neque ſine illis fit ſervus, qui venditur, & quod magis eſt, immediate proprieque potius effectus ſervitutis reſultat ex ceſſione uſusfructus, tanquam ex legitimo modo adquiſitionis & ſubjectionis alieno juri, in qua ſervitus conſiſtit.

§. XI. Plane quod Paulus in *noſtra l. 23.* eum, cujus uſusfructus venditus ceſſusque eſt, ſervum effici ait ex ſententia Quinti Mucii, qui centum ampliusque annis floruit ante SCtum Claudianum & Hadriani conſtitutionem, quibus inductum creditur jus civile de ſervitute liberi hominis venditi ad pretium participandum, ut expendimus ſupra §. 3. expeditam ſolutionem non habet, niſi fateamur jus hoc civile receptum jam fuiſſe ætate Quinti Mucii, ut agnoſcit Balduinus in *juriſprud. Muciana pag. 225.* in *noſtra l. 23.* ſive introductum fuerit, ut Connanus velle videtur *lib. 2. comment. cap. 1. num. 6. in fine.* XII. Tabb. Legibus, quæ quia Romani juris capita & fontes fuerunt, vocari ſolent jus civile, ut in *l. 1. ff. de tutelis.* juncta *l. verbis 120. ff. de V. S.* & in *l. ſi te bonis 10. C. de jure delib.* juncta *l. ea quæ 6. C. fam. erciſc. l. ult. C. de heredit. act.* ſive potius moribus populi Romani & jure non ſcripto, quod interdum etiam vocatur jus civile, ut in *l. 1. ff. de donat. inter V. & U.* juncta *l. illud 5. §. 1. ff. de pactis dotal. l. 2. §. his legibus 5. ff. de orig. juris.* & ut in *l. 3.* juncta *l. patre 8. ff. de his qui ſui vel alieni jur. ſunt.* Quemadmodum apud Germanos Hunnosque veteres in more fuiſſe ſcimus, ut aleæ ludo libertatem addicerent, & noviſſimo jactu victus voluntariam ſervitutem ſubiret, & alligari ſe ac venire pateretur, ut ſcribunt Tacitus *de moribus Germaniæ.* D. Ambroſius *lib. de Tobia cap. 11.* Quia & apud Romanos exemplum hujus ſervitutis ex venditione & pretii participatione introductæ ante S. C. Claudianum & Hadriani ætatem extat in his, qui ad ludos ſcenicos vel gladiatorios, aut venatorios ſe venditabant, & *auctorati* dicebantur, quorum venditionis & ſervitutis meminerunt ſcriptores Claudiano & Hadriani ſæculo antiquiores, Manilius *lib. 4. aſtronomiæ.* ibi.

Nunc caput in mortem vendunt & funus arenæ.

Horatius *lib. 2. Sat. 7. vſ. 58.* ibi.

Quid refert, uri virgis ferroque necari,
Auctoratus eas.

Livius *lib. 28.* ubi de munere gladiatorio Scipionis; & Aſinius Pollio Quinto Mucio fere coætaneus apud Ciceronem *lib. 10. Epiſt. famil. epiſtola 32.* ut omittam mentionem liberi hominis venditi ad actum gerendum ſcilicet in ſcena aut arena, textumque ita explicandum in *l. ſi quis filio 6. §. irritum ff. de injuſto rupto.* neque opinioni huic obſtat epigraphe *d. l. ult.* juncta *l. 3. ff. quibus ad lib. proclam.* ex quibus non evincitur, fuiſſe hoc jus primitus introductum SCto Claudiano, ſed vel eo confirmatum & repetitum, cum ante ſola morum auctoritate niteretur, vel expoſitum a JCtis occaſione ſimilis pœnæ ſervitutis, in quam incidit ex S. C. Claudiano mulier libera, quæ ſe alieno ſervo conjunxit. *l. un. C. de S. C. Claudiano toll. l. Lucius 27. ff. depoſiti. l. 1. cum ſeqq. C. Theod. ad S. C. Claudianum. §. 1. inſt. de ſucceſſ. ſubl.* Ulpianus in *fragmentis tit. 11. de tutelis §. maxime 11.* Neque evincit, urgetve magis conſtitutio Hadriani in *d. l. 2. ff. ſi quis ingen. eſſe dicatur.* Ea enim *Lex* & conſtitutio juxta tractatum tituli, ſub quo extat, accipienda eſt de ingenuo majore viginti annis, qui ſe venire paſſus, ut pretium participaret, ſervus effectus eſt, & poſtea manumiſſus & libertus conſtitutus, ingenuum ſe eſſe dicit, in quo Hadrianus conſtituit, ut libertus maneat, neque ad priorem ingenuitatem proclamare poſſit. *l. homo liber 21. ff. de ſtatu hominum.* ſive ut prohibeatur contendere de ingenuitate, quæ *liberta-*

tis nomine ſignificatur in *d. l. 2. ff. ſi quis ingen. eſſe dicatur. l. cum pacto 40. ff. de lib. cauſſa.* notant Rævardus ad *Leg. XII. Tab. cap.* 3. Bened. Pinellus *lib. 2. ſelect. cap. 7. num.* 22.

§. XII. Proponit deinde Paulus in *noſtra l.* 23. dominium liberi hominis, cujus uſusfructus venditus ceſſusque fuit, fieri venditoris, ſi bona fide vendiderit, quia quamvis regulariter præter venditoris mentem & venditionis finem naturamque ſit adquiſitio dominii rei venditæ in venditore, & ideo neque bona fides in eo requiri ſoleat, neque adeſſe facile poſſit, quia qui vendit ad pretium participandum, cujus adquirendi ſervus incapax eſt, ſcit vel ſupponit liberum eſſe eum, qui venditur, ut conſideravimus ſupra §. 4. tamen in noſtra ſpecie ex qualitate rei venditæ, nempe uſusfructus colligitur aut intelligitur, & venditionis fini & venditoris intentioni venditique patientiæ conſequens eſſe, ut dominium venditori adquiratur, ſi bona fide vendat, ut & ſic ſuo optimoque jure venditio, ceſſioque uſusfructus conſiſtat, ut pote facta a domino; eaque ſingularis hujus ſententiæ ratio eſt, quam expreſſimus ſupra §. 10. neque dominium venditori ita adquiritur ſine traditione contra regulam *l. traditionibus 20. C. de pactis* quippe ceſſio ipſa & conſtitutio uſusfructus habet vim traditionis etiam reſpectu venditoris in adquiſitione dominii, quod venditori tradi intelligitur, dum ejus nomine uſusfructus emptori velut traditur, *arg. l. ſi homo 35. in fine ff. de uſucap. l. quisquis 28. l. ſi quis argentum 35. §. ſed ſi quidem 5. C. de donat.* unde tametſi ſingulare, non tamen eſt præter rationem juris, bonam fidem requiri in venditore, quia in aliis liberi hominis emptionibus, cum emptori ſoli adquiratur, in eo ſolo bona fides exigitur, non in venditore, cui nihil quæritur. *l. liberi 70. ff. de contrah. empt.* in propoſito autem adquiſitio dominii in venditore conſequenter bonam fidem deſiderat, quia ſciens indignus eſt dominii adquirendi in homine vendito. *l. liberis 7. §. ſi quis ſciens 2. cum §. ſequenti ff. de lib. cauſſa.* Denique bonam fidem, qualem in venditore eſſe poſſe Paulus agnoſcit, non in difficili eſt invenire, ſi fingamus, liberum hominem ſub ſpecie ſervi expoſitum venditioni fuiſſe a venalitiario aut mangone, ita ut & Titius uſumfructum venderet cederetque, & venditus pretium participaret, quod & ipſum bonæ fidei præſumptionem, quam in venditore ſupponimus, non excludit, ſicut neque in emptore in quacumque alia emptione liberi hominis ad pretium participandum, quia quamvis ſervum eſſe exiſtiment, & incapacem adquirendi, interponitur tamen fides non tam de adquirendo, quam de participando pretio, veluti conniventibus oculis, ut in *l. 4. §. 1. ff. de manumiſſ. l. penult. §. illo C. de neceſſariis ſervis.*

§. XIII. Subjungitur poſtremo in *noſtra l.* 23. *alioquin*, id eſt, ſi mala fide venditor fuerit, *ſine domino fore* eum hominem, cujus uſusfructus venditus eſt. Proinde ſignificatur, neque dominium venditori malæ fidei adquiri, neque emptori uſusfructus, & tamen venditum, quem ſervum effici ſcriptum jam erat, permanere ſervum propter uſumfructum. Id vero ea ratione nititur, quia quamvis uſusfructus ceſſio & tranſlatio, ut communi jure & ex poteſtate vendentis conſiſtat, ſupponat neceſſario & conſequenter in bonæ fidei venditore præcedentem adquiſitionem dominii, ut nuper docuimus, tamen in venditore malæ fidei, in quo adquiſitio hæc ſupponi nequit, ſuſtinetur ceſſio uſusfructus non tam ex poteſtate venditoris communi jure; quam ex ſingulari jure, quo obtinuit in pœnam liberi hominis, ſe vendi permittentis ad pretium participandum, adquiri emptori bonæ fidei dominium, quamvis id venditor ut pote in libero homine nunquam habuerit, & ideo nec transferre potuerit: cui nimirum conſequens eſt, cedi etiam & adquiri poſſe emptori bonæ fidei uſumfructum, quamvis venditor ob malam fidem neque dominii adquirendi neque uſusfructus transferendi capax fuerit. Neque adquiſitione hac uſusfructus ſuppoſita inſolens inauditumve eſt, quod dicitur ſervum effici propter uſumfructum & manere ſine domino; quia quamvis ſervi nomen quatenus relationem habet ad eum, cui ſervitur, non poſſit conſiderari ſine domino. *l. 4 ff. de ſtatu hominum. l. 4. ff. de juſt. & jure.* tamen quatenus reſpicit qualitatem & jus ſervitutis, ſive privationem libertatis, convenit etiam ei, qui jure ſervitutis non libertatis utitur, quamvis ſine domino ſit. *l. ſi poſtulaverint 27. §. de eo ff. ad leg. Jul. de adulteriis.* ſicut dedititius vocatur, qui in ſtatu dedititiorum eſt, quamvis ipſe ſe non dediderit. *§ ult.* ubi Theophilus *inſt. de libertinis.* Ideoque & ab initio (quamvis renitantur noſtrates poſt Fabrum in *jurisprud. Papin. titulo 3. principio 3.*) ſervus quis interdum efficitur ſine domino, & quidem propter uſumfructum, ut in *noſtra l.* 23. & in eo, qui ſervus pœnæ fit. *l. ſunt quidam 17. ff. de pœnis. l. 3. ff. de his quæ pro non ſcriptis.* & multo magis ſervus jam effectus poteſt ex poſtfacto manere ſine domino, veluti jure antiquo is, quem proprietarius manumiſit invito fructuario. Ulpianus in *fragm. titulo 1. § ſervus 19. l. 1. C. comm. de manumiſſion.* & omni jure is, quem dominus pro derelicto habuit. *l. quemadmodum 38. §. 1. ff. de noxal. l. quod ſervus 36. ff. de ſtipul. ſervor.* docent poſt Bartolum in *rubr. de ſervit. num.* 1. Cujacius *lib.* 30. *Pauli ad Edictum* in *noſtra l.* 23. Hillig. ad Donell. *lib. 2. cap. 9. litera K.* Solorzano *de Indiarum jure tom. 1. lib. 2. cap. 7. num.* 83.

§. XIV. Tandem neque obſtat difficultas perpenſa ſupra §. 5. ex collatione *l. liberis 7. §. ſi duo ff. de liberali cauſſa*, cum *d. l. ult. ff. quib. ad libert. proclam.* quia quamvis huic & præcedentibus objectionibus declinandis non defuerint in Academia, qui exiſtimaverint, ſi malæ fidei venditor ſit, dominium etiam emptori uſusfructus accedere, *arg. l. ſi pariter 9. in fine ff. de lib. cauſſa. d. l. ult. ff. quib. ad libertatem.* & verba *ſine domino* in *noſtra l.* 23. exaudienda eſſe ita, id eſt, ſine proprietario: tamen aut verius aut ſimilius veri eſt, emptorem in *noſtra l.* 23. cum ſit emptor non dominii pleni & in ſolidum, ſed partis dominii, qualis cenſetur uſusfructus. *l. 4. ff. de uſufructu.* non recte comparari duobus emptoribus liberi hominis in ſolidum, de queis in *d. l. ult.* & quamvis inſpecta perſona venditoris quoad dominium, & emptoris quoad uſumfructum, rectior comparatio ſit cum duobus emptoribus pro parte, de quibus in *d. l. liberi 7. §. ſi duo.* (quomodo pro conciliatione ejus textus cum *d. l. ult.* docent & diſtinguunt Cujac, in *l. iniquiſſimum 5. ff. de juris & facti ignorantia.* Ameſcua *de poteſt. in ſe ipſum lib. 2. cap. 17. num.* 4. & ante eos Martinus apud Accurſium in *d. §. ſi duo, verbo ignorans.* quamvis aliter Connanus *lib. 2. comment. cap. 1. num.* 6. Faber in *jurisprudent. Papin. titulo 3. principio 4. illatione* 3.) & ideo videretur, bonam fidem emptoris proficere debere venditori malæ fidei, ut proprietas ejus fieret, *arg. d. §. ſi duo.* differunt tamen in eo, quod emptor malæ fidei pretium dedit, venditor autem non item, & ideo indignior eſt, ut adquirat, ut conſiderat Balduinus in *jurispr. Muciana pagina* 227. in *noſtra l.* 23. tum & in eo, quod in *d. §. ſi duo.* niſi emptori malæ fidei pars adquiratur, & emptio & ſervitus pro parte conſiſterent, quod utrumque abſurdum. *l. duobus 30. ff. de lib. cauſſa. l. cum ex cauſſa 139. ff. de V. O.* at in *noſtra l.* 23. cum emptio fuerit ſolius uſusfructus, isque ſolus ſufficiat, ut in ſolidum ſervus maneat, teſte Ulpiano *d. titulo 1. §. ſervus* 19. non eſt ratio individuitatis, vel emptionis, vel ſervitutis, propter quam venditori malæ fidei dominium adquiratur, quia etiam ſine eo emptio & ſervitus in ſolidum conſiſtunt reſpectu uſusfructus.

§. XV. Expoſuimus latius *noſtram l.* 23. ut non ſolum ingenuo & facili (qualem in ea re lectorem re-

requirit Balduinus *ubi ſupra.*) ſed etiam refractario & moroſo cavillatori faceremus pro captu ſatis. Supereſt tamen adhuc digniſſimus interprete locus in §. 1. *ejusdem l.* 23. ubi ſic ſcriptum eſt: *in ſumma ſciendum eſt, quæ de venditis ſervis, quibus denegatur ad libertatem proclamatio, dicta ſunt, etiam ad donatos & in dotem datos referri poſſe: item ad eos, qui pignori ſe dari paſſi ſunt.* Sentit itaque Paulus, liberum hominem non tantum in venditione, quam patitur, fieri ſervum, ſed etiam donatione & datione in dotem aut pignus. Id autem valde obſcurum eſt, quia participatio pretii, quæ præcipua aut præcipua ſaltem cum aliis cauſſa eſt ſervitutis in venditione. *d. l. liberis 7. in princ. & §. 1. ff. de lib. cauſſa. l. 1. ff. & C. quib. ad libert. proclamare.* conſiderari non poteſt in donatione, datione in dotem, & pignore, quia ſui natura gratuitæ conventiones ſunt & expertes pretii. Unde & tanquam contrariæ liberi hominis a commercio exemptioni, neque in eo admittuntur. *l. 1. C. de patribus qui filios diſtraxer. l. qui filios 6. C. quæ res pignori. l. 4. ff. de lege Favia de plag. cap. 2. de pignorib.* neque etiam ſi eo patiente donatio ejusdem vel in dotem datio fiat, libertati præjudicat. *l. ult. C. de ingen. manum. l. ſi miniſterium 16. C. de lib. cauſſa.* in qua mentio neſcientis & minoris viginti annis non ideo habetur, quia ſciens majorque datione in dotem ſerva fieret, quod falſum eſſet deficiente partitione pretii; ſed quia ex facto fuiſſe neſcientem & minorem proponebatur, ſicut fuiſſe ſcientem etiam ex facto in *l. ſcientis 6. C. de ingen. manum.* notat poſt Thalelæum *lib. 48. Baſilic. titulo* 10. in *d. l. ſcientis 6. & titulo* 20. in *d. l. ſi miniſterium* 16. Cujac. ad *tit. C. quib. ad lib. proclam.*

§. XVI. Manus huic nodo dare Cujac. cogitur *ubi proxime*, & in *priorib. notis ad inſtit. ſub tit. de jure perſonar. & lib.* 50. *Pauli ad Edictum* in *noſtra l.* 23. §. 1. & cum ſolvere non poſſit, ſcindit, affirmans legendum eſſe negatione adjecta in *d.* §. 1. ita: *in ſumma ſciendum eſt, quæ de venditis ſervis, quibus non denegatur ad libertatem proclamatio.* ſed convincitur emendatio hæc auctoritate librorum juris Baſilicōn, in quibus *lib.* 48. *titulo* 8. in *noſtra l.* 23. §. 1. eadem vel ſententia vel lectio, quæ in vulgatis Florentinisque libris exprimitur, ita: *quæ dicta ſunt de venditione ſervorum, qui non poſſunt proclamare ad libertatem.* Quare pro explicatione *d.* §. 1. interim, dum meliores aliæ occurrunt, obſervandum eſt, vocem *in ſumma*, quæ ibi extat, cum reſpiciat præcedentia, & ex his ſuo veluti compendio deducat, ut in *l. in ſumma* 65. *ff. de condict. indeb.* nihilque extet ad rem pertinens ex *lib.* 50. *Pauli ad Edictum*, cui inſcripta eſt *noſtra l.* 23. quo referri poſſit ſententia *d.* §. 1 referri debere ad *princip. ejusdem l.* 23. Deinde ſciendum eſt, easdem cauſſas & præ cæteris pretii participationem, quæ in venditione liberi hominis deſiderantur, ut ſervus fiat, requiri etiam in ſervo, cui jam eo tempore, quo vendi ſe patitur, libertas fideicommiſſaria debetur, ne proclamare ad libertatem poſſit. *l. Licinius 4. ff. quib. ad lib. procl.* juncta *l. quidam* 10. §. *ult. ff. de fideicommiſſ. libert. l. 1. C. quib. ad lib. procl.* Plane contextus *d.* §. 1. *noſtræ l.* 23. cum non ſit de vendito libero homine, qui venditione ſervus fit, ſed *de venditis ſervis*, quibus poſt venditionem denegatur ad libertatem proclamatio, refertur proprie magis ad ſervum, cui fideicommiſſaria libertas debita erat, quibus ſuppoſitis jam ex ſententia Accurſ. in *noſtro* §. 1. *verbo paſſim.* quam tamen aliter exaudit noſter Larea *deciſ. Granatenſi* 9. *num.* 74. *lib.* 1. dici probabiliter poteſt, venditioni ſervi, cui fideicommiſſaria libertas debebatur, exæquari quoad effectum denegandæ ad libertatem proclamationis in *d* § 1. donationem ejusdem hominis, dationemve in dotem aut pignus, nempe in eo, ut quemadmodum venditio poſt participationem pretii adimit libertatis proclamationem, relinquitque ſervum vel propter uſumfructum ſolum emptoris, vel etiam propter dominium venditori adquirendum, quamvis ipſe venditor pretium non dederit, ut in *princ. noſtræ l.* 23. ita ſimiliter donatio datioque in dotem vel pignus eripiat libertatis proclamationem, ſi pretii participatio intervenerit, ſive ea intervenerit in ipſa donatione, dationeve in dotem aut pignus, quod ex facto accidere poſſe Accurſ. ſupponit, ut pecuniam accipiat ille ipſe, cui jam libertas fideicommiſſaria debetur, quo magis ſe donari, darive in dotem aut pignori patiatur, ſive uno eodemque tempore & actu ejusdem hominis proprietas eo patiente & pretium participante uni vendita, & uſusfructus alii donatus datusve in dotem aut pignori ſit: ſufficit enim participatio pretii in venditione, quamvis ea alioquin ob malam fidem emptoris proclamationem libertatis adimere non potuerit. *d. l. quidam* 10. §. *ult. ff. de fideicommiſſar. libert.* ut vel ex donatione uſusfructus aut datione in dotem aut pignus denegetur proclamatio, ſicut in *noſtra l.* 23. *in princ.* ſufficit participatio pretii dati ab emptore uſusfructus, ut etiam proprietatis reſpectu ſervus fiat venditoris bonæ fidei ex patientia hominis venditi, quamvis in ea obtinenda nulla pretii ut pote a venditore non dati participatio intervenerit.

F I N I S.

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

PRÆLECTIO,

AD

LEGEM XXV. DIG. DE ACTIONE RERUM AMOTARUM,

HABITA SALMANTICÆ A. MDCXLI.

IN PRIMARIÆ JURIS CÆSAREI CATHEDRÆ PETITIONE.

§. I. OBTIGIT ſortito explicandum Ælii Marciani teſtimonium nobile in *l. rerum 25. de act. rer. amot.* obtigit ita ſortito, ſed fere ſine optione aut electione, eam enim nobis præripuit hujus loci eligendi neceſſitas, quippe in duabus aliis hujus Pandectarum voluminis, quod *infortiatum* dicimus, partibus obtigerunt Conſultorum teſtimonia in *l. 1. de bon. libert.* & in *l. ſi fundus 23. ad l. Falcid.* Primum a nobis ordinaria recitatione publicaque aſſertionum de libertorum jure propugnatione publice expoſitum. Secundum nempe *d. l. ſi fundus 23. ad leg. Falcid.* ad tractatum individuitatis ſervitutum pertinet, a nobisque non ſemel in Academicis Digeſti veteris de ſervitutibus recitationibus, & veſpertinis de individuis ſuperiori anno explanatum. Vos itaque qui diſcitis qui docetis, diſſertationem noſtram ad Marcianum in *d. l. rerum 25. de act. rer. amot.* quam neceſſariam ſors ut diximus fecit, fauſtam facite felicemque, animumque adferte cognoſcendi ſimiliter & ignoſcendi, juſtitiam canimus, favete linguis, veſtra eſt iſta dies, favete Muſæ.

§. II. Marciani jam audite verba. *Rerum quidem amotarum judicium ſic habet locum, ſi divortii conſilio res amotæ fuerint, & ſecutum divortium fuerit: ſed ſi in matrimonio uxor marito res ſubtraxerit, licet ceſſat rerum amotarum actio, tamen ipſas res maritus condicere poteſt: nam jure gentium condici poſſe puto res ab his, qui non ex juſta cauſſa poſſident.* Hæc Marciani in *præſenti* verba duas proprias præcipuasque juris aſſertiones continent. Prima eſt ad actionem rerum amotarum pertinens, affirmansque non aliter eam competere, quam ſi divortii conſilio res amotæ, & ſequutum divortium ſit. Secunda Marciani aſſertio docet, ſi in matrimonio ſine divortii conſilio res fuerint amotæ, nec divortium ſequutum ſit, ceſſare rerum amotarum actionem, condici tamen eas res poſſe condictione ex non juſta cauſa. Utramque nos Marciani aſſertionem preſſo diſputationis pede inſiſtemus præfixos a Marciano limites nec latum quidem, ut ajunt, unguem egredientes: eos ſi tranſiero, lineam adverſus me poſcite, ut olim urbane Afer. Plane in primis de neceſſitate & origine actionis rerum amotarum inſtituendæ pauca præfabimur. Sciendum itaque eſt, rebus uxoris a marito vel e contra amotis, non leviter inter veteres Juris Auctores dubitatum fuiſſe, quænam marito vel uxori, cujus amotæ ab altero res ſunt, actio competeret? dubitandi ratio ex eo nata, quia furti actionem intentari inter conjuges aut exerceri competereve non poſſe placebat, ut Conſulti ſupponunt in *l. 1. rer. amot. l. quamvis 17. l. ult. §. ult. C. de furt.* idque Juri conſtituto tribuit Paulus in *d. l. 1.* nempe ut creditur Conſtitutione Romuli, qua cautum eſt, uxorem cum marito participem eſſe omnium facultatum & ſacrorum, dominamque, ut memorat Dionyſius Halicarnaſ. *lib. 2. antiq.* Plutarch. in *præcep. connubial. lib. præcep.* 2. & ex novioribus notant Balduinus ad *Leges Romuli cap.* 13. Alciat. *lib. 7. Parerg. cap.* 26. Plane ſi conſtituti hujusce juris, quo placuit, furti actionem inter conjuges non eſſe, rationem quærimus, certant de illa veteres JCti, & commixtis permixtis confuſisque ſectarum Auctoribus adhuc, ſi Paulo credimus, ſub judice lis eſt: quippe Nerva & Caſſius, primus Proculejanus, ſecundus Sabinianus & Caſſianæ Scholæ Princeps, ut apparet ex *l. 2. §. ult. de orig. jur.* in ea utique ratione conſentiunt, quod & interdum inter eos contingit, ut in *l. ſi idem de jurisdictione, cum aliis*, quarum meminit ad rem Cujac. *ad tit. inſt. de rer. divis.* eruditus noſter diſſidentium JCtorum interpres dominus Petrus de Velaſco in *concertationibus inter Proculum & Caſſium ad l. 1. rer. amot.* Merill. *lib. 1. obſ. cap.* 4. plerumque alibi diſſentientes, ut affirment furtum non fieri marito in uxorem, quia ſocietas vitæ quodammodo dominam uxorem faceret, nempe conſtituto illo jure, cui conſentiens vetus Romana nuptiarum obſervatio clamabat in nuptiarum ſolemnibus, *ubi tu Cajus & ego Caja*, ſive *ubi tu dominus & ego domina*: ut vel Plutarch. docet in *connubial. præcepto* 20. indicantque notiſſimæ juris formulæ, quæ uxorem ſociam rei humanæ atque divinæ domus indigitant. *l. 4. C. de crim. expilat. hered.* nuptias divini atque humani juris communicationem. *l. 1. de rit. nupt.* cum ſexcentis aliis. Proinde nec poſſe uxo-

Digitized by Google

uxorem res marito amovendo furtum committere, cum ea domina earum ſit; furtum autem non fiat niſi alienæ rei, aut in qua alienum aliquid auferatur, ut in definitione furti ſupplet Theophilus in §. 1. *inſt. de oblig. quæ ex delicto.* E contrario Sabinus & Proculus diverſarum ſectarum capita docebant, furtum quidem ab uxore marito fieri; ſicuti filia patri facit, furti tamen non eſſe actionem conſtituto jure: hæc ipſa verba ſunt apud Paulum in *d. l.* 1. *de act. rer. amot.* quæ accuratiorem interpretia manum deſiderant; nobis autem jam olim præter vulgarem captum illuſtrari poſſe videntur, ſi obſervemus, vetus jus fuiſſe matrimonii illius, quod per coëmptionem ſive conventionem in manum contrahebatur, expreſſitque inter illa tria celebria nuptiarum genera *uſu*, *farre*, & *coëmptione* Arnobius Africanæ inter Patres eloquentiæ poſt Tertullianum facile Princeps *lib.* 2. *adverſus gentes.* ut mulier in mariti manum conveniens per coëmptionem eſſet marito loco filiæ, in ejusque familiam & poteſtatem tranſiret, eique proinde inter heredes ſuos, ut filia heres teſtatori exiſteret, ut Ulpianus in *fragm.* docet *tit.* 20. *n.* 3. & 29. Cajus *lib.* 3. *inſt.* apud Licinium Rufinum in *collat. legg. Moſaic.* & *Rom. tit.* 16. Unde nos in ſecunda extemporali prælectione noſtra ad §. *in extraneis inſt. de hered. qualit.* expoſuimus, abſtinendi ab hereditate mentionem in uxore tanquam ſua herede in *l. Lucius* 14. *l. Thais* 41. §. *Stichus de fideic. libert.* ut ex noſtris memorat æternus noſter, & judicio eruditione ſcriptis nunquam Salmanticæ pœnitendus Dominus Joannes Suarez de Mendoza *lib.* 2. *ad legem Aquiliam cap.* 3. *ſect.* 3. *num.* 18. alluſit itaque ad jus hoc matrimonii per coëmptionem ratio illa Proculi & Sabini in *d. l.* 1. *hoc tit.* ibi: *furtum quidem eam facere, ſicuti filia patri facit.* ſic enim & Servius vetus Maronis Scholiaſtes ad *lib.* 1. *Georgic.* ſcripſit de uxore in manum conveniente: *illam in filiæ locum maritum in patris venire, ut ſi quis prius fuiſſet defunctus, locum hereditatis juſtum alteri faceret.* notat ad rem Emundus Merillius in 50. *deciſ. Juſtiniani ad l. ult.* §. *ult. C. de furt.* Porro eſt ſcitiſſimum, filiamfam. cui uxor comparatur, furtum quidem facere patri; furti autem actione non teneri, in eamque ſententiam procul dubio eſt Paulus in *d. l.* 1. *hoc tit.* dum ſcribit: in *qua ſententia & Julianus rectiſſime eſt.* aliam ſane rationem exprimit Juſtinianus in *l. ult.* §. *ult. C. de furt.* nempe quia jus tam atrocem actionem furti in perſonam adeo conjunctam dare erubuit: nimirum quia furti actio & famoſa eſt & pœnalis, idque tam in confeſſo, ut teſtibus non egeat, in honorem autem matrimonii turpes actiones contra uxorem negantur. *l.* 2. *l.* 3. §. *ſed & cum uxore hoc tit.* condictio autem furtiva quamvis infamiam jure non irroget, quia in condictionibus ignominia ceſſat, licet ex famoſis cauſſis pendeant. *l. ceſſat* 36. *de oblig. & act.* onerat tamen exiſtimationem apud bonos & graves viros, ideoque & in perſonas, quibus reverentia debetur, non exercetur. *l. parens cum l. ſeq. de obſeq. parentib. & patronis.*

§. III. Expoſuimus huc usque & expreſſimus fere jam neceſſitatem inſtituendæ actionis rerum amotarum; namque cum inter conjuges rebus uxoris a marito vel e contra ſubtractis furti actionem non dari placeret ex cauſſis, quas huc usque illuſtravimus, neceſſe omnino fuit, ne conjux, cujus res ab alio ſubtractæ ſunt, in damno maneret, propriam actionem introduci, qua res iſtæ repeti poſſent: hæc autem eſt *rerum amotarum* actio, quam ſingulari jure introductam Paulus teſtatur, qua detracta furti mentione, quæ matrimonii honorem & reverentiam veluti ſugillaret, repetuntur honeſtiore mitioreque nomine res tanquam amotæ potius ſocietatis conjugalis colore, quam furti animo. Fuit nimirum Juriſprudentiæ veteris cura in eo, ut lenitate verbi triſtitiam & invidiam appellationis furti veluti mitigaret, & pudori ejus, qui conjux fuit, quodammodo parceret in memoriam honoremque matrimonii, quaſi levius ſit amovere quam furari, ut in *l. ſi ſervum* 71. §. *Prætor de adquir. hered. l. pen. & ult. ſi is qui teſtam. liber.* Quomodo & media Juriſprudentia appellationem *hoſtium*, quæ ad peregrinos proprie pertinuit in illa Lege XII. Tabb. *adverſus hoſtem æterna auctoritas eſto* de qua Marc. Varro *lib.* 4. *de lingua latina.* Cicero in *topicis.* Ambroſ. *lib.* 1. *offic. cap.* 14. Feſt. Pomp. in *voce hoſtes.* tranſtulit poſtea ad eos, quibus publice bellum indictum erat, quos XII. Tabb. *perduelles*, media Juriſprudentia *hoſtes* vocavit. *l. quos nos hoſtes* 234. *de V. S.* nempe dictum erat, ut lenitate nominis, quo peregrini ſignificabantur, triſtitiam & amaritudinem rei mitigarent.

§. IV. Hæc in communi & breviter de neceſſitate inducendæ ſingularis actionis rerum amotarum prælibaſſe ſuffecerit, propriam jam primamque diſputationis noſtræ apud Marcianum partem breviter complectamur. Docet itaque Marcianus, rerum amotarum actionem ita demum locum habere, ſi divortii conſilio res amotæ fuerint, & divortium ſequutum ſit: conſentiunt in hanc partem Marciano JCti in *l.* 3. *l. ſed etſi* 19. *l. redintegrato* 23. *hoc tit. l.* 1. & 2. *C. eadem. l. nec ſcriptura* 6. *C. de compenſ. l. quamvis* 17. *l. ult.* §. *ult. C. de furt. l. ſi patronus* 16. *l. in duobus* 28. §. *quæ juravit de jurejur. l. heres* 33. *de neg. geſt.* illuſtrant ex Claſſicis & quidem breviter jejuneque Bartolus & Alber. in *præſenti.* Ex novioribus P. Greg. *lib.* 37. *Syntagm. cap.* 11. Donel. *lib.* 15. *com. cap.* 29. Cujac. *lib.* 11. *quæſt. Pap.* in *l.* 5. *hoc tit* & in *recitatione ad eundem tit. in C.* Ant. Fab. *de error. Pragm. decad.* 78. *error.* 4. & *ſeqq.* & *decad.* 79. *err.* 8. & in *Juriſprud. Papin. tit.* 1. *princ.* 2. *illat.* 4. Schiſordegh. *ad Fab. lib.* 2. *tract.* 1. *quæſt.* 5. & 16. *cum ſeq* Merill. in 50. *deciſ. Juſt. ad d. l. ult.* §. *ult. C. de furt.* aliique poſtea ſigillatim laudandi.

§. V. Verum etſi certa apertaque ſit Marciani ſententia, ratio tamen ejusdem in comperto non eſt, nimirum cur placuerit, actionem rerum amotarum in eum dumtaxat caſum introduci, quo res divortii animo amotæ, & divortium ſequutum eſt, cum ſcitiſſimum ſit & frequentius, matrimonium morte unius ex conjugibus dirimi, in eumque caſum rebus amotis conjugi ſubveniri propria actione debuiſſet: & ſane res hæc eſt ex earum genere, in queis vix invenire licet, quem vel fugiamus vel ſequamur. Unus Cujac. cui nihil (ut Auſonius alibi dicebat) nec non lectum eſt nec non intellectum, *lib.* 11. *quæſt. Pap.* in *l. viva* 5. *h. t.* rationem differentiæ captaſſe potius quam cepiſſe videtur; affirmat idcirco ille, actionem rerum amotarum dari rebus amotis divortii cauſſa, non dari autem quotiens amotæ ſunt mortis unius ex conjugibus cauſſa, quia quæ divortii conſilio amovet, feciſſe creditur in fraudem mariti, malaque mente & inimica, ut ei noceat, quomodo repudiatæ uxores, ſeu quæ divertant, nuncupari *inimicæ* ſolent. *l. quæro* 39. *de pœnis. l. cum in fundo* 78. §. *quod ſi mulier de jur. dot.* proinde & oportuit actionem propriam rebus amotis repetendis induci contra eam, quæ malo animo marito, a quo divertebat, ut inimico mox futuro res intervertit. Diverſum eſt, cum matrimonium morte ſolvitur, & decumbente aut occumbente jam marito uxor amovit; tunc enim non tam animo ut marito morienti auferret & noceret, quam ut deſolatæ aut relictæ viduitati impendenti ſuccurreret, amoviſſe uxor præſumitur; idcircoque ceſſante amotarum rerum actione ſaltem directa heredibus mariti contra uxorem, quæ amovit, hereditatis petitione vel actione ad exhibendum ſuccurritur. *l. contra* 6. §. *ult. l. ſi propter* 22. §. *ult. h. t.* Hæc autem Cujacii ſententia idonea quidem, ut monuimus, exponendæ differentiæ rationi inter caſum divortii mortisque unius conjugis; vereor tamen,

ne idonea ſatis, ut explicemus cur a principio rerum amotarum actio introducta dumtaxat in caſum divortii; nam quod Cujacius aſſerit, inimicitias, quæ in uxore divertente conſiderantur, cauſſam præbuiſſe inducendæ in eum caſum actioni rerum amotarum, parum rem explicat, cum conſtet, poſſe etiam divortium fieri bona gratia, & ſine animi offenſa, quo etiam caſu donationes inter conjuges non infirmantur, ſive revocatæ non cenſentur. *l. vitricus* 60. §. 1. *cum l. ſeq. de donat. inter V. & U.* Quare ſi in alto hoc interpretum ſilentio veteriſque Juriſprudentiæ tenebris facem præferre aliquam nobis licet, crediderimus potius idcirco actionem rerum amotarum proprie in divortii caſum introductam, non autem in caſum mortis, quia hic frequens receptiſſimuſque mortalitatis noſtræ ſolvendi matrimonii modus, cui & perinde vetus Juriſprudentia conceſſa petitione hereditatis heredibus defuncti conjugis ad amotas res vindicandas ſatis ab initio proſpexerit. *d. l.* 6. §. *ult. l.* 22. §. *ult. h. t.* E contrario divortii caſus inauditus inſolituſque Juriſprudentiæ Romanæ quingentis annis ampliuſque ab urbe condita. Cujac. *lib.* 1. *obſ. cap.* 39. poſt quos Carvilius Ruga Romanorum primus divortium cum uxore fecit, ut Valerius memorat *lib.* 2. *cap.* 1. A. Gellius *lib.* 17. *noct. attic. cap. ult.* Unde effectum, ut repetendæ doti in eum caſum actionem rei uxoriæ vetus Juriſprudentia proprie introduceret, de qua ad exemplum actionis noſtræ rerum amotarum affirmat Boëthius in *topic. Cicer.* judicium rei uxoriæ competere, quotiens poſt divortium de dote contentio eſt; eadem itaque ratione & reſpectu relicto caſu mortis veteris juris cautioni, quæ in eum veluti frequentiorem ſolito remedio proſpexit, introducta eſt actio rerum amotarum in caſum divortii, ut ei tamquam novo hactenuſque inaudito ſubveniret, eoque fortaſſis reſpicit, quod de actione rerum amotarum proditum eſt in *l.* 1. *C. h. t.* nimirum ibi, *divortii cauſſa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio*, quibus verbis omiſſa interim Cujac. correctione *lib.* 17. *obſ. cap.* 6. qui pro *permittitur* legit *promittitur*, mihi quidem ſignificari potius videtur proprium jus inducendæ actionis rerum amotarum in caſum divortii; id enim non Legibus XII. Tabb. non cunabulis veteris Juriſprudentiæ, ſed prætorio perpetuoque edicto tribuitur, quod ut pote novius jus novo etiam divortii caſui proſpexit, & proſpexit ita, ut permitteret eo caſu actionem, quia cum primum introducta divortia inſolens novumque illud ſeparationis genus matrimonium jure dirimere non videbatur, donec poſtea veluti legibus propriis divortia adſtricta. *l.* 1. *& tot. tit. de divort.* ac præcipue lege Julia de adulteriis.

§. VI. Expoſita Marciani ſententiæ ratione, reliquum erit jam, ut ex ea, quæ ad hanc partem actionis rerum amotarum in divortii caſum tribuendæ JCtorum reſponſa pertinent, explicemus. In primis itaque ex hac ſententia interpretamur Ulpiani locum in *l. ſi concubina* 17. *h. t.* ubi ita ſcriptum: *ſi concubina res amoverit, hoc jure utimur, ut furti teneatur: conſequenter dicemus, ubicumque ceſſat matrimonium, ut puta in ea, quæ tutori ſuo nupſit, vel contra mandata convenit, vel ſicubi alibi ceſſat matrimonium, ceſſare rerum amotarum actionem: quia competit divortii cauſa.* Exſtat in duplici illa aſſertione duplex utique nodus, nec facile enodandus. Primus eſt quoad concubinam, quippe concubinatum Romano jure fuiſſe adeo veluti legitimam conjunctionem, ut concubinæ uxoris loco haberentur. *l. Maſſurius* 144. *de V. S. l. jubemus C. de natur. liber.* & per leges nomen aſſumerent, ut ſcriptum eſt in *l.* 3. *ff. de concubin.* & *viceconjuges* appellarentur, ut ex inſcriptionibus priſcis notat Emundus Merillius *lib.* 3. *obſ. cap.* 16. Sicut apud Hebræos legitimæ uxoris dimidium, ut affirmat Balſamon vetus conciliorum interpres apud Iſaacum Caſaub. in *Spartianum in Vero pag. mihi* 101. Proinde obſcurum, cur rerum amotarum actio, quæ contra uxorem amoventem permittitur, contra concubinam non detur. Altera & quidem gravior difficultas eſt in eo, quod Ulpianus ſcribit, ceſſare rerum amotarum actionem contra eam, quæ tutori ſuo nupſit, quia competit divortii cauſſa: quippe etiamſi affirmemus, divortii cauſſa res amotas eſſe debere, ut actio rerum amotarum competat, non tamen proprie dici poteſt competere divortii cauſſa: non enim eſt divortium cauſſa actionis dandæ, ſed furtum ſive ambitio, quæ divortii conſilio fit. Verum ut utrumque hunc ſcrupulum excutiamus, in primis quoad priorem attinet, affirmandum breviter eſt, concubinatum etiamſi civili jure permiſſum non tamen eſſe juſtum conjunctionis genus, quin potius toleratum & licitum non legitimum. Deinde concubinas, utcumque uxores veras imitentur, diſtare tamen ab eiſdem dignitate ſeu dignatione. *l. item* 49. §. *parvi de leg.* 3. *l. qui concubinam* 29. *eod.* Unde Ælii Veri Cæſaris ad uxorem nequiſſima illa argutia apud Spartianum in *Vero: patere me per alias exercere cupiditates meas; uxor enim dignitatis eſt nomen non voluptatis.* quibus conſequens fuit, actionem rerum amotarum, quæ in honorem matrimonii contra uxorem conceditur, contra concubinam negari, & e contrario furti actionem concedi. Plane quod ad ſecundam difficultatem attinet, manus ei dare cogitur Ant. Fab. *de error. Pragm. decad.* 79. *error.* 3. quo loci poſteriora verba illa *d. l. ſi concubina* 17. *quia competit divortii cauſſa*, ſejungit, novoque inducto inter Ulpiani verba divortio, adjectionem illam *divortii cauſa* expunctam ex fine ejus loci trajicit ad *principium* §. *ſeq.* ſed immerito, vellemque uteretur cauſatius critica ſpongia magnus hic in jure civili novator; quippe Ulpiani ſententia in ſuperioribus verbis aperta eſt, dum docet, ubicumque matrimonium ceſſat, jureque infectum eſt, veluti cum pupilla tutori ſuo nupſit, aut provincialis mulier Præfecto, non competere rerum amotarum actionem, quia competit divortii cauſſa, id eſt, quia cum divortii conſilio res amoverit, & divortium ſequutum fuiſſe neceſſe fuit, ut cum Marciano jam propoſuimus; neque divortium proprie eſſe poſſit, ubi matrimonium jure non eſt; non enim dici poteſt, ſcindi divortii gladio matrimonii vinculum, quod numquam tenuit, conſequens etiam eſt, amotarum rerum actionem non competere. docent ita & Ulpianum explicant poſt Accurſ. Bartolus & Albericus in *d. l. ſi concubina* 17.

§ VII. Secundo ex eadem juris ratione lucem præfero invulgato hactenus in hoc tractatu Ulpiani reſponſo in *l. quod ait* 11. §. *illud de divortiis.* exponit ibi Ulpianus vetus illud civile jus, quo placuit libertam, quæ patrono nupſit, invito patrono alii nubere non poſſe, ut proponitur in *l. in eo* 45. *de rit. nupt. l.* 1. §. 1. *unde vir & ux. l. ult. de divort.* quo ſuppoſito Ulpianus dubitat, an ſi patronus cum liberta, quæ ab invito eo divertit, rerum amotarum experiri velit, intelligatur eo ipſo facultatem ei tribuere nubendi alteri? Plane quatenus Ulpianus ſupponit, poſſe patronum cum liberta, quæ ab eo divertit, de amotis rebus experiri, valde & valide aſſertionem noſtram impugnat: quippe ſciendum eſt, divortium libertæ patrono invito factum jure pro infecto haberi, & perinde cenſeri, acſi matrimonium jure duraret, ut affirmat Conſultus in *l. unic.* §. 1. *unde vir & uxor.* ibi: *ſed ſi divortium quidem ſequutum ſit, verum tamen jure durat matrimonium, hæc ſucceſſio locum non habet, quod in hujuſmodi ſpeciebus procedit: liberta ab invito patrono divertit, lex Julia* de maritandis ordinibus *retinet iſtam in matrimonio, dum eam prohibet alii nubere invito patrono.* idque ipſum aperte ex *legis* verbis Ulpianus proponit in *princ. d. l. ult.* ibi: *divortii faciendi poteſtas libertæ, quæ nupta eſt patrono, ne eſto.* ergo etiam divortio non ſequuto, ſive, quod idem eſt, pro infecto habito

com-

competit rerum amotarum actio in *d. l. ult.* §. *ult.* univerſale proinde incrementum difficultati dabimus, & quidem decretorium, ſi obſervemus, quoad pleroſque juris effectus divortium libertæ, quæ invito patrono divertit, pro infecto haberi & matrimonium manere intelligi. (ſic etenim liberta, quæ divertit patrono invito, non admittitur ad bonorum poſſeſſionem ejuſdem inteſtati, tanquam uxor ex edicto *unde vir & uxor*, quia matrimonium eo reſpectu ceſſare intelligitur.) ſic etiam donationes, quæ in divortii caſum factæ inter conjuges confirmari divortio ſolent, non confirmantur, ſi liberta a patrono invito divertit, quia divortium pro infecto habetur. *l. & ideo* 62. §. 1. *de donat, inter vir. & ux.* ſic & ſimiliter libertæ, quæ divertit, facultatem dotis repetendæ, quam competere dirempto matrimonio diximus, jus in eadem ſpecie aufert, quia durare matrimonium videtur, quod ſolutum divortio non eſt, quod pro infecto habetur. *d. l. ult. in princ. de divort.* ergo ex eadem ratione jurisque exemplis deneganda rerum amotarum actio videtur in ſpecie *d. l. ult.* §. *ult. verſ. proinde.* Si verum eſt, quod dicimus, matrimonium divortio libertæ non dirimi, & de rebus amotis non niſi divortio ſequuto agi poſſe.

§. VIII. In hac difficultate expedienda in primis expedire neceſſe eſt, an ſcilicet divortio libertæ in ſpecie *l. ult.* §. *ult.* matrimonium diremptum ſit, ita ut poſſit amotarum rerum actio competere; porro in hoc quæſito pugnant Conſulti in *l. ult. de divortiis.* ubi Ulpianus non haberi pro infecto divortium & matrimonium ſeparatum eſſe affirmat. E contrario autem idem Ulpianus in *l.* 1. §. 1. *unde vir & uxor.* poſt divortium libertæ matrimonium durare adhuc docet: multi ſunt quoque in ea re expedienda Bart. Fulg. in *d. l. ult.* & Alberic. in *l. unica unde vir & uxor.* Nos autem eorum interim miſſis concertationibus breviter affirmamus, non fieri lege Julia irritum ſive pro infecto divortium libertæ invito patrono, quia quamvis generaliter & abſciſſe prohibuit libertæ, ut patrono invito alii nubat, & divortii poteſtatem ademit, non tamen ſic prohibuit, ut contra factum apertis verbis reſcinderet, ceu pro infecto haberet: ejusmodi autem leges *imperfectæ* ſeu *minus quam perfectæ* nuncupantur priſcis Conſultis, quia ante conſtitutionem Theodoſii in *novel.* 4. *ne curialis prædium alterius conducat*, quæ extat in *l. non dubium* 5. *C. de legib.* quæ contra legum diſpoſitionem fiebant, non erant irrita, niſi id ſpecialiter prohibente lege exprimeretur. docet Ulpianus in *fragm. titulo* 1. *in princ.* Macrob. *lib.* 2. *in ſomnium Scipionis cap.* 17. idque ipſum in propoſito aperte ex Juliæ legis verbis colligitur, quia fruſtra facultatem alteri nubendi ademerit libertæ, quæ a patrono divertit, niſi divortium pro valido haberet, & matrimonium primum pro dirempto, alioquin conſtante matrimonio primo communi jure adempta erat libertæ facultas alii nubendi, dum patrono nupta erat, cum polygamiam vetus Romana Jurisprudentia, ſive matrimonii ſecundi manente primo uſum nunquam admiſerit. *l. eam qui* 18. *C. ad l. Jul. de adulter. l.* 1. *de his qui notant. infamia.* Plane eo jure ſuppoſito de matrimonio per divortium libertæ ſoluto, tametſi contra legis prohibitionem, non in obſcuro ratio eſt, cur patronus idemque maritus poſſit contra libertam amotarum rerum agere, nempe quia cum divortium vere ſequutum ſit, eripi patrono non debet jus res amotas a liberta recuperandi, eujus facto & quod ad ipſam attinet, diremptum matrimonium eſt, tametſi prohibente lege; neque in contrarium revocare nos debent JCtorum teſtimonia in *d. l. unic.* §. 1. *unde vir & uxor. d. l. & ideo* 62. §. 1. *de donat. inter V. & U. d. l. ult.* in *princ. de divort.* quibus generaliter proditum eſt, matrimonium libertæ poſt divortium jure conſiſtere, & divortium quoad juris effectus dotis eo caſu repetendæ donationisque in divortii caſum factæ, tunc confirmandæ pro infecto haberi. Æſtuant ſane in his locis conciliandis poſt Claſſicos, quorum meminimus, eruditiores ex novioribus Jacob. Cujac. in *recitat. ad tit. unde vir & uxor.* Briſſon. *lib. ſingul. de jure connub.* Ant. Fab. in *Jurisprud. Papin. titulo* 9. *principio* 2. *illatione* 16. Nos autem explicari rem ſic poſſe arbitramur, & quidem niſi vereamur confidentiæ notam, ita ut nihil certius hactenus cortinam Phœbi protuliſſe affirmemus, nempe ſeparandos in primis eſſe eos effectus, qui libertæ quæ divertit honorem tanquam uxoria reſpiciunt, & eos qui patroni derelicti favorem, libertæque contra jus divertentis pœnam ac veluti vindictam continent; namque ſi de eo jure quæramus, quod favorem libertæ reſpicit, quoque illa foveretur, ſi juſtum ac legitimum divortium fuiſſet, affirmandum omnino eſt, quoad eos effectus divortium pro non facto haberi, & matrimonium manere intelligi. Inde illud inter cætera profluit, ut de dote actio, quæ non niſi ſoluto matrimonio competere ſolet. *l. ſi conſtante* 24. *ſolut. matr. l. ubi* 29. *C. de jur. dot.* non competat libertæ poſt divortium patrono invito factum, quaſi divortium, quoad eam attinet & favorem dotis recipiendæ, pro infecto ſit, matrimoniumque adhuc conſiſtat. Ita elucidandus Ulpianus in *d. l ult.* §. *ult. de divort.* ſic etiam jus bonorum poſſeſſionis, quæ uxori in ſucceſſione mariti inteſtati poſt cognatos defertur Prætorio jure. *l. unic. unde vir & uxor.* non tribuitur libertæ, ſi poſt divortium ejus patrono invito factum patronus, idemque maritus deceſſerit. *d. l. unic.* §. 1. quia matrimonium, quoad libertam attinet, facto ejusdem diremptum eſt, divortiumque pro infecto non habetur; proinde neque liberta jam pro uxore ut marito inteſtato ſuccedit, & quod durare matrimonium jure intelligitur, quoad alios juris effectus, ſolum eſt quoad eos, qui pœnam odiumque libertæ reſpiciunt: ſic denique donationes in divortii caſu factæ non confirmantur divortio libertæ, quoniam id in pœnam libertæ pro divortio non habetur, ideoque quaſi adhuc matrimonium remaneat, mors donatoris ſpectanda eſt, ut donatio firmetur. *l. ideo* 62. §. 1. *de donat. inter V. & U.* E contrario ſicut in actione rerum amotarum, quæ patroni maritique favorem reſpicit, & a liberta eripit res divortii conſilio amotas, ita & quoad adulterium, & ejus accuſationem, & ſimilia, quæ non niſi poſt divortium diremptoque matrimonio objici aut exerceri ſolent, matrimonium pro dirempto habetur, & divortium pro rato: diſtinctionis autem inter hæc ſingula ratio electa & elegans illa eſt, quia ſicut libertæ, quæ contra legem divertendo in legem commiſit, nocere æquum eſt ea ſingula, quæ contra uxores, quæ fuerunt poſt divortium, permitti ſolent, veluti actio rerum amotarum, & adulterii, alteriusque famoſæ actionis exercitio, ita & e contrario iniquum eſſet, proficere ei divortium contra legem factum, ut inde aut dotem repetat tanquam matrimonio perempto, aut confirmationem donationum obtendat in caſum divortii, aut bonorum poſſeſſionem tanquam uxor mariti poſtea defuncti: fruſtra etenim leges invocat, qui in eas commiſit. *l. auxilium* 37. *de minor. l. filii* 48. §. 1. *de rit. nupt.*

§. IX. Tertio ex eodem principiorum filo nectenda eſt Africani elucidatio, nondum fortaſſe in hoc tractatu expenſi aut expoſiti in *l. cum quis* 38. §. *ſi debitorem de ſolut.* quo loci Africanus proponit, ſi juſſerim debitorem meum Titio ſolvere, deinde Titium vetuerim accipere, & debitor ignorans ſolverit, liberari debitorem ipſo jure, ſi Titius bona fide acceperit, & tanquam reſtituturus domino. E contrario autem non liberari, niſi per acceptionem, ſi Titius tanquam falſus procurator furtumque nummorum facturus eos acceperit, quo caſu debitori ut liberetur exceptione ſuccurritur, ſi furtivam condictionem domino cedat. His ita poſitis propria jam noſtræ commentationis verba hæc apud Africanum ſequuntur: *ſicuti ſervatur,*

Digitized by Google

cum maritus uxori donaturus debitorem ſuum jubeat ſolvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non ſunt, debitorem non liberari; ſed exceptione eum adverſus maritum tuendum eſſe, ſi condictionem, quam adverſus mulierem habet, præſtet: furti tamen actionem, ait Africanus, *in propoſito mihi poſt divortium competituram, quando mea interſit interceptos nummos non eſſe.* poſtrema hæc Africani verba acriter adverſantur ſententiæ noſtræ, quippe in ea ſpecie, in qua uxor conſtante matrimonio rem a debitore mariti accepit, qui maritus uxori donaturus juſſerat, ut ei ſolveret debitor, & accepit amovendi animo, ut ſuperioris apud Africanum quæſtionis comparatio oſtendit, & condictionis furtique actionis mentio, affirmat Africanus, furti actionem marito poſt divortium contra uxorem competere; id autem ſi verum eſt, tota illa inſtituendæ actionis rerum amotarum neceſſitas, quia furti actio ceſſabat, ſimulque aſſertio noſtra, quæ in divortii caſum actionem rerum amotarum veluti ſubſidiariam deficientis actionis furti tribuit, funditus everti videtur. Accedit, quoad nos attinet, per ſe difficile obſcuriori reddendæ rei Ulpiani teſtimonium in *l. 3. §. ſi debitorem de donat. inter vir. & ux.* quo loci Ulpianus in eadem ſpecie debitoris, qui mariti donaturi nomine mulieri ſolvit, docet liberari ipſo jure debitorem, quia tametſi nummorum dominium uxori adquiri non poſſit, ob prohibitionem donationum inter conjuges. *l. 2. & 3. §. ſciendum de donat. inter vir. & ux.* marito tamen adquiſitum dominium videtur celeritate conjungendarum actionum una actione occultata; neque moramur in his explicandis veterum noviorumque interpretum opinationes, quarum aliquas recenſet & refellit Fab. *lib. 3. conject. cap.* 19. Schifordegh. *lib. 2. ad Fabr. tract.* 15. *quæſtione* 13. ille autem facilius certe aliis, ſi non felicius expedit ſe ab hoc nodo, agnoſcens diſſenſionem apertam adeo, ut vel in oculos incurrat, inter Ulpianum Africanumque in *d. l. 3. §. ſi debitorem, & d. l. cum quis* 38. §. 1. quemadmodum inter eosdem Conſultos in non diſſimili quæſtione vetus juris diſſidium fuiſſe agnoſcunt non pauci in *l. ſingularia* 15. *de rebus credit. & l. qui negotia* 34. *mandati*. Plane quod attinet ad proprium illum noſtræ aſſertionis obicem in *d. l. cum quis* §. 1. quatenus contra uxorem ob res conſtante matrimonio amotas furti actio poſt divortium conceditur, ſolenti & inſolenti non ſemel emendandi prurigine abutitur ille idem Faber, affirmatque illa verba *poſt divortium* in *d. l. cum quis* §. 1. gloſſema eſſe interpretis imperiti, verbumque *mihi* & ſententiam Conſulti *ibidem* non ad maritum contra uxorem, ſed ad priorem ſpeciem ejus loci referendam contendit. Nobis autem placuit jam pridem vetus Gothofredi ſententia, firmantis ſpeciem ejus loci fingendam omnino aliter, quam vulgo proponitur, qua recte poſita utraque ejusdem loci difficultas ſedabitur: quam ſententiam & Cujac. ſequitur *tractatu 7. ad Afric.* in *d. l. cum quis* 38. §. 1. Finge itaque, maritus uxori donaturus debitori ſuo juſſit, ut ei ſolveret, deinde priusquam debitor ſolveret, divortio facto donationis revocationi locum veluti fecit, ſeu donationem revocavit, ut plerumque evenit, quotiens divortium fit non bona gratia. *l. cum hic ſtatus §. ſi divortium de donat. inter vir. & ux.* poſt divortium itaque ignorans debitor infirmatam divortio donationem mulieri ſolvit, eaque accepit furandi animo, & ut pecuniam faceret lucri: in ea ſpecie, quam & juris ratio & contextus ſuperioris quæſtionis exigit, in qua perinde agitur de debitore, qui poſt revocationem mandati ſolvit, affirmat Conſultus, debitorem non liberari ipſo jure, quia pecuniæ dominium, quod furanti mulieri adquiri non potuit, non diſcedit a debitore, liberari autem per exceptionem, ſi condictionem furtivam, quam contra mulierem habet, cedat marito, quin & marito ipſi furti actionem poſt divortium competere, in quo & ſpecie ita poſita nihil aſſertioni noſtræ contrarium, quia non de rebus conſtante matrimonio amotis & divortii conſilio quæſtio eſt, ſed de amotis, ſive acceptis furandi animo poſt divortium, quo caſu actionem furti contra mulierem competere docet in *l. 3. h. t.* quin & eadem ſpecie ſuppoſita in explorato & expedito eſt Ulpiani interpretatio in *d. l. 3. §. ſi debitorem de donat. inter V. & U.* ubi idcirco neque furti actio aut furtiva condictio contra mulierem exercetur, & debitor ipſo jure liberatur, quia non poſt divortium & mutata mariti voluntate debitor ſolvit, ſed matrimonio & voluntate manente, unde & dominium, quod uxori donatariæ adquiri jus non patitur, adquiritur marito, & debitor ipſo jure liberatur.

§. X. Quarto ad hanc rem utique Marciani aſſertionem pertinet Pauli locus, quo fortaſſe in hac parte nullus implicatior obſcurior nullus, & ignotus fortaſſe vulgo in *l. ſi filiofam.* 25. *ſolut. matr.* quo loci docet Paulus, ſi filiofam. uxorem ducenti dos data ſit ſine juſſu patris, de peculio quidem actionem contra patrem mulieri pro dote competere. *l. ſi cum dotem* 22. *§. pen. ſolut. matr. l. ſi filio* 20. §. 1. *fam. erciſc.* ſubjungit deinde Paulus, quod ſi propter res peculiares filiiſam. mariti ab uxore amotas, vel ob impenſas alienamve ſimilem petitionis cauſſam pater habeat actionem contra uxorem filii, veluti actionem rerum amotarum, eo ipſo peculium filii augetur, majusque eſſe videtur, quia computari in peculio filiiſam. ſolet illud omne, quod filio ac per eum patri debetur. *l. quam Tuberoni* 7. *§. in peculio de peculio.* quo ſuppoſito infert ex eo Paulus, mulieri agenti de dote poſt matrimonium ſolutum totum præſtandum eſſe, quod eſt in peculio, & conſequenter computato etiam eo, neque deducto ſeu retento a marito, quod eidem uxor propter res amotas debet. Pauli verba hæc ſunt: *ſed ſive propter impenſas a filiofam. factas, ſive propter res donatas a filio, vel amotas ab uxore res peculiares: hoc ipſo, quod habet actionem pater ex perſona filii, majus peculium fit. Et ſic totum eſt præſtandum mulieri, quod eſt in peculio; quia adhuc fit, quod uxori debeatur.* huc usque Paulus evertens veluti deſtinato dataque opera jus actionis rerum amotarum poſt divortium reddendæ; quippe Paulus agnoſcit in actione de dote agenti mulieri poſt divortium reſtituendum eſſe totum id, quod in peculio ejusdem mariti apud patrem eſt, & conſequenter aperteque etiam id, quod propter res amotas ab uxore eo ipſo tempore poſt divortium nempe pater petere poſſet, quoniam & id ut pote debitum filio marito in peculio ejusdem eſt: ergo ſupponit Paulus, eſſe inutilem actionem rerum amotarum etiam poſt divortium, quippe ſi utilis eſſet, quod rerum amotarum actione pater ab uxore petere poſſet, multò magis & retinere ſeu compenſare contra eandem de peculio agentem actione de dote ex regula *l. is qui de R. J. l. unic. §. taceat C. de rei uxoriæ act.* in hac difficultate explicanda Accurſ. & ejusdem Scholæ interpretes Antiquiores Caſtrenſis, Imola, & Alexander in *d. l. ſi filiofam.* 25. quos ſequitur Petrus Barboſa in *l. ſi cum dotem* 22. *§. transgrediamur num.* 22. *ſolut matr.* exiſtimant, idcirco in *d. l. ſi filio* 25. non haberi rationem actionis rerum amotarum, totumque quod ob amotas res debetur ipſi mulieri, quæ amovit, poſt divortium præſtari, quia quidquid filio eidemque marito debetur, auget peculium. *d. l.* 7. *§. in peculio.* proinde cum dos mulieri ex peculio præſtanda ſit, & id ipſum quod debet ob res amotas in peculio computetur, etiamſi pater filii nomine actione rerum amotarum res petat, objicietur ei compenſatio dotalis debiti, quod ex eodem peculio ſolvendum eſt, ideoque oppoſita compenſatione effectus actionis rerum amotarum eliditur. Verum hæc Accurſii aliorumque interpretatio, eique non diſſimilis alia Duareni in *d. l. ſi filio.* mihi quidem ſemper, item aliis, qui paulo attentius rem ipſam perpenderint, non facit ſatis: quippe jus certum eſt, & quidem quoad actionem de dote,

id

id ipſum quod patri filiifam. mariti, qui dotem accepit, filiusipſe debet, computari quidem in peculio, ſic tamen ut præferatur pater, deducatque conventus actione de dote ab uxore filii, deducat inquam, in primis quidquid ipſi idem filius debet, neque id mulieri agenti de dote reſtituat, ut aperte Ulpianus ſcribit in *l. ſi filiofam, 58. in fin ſolut. matr.* Ergo & fortius dicetur, id ipſum, quod actione rerum amotarum mulier ipſi marito filiofam. ac per eum patri debet, deducendum contra mulierem ipſam, præferendumque patrem in deductione: abſurdum namque eſſet, tribui mulieri contra actionem rerum amotarum delinquenti compenſationem prælationemque, quam ubi nihil deliquit ei denegamus: quare ut obſcurum prorſus explicetur, obſervandum potius eſt cum Cumano ſubtiliſſimo fere inter Accurſianos expoſitores in *d. l. ſi filiofam.* 25. quem illaudatum ſequitur magnus ille obſervator Cujac. *lib.* 28. *obſ. cap.* 37. & *lib.* 35. *Pauli ad Edictum* in *d. l. ſi filiofam.* 25. ſpeciem apud Paulum proponi ſic debere: mulier trecenta in dote attulit, eaque filiofam. marito tradidit, non jubente patre maritus paterve ejus poſtea centum in res dotales impendit, ſive potius mulier ipſa centum conſtante matrimonio & divortii conſilio a marito amovit, poſtea ſequutum eſt divortium, in hac ſpecie affirmat Paulus ea centum, quæ uxor marito ejusque patri amovit, & actione rerum amotarum debet, computari in peculio ejusdem mariti, onde & recte infert, totum id quod eſt in peculio reſtitui uxori debere, nempe ducenta computatis centum illis, quæ uxor ob res amotas debet; in eo autem neque injuria pater afficitur, neque jus actionis rerum amotarum poſt divortium competentis labefactatur; quippe ſumus in ea ſpecie, in qua ducentis uxori redditis & computatis in peculio centum, quæ uxor amovit, ut ſic ducenta ei reddantur, manent adhuc apud maritum patremve centum ex dote, quæ trecentorum fuerat, ac proinde amplius quantitate peculii, quæ divortii tempore eſt: abſurdum autem eſſet, patrem non niſi de peculio conveniri, in quo centum duntaxat ſunt divortii tempore, ſi centum alia amota non computentur & reſtituantur. Jam vero interpretationem hanc de ampliore quantitate dotis fingenda in *d. l. ſi filiofam.* 25. firmat aperte duobus locis Paulus *ibidem.* Primum in *principio ejus loci*, dum veluti de induſtria ſupponit, actionem dotis filio datæ injuſſu patris non in ſolidum eſſe, ſed de peculio; nempe ut eo ipſo ſignificet, quidquid in peculio etiam computato eo, quod uxor ob res amotas debet, reſtitui ei debere, quotiens peculium ad ſolidæ dotis quantitatem non ſufficit. Secundo & quidem clare perſpicueque confirmat eam ſententiam Paulus in ratione, quam reddit in extremo *d. l. ſi filiofam.* 25. dum ſcribit totum, quod in peculio eſt, præſtandum mulieri, *quia adhuc ſit quod uxori debeatur*, id eſt, quia etiam toto eo uxori præſtito remanent apud patrem ſeu maritum, neque uxori redduntur centum illa, quibus locupletior fuit dos quam quantitas peculii, quæ invenitur divortii tempore.

§. XI. Quinto ex eadem ratione juris, ne hanc de actione rerum amotarum non niſi in divortii caſu exercenda orbitam egrediamur, explicatu digniſſimum eſt, neque in gratiam noſtratis novæ Jurisprudentiæ uſumque judiciorum & fori prætermittendum, quod Juſtinianus docet in *l. unica §. taceat verſ. ſed nec retentio C. de rei uxoriæ actione.* his verbis: *ſed nec retentio ob res amotas neceſſaria eſt, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum judicium.* abrogat nimirum *eo loco* Juſtinianus retentionem illam ex dote propter res amotas, qua maritus adverſus uxorem ſoluto matrimonio dotem petentem in actione rei uxoriæ ſolebat uti, dotemque retinere, donec amotæ res reſtituerentur: extant ejus retentionis veſtigia in *l. illud* 5, *l. ob res* 26. §. 1. *de pactis dotalib. l. rei judicatæ* 15. §. 1. *ſoluto matrimon. l. ſi cum dos* 8. *h. t.* vult itaque Juſtinianus, deinceps ceſſare retentionem dotis ob res amotas, quia patet omnibus maritis rerum amotarum judicium, quo ſatis ſuperque illis conſultum eſt; verum in hac re Juſtinianus aut Tribonianus potius fugere non potuit cenſoriam Fabri notam, qui ſuperciliosa illa auctoritate, qua cenſuram ſine ſuffragio gerere & in juris auctores invehi ſolet, *de error. Pragm.* Juſtinianum accuſat malæ in Jurisprudentiam tractationis, ſublatæque perperam retentionis ob res amotas prætextu actionis rerum amotarum: Fabrianæ affirmationis fulcrum veluti & fundamentum eſt Marcianus noſter in *præſenti.* dum docet actionem rerum amotarum non niſi poſt divortium competere.

§. XII. Revocat jam diſputationem noſtram, auremque quodammodo vellit pars altera Marciani ſententiæ, quæ docet, ſi in matrimonio uxor marito rem ſubtraxerit, ſcilicet non divortii conſilio, neque divortio poſtea ſequuto, ceſſare quidem rerum amotarum actionem, poſſe tamen condicere maritum ab uxore res amotas condictione ex non juſta cauſſa, ſive ex Jure gentium: concinit huic ſententiæ Conſultus in *l. 6. §. ult. l. ob res* 24. *h. t. l. perpetuo 6. de condict. ob turpem cauſſam*, vel *de condict. ob cauſſam. l. ſi & me & Titium* 32. *de rebus creditis.* illuſtrant inter alios, quos ad priorem noſtri textus partem laudavimus, Petrus Gregor. *lib.* 37. *Syntagm. cap.* 11. Donell. *lib.* 15. *comm. cap.* 29. Fab. *de error. Pragm. decad.* 79. *error.* 8. & *decad.* 78. *error.* 4. Cujac. ad *hunc tit. in C.* & *lib.* 11. *quæſt. Pap.* in *l. viva* 11. *h. t.* ſunt autem hujus ſententiæ duæ partes: prima affirmat, ceſſare rerum amotarum actionem conſtante matrimonio: ſecunda docet, competere eo ipſo tempore condictionem, quæ in eos dari ſolet, qui non ex juſta cauſſa poſſident.

F I N I S.

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

IN SALMANTICENSI UNIVERSITATE PRIMARIÆ CATHEDRÆ ANTECESSORIS,

COMMENTARIUS AD SCÆVOLAM

IN

LEG. GALLUS XXIX. DIG.

DE LIBERIS, ET POSTHUMIS HEREDIBUS INSTITUENDIS, VEL EXHEREDANDIS.

RECITATUS ANNO MDCXLI.

INTER celebriores juris tractatus, quos inſignis hæc Pandectarum pars, quam *infortiatum* dicimus, continet, primum hunc & veluti primarium Anteceſſoribus primariis explicandum Academicarum legum ſeries præſcribit; primumque hunc etiam veſtra Clariſſimi Auditores acclamatione & ſuffragio ad primariam hanc cathedram nuper promoti ex profeſſu interpretandum ſuſcipimus, quo major & impenſior nobis eſt accurate curandi cauſſa & neceſſitas, ut quemadmodum in Romano dilectu & cenſu proſpiciebatur, ut primus quiſque miles, civisve in cenſum relatus boni & fauſti nominis eſſet, teſte Cicerone *lib. 1. de divinat.* Sexto Pompejo Feſto *de V. S. in voce latus.* Ita & noſtra ad *hunc titulum* lucubratio non modo auſpicii & ordinis, ſed & doctrinæ ac diligentiæ primas ferat, & inter noſtras, & pro captu noſtro mereatur: ſed ut præſtemus nobiliſſimam Scævolæ ad Gallum Aquilium & Vellejam legem diſputationem, quam quia ſemper poſtremis Academici curſus ſpatiis Anteceſſores noſtri ſeponunt, poſtea ſpatiis eiſdem intercepti non pro dignitate expoſuere, nos a principio jam aggrediemur totos ſcholaſtici anni & operæ menſes huic commentationi applicantes, & tamen ut & uſui veſtro & Academiæ legibus faciamus ſatis, prima potioraque materiæ elementa, quæ aliis hujus tituli locis illuſtrandis ſubſerviunt, complectemur uno brevique capite, quod pro apparatu ſit commentarii noſtri ad Scævolam.

PARS PRIMA.

CAPUT PRIMUM.

In quo apparatus, & principiorum hujus Tituli ſumma.

§. I. Liberi & poſthumi, eorumque inſtitutio aut exheredatio ſunt tractatus titulique noſtri partes praecipuae, quarum brevem ſimul præviamque explanationem diſputatio Galli Aquilii deſiderat: eſt itaque in primis ſciendum, *liberorum* appellatione apud auctores juris & alios ſignificari filios, ut voce ad libertatem delata ſecernantur a ſervis, qui perinde ac filii in aliena patrisfam. poteſtate ſunt, ut conjectatur D. Iſidorus *lib. 9. originum cap. 5.* comprehenduntur autem nomine liberorum in uſu juris, regulariterque filii omnes tam maſculi quam fœminæ. *l. cognoſcere 56. §. liberorum ff. de V. S. l. ſed ſi hac 10. §. liberos 5. ff. de in jus voc. l. 1. C. de condit. inſert. l. ult.* juncta *l. penult. & l. ex pollicitatione 9.* ubi Cujac. *lib. 4. different. Modeſtini ff. de pollicitat.* & interpretatione Alberici in *l. totres 6. ff. eodem tit.* tam qui in poteſtate ſunt, quam qui ſui juris ſunt. *d. l. agnoſcere 56. §. liberorum. l. 2. §. Prætor ait ff. qui ſatisdare.* tam nati quam naſcituri, ſive poſthumi.

l. ſi

l. ſi quis operas 5. ff. de oper. libert. l. is cui 18. ff. quando dies legat. ced. l. ſed etſi 20. ff. ad SCtum Trebell. juncta & huc referenda l. intelligendus 153. ff. de V. S. tam naturales, juſtique, ſive ex juſtis nuptiis ſuſcepti, quam adoptivi. l. 1. ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l. 1. §. liberos 6. ff. ſi tab. teſtam. nullæ extabunt. l. liberos 10. ff. de ſenator. denique comprehenduntur deſcendentes omnes, etiam ultra trinepotem & in infinitum. l. liberorum 220. ff. de V. S. l. 1. §. 1. ff. de leg. præſt. l. 3. §. liberos ff. de aſſig. libertis. l. libertum 14. §. 1. ff. de excuſat. tutorum. l. ſed etſi hæc 10. §. liberos 9. ff. de in jus voc. junctis iis quæ tradidit Alex. ab Alexandro lib. 1. dier. genial. cap. 15. niſi ubi ſpecialis enumeratio deſcendentium propriis nominibus fit, quo caſu liberorum appellatio non extenditur ultra nominatos. d. l. 1. §. 1. ff. de leg. præſt. d. l. liberorum 220. verſ. toties. ut in duobus capitibus Juliæ Papiæque legum, de quibus in l. lege 44. ff. de ritu nupt. l. un. in pr. verſ. & cum lex C. de cad. toll. ad quas leges Joliam Papiamque referenda eſt legum appellatio in d. l. liberorum 220. verſ. toties. junctis ejuſdem enumerationis graduum exemplis in §. ſunt autem 3. verſ. tertio, decem inſtitut. de bon. poſſeſſ. l. 1. C. de ſecundis nupt. l. ſi quis inceſti 6. C. de inceſtis nupt. l. 1. & 2. C. de privilegiis eorum qui in ſacro palatio. Denique l. Divo 11. C. de quæſtionibus. l. filii 12. §. ſenatores ff. ad municipalem. quibus duobus in locis ignoratione regulæ d. verſ. toties. & decepti arg. l. moris 9. §. liberos 13. ff. de pœnis. l. liberos 10. ff. de ſenatoribus. hallucinantur Antiquiores, & poſt eos Barboſa in l. quia tale 14. num. 27. & ſeqq. ff. ſolut. matr. Caldas Pereira in l. ſi curatorem, verbo ſine curatore num. 48. in ſine C. de in integrum reſtitutione minorum.

§. II. Neque ſuperiori aſſertioni de appellatione liberorum ad deſcendentes omnes etiam ultra trinepotem regulariter producenda obſtat Pauli ſententia in l. JCtus 10. §. parentes 7. verſ. item liberi ff. de gradibus. cujus argumento liberos proprie usque ad trinepotem dumtaxat, & poſt eum poſteros ſeu poſteriores vocari deſcendentes docet Accurſ. in §. ita demum, verbo perſonis inſt. de heredit. quæ ab inteſt. defer. & poſt Bartolum in noſtra l. Gallus §. videndum num. 1. plures relati a Caldas in d. l. ſi curatorem, verbo ſine curatore num. 48. verſ. licet autem. Cujac. ad titulum ff. de gradibus in pr. Petrus Crinitus lib. 15. de honeſta disciplina cap. 8. Sed retenta aſſertione noſtra, quam & Acc. ſequitur in l. ſi dotali 48. verbo interpoſita ff. ſoluto matr. & exploſa Grammatica audacia Laurentii Vallæ lib. 6. elegantiarum cap. 55. Floridi Sabini de interpretibus juris pag. mihi 181. qui Paulum aliosque juris auctores in hac re, quia non capiunt, carpunt, reſpondendum eſt non negari a Paulo in d. l. JCtus 10. §. parentes. liberorum nomen etiam ultra trinepotem extendi, ſed illud tantum affirmari, liberos usque ad trinepotem diſtingui proprio nomine ſive ſpeciali ſingulorum graduum, dicuntur enim filii, nepotes, pronepotes, adnepotes, abnepotes, trinepotes, inferiores autem poſt trinepotem, cum ſpeciale gradus nomen deficiat, ſolo communi & collectivo nuncupantur poſteri ſeu poſteriores aut liberi, quemadmodum & clariore ſenſu idem Paulus in d. §. parentes ſcripſerat, parentes usque ad tritavum proprio ſive ſpeciali cujusque gradus vocabulo nominari: ulteriores autem poſt tritavum, qui non habent ſpeciale nomen, dici majores ſeu parentes communi nomine, quod non negat omnibus aſcendentibus etiam poſt tritavum convenire, ut & expreſſum eſt in l. 4. §. parentes. l. ſed ſi hac 10. §. liberos 9. ff. de in jus voc. l. 1. §. 1. ff. de leg. præſt. l. appellatione 51. ff. de V. S. ubi pugnantia alioquin hæc jura ſic exponunt & componunt Alciatus, & Albericus Gentilis, cum pluribus Caldas Pereira ubi ſupra num. 48. Faber in Rat. d. l. 4. §. parentes. plures apud Hilligerum ad Donellum lib. 23. cap. 2. litera T.

§. III. Liberorum nominis deſcriptionem ſequuntur poſthumi, de quibus breviter nunc notamus, poſthumorum vocem a particula poſt, & humus compoſitam, & cum adſpiratione ſcribendam eſſe, ut proinde poſthumi proprie ſint, qui poſt humatum patrem naſcuntur, ſive, ut Ulpianus ad hanc etymologiam reſpiciens ſcribit, poſthumi dicantur dumtaxat, qui poſt mortem parentis naſcuntur. l. 3. §. 1. ff. de injuſto rupt. ubi ita Acc. verbo dumtaxat, & in §. ita demum verſ. poſthumi, verbo ſui heredes inſtitut. de hered. quæ ab inteſt. Bartolus in noſtra l. Gallus num. 7. eamque ut communiorem verbi poſthumus notationem ſequuntur & illuſtrant varie ex multis humaniorum ſcriptorum locis poſt multos Hilligerus ad Don. lib. 6. cap. 11. litera F. Alphonſus Carranza de partu cap. 2. §. 1. illat. 12. num. 44. & ſeqq. & ex noſtratibus Pich. ad hunc titulum in præludiis cap. 1. num. 23. & 24. Valentia lib. 3. illuſtrium tractatu 2. ad hunc tit. cap. 1. num. 12. & ultra eos & ab eis congeſtos Laurenbergius in antiquario in voce poſthumus. Ludovicus Dorleans in Tacitum lib. 1. annal. pag. mihi 17. & ex Græcis interpretibus juris Conſtantinus Harmenupolus in promptuario lib. 5. tit. 5. Sed in contrarium vocat non paucos auctoritas Cujacii lib. 3. obſervat. cap. 4. & ſub nomine Antonii Mercatoris contra Joannem Robertum lib. 2. notatorum cap. 1. & 2. Cui ſubſcribunt præter laudatos ab Hilligero, Carranza, Pichardo, & Valentia ubi ſupra, Guilielmus Canterus lib. 2. novarum lectionum cap. 10. Ludovicus de la Cerda in adverſariis ſacris cap. 48. num. 13. & cap. 142. num. 498. & cap. 160. num. 6. & in Virgilium lib. 6. Æneidos verſu 763. Lævinus Torrentius in Horatium lib. 2. carm. 14. in pr. dum contendunt, poſthumum idem eſſe ac poſtremum, quomodo poſteriores pro poſthumis accipiuntur in l. 3. §. ex his juxta lectionem, quæ habet ibi aliam poſteriorum, ff. de injuſto rupt. & poſthumi dictionem compoſitam a voce poſt, ita ut particula humus ſit productio ſola vocabuli, nihil aliud ſignificans, & ſine adſpiratione ſcribatur: ideoque poſthumum proprie dici, qui poſtremo loco naſcitur, ſive patre mortuo ſive vivo, ut & ſentiunt Fortunius Garzia in noſtra l. Gallus num. 96. Alciatus in l. nomen 164. ff. de verborum ſignificat. & lib 4. parerg. cap. 13. quorum opinionem fovent aut firmant textus in l. ſi quis ita 16. §. ult. ff. de teſtam. tut. l. poſthuma 24. hoc tit. l. 1. C. de poſthumis hered. inſtit. l. poſthumus 12. d. l. 3. §. nominatim, & §. 1. verſ. ſed & hi ff. de injuſto rupto. cujus poſtremi textus in d. §. 1. ſententiam ſic exprimunt Cujacio aperte faventes compoſitores juris Romani in Græcam linguam tranſlati in epitome, quam vocant Synoſin Baſilicῶn lib. 39. tit. 2. cap. 3. his verbis: poſthumus autem eſt, qui poſt mortem parentis naſcitur, vel qui poſt teſtamentum factum in vita parentis naſcitur. Aperte etiam conſentit Gajus lib. 2. inſtitut. tit. 3. §. 3.

§. IV. Verum hæc Cujacii opinatio ſignanter convincitur tum in d. l. 3. §. 1. in pr. ff. de injuſto rupto. ubi vox dumtaxat reſtringit appellationem poſthumi ad natum poſt mortem patris, & conſequenter vivo patre natos excludit, quamvis poſtremi filii ſint: tum etiam ex l. nomen 164. ff. de V. S. & ex l. poſthumorum 13. ff. de injuſto rupto. ubi nepotes ſuccedendo quaſi adgnaſcentes, quamvis poſtremi liberorum ſint, non tamen poſthumi ſed poſthumorum loco eſſe dicuntur; nec pro Cujacio ſtant nobisve obſtant, quæ ſupra expendimus, nam quod attinet ad d. l. 3. §. ex his. quamvis ex lectione, quæ habet poſteriorum, nihil quod pro Cujacio urgeat deducatur, legendum tamen eſt poſthumorum, ut in vulgatis & melioris fidei Codicibus, & juris ratio ibidem ſuadet. Deinde quod pertinet ad d. l. ſi quis ita 16. §. ult. ff. de teſtam. tut. d. l. 3. §. nominatim ff. de injuſto rupt. reſpondendum breviter eſt, eos qui poſt teſtamentum vivo adhuc patre naſcuntur, quamvis poſthumi proprie

non ſint, quæ dubitandi ratio fuit in *d. l. ſi quis ita* 16. §. *ult.* tamen quoad teſtatorem ejusque voluntatem poſthumorum loco & jure cenſeri, ideoque & exheredatione poſthumorum comprehendi. *d. l.* 3. §. *nominatim.* & datione tutoris nominati *poſthumis* a patre. *d. l. ſi quis ita* 16. §. *ult.* & quidem merito, quia qui teſtatur, cum in tempus mortis & cogitatione ejusdem diſponat. *l. hac conſultiſſima* 21. *verſ. at cum humana C. qui teſtament. fac. poſſunt. l.* 1. *ff. eod. tit.* videtur, quoties poſthumi meminit, conſideratione & affectu ut poſthumum poſt mortem ſuam naſciturum reſpexiſſe eum, qui poſt teſtamentum vivo eo natus eſt, qui cum ille idem ſit, de quo teſtamento ſenſit, recte & diſpoſitione ejus continetur, ut pote ejus reſpectu & opinione poſthumus, quamvis ante opinionem ejus natus, ut in *l. Titius* 25. §. 1. *hoc tit. l. ult. C. de poſth. hered.* explicant ita poſt Philippum Decium in *l. poſthumo num.* 16. Alciatus Sarmientusque apud Carranzam *d. illat.* 12. *num.* 60. Coraſius in *noſtra l. Gallus num.* 7. ſecundum quæ etiam eſt explicanda poſthumi appellatio in *d. l. poſthuma* 24. *hoc tit. l. poſthumus* 12. *ff. de injuſto rupto. l.* 1. *C. de poſthumis heredibus.* Denique in eundem ſenſum Gajus *d. lib.* 2. *inſtitut. tit.* 3. §. 3. duo genera poſthumorum agnoſcit, alios qui vere & proprie poſt mortem patris naſcuntur, alios qui vivo & poſt teſtamentum, ideoque figurate & per prolepſin ſive anticipationem poſthumi appellantur, quia teſtatoris cogitatione, & affectu tanquam poſt mortem naſcituri inſtituuntur. Plane ceſſante hac teſtatoris conſideratione & reſpectu, ſi in diſpoſitione alia contractus aut ſtatuti fiat mentio, poſthumorum appellatione non contineri niſi eos, qui vere proprieque poſt mortem patris naſcuntur, certius receptiusque eſt, ut docet Bartolus in *præſenti num.* 7. & poſt alios communiter Pereira in *l. ſi curatorem, verbo ſine curatore num.* 49. *C. de in integr. reſtitutione.* & congeſti a Pich. *ad hunc tit. in præludiis cap.* 1. *num.* 24.

§. V. Poſtremo quod pertinet ad *d. l.* 3. §. 1. *verſ. ſed & hi.* quamvis ſuperior etiam interpretatio adaptari ei poſſit, & alia non diſſimilis Riminaldi in *d. l. poſthumo.* Joannis Roberti *lib.* 2. *animadverſ. cap.* 1. *& lib.* 2. *notatorum cap.* 2. & poſt Forcatulum Carranzæ *ubi ſupra num.* 56. affirmantium non vocari ab Ulpiano poſthumos eos, qui vivo patre naſcuntur, ſed illud dumtaxat dici, natos poſt teſtamentum in vita patris id rumpere, perinde ac veros poſthumos, niſi nominatim ſint exheredati, quia tamen Græca verſio & ſumma illius textus relata ſupra §. 3. *in fine.* æque ſimulque utramque partem *d. l.* 3. §. 1. *in pr. & verſ. ſed & hi.* accipit de poſthumis veris, quin & de illis ſemper Ulpianum loquutum in *d. l.* 3. *in pr. & toto* §. 1. ſuadent ſequentes §§. 2. & 3. ubi relatione habita ad præcedentia de veris poſthumis ſermo ſit, reſponderi expeditius poteſt, Ulpianum in *d. verſ. ſed & hi.* omnino intelligendum de proprio poſthumo; loquitur enim de eo, qui poſt teſtamentum natus, ſi ex lege Velleja inſtitutus exheredatusve ſit, non rumpit, qualis eſt primus poſthumus Vellejanus, nempe nepos natus poſt teſtamentum avi, & eo vivo, ſed tamen mortuo patre hujus nepotis ante illius nativitatem, de quo in §. *nunc de lege.* juncto §. *ille caſus noſtræ l.* hic autem proprie poſthumus eſt, & dicitur reſpectu patris præmortui, quamvis poſt teſtamentum vivo avo naſcatur.

§. VI. Expoſita civili liberorum poſthumorumque appellatione, & dimiſſa interim ad propriam formulæ Galli Aquilii commentationem, *ſequenti capite* inchoandam, potius quam omiſſa poſthumorum diviſione reliquum eſt, ut de inſtitutione vel exheredatione tam liberorum quam poſthumorum, quæ altera & præcipua pars eſt tractatus noſtri, breviter videamos. Ergo ut a ſuis principiis & a capite, ut dicitur, res repetatur, ſciendum inprimis eſt, hereditatem parentum liberis deferri, & deberi & naturali jure ac ratione, & naturæ ſimul ac parentum communi voto. *l. cum ratio* 7. *ff. de bonis damnatorum. l. ſcripto* 7. *ff. ſi tab. teſtamenti nullæ extab. l. nam etſi parentibus* 15. *ff. de inoff. teſtamento. cap. jus naturale* 7. *prima diſtinctione. l.* 17. *tit.* 1. *l.* 1. *tit.* 11. *Part.* 6. naturali jure & ratione, quia quemadmodum animalia rationis expertia naturali jure & inſtinctu, ut liberorum educationi & alimentis pro cujusque ſpeciei indigentia & qualitate provideant, impelluntur, ita homo, quem ut pote rationis participem & erga humanam ſobolem aliis omnibus indigentiorem impenſior & diuturnior erga eandem providentia decet naturali ratione & jure, ut liberorum alimentis etiam poſt mortem ſuam proſpiciat, inducitur *arg. l.* 1. §. *jus naturale ff. de juſt. & jure. l. unic.* §. *taceat verſ. ſileat C. de rei uxoriæ act. l. ult.* §. *ipſum autem* 3. *C. de bon. quæ lib. l. amiciſſimos* 36. §. 1. *ff. de excuſat. d. cap. jus naturale* 7. juxta vulgatam lectionem, ibi: *liberorum ſucceſſio & educatio, diſtinct.* 1. in eoque proprie ratio conſiſtit paternæ ſucceſſionis liberis debitæ naturali ratione & lege, ut ſcriptum eſt in *d. l. cum ratio* 7. *ff. de bon. damnat.* naturæ etiam & parentum voto, quia cum ſit naturæ veluti commune votum, ejusque generis animalium propagatio & renovatio per ſucceſſionem ſobolis, ejusque educationem, ut Juſtinianus docet in *l. lege* 14. *C. de legitim. hered.* & in *Novella* 22. *de nuptiis in pr. & Novella* 39. *de reſtitut. in fine præfat.* Leo Philoſophus *Novella* 26. & 111. Ariſtoteles *lib.* 1. *Oeconomiæ cap.* 3. Plato *dialogo* 4. *de Legg.* Lactantius *lib.* 1. *de falſa relig. cap.* 8. Ambroſius *lib.* 1. *de virginibus.* Auctor *Panegyrici ad Maximianum & Conſtantinum.* Seneca in *Hippolito actu* 2. ſit etiam naturale hominum votum, famæ nominisque diuturnitas, memoriæque ultra mortem prorogatio, quam relictis ſuperſtitibus filiis parentes conſequuntur, & propter quam eos ſibi ſuperſtites optant. *l. liberorum* 220. §. *ult. in fine ff. de V. S.* junctis rei illuſtrandæ traditis a Tiraquello in *l. ſi unquam in præfat. num.* 4. *& ſeqq. C. de revoc. donat.* Cujacio *lib.* 8. *obſervat. cap.* 2. Annæo Roberto *lib.* 4. *rerum judicatarum cap.* 10. *pag. mihi* 811. *& lib* 2. *cap.* 17. *pag.* 507. Merillio *lib.* 3. *obſervat. cap.* 7. & 27. Parlador. in *ſexquicenturia differentia* 3. *num.* 4. & 6. Hillig. ad Don. *lib.* 19. *cap.* 1. *litt. D.* conſequens etiam ſeu conſentaneum huic naturae & parentum voto eſt, filiis ex bonis parentum partem aliquam ad alimenta ſufficientem ſaltem relinqui, ex qua mortuis parentibus ſuperſtites vitam tueri, ſpeciemque ſuam & parentum memoriam liberis etiam ſuſceptis educatisque propagare poſſint. *l. penult.* §. *ſed nunquid* 2. *ff. de bon. lib. l. de emancipatis* 13. §. *cum enim* 2. *C. de legitimis heredibus.* quomodo elucidanda eſt voti parentum & naturæ mentio apud Papinianum in *d. l. ſcripto* 7. *in fine ff. ſi tab. teſtam. nullæ ext. d. l. nam etſi parentibus* 15. *ff. de inoff.* eoque etiam referenda eſt Papiniani ejusdem ſententia elegans in *l. Julianus* 26. §. *ult.* (ibi: *quia nemo filiæ patrem contra votum parentium ſubſtituit*) *ff. ſi quis omiſſa cauſſa teſtamenti.* quam ex ratione ibi reddita, juncta *l. cum tale* 72. *ff. de cond. & dem.* conciliabis cum *pr. ejusdem l. Julianus* 26. ubi explicat Cujacius *lib.* 16. *quæſt. Pap. & lib.* 14. in *d. l nam etſi parentibus* 15. Duar. in *paraphraſi ad titulum ff. ſi quis om. cauſſa teſtamenti cap.* 2. Benedictus Pinellus *lib.* 1. *ſelect. cap.* 4. noſter Pich. ad *titulum ff. de vulg. cap.* 6. *num.* 18. quibus etiam rationibus neceſſitatem relinquendi filiis aliquod vitæ ſubſidium, ſive partem bonorum patris ad alimenta neceſſariam, quam *legitimam* vulgo dicimus, ex jure naturali deſcendere exprimitur in *l.* 2. *tit.* 1. *Part.* 2. *l.* 2. *tit.* 19. *Part.* 4. *l.* 17. *tit.* 1. *l.* 1. *& 7. tit.* 11. *Part.* 6. ideoque jure civili ſive, ut loquuntur, poſitivo tolli in totum non poſſe, quamvis quantitas ejus partis legitimæ naturali jure deſignata non ſit, docet late

&

& poſt multos noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtrium tractata* 1. *ad hunc tit. cap.* 1. *num.* 11.

§. VII. Deinde ſciendum eſt, jure civili naturale jus ſubſequente ſucceſſioni filiorum in bonis parentum, ejuſdemque neceſſitati vim quantitatem formamque certam præſcriptam fuiſſe, introducto nomine & jure ſuorum heredum, ut inſinuatur in *d. l. cum ratio 7. verſ. propter quod ff. de bon. damnat.* idque ut intelligatur, meminiſſe oportebit antiqui illius juris patriæ poteſtatis in liberos, quód naturali ratione apud omnes gentes receptum. *l. 2. ff. de juſt. & jure.* Romana Juriſprudentia adjiciens multa magnaque amplitudini ejuſdem poteſtatis, propriam eam civilis Romani juris fecit. *§. jus autem 2. inſt. de patria poteſtate. l. 3. ff. de his qui ſui vel alieni juris.* juncta *l. jus civile 6. ff. de juſt. & jure.* ex eo itaque jure poteſtatis patriæ inter alia pendet, quod placuit juris intellectu & fictione, naturalem ſanguinis inter patrem & filium conjunctionem ad civiles effectus imitante & producente, patris & filii, qui in poteſtate illius eſt, perſonam unam eandemque exiſtimari. *l. ne cum filio 16. ff. de furtis. l. ult. C. de impuberum. §. ſi quis alii 4. verſ. ei vero inſtitut. de inutilib. ſtipul.* ſic tamen, ut in patre caput familiæ perſonæque, in filio autem perſonæ ejuſdem & familiæ inferiorem partem conſideremus, ut ſignificatur in *l. in ſuis 11. verſ. unde etiam hoc tit.* Unde & effectum eſt, ut quemadmodum omnia, quæ juris ſunt & per filiumfam. adquiruntur, ſtatim per eum patri acquiruntur. *l. placet 79. ff. de adquirend. hered. l. 1. §. 1. ff. ſi a parente quis fuer. man.* ita ſimiliter & ex eadem unionis perſonarum fictione eorum omnium, quæ patris ſunt, filii vivente patre quodammodo domini exiſtimentur, ut docemur in *d. l. in ſuis 11. hoc tit. l. 1. §. domini 7. ff. de SC. Syllan. §. ſui autem 2. inſt. de hered. qualitate.* nec tamen veri domini, ſic enim duo in ſolidum domini eſſent pater & filius, quod abſurdum. *l. 5. §. ult. ff. commodati. l. 3. §. ex contrario ff. de adquir. poſſeſſ.* ſed *quodammodo*, quæ improprietatis & fictionis eſt nota. *l. id tempus 14. in fine ff. de uſucap.* Tertull. *de velandis virginibus cap. 6.* quibus conſequens eſt, ut in filiis, quos *heredes ſuos* vocamus, dominium bonorum parentis ſtatim a morte illius immediate continuetur, ut pote quod etiam vivo patre habuiſſe intelliguntur. *d. l. in ſuis 11. §. ſui autem 3. inſt. de hered. quæ ab inteſt.* nec tam hereditatem percipere, quam liberam adminiſtrationem conſequi videantur bonorum, quæ propria eorum ſemper fuerunt. *d. l. in ſuis 11. l. 1. §. largius ff. de ſucceſſorio edicto.* Denique & quod eadem ratione nititur, neque proprie ulla hereditas in ſuis heredibus conſideretur, quae jaceat nondum adita, & defuncti perſonam ſuſtineat, quia nec conſiderari inter patris mortem & ſui heredis exiſtentiam poteſt tempus aliquod medium, in quo dominium continuatur non ſic in filio ſuo herede. *l. ſi poſt mortem 68. §. 1. ff. de leg. 1. l. Julianus 86. in fine ff. de cond. & dem. l. ſi optio 13. ff. de optione leg.* & hereditatis fictionis inducendæ ratio & neceſſitas fuit dumtaxat, ne medio tempore poſt mortem & antequam defuncto heres exiſtat, bona nullius ſint, ſed dominium eorum ab hereditate retentum & in heredem transfuſum continuatumque, neque interruptum. *l. 1. §. Scævola ff. ſi is qui teſtamento liber. l. denique 13. §. quæſitum ff. quod vi aut clam.* in ſuis autem heredibus uſque adeo hereditas non eſt, ut neque adire eam aut repudiare, ſed immiſcere ſe bonis ut propriis, vel abſtinere eisdem, & ſtatim a parentis morte ipſo & tacito jure heredes exiſtere dicantur; &, ut Græci loquuntur, *ἀναφαίνονται*, id eſt, *appareant* ſtatim & deprehendantur veri heredes ſeu domini, quod idem eſt. *§. ult. inſt. de hered. qual.* qui vivo patre domini fuerant fictione juris. *d. l. in ſuis 11. hoc tit. l. in ſuis 14. ff. de ſuis & legitimis. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate ff. ſi quis om. cauſſa teſtamenti. l. ult. §. 1. verſ. ſin vero C. de curatore furioſo. l. penult. §. penult. ff. de bon. libert. §. extraneis inſt. de hered. qual.*

§. VIII. Ex quibus jam paulatim elucet & *ſuorum heredum* nominis jurisque origo, & neceſſariæ eorum civilisque ſucceſſionis in bonis parentum ratio & neceſſitas. In primis enim ſuos heredes ſic appellamus, ſive per relationem ad eos ipſos, quia ſibi ipſis quodammodo heredes ſunt, & ſucceſſores in his bonis, quorum jam vivo patre domini erant, ut ſignificatur in *d. l. cum ratio 7. verſ. propter quod ff. de bon damn.* ſive ut Juſtinianus inſinuat in *§. ſui verſ. ſed ſui inſt. de hered. qual.* per relationem ad patrem, quia ei ſunt heredes domeſtici, & familiæ, poteſtatis, perſonæ unione conjuncti, atque ita proprii & ſui, & ab alieno ſive extraneo herede diſtincti, ut diſtinguuntur in *l. ex facto 17. §. ult. ff. ad SC. Trebell.* ſuos autem heredes cum Cujacio *tractatu 4. ad Afric.* in *l. ſi filius 16. hoc tit.* definimus eos, *qui ex liberis & in familia proximiores ſunt tempore delatæ hereditatis*, ſive ut explicatius idem Cujac. *lib. 29. quæſt. Pap.* in *l. ſcripto 7. ff. ſi tab. teſtam. nullæ extab. liberos legitimos qui in poteſtate morientis ſunt, & primum locum ſucceſſionis obtinent tempore delatæ hereditatis*, ut colligitur ex *d. §. ſui inſt. de hered. qualitate. §. ſui autem 2. cum ſeq. & §. cum autem 7. inſt. de her. quæ ab inteſt. l. lege Cornelia 12. in fine ff. qui teſtamenta fac. poſſ. l. 1. §. ſciendum ff. de ſuis & legitimis. l. ſi quis filio 6. l. poſthumorum 13. ff. de injuſto rupto. d. l. ſcripto 7.* Deinde & ratio ſucceſſionis civilis ſuorum heredum, & neceſſitas patri impoſita eos inſtituendi aut exheredandi pendet ex ſuperioribus principiis juris, nam cum & vivo patre bonorum paternorum dominium apud filium ſit, & mortuo eo continuetur, adeo ut filius, licet inſtitutus non ſit, dominus ſit. *d. l. in ſuis 11.* ne ſi filius neque inſtitutus neque exheredatus cum extraneo inſtituto concurreret, vel eo excluſo teſtamentum patris infirmaret, vel invenirentur duo in ſolidum domini, heredesque veri eorundem bonorum patris defuncti, quod jus non patitur. *d. l. 5. §. ult. ff. commodati. l. quod contra 141. §. 1. ff. de R. J.* neceſſe omnino fuit ita jus civile conſtitui, ut inter cætera, quæ ad ordinanda teſtamenta deſiderantur, principale jus eſſet de liberis heredibus inſtituendis, vel exheredandis, ut proinde pater filium, qui in poteſtate eſt, vel inſtituat, ut civilis naturaliſque ratio ſuadet, vel ſi civilis etiam naturaliſque ratio dictet, filium merito pœna exheredationis puniri, exheredem eum faciat, atque ita eo facto ab hereditatis dominio ſubmoveat, alioquin ſi neque inſtituerit, neque exheredaverit, ſit ipſo jure nullum teſtamentum. *l. ſi filius 7. l. inter cætera 30. hoc tit. l. 1. l. filio 17. de injuſto rupto. princ. inſtit. de exhered. liberorum. §. 1. inſt. quib. mod. teſtam. infirm.*

§. IX. Ex eisdem juris ſuorum heredum principiis, eosque neceſſario inſtituendi vel exheredandi ratione, quam ſimpliciter ſummatimque, ut præludiorum hujus capitis inſtitutum poſtulat, propoſuimus, ſunt etiam breviter deducenda adnotandaque quæ ſequuntur. Primum eſt, quod cum jus ſui heredis, ut in definitione ſuorum heredum expreſſimus, inſpiciatur tempore delatæ hereditatis, & delatio teſtamentariæ ſucceſſionis fiat moriente teſtatore, quo tempore civilis lex ſupremam ejus voluntatem confirmat, ita ut hereditate quandoque poſtea adita heres jam inde a morte ſucceſſiſſe defuncto intelligatur. *l. heres 54. ff. de adquir. hered.* non poterit ſuus heres cenſeri, ut tanquam ſuus inſtitui vel exheredari debeat, & teſtamentum patris infirmet, in quo neque inſtitutus neque exheredatus ſit, niſi qui ſuus heres fuerit, primumque gradum obtinuerit ſucceſſionis eo tempore, quo teſtator moreretur. *l. ſi quis filio 6. l. poſthumorum 13. ff. de injuſto rupto.* E contrario autem cum ab inteſtato hereditas deferatur vel mortis tempore illius, cujus de bonis agitur, ſi nullo teſtamento facto deceſſit, vel etiam poſtea

& eo tempore, quo teſtamentum factum a defuncto non adeunte herede ſcripto deſtituitur. *l. 1. ff. de ſuis & legit. princ. inſt. & §. cum autem 7. de hered. quæ ab inteſt.* erit ab inteſtato ſuus heres non ſolum ille, qui mortis tempore ſuus fuit, ſed etiam qui eo tempore primum in ſucceſſione liberorum gradum non habuit, ſi tamen habeat eo tempore, quo hereditate ex teſtamento non adita & teſtamentaria ſucceſſione deſtituta incipit ab inteſtato deferri. *d. l. ſi quis filio 6. in princ. l. 1. §. ſciendum ff. de ſuis & legitimis. l. ſcripto 7. ff. ſi tab. teſtam. nullæ extabunt. l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium. l. ſi filius 16. in fine hoc tit. l. ult. in fine ff. de cond. inſt.* quibus in locis ex hac juris ratione, ſi quis filio, qui in poteſtate erat, exheredato nepotem ex eo jam natum vel conceptum præterierit, & extraneum heredem ſcripſerit, filiusque poſt mortem patris & ante aditam ab extraneo hereditatem deceſſerit, docent Conſulti, nepotem teſtamentum avi rumpere non poſſe, nempe quia non fuit ſuus tempore delatæ hereditatis teſtamentariæ, ſcilicet moriente avo, quo tempore pater adhuc ſuperſtes nepotem præcedebat. *d. l. ſi quis filio 6. verſ. nam adgnaſcendo.* & tamen ſi extraneus heres poſt mortem filii omiſerit hereditatem, atque ita deſtituto teſtamento ſucceſſio ab inteſtato deferri cœperit, erit hic nepos ſuus heres avo ab inteſtato, quia tempore delatæ hereditatis ab inteſtato primum gradum obtinet ſucceſſionis, quæ ab inteſtato ante eum non fuit delata patri, ut pote mortuo antequam deferretur. *d. l. ſi quis filio 6. verſ. ab inteſtato.* ſive, quod idem eſt, quia pater hunc nepotem in ſucceſſione inteſtati non præceſſit, atque ita jure inteſtati non obſtitit, quamvis obſtiterit jure teſtati, ut tanquam ſuus nepos teſtamentum rumpat, quia præceſſit eum pater moriente teſtatore, & eo tempore quo ex teſtamento hereditas deferebatur, ut ratiocinatur Papinianus ſic explicandus in *d. l. ſcripto 7.*

§. X. Plane ſi adhuc dubites, cur jus ſui heredis ad tumpendum teſtamentum præciſe inſpiciatur tempore mortis teſtatoris, nec ſufficiat in propoſita ſpecie nepotem poſt mortem avi filio mortuo inveniri primo gradu ſucceſſionis, & conſequenter ſuum heredem ante aditam ab extraneo hereditatem, & confirmatum aditione teſtamentum, reſponderi poteſt, id ex eo fieri, quia cum delatio ſucceſſionis teſtamentariæ ſemel ex poteſtate legis fiat, quo tempore teſtator moritur, atque ita ut heres quandocumque poſtea adeundo jam inde a morte ſucceſſiſſe defuncto in dominio bonorum ejus, & teſtamentum confirmaſſe videatur. *l. heredes 54. ff. de adquir. hered. l. ſi ex re 28. §. ult. ff. de ſtipul. ſervor. l. omnia 193. ff. de R. J.* ratioque teſtamenti, in quo ſuus heres præteritus eſt, infirmandi & heredis inſtituti excludendi tota in eo fuerit, quod tempore mortis teſtatoris, & ſucceſſionis teſtamentariæ deferendæ habet jam ſuus heres ex vi ſui heredis dominium bonorum defuncti, in ſe continuatum fortiore ut pote naturali & civili & antiquiore jure, quia filius vivo patre dominus erat, ut inſinuavimus §. 8. *in fine.* conſequens eſt & neceſſe omnino, ſi volumus extraneum inſtitutum a nepote excludi, & teſtamentum rumpi, ut hic nepos jus ſui heredis habeat, eique conſequentem dominii continuationem tempore mortis teſtatoris, atque ita & legis delationem præveniat, & extranei inſtituti jus excludat, quod in propoſita ſpecie non fit, quia pater moriente avo hunc nepotem in jure ſui heredis præceſſit. *d. l. ſi quit filio 6. verſ. nam agnaſcenda.* Diverſum autem eſt in jure ſui heredis quoad ſucceſſionem ab inteſtato, in qua neque a patre ut pote mortuo ante illius delationem, neque ab alio unquam nepos præventus eſt. *d. l. ſcripto 7.*

§. XI. Secundum ex propoſitis principiis juris deducendum nuperque traditis perfecte explicandis neceſſarium eſt, exheredationem quamvis nec jura patriæ poteſtatis diſſolvat. *l. mortis 59. ff. de donat. inter vir. & ux.* neque ea jura filii, quæ ex jure ſuitatis non pendent. *l. vel quod 6. ff. de relig. l. 1. §. ſed et ſi exheredato ff. de aſſign. libert. l. 4. ff. de teſtam. tutela. l. 1. §. ſubſtituere 2. ff. de vulg. l. un. §. videamus C. de rei uxor. actione.* immo nec ſuitatem ipſam adimat exheredato filio, quamdiu pater vivit, ideoque nepos ex filio exheredato non ſuccedat in jus ſui heredis, etiam poſt exheredationem filii, neque aliter ant antequam ſi filius vivo patre moriatur, quoad teſtamentariam ſucceſſionem. *l. poſthumorum 13. ff. de injuſto rupto.* juncta *l. ſi quis poſthumos 9. §. 1. hoc tit.* neque effectum aliquem habeat exheredatio ante mortem teſtantis, tum quia fit teſtamento, quod obnoxium revocationi eſt uſque ad mortem teſtantis, neque ante eam lege confirmatum. *l. 4. ff. de adimend. leg. l. cum hic ſtatus 32. §. pœnitentiam ff. de donat. inter vir. & ux.* tum etiam quia cum exheredationis finis & ſubſtantia in eo ſit, ut filio hereditatem adimat. *l. non putavit 8. §. non quævis ff. de bon. poſſ. contra tabulas. l. quidam 132. ff. de V. O.* non poteſt eam adimere eo tempore, quo nondum eſt hereditas, quæ adimatur, ut pote vivo patre. *l. 1. ff. de hered. vel act. vend. l. neminem 27. ff. de adquir. hered.* tamen ex eo temporis momento, quo teſtator moritur, & ex quo ſuprema ejuſdem voluntas ſeu teſtamentum confirmari lege intelligitur, ſi modo poſtea ex eo teſtamento hereditas adita ſit, valere etiam ſub eadem tacita conditione aditionis incipere exheredationem eodem teſtamento factam, ita ut quemadmodum teſtamentaria ſucceſſio & inſtitutio adita poſtea hereditate jam inde a morte conſtitiſſe, & ex eo tempore heres defuncto ſucceſſiſſe retrofingitur. *d. l. heres 34. ff. de adquir. hered.* ita & exheredatio pendeat ex confirmatione teſtamenti per aditionem. *l. filium 20. verſ. ſed cum exheredatio ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l. ſi patronus 12 §. ex teſtamento ff. de bon. lib. l. ſi exheredatus 10. ff. de S. C. Syllaniano.* & ſequuta aditione retrotrahatur exheredationis effectus ad tempus mortis, ut & tunc conſtitiſſe, filiumque ab hereditate excluſiſſe intelligatur, idque ea ratione nititur, quia cum exheredatio eo tendat, ut filium excludat a continuatione illa dominii connexa ſuitati, propter quam prior potiorque in bonis defuncti futurus erat, ut notavimus ſupra §. 8. & 10. neceſſe eſt, ut ſemel adita hereditate cenſeatur retro & a primo momento mortis teſtatoris excluſus filius a jure ſui heredis per exheredationem, ac deinde eodem momento mortis teſtantis inſtitutus factus heres ex teſtamento, ut ſignificatur in *l. ſi quis Sempronium 68. in fine ff. de hered. inſt. l. 3. §. filius in fine hoc tit.* atque ita exheredatione jus ſui heredis tolli & abſcindi a tempore mortis teſtantis, ſi ex teſtamento cum effectu hereditas adita ſit docent JCti in *l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium hoc tit. l. qui in aliena 6. §. interdum ff. de adquir. hered. l. filius 13. ff. de bon. libert. l. Papinianus 8. §. ſi ex cauſſa ff. de inoff. l. filium 20. §. videamus in fine ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l. 1. §. conſanguineos 10. ff. de ſuis & legit. l. 1. §. ſi pater 4. cum §. ſequenti ff. de conjungend. cum emancipato.* eaque verior & communis ſententia eſt, pro qua firmanda auctores argumentaque plura omittimus, ne promiſſa in *hoc capite* obliviſci videamur.

§. XII. Illud tandem ex hac poſtrema aſſertione elucidandis nuper traditis circa quæſtionem *d. l. ſcripta 7. ff. ſi tab. teſtam.* cum ſimilibus ſupra laudatis infertur, nempe ideo nepotem ex filio exheredato non ſtatim ante mortem avi in locum ſui heredis ſuccedere, atque ita teſtamentum rumpere, quia cum exheredatio effectum nullum habeat ante mortem teſtantis, præceſſit vivo avo exheredatus filius nepotem. *d. l. ſi quis filius 6. verſ. nam adgnaſcendo ff. de injuſt. rupt.* avo autem moriente & eo momento mortis, quod vitæ computatur. *l. qui duos 18. §. 1. ff. de man. teſtam.* a quo momento exheredatio filio adimit ſuitatem, ideo non eſt locus ſta-

ſtatim ſucceſſioni & agnationi nepotis contra teſtamentum ſcriptumque heredem, ſicut dicendum videbatur *arg. l. ult. ff. de cond. inſt.* quia nepos non poteſt ſuccedere, niſi poſtquam filius deſinit præcedere confirmata exheredatione, & abſciſſa per eam ſuitate; hæc autem confirmatio non fit, niſi ſuppoſita inſtituti aditione, quæ teſtamentum & exheredationem confirmat: idcircoque aut fateri nepos debet, exheredationem nunquam conſtitiſſe, & ideo ſemper ſe fuiſſe a patre præceſſum, aut ſi exheredationem valuiſſe dicit, ſupponit eo ipſo ut neceſſarium antecedens ad confirmationem exheredationis aditionem inſtituti, quæ retrotracta ad tempus mortis tribuit ex eo tempore dominium ſucceſſionemque inſtituto, & conſequenter præoccupat impeditque nepotis ſucceſſionem, quomodo hæc explicanda ſunt, quamvis aliter hactenus Academiei Anteceſſores.

CAPUT SECUNDUM.

Ad Principium noſtræ legis Gallus 29. de Lib. & Poſth.

De Poſthumorum diviſione, & inſtitutione ante formulam Galli Aquilii.

§. I. Properamus jam, & præmiſſis materiæ noſtræ circa inſtitutionem vel exheredationem filiorum jam natorum principiis, pergimus ad poſthumorum inſtitutionem, propiusque accedimus ad formulam Galli Aquilii, quam totam eſſe de inſtitutione nepotis proprie poſthumi, qualis eſt, qui poſt mortem patris & avi naſcitur, aperte noſter Scævola in *præſenti* proponit. Ergo ut ab incunabulis Juriſprudentiæ veteris res deducatur, ſupponimus in primis neceſſitatem illam liberos ſuos heredes inſtituendi, aut exheredandi parentibus civili jure impoſitam, quam ex vi ſuitatis eodemque jure civili inductæ deſcendere docuimus *ſuperiore capite* §. 8. *in fine*. quamque ex legibus XII. Tabularum ſimul cum patriæ poteſtatis & ſuorum heredum jure ortam fuiſſe ex *l. liberorum* 220. *ff. de Verb. Significat.* conjectatur Cujacius *lib.* 14. *quæſt. Pap.* io *l. nam etſi parentibus* 15. *ff. de inoff.* non pertinere proprie ſtricteque ad liberos poſthumos, quippe jus illud ſive qualitas ſuorum heredum, unde hæc neceſſitas inſtituendi profluit, non reperitur niſi in filiis, qui in poteſtate morientis fuerunt, ut in definitione ſuitatis expreſſimus *dicto* §. 8. & probatur in §. *ſui inſt. de hered. qualit.* §. *ſui inſt. de hered. quæ ab inteſt. l. lege Cornelia* 12. *in fine ff. qui teſtam. fac. poſſint.* Poſthumi autem in poteſtate patris morientis non fuerunt, ut pote nondum nati eo tempore, quo pater moriebatur. *l. ult. ff. de collat. bonor. l. ult.* §. 1. *ff. de adſignandis libertis.*

§. II. Deinde & quo magis hæc eadem aſſertio prima explicetur firmeturque, aſſerimus ſecundo, poſthumos liberos non ſolum jure primo Romano inſtituere neceſſe non fuiſſe, ſed quod amplius eſt, nec potuiſſe inſtitui attento antiquo illo ſtrictoque veteris Juriſprudentiæ ſtatu; idque ut appareat ſciendum eſt, Romanos Juriſprudentes fœtum, quamdiu in utero eſt, etiamſi jam animatus & quidem anima rationali, tamen omnino ante editionem neque animal neque hominem eſſe docuiſſe. *l. in lege Falcidia* 9. §. *ult. ff. ad l. Falcid.* ſed ſpem animantis. *l.* 2. *ff. de mortuo infer. l. cum inter* 14. *C. de fideicommiſſar. libert.* & portionem viſcerum matris. *l.* 1. §. *ex hoc reſcripto ff. de inſpiciendo ventre. l. ſi quis cum totum* 7. *in pr.* & §. *ſi ancillam de except. rei judic.* quem §. *ſi ancillam* conciliabis cum §. *de fructibus ejusdem l.* ex traditis ab Hillig. ad Don. *lib.* 22. *cap.* 5. *lit.* G. Amaya *lib.* 3. *obſerv. cap.* 1. §. 2. *num.* 29. quibus & conſequenter docent Juriſconſulti, partum nondum editum, cum ſit interim quædam accidentalis & pars matris, per ſe non ſubſiſtens, neque eſſe in rerum natura. *l. quod in rerum* 24. *ff. de leg.* 1. §. *ea quoque res* 7. *inſt. de leg.* neque in rebus humanis. *l. ſed ſi plures* 10. §. 1. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l.* 1. *l. ubicumque* 7. *ff. de ventre in poſſ. mitt. l. nomen* 164. *ff. de V. S. l. generaliter* 24. §. *ſervo ejus* 4. *ff. de fideicommiſſar. lib. d. l. ſi quis cum totum* 7. §. *de fructibus ff. de except. rei judic.* in quo inconſpecte peccat Ant. Fab. in *Juriſprudentia Papin. tit.* 4. *pr.* 3. *illat.* 3. *in fine cum confutationibus ſeqq.* & poſt eum Gaſpar Schifordegherus *ad Fabrum lib.* 3. *tractatu* 16. *quæſt.* 3. contendentes fœtum etiam ante editionem, quamvis in rebus humanis non ſit ex diſciplina Juriſconſultorum, tamen eſſe ex eorumdem ſententia in rerum natura, contra *d. l. quod in rerum* 24. *d.* §. *ea quoque res* 7. quibus & aliis argumentis Fabrum merito refellunt Alphonſus Carranza *de partu cap.* 2. *num.* 6. noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtrium tractatu* 4. *cap.* 1. *num.* 4. ſed inconſpectior multo Rævardus, qui in *l. ſi quis prægnantem* 187. *ff. de R. J.* quaſi ex jure & pro jure certo ſupponit, eum, qui conceptus dumtaxat eſt, eſſe in rerum natura, at jam viventem, quamvis in utero & nondum natus ſit, eſſe etiam in rebus humanis. Sunt autem in hac re Juriſconſulti noſtri ſequuti Stoicos Philoſophos, qui partum nondum editum, quem *embruonem* vocabant, cenſebant eſſe partem uteri, non animal hominemve, ut poſt Plutarchum *lib.* 5. *de placitis Philoſophorum cap.* 15. & 26. probat ex aliis & præter laudatos Emundus Merillius *lib.* 1. *obſerv. cap.* 16. Cujac. *lib.* 19. *quæſt. Pap.* in *d. l.* 9. *ff. ad l. Falcid.*

§. III. Ei itaque juris auctorum de fœtu nondum nato cenſuræ conſequens eſt, poſthumum quamdiu in utero eſt, cum neque ut homo in rebus humanis, neque ut animal aliave res in rerum natura per ſe ſubſiſtat, ſive quod idem eſt, neque in hominum neque in rerum natura ſit, non modo inſtitui exheredarive non debuiſſe, ut propoſuimus §. 1. ſed neque potuiſſe inſtitui attento ſtricto antiquoque jure; quippe ut inſtitutio valeat, eſt neceſſaria in herede inſtituto qualitas teſtamenti factionis. *l. ſi alienum* 49. §. 1. *ff. de her. inſtit. l.* 1. *C. eod. tit.* §. *in extraneis* 5. *inſt. de her. qualit.* hæc autem civilis qualitas teſtamenti factionis conſiſtere non poteſt, ubi ſubjectum deficit, cui cohæreat, ſive ubi perſona nulla eſt in rerum natura; ut in poſthumo nondum nato, quia non prius juris ratio quam perſona quærenda eſt. *l. quidam* 14. *ff. de jure codicill.* & ejus quod non eſt, qualitates nullæ eſſe poſſunt. *l.* 2. *ff. de uſufr. l. ejus qui in provincia* 41. *verſ. quoniam tunc ff. de rebus cred. l. non eſt pupillus* 161. *ff. de V. S.* eaque ratione & reſpectu Javolenus in *l. ejus* 64. *ff. de her. inſt.* inſtitutionem ſervi pertinentis ad eum, qui poſt mortem teſtatoris naſciturus erat, æquiparat cum inſtitutione ſervi hereditatis jacentis, in eo ſcilicet, quia ſicut hereditas perſonam naturalem nullam habet, ita nec poſthumus, antequam naſcatur, quamvis inſtitutio ſervi, vel hereditatis vel poſthumi ſuſtineatur ex cauſſa, quam opportunius infra exponemus. Sed & ad hanc veterem juris rationem regulamque reſpicere videtur Scævola in §. *ille caſus* 15. *noſtræ l. Gallus.* dum ſignificat, abſurdum eſſe, *ut utiliter ſit inſtitutus, quod nullo jure potuit, qui nondum natus erat*: accedit eidem aſſertioni firmandæ alia vulgo recepta ratio, neque effectu a tradita diſcrepans, quæ docet, ſtricto jure ideo poſthumum neque inſtitui debuiſſe nec potuiſſe, quia placuit incertis perſonis hereditatem legatumve inutiliter relinqui. §. *incertis* 25. *inſt. de leg. l. quoties* 9. §. *heres* 9. *ff. de hered. inſt. l. id quod* 24. *C. de episcop. & cler.* juncto *tit. C. de incertis perſonis.* quoniam certum conſilium debet eſſe teſtantis, ut ſcribit Ulpianus in *fragm. tit.* 22. §. *incerta.* juncta *l. ſub conditione* 18. *ff. de bon. poſſ. contra tab.* poſthumus autem nondum natus vel incerta perſona eſt, ut inſinuatur in §. *poſthumi* 26. juncto §. præ-

præcedente inſt. de leg. vel ut Theophilus in *d.* §. *poſthumo* 12. incertæ perſonæ ſimilis, quia & in præſens, quamdiu non naſcitur, cum in rerum natura non ſit, minus eſt quam incerta perſona, & in futurum eſt incertum, an naſcatur, & an unus pluresve. *l. antiqui* 3. *ff. ſi pars hered. pet.*

§. IV. His rationibus juris ſuadentibus quamvis affirmari poſſe videatur, nullius poſthumi neceſſariam permiſſamve fuiſſe inſtitutionem primo illo Romano Jure Legum Regiarum & XII. Tabb. ſed poſtea mediæ Juriſprudentiæ placuiſſe, ut verbo *placet*, quod ſi Briſſonio & aliis credimus *de V. S. verbs placet*, jus novum a Prudentibus Principibusve inductum deſignare ſolet, ſignificatur in *l. placet* 4. *hoc tit.* & affirmat Salicetus in *l. uxoris num.* 2. *C. de poſthumis hered. inſt.* & ex novioribus Alciatus in *noſtra l. Gallus* §. *ille caſus num.* 22. in *commentariis plenis*, & *lib.* 3. *paradoxorum cap.* 3. *num.* 2. Goveanus in *priore commentario ad l. noſtram num.* 11. Tamen quoad poſthumum, quem *ſuum* vocamus, verior omnino eſt contraria ſententia, quam ut communem probat poſt Bartolum in §. *nunc de lege noſtræ l.* & in *d.* §. *ille caſus*, Jaſon *ibidem* num. 20. & in *hoc pr.* num. 7. Alexander in *l. poſthumo num.* 15. *C. de bon. poſſeſſ. contra tab.* Emanuel Coſta in §. *poſthumus num.* 10. *inſt. de leg.* quibus favent non leviter textus in *l.* 3. §. *utique* 9. *l. Titius* 6. *in fine*, *cum l. ſeq ff. de ſuis & legit. l. inteſtato* 4. *C. eod. tit.* ubi quod ſcriptum eſt, poſthumos, qui moriente eo, cujus de bonis agitur, concepti erant, vocari ad hereditatem ejus ab inteſtato ex Legibus XII. Tabb. eſt argumento, ex eiſdem legibus non adeo haberi poſthumos eo jure pro nullis aut incertis, quin & ad hereditatem ex teſtamento admitti, & conſequenter inſtitui potuerint, eoque forſitan ſenſu Ulpianus in *fragm. tit.* 22. §. *eos qui* 19. docet, poſthumum proprie talem, nempe qui poſt mortem patris naſcitur, ſi ſuus heres futurus erat, inſtitui poſſe jure civili, & Scævola noſter in §. *ſi ejus* 7. *hujus l.* ſimilem poſthumi inſtitutionem valere poſſe ſentit ex jure antiquo, intelligens nimirum uterque Ulpianus & Scævola juris civilis & antiqui appellatione jus XII. Tabb. quod per excellentiam civile vocari ſolet, ut in *l.* 1. *ff. de tutelis. l. cum ratio* 7. *ff. de bon. damnat.* junctis *l. verbis* 120. *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* & in *l.* 1. *ff. unde cognati.* juncto *pr. inſt. de SCto Tertyll.* & in *l. ſi ex bonis* 10. *C. de jure delib.* juncta *l. ea quæ* 6. *C. fam. erciſc.* & jus antiquum ſive lex antiqua. *l.* 2. §. 1. *ff. de noxalibus. l.* 1. *C. de except.* notat ad rem Cujac. ad Ulpianum *d. tit.* 22. §. *eos qui.* conducit denique, quod cum Galeno auctore in *libello*, *an ſit animal quod eſt in utero*, cunſtet poſthumos apud Lacedæmonios & Athenienſes potuiſſe inſtitui ex Legibus Lycurgi & Solonis, ex quibus Romanæ Leges XII. Tabb. deſumptæ ſunt. §. *& non ineleganter inſt. de jure naturali. l.* 2. §. *poſtea* 4. *ff. de origine juris.* veriſimile eſt, hanc etiam permiſſionem poſthumi inſtituendi ex Græcis in Romanas Leges tranſlatam fuiſſe, ut conjectatur Boëtius Epo *ad l. noſtram num.* 4.

§. V. Sed cum traditioni nuper propoſitæ de permiſſa Legibus XII. Tabb. inſtitutione poſthumi ſui obſtent acriter tum teſtimonia juris auctorum, quibus ſignificatur, antiquo jure inſtitui poſthumos non potuiſſe, tum juris ratio duplex expenſa ſupra §. 3. explicanda breviter ſunt, & in primis quod attinet ad teſtimonium Scævolæ noſtri in §. *ille caſus noſtræ l.* exploſa emendatione Hotmani *ibidem*, qui pro verbis *utiliter ſit inſtitutus*, reponit *inutiliter*, & notatur merito a Joanne Roberto *lib.* 1. *recept. lect. cap.* 32. omiſſis & aliorum variis diſpoſitionibus, reſpondendum eſt, verba illa *quod nullo jure potuit*, & illius loci ſententiam dupliciter explicari poſſe, primo ut referantur ad duplex caput Legis Velleæ, & verba *nullo jure* interpretemur *neutro jure* ſive capite Legis Velleæ, juxta quem ſenſum conſtat, poſthumum, de quo in *d.* §. *ille caſus.* cum vivo patre & poſt teſtamentum avi natus proponatur, neutro ex capite legis Velleæ inſtitui potuiſſe, quia præceſſus a patre adhuc vivo cum naſceretur, non fuit ſuus, de quo ſolo fuit primum caput Legis Velleæ, ut in §. *nunc de lege cum ſequenti noſtræ l.* neque erat natus tempore teſtamenti, de quo proprie ſecundum caput, ut in §. *ſequenti* 13. *hujus l.* Secundo & explicari ea verba poſſunt, ut referantur ad ſpeciem ibi propoſitam, & in ea ſignificent poſthumum, de quo ibi, nullo jure etiam antiquo XII. Tabb. inſtitui potuiſſe, quia non fuit poſthumus ſuus cum naſceretur, ut pote præcedente eum patre vivoque. Nunc autem dumtaxat poſthumi ſui inſtitutionem permiſſam jure antiquo affirmamus, notant poſt alios præceptor noſter Pichard. ad *hunc tit. cap* 4. *num.* 41. Carranza *de partu cap.* 2. §. 1. *illatione* 13. num. 137. Deinde & quod attinet *ad d. l. placet* 4. *hoc tit.* omiſſa interpretatione Franciſci Sarmiento *ibidem* expeditius dicitur, etiamſi admittamus verbo *placet* ibi jus ante controverſum, poſteaque nove a Prudentibus Principibusve deciſum ſignificari, tamen jus controverſum novumve non in eo fuiſſe, an ſuus poſthumus inſtitui poſſet, de quo jam olim conſtabat, ſed an poſſet, qui uxorem nondum duxerat, poſthumum inſtituere, de qua quæſtione & deciſione poſtea opportunius.

§. VI. Jam vero quoad rationes juris expenſas ſupra §. 3. ut res proprie explicetur, agnoſcendum in primis eſt, ut a principio poſuimus, attenta ſtricta antiqui juris ratione & naturæ veritate, qualem Conſulti Stoicique cenſebant, poſthumum inſtitui non potuiſſe, quia aut perſona non eſt aut incertæ perſonæ ſimilis, & tamen verum eſt, quod nunc dicimus, inſtitutionem poſthumi ſui etiam antiquo jure valuiſſe, atque ea ratione, quia cum Lex XII. Tabb. ad hereditatem ab inteſtato vocaret ſuos heredes, & quidem poſthumos, atque ita ut ſi ante mortem ejus, de cujus ſucceſſione quæritur, concepti eſſent, ſequenti gradui agnatorum moram facerent, antequam naſcerentur, & præferrentur jam nati. *l.* 3. §. *utique. l. Titium* 6. *ff. de ſuis & legit. l.* 4. *C. eod. tit.* conſequens viſum eſt, auctores Legum XII. Tabb. eum, qui in utero eſt, ſi poſtea fuerit editus, habuiſſe pro jam nato ex tempore conceptionis, & quoad ejus commodum ex eo tempore in rerum natura, & in rebus humanis conſideraſſe, adhibita contra naturæ veritatem juris fictione, ut ſignificatur verbis *perinde quodammodo intelligitur*, *exiſtimatur*, *habetur*, & ſimilibus improprietatis & fictionis notis. *l. qui in utero* 7. *l. penult. ff. de ſtatu hominum. l. vel ſi vivo* 7. *ff. de ſuis & legit. l. cum quidem* 30. §. 1. *verſ. quoniam ff. de adquir. hered. l. intelligendus* 153. *ff. de V. S.* eoque referendus Paulus in *l.* 3. *ff. ſi pars hered. pet.* dum ſcribit, *antiquos* (nempe compoſitores XII. Tabb. quorum *prudentia antiqua* vocatur in *l.* 2. §. 1. *in fine C. de conſtit. pec.* ipſique dicuntur *Majores* in *l.* 3. juxta communem interpretationem, *ff. de donat. inter vir. & ux.* & in *l. ult. C. de patr. poteſt.* juncta interpretatione Rævardi ad *Leges XII. Tabb. cap.* 3. Hotmani ad *eaſdem Leges lib.* 3. *antiquit. parte* 3. *de jure privato in pr.* Fabri in *Juriſprud. Papin. tit.* 8. *pr.* 6. *illat.* 2.) *libero ventri ita proſpexiſſe*, *ut in tempus naſcendi omnia jura ei integra reſervarent*, ſive in ſuſpenſo retinerent propter ſpem naſcendi, ita ut ſi natus fuerit, retro fingatur ſemper ea jura habuiſſe ex tempore conceptionis, quemadmodum ab hoſtibus capto omnia jura reſervantur, & in ſuſpenſo retinentur propter ſpem revertendi, ut ſi reverſus fuerit, ſemper ea habuiſſe, & in civitate fuiſſe exiſtimetur. *l. illa inſtitutis* 32. §. 1. *ff. de her. inſt.* qua alluſione comparatur poſthumus filius filio captivo in *l.* 1. §. *hæc autem clauſula cum* §§. *ſequentibus ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* Ergo cum juris intellectu & fictione, quæ ex

Lex

Legibus XII. Tabb. deducta aut introducta eſt, poſthumus etiam nondum natus habeatur pro nato ex tempore conceptionis, apparet inde effectum eſſe, ut inſtitutio poſthumi ſui ante mortem teſtatoris concepti, quæ ex defectu perſonæ & incertitudinis attenta juris & naturæ ſtricta ratione valere non poterat, ſuſtineretur tamen attenta fictione. ſecundum quam ex die conceptionis natus fingitur, & conſequenter perſonam quoque ex eo tempore, & quidem certam tanquam jam natus habuiſſe intelligitur.

§. VII. Verum huic explicationi quam poſt alios Academici Anteceſſores ſequuntur, tria præcipua acriter adverſantur. Primum eſt, quod ſi, ut docuimus, inſtitutio poſthumi ſui ex eo ſuſtinetur, quia ex die conceptionis pro nato habetur, conſequens eſt, eum poſthumum, qui teſtamenti tempore nondum conceptus eſt, ideoque natus jam tunc fingi non poteſt, cum neque vere neque ficte teſtamenti tempore perſona ſit, inſtitui non potuiſſe, & tamen conſtat poſſe eum inſtitui. *l. placet* 4. *cum l. ſeq. l. ſi quis poſthumos* 9. §. *ult. l. filius* 28. §. *ſi quis eo tempore hoc tit.* Secundum eſt, quod ſi conceptus haberetur pro nato, teſtamentum, in quo poſthumus ſuus jam tunc conceptus præteritus eſſet, cum ſit a principio validum, poſtea non rumpi, ſed quaſi præterito filio, qui juris intellectu jam natus erat, injuſtum nullumque a principio cenſeri debere, quod tamen falſum eſt. *l. quod dicitur* 12. *hoc tit. l.* 3. *& tot. tit. ff. de injuſto rupto.* Tertium denique eſt, quod ſi ſuperior ratio vera eſt, fatendum eſt, valuiſſe etiam antiquo jure inſtitutionem poſthumi non ſui ſive alieni, quia hunc etiam ex die conceptionis Leges XII. Tabb. pro nato habent, quoad ſucceſſionem ab inteſtato partemque in ea faciendam illis, qui in pari gradu ſunt, & moram inferioribus. *l.* 3. §. *utique ad finem ff. de ſuis & legit.* juncta *l. cum quidam* 30. §. 1. *verſ. & in eo ff. de adquir. hered. l. poſthumus* 6. *ff. de inoffic. teſtam. l. penult. ff. de ſtatu hominum.* certa autem vel recepta magis ſententia, de qua poſtea, docet alienos ſive extraneos poſthumos jure civili antiquo inſtitui non potuiſſe. §. *poſthumo quoque inſt. de leg. pr. inſtitut. de bon. poſſeſſ.* quibus argumentis coactus Ant. Faber in *Juriſprud. Papin. tit.* 4. *pr.* 3. *illatione* 3. *& lib.* 9. *conject. cap.* 2. Schifordegherus *ad Fabrum lib.* 3. *tractatu* 16. *quæſt.* 4. Carranza, quamvis ut ſolet Fabrum leviter carpens, *d. cap.* 2. §. 1. *illat.* 13. *num.* 13. *&* 140. *& ſect.* 4. *num.* 270. *&* §. 4. *num.* 7. repudiata ſuperiore explicatione affirmant, poſthumum ſuum antiquo jure inſtitui potuiſſe, non ex vi fictionis jam traditæ, ſed favore teſtamenti paterni, quia cum præterito eo poſthumo, & poſtea nato teſtamentum rumperetur agnatione ſui heredis. §. *poſthumi inſt. de exheredatione lib.* iniquum & quodammodo crudele eſſet, non permitti patri eum poſthumum inſtituere, quem præterire impune non poterat, ut eleganter ad rem ſcribit Matthæus Gribaldus *lib.* 7. *de ratione ſtudii.* quæ ratio cum ceſſaret in alieno poſthumo, cujus præteritio utpote non ſui non rumpebat, nec permiſſa inſtitutio fuit, quomodo ex hoc poſtremum *arg. l. poſthumorum* 13. *verſ ne argo ff. de injuſt. rupto.* conſiderat Fortunius Garzia in *repetitione noſtræ l. num.* 5. *& ſeqq.* Hotmanus *ibidem in præfatione verſ. nunc ad alteram.* Sarmiento *num.* 10.

§. VIII. Sed etſi hæc explicandi ratio novioribus primariis Anteceſſoribus ſola placuerit, & ſuperiori explicationi conjuncta idonea ſit difficultatibus nuper propoſitis amovendis, tamen ſola non eſt ſufficiens rei expediendæ, & multo minus improbandæ ſuperiori explicationi, quam potius neceſſaria probatio ſupponit, quod nunquam expedit rem per ſe, nam quod aſſumitur, poſthumum ſuum, niſi inſtitutio ejus permitteretur, rupturum teſtamentum, quia ſuus heres adſciſcebatur, verum eſſe non poteſt attento ſtricto jure & naturæ veritate, ſecundum quam cum neque homo neque perſona ſit, antequam naſcatur, & naſcatur poſt mortem patris, non poteſt dici in poteſtate morientis fuiſſe. *l. ult. ff. de collat. bon.* & conſequenter nec ei ſuus heres adgnaſci, ut tanquam ſuus rumperet, ut notavimus ſupra §. 1. & agnatio ſui juſque rumpendi in poſthumo ſuo ſuſtinetur duntaxat & vi fictionis, qua concepta pro nato habetur, atque ita in patris vivi poteſtate fuiſſe, eique ſuus heres adgnaſci fingitur, ideoque hæc explicatio ſuperiorem ſupponit, ut fatetur Fortunius in *præſ. num.* 6. Plane utraque explicatio conjuncta, ſi dextre applicetur, ſerviet jam propoſitis difficultatibus diſſolvendis; namque in primis ex eo, quod dicimus poſthumum ante mortem teſtatoris conceptum, quia ex die conceptionis natus fingitur, ſuum heredem agnaſci, & præteritum rumpere, conſequens fuit, eum etiam, ſi teſtamenti tempore conceptus nondum eſſet, potuiſſe inſtitui. *d. l. placet* 4. *cum l. ſeq. l. ſi quis poſthumos* 9. §. *ult. l. filius* 28. §. *ſi quis eo tempore hoc tit.* quia iniquum eſſet, ejus inſtitutionem non permitti, & eam non factam ſive præteritionem puniri pœna rupturæ. Secundo ex eiſdem principiis non in obſcuro ratio eſt, cur quamvis poſthumus teſtamenti tempore conceptus fingatur jam tunc natus, non tamen præteritio ejus faciat teſtamentum injuſtum aut a principio nullum, ſed poſtea rumpat, nempe ſive quia, cum fictio hæc pendeat ex conditione & caſu poſthumi nativitatis, qua deficiente fictio ceſſat, & deficere poteſt abortu aut monſtroſa editione. *l.* 2. *&* 3. *in fine C. de poſthumis heredibus.* favorabilius utique fuit, non infirmari teſtamentum interim, quamdiu ſpes eſt, id aliquo caſu valiturum, ut poſt alios notat Carranza *d.* §. 1. *illat.* 13. *num.* 138. ſive potius, quia cum fictio hæc non habeat poſthumum pro nato, niſi quatenus neceſſe eſt, ut ei prodeſſe poſſit. *l. qui in utero* 7. *ff. de ſtatu hominum.* ideoque neque interim dum in utero eſt, admittitur ad Legitimam hereditatem, ſed reſervatur ei in ſuſpenſo in tempus naſcendi, quia neque amplius neceſſe eſt, ut ei fictio proſit. *l.* 3. §. *utique ff. de ſuis & legit. l. antiqui* 3. *ff. ſi pars hered. pet.* eademque ratione neque poſthumo, antequam naſcatur, confertur. *l. ult. ff. de collat. bon.* poſthumi autem nihil interſit, infirmari teſtamentum patris, quando & quamdiu ipſe non naſcitur, neceſſe eſt interim ante nativitatem poſthumi teſtamentum ſuſtineri, & proinde non poſſe nullum a principio fieri, ſed ex poſtfacto nativitate poſthumi rumpi, ut Alciatus in *l intelligendus* 153. *num.* 3. *ff. de V. S.* notat: denique ex poſteriore parte explicationis liquido conſtat, cur fictio, ob quam ſuus poſthumus pro natu habetur, ut inſtitui poſſit, non idem operetur in poſthumo alieno, nimirum quia neceſſitas conſervandi teſtamenti paterni contra poſthumi ſui præteritionem, quæ ſine culpa patris contingeret rumperetque, ſi eum inſtituere non poſſet, ceſſat omnino in poſthumo alieno, cujus præteritio non rumpit, juris autem fictiones ſine neceſſitate non inducuntur, neque operantur, niſi quando & quatenus neceſſariæ ſunt. *d. l. ult. ff. de collat. bon.*

§. IX. Præterea & ut propoſitæ difficultates, & præſertim prima perſpicue magis explicetur, obſervanda eſt nobilis differentia inter heredes ſuos & extraneos, quoad capacitatem adquirendi ex teſtamento, ſive teſtamenti factionem, ut vocant, paſſivam; namque in heredibus extraneis requiritur, ut ſit teſtamenti factio tribus temporibus, ſcilicet teſtamenti facti, & mortis teſtatoris, & aditionis hereditatis. *l. ſed ſi conditioni* 6. §. *ſolemus. l. ſi alienum* 49. §. *ult. ff. de hered. inſtit.* §. *in extraneis* 4. *inſtit. de hered. qualit.* ideoque benevolentiæ eſſe dicitur, ut in tempus capiendæ hereditatis inſtitui heres quis poſſit. *l. in tempus* 62. *ff. de her. inſt.* At in ſuis heredibus contra eſt, ut ſignificat non obſcure Florentinus & Juſtin. dum ſuperiorem regulam in extraneis heredibus

proponit. *d. l. ſi alienum* 49. *§. ult.* & *d. §. in extraneis* 4. quippe in ſuis heredibus non aditionis, quæ in eis nulla eſt. *l. in ſuis* 14. *ff. de ſuis & legit.* neque teſtamenti tempore neceſſario requiritur jus ſui heredis, ut tanquam ſui inſtituantur, ſive capacitas adquirendi ex teſtamento, ſed inſpicitur unicum tempus delatæ ſucceſſionis, quod tempus in teſtamentaria ſucceſſione mors teſtatoris eſt, ideoque, ſi eo tempore aut ante quamvis poſt teſtamentum habere incipiat inſtitutus jus ſui heredis, nihil amplius deſideratur, ut inſinuat Scævola in *§. nunc de lege verſ. quid enim noſtræ l.* idque vel ex ſententia legis Velleæ in poſthumis, qui teſtamenti tempore ab alio præcedebantur, & poſtea ſui vivo teſtatore naſcuntur. *d. §. nunc de lege.* vel ex ratione antiqui juris in poſthumis ſemper ſuis futuris, nempe qui, ſi teſtamenti tempore concepti aut nati forent, ſui heredes futuri erant, quia tonc a nemine præcedebantur, receptum fuit, & aperte apud nos exprimitur in *l.* 22. *titulo* 3. *Part.* 6. quæ Joannis veteris Gloſſographi ſententiam confirmat, relati ab Accurſio in *d. l. ſi alienum* 49. *§. ult. verbo hereditatem*, Fortunii Garziæ in *præſenti num.* 12. Carranzæ *d. cap.* 2. *§.* 1. *illatione* 13. *num.* 278. quamvis aliter de hac re cenſuerint cum Accurſ. in *d. §. ult.* Claſſici *ibidem*, & ex novioribus Don. *lib.* 6. *comm. cap.* 17. *in fine*, Faber *lib.* 10. *conject. cap.* 18. & ex noſtratibus Pich. in *d. §. in extraneis* 4. *num.* 15. & ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 149. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 2. *ad hunc tit. cap.* 2. *num.* 12. *& ſeqq.* inde itaque deſcendit, ut inſtitutio poſthumi ſui permiſſa fuerit etiam in eo, qui teſtamenti tempore conceptus non erat, & proinde tunc incapax, ſive attenta veritate ſive fictione. *d. l. placet* 4. cum ſupra laudatis, *hoc tit.* ſcilicet quia defectum perſonæ & teſtamenti factionis eo tempore ſupplet jus ſui heredis, quod ſemper habiturus eſt, ſi naſcatur; ideoque in eo regula *d. l. ſi alienum* 49. *§. ult.* non obſervatur, quamvis e contrario ea obſervetur in poſthumo non ſuo, ut pote extraneo herede. Plane & ut ab inteſtato quis tanquam ſuus heres ſuccedat, requiritur in eo jus ſui heredis tempore delatæ hereditatis ab inteſtato, quod contingit tempore mortis, ſi teſtamentum factum non ſit, aut tempore deſtituti teſtamenti, ſi id factum fuerit, ut docemur in *l. ſi quis filio* 6. *in princ. ff. de injuſta rupto. l. ſi quis poſthumos* 9 *§. ſi filium. l. ſi filius* 16. *hoc tit. l. ult. ff. de cond. inſtit. l.* 1. *§. ſciendum ff. de ſuis & legit. l. ſcripto* 7. *ff. ſi tab. teſtam. nullæ extab.* non quidem quaſi in eo inteſtati ſucceſſio differat a teſtamentaria, quod in hac jus ſui heredis, ut tanquam ſui inſtitutio valeat, deſideretur tempore teſtamenti, ut minus recte cenſuerunt poſt Accurſ. & alios præceptores noſtri laudati ſupra; ſed in eo duntaxat, quod delationis teſtamentariæ ſucceſſionis tempus eſt unicum mortis teſtantis, in quo ſuitas requiritur. *d. l. ſi quis filio* 6. *in princ. verſ. nam adgnaſcendo.* ab inteſtato autem duplex mortis aut deſtituti teſtamenti. *§. cum autem* 7. *inſt. de her. quæ ab inteſtato.* diximus ſupra *cap.* 1. *§.* 9. & 10.

§. X. Ex his, quæ hactenus de inſtitutione poſthumorum in eommune, proprieque de inſtitutione poſthumi ſui docuimus, in proximo & proclivi eſt deſcendere ad nobilem in hoc tractatu diſputationem de inſtitutione poſthumi non ſui vel alieni, de qua tamen priusquam videamus, diſtinguendæ breviter ſunt poſthumorum ſpecies, quas varie enumerant explicantque poſt Accurſ. in *rubr. C. de poſthumis heredibus*, Jaſo in *rubr. hoc tit. num.* 2. *& ſeqq.* Bolognetus *num.* 18. Philippus Maſſinius in *noſtra l. Gallus num.* 107. Petrus Gilkenius *num.* 21. Angelus Spannochius in *præmiſſis ad hanc leg. partic.* 9. *num.* 1. Quibus omiſſis recepta magis veriorque poſthumorum diviſio in tres ſpecies deducitur. Prima eſt in *poſthumo ſuo*, qualem eum eſſe dicimus, qui quandocumque natus dummodo conceptus ante mortem teſtatoris, ſi tamen teſtamenti tempore conceptus natusve eſſet, heres ſuus teſtatori futurus erat, quia jam teſtamenti tempore a nemine præcedebatur, atque ita ab eo tempore, quamvis nondum conceptus eſſet, certum erat poſthumum hunc, ſi naſceretur, ſuum heredem naſciturum, quæ deſcriptio inſinuatur a Juſtiniano in *§. ſui* 2. *verſ. poſthumi quoque inſt. de hered. quæ ab inteſt.* quamvis definitionem poſthumi ſui ad eum, qui teſtamenti tempore conceptus erat, coarctare conetur *arg. l.* 1. *§. ſi pater in fine ff. de conjung. cum emancip. lib. ejus.* Ant. Fab. *lib.* 9. *conject. cap.* 1. Schiſordegherus *ad Fabr. lib.* 3. *tractatu* 16. *quæſtione* 1. quæ tamen ſententia aperte convincitur ex *d. l. placet* 4. *cum l. ſeq. l. ſi quis poſthumos* 9. *in princ. & §. ult. l. filius* 28. *§. ſi quis eo tempore hoc tit.* ubi probatur, poſſe ut ſuum inſtitui poſthumum nondum conceptum teſtamenti tempore, quem tamen certum ſit, ſi naſcatur, ſuum heredem naſciturum.

§. XI. Neque pro Fabro nos in contrarium vocat obſcurus textus in *d. l.* 1. *§. ſi pater* 6. *in fine verſ. ſed etſi poſthumus ff. de conjung. cum emanc.* cujus ut ratio totaque hæc res perſpicue intelligatur, obſervandum eſt, ſuperiorem deſcriptionem poſthumi ſui convenire duobus exemplis poſthumorum, quorum alii in primo gradu liberorum ſunt; quos filios poſthumos dicimus, ſive poſthumos ex proprio corpore teſtatoris, mariti, & uxoris ejus ſuſcipiendos. *d. l. placet* 4. *hoc tit.* alii vero poſthumi ſunt in ſecundo gradu, & deinceps liberorum, quales ſunt poſthumi nepotes, pronepotesve, qui ex alieno corpore nempe filii teſtatoris nepotisve naſcentur. *l. quid ſi nepotes* 6. *ff. de teſtam. tut.* quo ſuppoſito dicimus, in primo exemplo poſthumorum nempe filiorum, qui ex teſtatore uxoreque ejus naſcentur, neceſſe non eſſe, ut teſtamenti tempore concepti ſint, quia jam tunc certum eſt, eos quandocumque poſtea naſcantur, etiamſi concipiantur poſt teſtamentum, ſuos heredes naſcituros, quoniam eo ipſo quod ex teſtatore uxoreque ejus naſcituri proponuntur, ſaltem ante teſtatoris mortem concepti ſupponuntur, & ex die conceptionis jam nati atque in poteſtate fuiſſe finguntur, & cum filii poſthumi ſint, nemo eos in primo gradu ſucceſſionis præcedere poteſt, eaque ratio eſt *d. l. placet* 4. cum ſupra laudatis, *hoc tit.* in ſecundo autem exemplo poſthumorum veluti nepotum, ut ſui poſthumi ſint, neceſſe eſt, eos jam teſtamenti tempore conceptos fuiſſe, non quia id per ſe requiratur, ut Ant. Fab. contendit, ſed quia non aliter certum eſſe poteſt, hunc nepotem poſthumum ſuum heredem avo futurum, quoniam ſi poſt teſtamentum conceptus proponatur, vel pater ejus teſtamenti tempore erat in poteſtate, quo caſu nepotem præcedebat, & incertum tunc erat, an nepos poſthumus eſſet ſuus heres futurus, qui a patre ſuo, ſi viveret, ſemper præcederetur, aut erat pater teſtamenti tempore extra poteſtatem, veluti jam emancipatus, quo caſu certum teſtamenti tempore fuit, nepotem hunc poſt teſtamentum & emancipationem patris conceptum non fore ſuum heredem avo naſciturum, & conſequenter nec ſuum poſthumum, ut pote non in avi familia aut poteſtate, ſed patris ſui conceptum natumque. *§. poſthumo quoque verſ. ideoque inſt. de leg.* at in nepote poſthumo ante teſtamentum avi concepto, ut ſuus poſthumus ſit, certumque teſtamenti tempore ſit, ſuum heredem futurum, contingit ſi pater poſt ejus conceptionem & ante teſtamentum nepotem hunc præcedere deſinat, exeatque e poteſtate avi morte aut alia ratione, veluti emancipatione, quem poſtremum caſum complectitur Ulpianus in *d. l.* 1. *§. ſi pater* 6. *verſ. ſed etſi poſthumus.* ubi iden, ut poſthumus nepos tanquam ſuus heres, & in familia & poteſtate retentus concurrat cum emancipato filio patre ſuo ad hereditatem avi ex Edicto *tituli de conjungend.* requirit, ut ante emancipationem patris conceptus ſit, & conſequenter ante teſtamentum

tum avi, quod cum fieret, jam pater emancipatus erat, quia ſi poſt emancipationem conceptus nepos proponatur, certum eſt eum nec ſuum poſthumum, neque heredem ſuum naſciturum, atque ita nec jungendum patri ex illo Edicto. *d. l.* 1. *§. ſi pater* 6. *verſ. liberos*, & *§. liberos* 7. ſentit quamvis non ſatis explicet Carranza *d. §.* 1. *illat.* 12. *num.* 82.

§. XII. Secunda tertiaque poſthumorum ſpecies extat in *poſthumis non ſuis*, quorum duæ ſpecies ſunt, quæ diviſionem noſtram proficiunt. Prima ſecundaque poſthumis ſuis ex adverſo oppoſita eſt eorum, quos teſtamenti tempore certum eſt, ſi tunc naſcerentur, ſive quandocumque naſcantur, ſuos heredes eſſe non poſſe, ut ſunt nepotes ex filio emancipato concepti poſt emancipationem. *§. poſthums inſt. de leg.* Altera tertiaque eſt eorum, qui ſui poſthumi non ſunt, quia teſtamenti tempore certum non eſt, eos ſuos heredes futuros, & tamen fieri poteſt, ut ſui naſcantur, ut evenit in nepotibus poſthumis conceptis ex filio in poteſtate, quo vivente & in familia avi eos præcedente ſui naſci avo non poſſunt; ſi vero pater moriatur, aut emancipatur, ſui naſcentur, ideoque iſtos *poſthumos mixtos* ſive *medios* inter omnino ſuos, & omnino non ſuos futuros vocare licet. Plane communior interpretum ſententia adfirmat, ſecundam illam poſthumorum ſpeciem alieni poſthumi nomine & deſcriptione contineri apud Juſtinianum in *d. §. poſthumo.* dum docet poſthumum alienum eſſe *eum, qui natus inter ſuos heres teſtatori futurus non eſt.* ſic enim explicant, ut interpunctione addita poſt verba *qui natus*, ſenſus ſit, eum eſſe poſthumum alienum, qui natus ſi eſſet tempore teſtamenti, certum jam erat non futurum inter ſuos heredes teſtatoris, ſive ſuum naſciturum, ejusque alieni ſive extranei poſthumi exemplum Juſtinianus inſert proponitque in concepto ex filio emancipato. *d. §. poſthumo verſ. ideoque.* quem ita exponunt interpunguntque, & alienum ab extraneo poſthumo non diſtinguunt poſt Theophilum, Hotmanum, & Cujacium in *prioribus notis ibi*, Coſta in *repetitione ejusdem §. num.* 4. Alciatus *lib.* 3. *paradoxor. cap.* 2. Lælius Taurellus ad *noſtram legem.* E contra Academici præceptores Pichard. ad *hunc tit. in prælud. cap.* 1. *num.* 36. Valentia *illuſtr. lib.* 3. *titulo* 2. *ad hunc tit. parte* 2. *num.* 2. & 3. Schiſordegherus *d. lib.* 3. *titulo* 16. *quæſtione* 2. & ante eos Marius Salomonius in *noſtra l. Gallus num.* 9. Maſſinius *num.* 113. alienum poſthumum ab extraneo diſtinguunt, & alienum vocant juxta tertiam ſpeciem poſthumorum eum, quem mixtum vocari poſſe diximus, quia poteſt ſuus vel alienus naſci, de quo intelligunt Juſtinianum in *d. §. poſthums verſ. eſt autem.* eumque ita interpungunt, ut verba *inter ſuos* conjungantur verbis *qui natus*, & a ſequentibus diſtinguantur, ut ſenſus ſit, alienum poſthumum eſſe eum, qui natus inter ſuos ſcilicet in familia & poteſtate avi, in qua ſui heredes ſunt, non tamen eſt futurus ſuus heres, veluti nepos poſthumus ex filiofam. qui eum præcedit, ut explicat Accurſ. in *d. §. poſthumo.* extraneum autem poſthumum eſſe affirmant juxta ſecundam ſpeciem poſthumorum eum, de quo certum eſt, ſuum naſci non poſſe, qualis eſt nepos conceptus ex filio emancipato poſt emancipationem, ad quem nepotem non ut exemplum ſpeciemve alieni poſthumi, ſed ut poſthumum ab alieno diverſum, ut pote non inter ſuos natum, ſed omnino extraneum inſert Juſtinianus in *verſ. ideoque d. §. poſthumo.*

§. XIII. Nos in hac controverſia, quamvis inviti a præceptoribus noſtris diſſentiamus, & fateamur, ſecundam tertiamque ſupra propoſitas poſthumorum ſpecies inter ſe ex ratione, effectuque juris diſtingui, cum alii ſint poſthumi omnino non ſui, & alii qui, quamvis non ſui tempore teſtamenti, poſtea ſui naſci poſſunt, tamen apud juris auctores extranei, & alieni poſthumi diſtinctionem, ut Academici Anteceſſores explicant, commentitiam eſſe arbitramur, his fundamentis, quæ ſequuntur. Primo quia in uſu Juris promiſcue, & eodem ſenſu uſurpantur *extranei*, *alienique* nomina; ideoque nepos adoptivus ex filio emancipato alienus avo eſſe dicitur in *l. ſed ſi hac* 10. *§. ſi filius* 8. *in fine ff. de in jus voc.* qui omnino extraneus magis eſt quam poſthumus ex filio emancipato, de quo in *d. §. poſthumo verſ. ideoque.* & *extraneus ſervus* pro alieno in *l. ſi hereditas* 10. *§. ult. ff. de teſtament. tut. l.* 4. *§.* 1. *ff. de noxal. l. ſi poſtulaverit* 27. *§. ſed & ſervi* 14. *ff. ad l. Jul. de adult.* Secundo quia, ſi verba *d. §. poſthumo, qui natus inter ſuos*, conjunguntur & diſtinguuntur a ſequentibus, ut Accurſ. & Academici docent, ſignificant poſthumum illum, de quo ibi, eo tempore quo naſcitur naſci inter ſuos, quoniam ſcilicet vivit tunc pater, qui ſuus heres eſt, & mortuus avus eſt, cujus reſpectu nepos poſthumus dicitur, juxta quem ſenſum non diceret Juſtinianus, hunc poſthumum non futurum ſuum heredem, ſed non eſſe ſive non naſci ſuum, quia pater eum præcedit eo tempore, quo naſcitur. Tertio & quidem decretorio argumento contra ſuperiorem diſtinctionem utimur ex *l. penult: ff. de leg.* 1. ubi cum quæſtio ſit de fideicommiſſo relicto *a* poſthumo fratris, quem omnino tam poſthumum extraneum eſſe reſpectu patrui, quam nepotem conceptum ex filio emancipato reſpectu avi negari non poteſt, vocat eum Paulus alienum poſthumum, probatque legitimum heredem eſſe poſſe ex ſententia Galli de alienis poſthumis, quæ tamen perperam applicaretur poſthumo omnino extraneo, niſi conſtaret eum non diſtingui ab alieno. Neque aſſentiri ſalva conſcientia poſſumus noſtro Pich. ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 131. aſſerenti, alienum poſthumum *in d. l. penult.* minus proprie uſurpari pro extraneo, namque nulla idonea ratio eſt, cur magis dicamus in *d. l. penult.* alienum poſthumum dici pro extraneo, quam in *d. §. poſthumo verſ. ideoque.* extraneum pro alieno, tum vel maxime, quia in *d. l. penult.* ſignificatur poſthumo, de quo ibi, quamvis fideicommiſſum ei & ab eo dari poſſet, quia ſola voluntas in fideicommiſſis ſpectatur, tamen legatum relinqui non potuiſſe ex regula *d. §. poſthumo.* quæ regula cum propria ſit alieni poſthumi, & applicetur poſthumo omnino extraneo, de quo in *d. l. penult.* fatendum eſt, eum poſthumum, quem contrariæ ſententiæ aſſertores extraneum vocant, alieni deſcriptione & regula comprehendi.

§. XIV. Neque præceptorum ſententiam fovet aut firmat Ulpiani teſtimonium in *l. extraneo* 6. *ff. de ventre in poſſ. mitt.* ubi extraneum poſthumum dici eum, qui nunquam ſuus naſci poteſt juxta ſecundam ſpeciem poſthumorum propoſitam ſupra §. 12. & diſtingui a poſthumo ſuo & alieno, qui quamvis ſuus teſtamenti tempore non ſit, poteſt ſuus naſci, colligitur ex eo, quia non aliter mater ejus poſthumi extranei mittitur ventris nomine in poſſeſſionem, quam ſi aliunde ſe alere non poſſit, & tamen in ſuo poſthumo aut alieno, qui ſuus naſci poteſt, fit miſſio ventris nomine, quamvis mater habeat alimenta. *l.* 1. *§. toties* 2. *l. curator* 5. *ff. de ventre in poſſeſſ. mittendo.* namque omiſſis traditis ad *d. l. extraneo* 6. poſt Acc. *ibi*, Bart. in *l. ult.* Albericum in *d. l. curator* 5. *ff. de ventre in poſſ. mitt.* a Cujacio in *recitat.* in *d. l. extraneo* 6. animadvertendum eſt, miſſionem in poſſeſſionem ex illo edicto fieri tribus caſibus. Primo contra teſtamentum, in quo poſthumus præteritus eſt, quo caſu mittitur venter in poſſeſſionem vice contra tabulas bonorum poſſeſſionis, quam haberet præteritus, ſi jam natus eſſet. *l.* 1. *ff. de ventre in poſſeſſ. mitt.* & ideo non tantum venter, ex quo ſuus naſciturus eſt, aut naſci ſuus aliquo caſu poteſt, mittitur in poſſeſſionem; ſed etiam venter ex emancipato, ex quo non ſuum ſed extraneum omnino naſciturum conſtat. *d. l.* 1. *§. etiam ex emancipato* 11. juncta *l. ſi emancipatus* 6. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* Secundo ſecundum teſtamentum, in quo is, qui in

utero eſt, inſtitutus eſt, quamvis omnino extraneus poſthumus ſit, veluti conceptus ex filio in adoptionem dato, aut poſthumus, qui cognatus dumtaxat futurus eſt, & tunc miſſio fit interim loco bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas. *d. l.* 1. §. *ſi filius* 12. *l. poſthumus* 6. *ff. de inoffic.* Tertio denique ab inteſtato venter mittitur in poſſeſſionem, ubicumque eum jam natum Prætor admitteret ad bonorum poſſeſſionem, ſive *unde liberi*, ut filium, ſive *unde legitimi* ut adgnatum, ſive *unde cognati* ut cognatum, & generaliter ex omnibus Edicti partibus. *l. ubicumque* 7. *l. ult. ff. de ventre in poſſeſſ. mitt. l.* 1. §. *ſed ſi matris* 5. *ff. ad S. C. Tertyll. l. ſed ſi is* 5. §. *an autem verſ. nec mirum ff. de Carbon. Edicto. l. cum quidam* 30. §. 1. *in fine ff. de adquir. hered. l. ſi ita fuerit* 13. §. *ult. ff. de man. teſtam.* neque propoſitis repugnat, quod ſcriptum eſt in *d. l.* 1. §. *toties* 2. *de ventre in poſſ. mitt.* nempe toties ventrem in poſſeſſionem mitti, quoties aut ſuus heres futurus eſt, aut aliquo caſu ſuus naſci ſperatur; id enim referendum eſt ad primum illum caſum miſſionis in poſſeſſionem contra teſtamentum, de quo in *d. l.* 1. *in pr.* quem caſum eum Ulpianus proſequeretur in *d.* §. *toties* 2. tractaretque de miſſione ſuccedente in locum contra tabulas bonorum poſſeſſionis, quæ liberis præteritis jam natis dari ſolet. *l.* 1. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* requirit, ut id, quod in utero eſt, poſſit ſaltem aliquo caſu inter ſuos heredes eſſe, non ut excludat conceptos ex emancipato, qui & admittuntur ad contra tab. jam nati. *l.* 3. *l. ſi emancipatus* 6. *l. ult. ff. de bon. poſſ. contra tab. l. ſi quis* 5. §. 1. *ff. ſi tab. teſtamenti nul. ext.* & mittuntur nondum nati in poſſeſſionem. *d. l.* 1. §. *etiam ex emancipato* 11. ſed ut excludat exheredatos, quibus exheredatio ſic abſcindit jus ſui heredis a tempore mortis defuncti, ut expoſuimus ſupra *cap.* 1. *num.* 11. ut neque ad contra tabulas admittatur. *l. non putavit* 8. *ff. de bon. poſſ. contra tab.* neque ad miſſionem in poſſeſſionem. *d.* §. *toties* 2. ubi & obſervatione digniſſimum eſt, verbis illis *inter ſuos heredes futurum erit*, non male comprehendi etiam nepotes conceptos ex emancipato, ſimileſque qui ad contra tabulas vocantur, quamvis extra familiam & poteſtatem avi ſint concepti natique, quoniam Prætor, ut emancipatos aut eorum filios præteritos ad contra tabulas admittat, in primis emancipationem & minimam capitis deminutionem ei conſequentem, per quam in poteſtate & familia ac proinde ſui heredes eſſe deſierunt, reſcindit. *l. ſed cum patrono* 6. §. 1. *ff. de bon. poſſeſſ. l. ſi aliquis* 9. *verſ. quod æque de bon. proſcript. in C. Theodoſ.* atque eo colore per reſciſſionem emancipationis quaſi jam inter ſuos heredes ad ſucceſſionem admittit, ut appoſite ad rem ſignificat electus textus eleganſque in *l.* 3. §. *ſi emancipatus* 5. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* quem poſt Alciatum *lib.* 4. *parerg. cap.* 22. interpretantur docte Cujacius *lib.* 3. *obſerv. cap.* 5. Briſſon. *de jure connub. pag.* 73. Fab. *de error. Pragmat. dec.* 29. *errore* 6. Ergo ut jam reſpondeamus ad *d. l. extranes* 6. ideo ibi venter in poſſeſſionem non mittitur, niſi in ſubſidium egeſtatis maternæ, non quia extraneus poſthumus erat, (namque concepto ex emancipato, quem extraneum poſthumum contrariæ opinionis auctores vocant, miſſio ſine diſtinctione conceditur. *d.* §. *etiam ex emancipato* 11.) ſed quia ſolo jure inſtitutionis per bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. ad ſucceſſionem vocabatur, cum neque ab inteſtato, neque contra tab. vocaretur, ut pote omnino extraneus teſtatori, quapropter cum poſthumi hujus tanquam alieni inſtitutio, qua ſola mittitur jure civili, non valeret, quamvis a Prætore ei nato detur ſecundum tab. *pr. inſtit. de bon. poſſeſſ.* Prætori viſum fuit interim miſſionem concedere in caſum deficientium alimentorum.

§. XV. Rejecta itaque extranei poſthumi ab alieno diſtinctione, & ſuppoſitis *ſui, alieni, mixtique* ſpeciebus, ſuccedit opportune jam diſputatio, qua nulla in hoc tractatu illuſtrior obſcurior nulla, an ſcilicet poſthumi non ſui ſive alieni aut mixti inſtitutio jure civili & JCtorum ſæculo ante Gallum Aquilium, & Juſtinianum permiſſa fuerit: in qua quæſtione quid ſentiamus, inſinuavimus obiter ſupra §. 7. 8. & 9. nuncque affirmamus, poſthumi alieni & mixti in eum caſum, quo alienus futurus eſt, inſtitutionem jure civili & JCtorum ætate ante & poſt Gallum permiſſam non fuiſſe, quam ſententiam firmat in primis juris ratio in *pr. hujus cap.* plenius expoſita §. 3. ſcilicet quia poſthumus antequam naſcatur, aut perſona nulla eſt, aut incerta, & proinde deficitur teſtamenti factione neceſſaria, ut inſtitui poſſit, quem defectum quamvis in ſuo poſthumo ſuppleat, & inſtitutionem permittat fictio, qua conceptus pro nato habetur, & neceſſitas paterni teſtamenti conſervandi, quod a poſthumo ſuo præterito rumperetur; non ſupplet in alieno poſthumo, in quo ceſſat neceſſitas inducendæ fictionis, quia alienus eſt, & quamvis præteritus non rupturus, ut docuimus §. 7. 8. & 9. Secundo hæc ſententia aperte probatur in *pr. inſtitutionum de bon. poſſeſſ.* ubi Juſtinianus docet, inſtitutionem poſthumi alieni jure civili non valuiſſe, ideoque eum hereditatem adire non potuiſſe, ſed Prætorem jus civile emendaſſe data bonorum poſſeſſione ſecundum tab. poſthumo alieno inſtituto, & Juſtinianum ipſum nova conſtitutione induxiſſe, ut inſtitui hodie poſſit, ut ſignificatur etiam in §. *ſed nec hujuſmodi* 27. *inſtit. de leg.* Plane ſi & ante Juſtinianum & civili jure inſtitutio valeret, & adire poſthumus impediretur, quia verba aditionis pronuntiare non poterat ex ratione *l. pupillus* 9. *ff. de adquir. hered.* non autem, quia inſtitutio invalida, quomodo Juſtinianum eludit potius quam elucidat poſt præceptorem ſuum noſter Pichardus in *d. pr. inſtitut. num.* 20. *de bon. poſſeſſ.* & ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 118. non civile jus emendaſſe Prætor Juſtinianuſque, & quidem in teſtamentaria ſucceſſione, ſed adjuvaſſe & ſuppleviſſe impedimentum aditionis dici debent, & multo minus induxiſſe, ut inſtitui hodie poſſit, ſi & ante poterat, ut conſiderant noſter Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 13. *num.* 13. Carranza *de partu cap.* 2. §. 1. *num.* 129. & *ſequentibus.* Tertio huic ſententiæ favet, quod ſcriptum eſt in *d.* §. *poſthumo alieno* 26. *inſt. de leg.* poſthumo alieno legari non potuiſſe, nimirum quia cum eo ut pote incerta perſona teſtamenti factio non fuit, ut indicat vox *quoque* in *d.* §. *poſthumo.* & continuatio ejus §. cum §. *legari*, & §. *incertis*, qui præcedunt. Ergo neque potuit inſtitui alienus poſthumus, cum non minus deſideratur teſtamenti factio ad inſtitutionem, quam ad legatum. *l. ſi alienum* 49. §. *ult. ff. de her. inſtit.* & quemadmodum in hereditate jacente dominium bonorum defuncti conſervatur, donec inſtitutus adeat adquiratque. *l.* 1. §. *Scævola ff. ſi is qui teſtam. liber.* ita & in hereditate & herede dominium rei legatæ conſervari poſſet, donec poſthumus naſceretur, cui adquireretur, ut in legato conditionali. *l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. niſi defectus teſtamenti factionis in poſthumo alieno, ut pote incerto aut nullo, legatum pariter & inſtitutionem vitiaret, ut expendit contra evaſionem Spannochii Schifordegherus *lib.* 3. *ad Fabrum tractatu* 16. *quæſt.* 6. Quarto in eandem rem conducit Ulpianus in *l. poſthumus* 6. *verſ. hoc plane ff. de inoffic.* ubi ſignificat, poſthumum alienum, qui ab inteſtato ut legitimus, aut cognatus defuncto ſuccedere potuit, ſi ab eo in teſtamento inſtitutus non ſit, poſſe ei imputare, cur ipſum non inſtituerit, non tamen eo colore, quaſi inſtitutus poſſet jure civili heres eſſe; ſed eo ſolo, quia potuit inſtitutus mitti in poſſeſſionem Prætorio jure; proinde ſentit Ulpianus, inſtitutionem alieni poſthumi civili jure inutilem fuiſſe. Quinto pro eadem ſententia inducuntur textus in *l. placet* 4. *cum l. ſeq. l. ſi quis poſthumos* 9. *in pr.* & §. 2. & §. *penult.*

penult. & *ult. l. filius* 28. §. *ſi quis eo tempore hoc tit.* quos expendit noſter Valentia *illuſtr. lib.* 3. *tractatu* 2. *ad hunc tit. cap.* 2. *num.* 16. & textus in §. *ille caſus noſtræ l.* juxta ſecundam ejus interpretationem traditam ſupra §. 5. & in *d. l. extraneo* 6. *ff. de ventre in poſſeſſ. mitt.* ut expoſuimus §. *præcedente in fine.* Sexto denique eisdem ſuffragatur illa ratio, quia ſi inſtitutio alieni poſthumi jure civili & ante Gallum valeret, ſupervacuæ eſſent Galli & Velleæ Legis cautiones, quibus inducta eſt certa notaque formula, per quam poſthumus non ſuus ſive alienus inſtitui poteſt, ut in *pr. noſtræ l.* & in §. *nunc de lege.* fuiſſe autem ſupervacuas fateri ſine abſurdo non poſſumus, *arg. l. ſi quando* 35. *verſ. neque enim C. de inoffic. teſtam.* quibus argumentis hanc ſententiam tuentur poſt Bart. *num.* 1. Jaſonem *num.* 11. item Claſſici fere omnes in *præſenti*, Alciatus *lib.* 3. *paradoxor. cap.* 2. & 3. Coſta in §. *poſthumus num.* 1. *inſt. de leg.* Donellus *lib.* 6. *comment. cap.* 11. & in *recitatione poſthuma ad l. noſtram.* & ad eandem Cujac. in *pr.* Gilken. *num.* 4. Boëtius Epo *num.* 15. Goveanus *num.* 17. Fab. *lib.* 9. *conject. cap.* 2. Schifordegher. *d. lib.* 3. *tractatu* 16. *quæſt.* 3. & *ſeqq.* Carranza *de partu cap.* 2. §. 1. *num.* 88.

§. XVI. Nec nos ab hac ſententia movent aut mutant argumenta, quibus in contrarium inclinant contenduntque, poſthumum alienum ſemper jure civili inſtitui potuiſſe, venerandæ memoriæ Doctor Gabriel Henriquez Academiæ noſtræ & ſæculi ſui primarius, primusque ejus opinionis ex profeſſo aſſertor, (quidquid ei qualemcumque hanc gloriam detrahere conetur Salmanticenſium obtrectator Carranza *d.* §. 1. *num.* 108.) & poſt eum præceptor noſter Pichardus in *pr. inſt. de bon. poſſeſſ. num.* 4. poſt alios Angelus Spannochius ad *noſtram l. partic.* 15. & *ſeqq.* namque ut una brevique opera, quæ nobis objiciuntur, præcipua ejus ſententiæ fundamenta expendamus exponamusque, non obſtat primum notiſſimumque ex §. *poſthumus* 28. *inſtit. de leg.* ibi: *poſthumus autem alienus heres inſtitui & antea poterat & nunc poteſt.* quoniam rejecta emendatione Alciati *lib.* 9. *Parerg. cap.* 1. legentis negatione adjecta *poſthumus autem non alienus*, quem reprehendit merito Joannes Robertus *lib.* 1. *recept. ſentent. cap.* 3. Hillig. ad Donell. *lib.* 6. *cap.* 11. *lit. T.* omiſſis etiam interpretationibus, quarum meminit Gilkenius in *præſenti num.* 8. Pich. ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 113. reſpondendum eſt, Juſtiniani verba illa & *antea poterat*, referenda eſſe non ad civile jus, ſed Prætorium, quo attento poſthumi alieni inſtitutio ſuſtinebatur, data ni bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas. *d. pr. inſt. de bon. poſſeſſ. l. poſthumus* 6. *ff. de inoffic. l.* 1. §. *ſi filius* 12. *l. extraneo* 6. *ff. de ventre in poſſeſſ. mitt.* & quia bonorum poſſeſſor eſt loco heredis, & quoad effectum heres. *l.* 2. *ff. de bon. poſſ. l. Prætor* 117. *ff. de R. J. l. in conditionibus* 19. §. *ſi patronus ff. de condit. & dem.* ejuſdemque æquitatis intuitu quamvis diverſo jure, nempe antea Prætorio, & poſt Juſtinianum civili inſtitutio poſthumi alieni ſuſtinetur, comparat quoad effectum & æquitatis cauſſam Juſtinianus utriusque juris ſtatum, ut oſtendat, non fuiſſe ſine antiquitatis exemplo novam ſuam conſtitutionem. Neque interpretationi huic repugnat exceptio illa regulæ *d.* §. *poſthumus.* ibi: *niſi in utero ejus ſit, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt.* quæ exceptio jure noſtro cum in ſuo poſthumo proponatur in *l. ſi quis poſthumos* 9. §. 1. & §. *ſed ſi ex ea. l. filius* 28. §. *ſi quis eo tempore hoc tit.* ſuadet intelligi Juſtinianum debere de poſthumo ſuo, neque omnino poſſe de alieno, quia juxta eam exceptionem poſthumus alienus, qui in utero eſt ſororis teſtatoris, aut in utero uxoris filii emancipati, quia neutra earum propter impedimentum conſanguinitatis aut affinitatis uxor teſtatoris eſſe poteſt, non potuit etiam jure Prætorio inſtitui, & tamen potuit eodem jure inſtitui poſthumus alienus, qui in utero fuit cujuscumque extraneæ mulieris, cui plus concedi quam poſthumo ſororis, aut filii emancipati abſurdum eſt *arg. l. placet* 4. ibi: *verum is quoque qui ex quacumque uxore naſcatur, hoc tit.* notat poſt alios Petrus Gilkenius in *noſtra l. num.* 9. quippe immo potius dicendum eſt, non poſſe Juſtiniani ſententiam in *d.* §. *poſthumus* intelligi de poſthumo ſuo, quia exceptio illa non eſſet conveniens regulæ propoſitæ, ſi ea ad ſuum poſthumum referatur, quoniam ex ea natus, quæ uxor eſſe non poteſt, nunquam ſuus heres vel poſthumus naſci potuit. §. *ſi adverſus* 12. *inſt. de nuptiis. l. Paulus* 11. *ff. de ſtatu hominum.* & ideo vitioſe a regula inſtitutionis permiſſæ poſthumi ſui exciperetur poſthumus, qui ſuus nunquam futurus erat, ut conſiderat Hillig. ad Don. *lib.* 6. *cap.* 11. *lit. L.* quare affirmandum potius eſt, exceptionem propoſitam in *d.* §. *poſthumus* referendam eſſe ad poſthumum alienum, nec tamen ex eo ſequitur abſurdum illud ſupra perpenſum, quia rejectis interpretationibus traditis a Coſta in *d.* §. *poſthumus num.* 21. reſpondendum eſt, exceptionis illius ſententiam eam eſſe, ut inſtitui non poſſit poſthumus natus ex ea, cum qua non eſt connobium jure noſtro, quod jus civile dicitur, ut diſtinguatur a jure gentium, quod non tam noſtrum quam commune omnium gentium eſt. *l. jus civile* 6. *l. omnes populi ff. de juſt. & jure.* quo ſuppoſito pertinet ea exceptio non ad mulierem, quæ propter impedimentum conſanguinitatis affinitatisve uxor teſtatoris eſſe non poteſt, veluti ſoror ejus aut uxor filii emancipati; earum enim nuptiæ non tam jure noſtro & civili, quam communi omnium gentium jure inlubentur, & nefariæ dicuntur in *d. l. ſi quis poſthumos* 9. §. *ſed ſi ex ea.* ſed pertinet ad eam mulierem, quæ non ſolius teſtatoris & proprie ſolo jure civili uxor eſſe prohibetur, qualis eſt peregrina, de qua Ulpianus in *fragm. tit.* 15. Cajus *lib.* 1. *inſtitut. tit.* 4. Juſtinianus in *pr. inſt. de nuptiis.* ejus itaque peregrinæ mulieris poſthumus heres inſtitui prohibetur, quia neque ipſe neque ejus mater habent teſtamenti factionem, cum cives Romani non ſint. *l.* 1. *C. de her. inſtit. l.* 1. *ff. ad l. Falcid.* docet Cujac. in *d. l. ſi quis poſthumos* 9. §. 1. Schifordegh. *d. lib.* 3. *tractatu* 16. *quæſt.* 9. Hillig. *d. lib.* 6. *cap.* 11. *lit. L.* Carranza *d.* §. 1. *num.* 179.

§. XVII. Secundum opinionis contrariæ argumentum deducitur ex Pomponio in *l. filiusfam.* 16. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ubi quod ſcriptum eſt, habere poſthumum teſtamenti factionem ſcilicet paſſivam, ut vocant, quia ex teſtamento ſibi adquirere & conſequenter inſtitui poteſt, intelligendum neceſſario videtur de poſthumo alieno, tum quoniam enim comprehendit indefinita poſthumi appellatio, quæ cedit pro univerſali ex regula *l. ſi pluribus* 44. *ff. de leg.* 2. tum etiam quia nulla erit in ſententia Pomponii ratio dubitandi contra regulam *l. quod Labeo* 9. *ff. de Carbon. Edict. l.* 1. §. *ult. in fine ff. ad municip.* ſi referatur ad poſthumum ſuum, quia ſuus non tantum poteſt, ſed & debet inſtitui, ſuppletque in eo ſuitatis qualitas defectum teſtamenti factionis, ut docuimus ſupra §. 9. quibus inter alias rationibus Hotmanus ad *tit. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* in *d. l. filiusfam.* 16. varias ejus contextus emendationes tentans modo pro voce *poſthumus* legit *mutus*, modo autem voci *poſthumus* ſubjungit *alienus*, repugnante tamen eumque refutante Juſtiniano, qui Pomponium tranſcripſit in §. *extraneis verſ. teſtamenti inſt. de her. qualit.* Verum adhuc reſpondendum eſt, ſententiam Pomponii, cum ex verbis ejus non conſtet, pertinere ad poſthumum alienum, & in eo ſalva ratione juris, quæ inſtitutionem ejus impedit, intelligi non poſſit, referendam omnino eſſe ad poſthumum ſuum, ut poſt Schifordegherum *d. tractat.* 16. *quæſt.* 11. ſentit noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 2. *ad hunc tit. cap.* 2. *num.* 19. cui aſſertioni non obſtat poſthumi mentio, quia indefini-

ta non habetur pro univerſali, quoties diverſa juris ratio eſt rerum ſub univerſali comprehenſatum, ut in *præſenti* poſthumi ſui alienique, ut *arg. l.* 2. *hoc tit.* docet poſt Bart. in *d. l. ſi pluribus* 44. *ff. de leg.* 2. Covarr. *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 9. Sebaſtianus Medices *de reg. juris reg.* 2. *num.* 7. & 12. ſed neque ad poſthumum ſuum relata Pomponii ſententia extra dubitationem eſt, quia in eo etiam defectus perſonæ, & incertitudinis permiſſionem inſtitutionis valde & valide dubiam fecit veteri Juriſprudentiæ, quamvis permitti obtinuit, & ſuitatem cedere pro teſtamenti factione, ſive quod idem eſt, ne præteritus tanquam ſuus rumpat teſtamentum, inſtitui potuiſſe, & eo reſpectu teſtamenti factionem habere, ut expoſuimus ſupra §. 4. & *ſeqq.* quibus addo, & ſerio moneo, vulgarem, & cenſore dignum mihi errorem videri eorum, qui omnes juris auctorum ſententias non ſine magna dubitandi ratione ſcriptas fuiſſe, & tanquam leges de re controverſa latas exiſtimant: ſed enim quamvis verum ſit in his juris locis, in quibus veteres Juriſconſultos dubitaſſe, aut diſſentiſſe videmus, aut quos diſcutiunt, decidunt ve ſub quæſtionis ſeu ſpeciei forma, & regulariter etiam leges, præſertim quæ jus novum aut privilegiarium inducunt, non ſint referendæ ad caſum indubitabilem. *d. l.* 1. § *ult. ff. ad municipalem. l. quod Labeo* 9. *ff. de Carbon. Edicto.* non tamen eſt perpetuum; ſunt enim multa juris pronuntiata, quæ tanquam prima juris elementa certæque & exploratæ juris regulæ proponuntur potius, ut doceamur quam ut dubitemus, quales ſunt definitiones diviſioneſque & plerumque ſimilia præcepta, quæ ex JCtorum *libris inſtitutionum, definitionum*, & *regularum* deducuntur, ut ex *lib. ſingulari regularum* Pomponii in *d. l. filiusfam.* 16. *de teſtam.* ſatis colligitur.

§. XVIII. Tertio contrariæ ſententiæ auctores moventur ex textu, quo præcipue nituntur in *l. fratris poſthumo penult. ff. de leg.* 1. ex qua apertiſſime conſtat, alienos poſthumos legitimos nobis heredes fieri poſſe, & onere fideicommiſſi gravari, quo ſuaderi videtur, teſtamentariæ quoque ſucceſſionis eos capaces fuiſſe, atque proinde heredes inſtitui potuiſſe, quia quemadmodum hereditas teſtamentaria ex teſtantis judicio capitur, legitima etiam ex tacita defuncti voluntate deferri dicitur. *l. conficiuntur* 8. §. 1. *ff. de jure codicil.* cujus textus difficultatem ut evitemus, & illius ſententiam exponamus, animadvertendum eſt, illius litteram varie circumferri, nam in quibusdam codicibus ita legitur, *heredi poſthumo*; in aliis vero ita, *ab herede poſthumo*, quam lectionem probant Connanus *lib.* 10. *comment. cap.* 3. *num.* 8. Alciatus *lib.* 3. *paradoxorum cap.* 2. *in fine.* & eiſdem verbis exprimitur a Conſulto Paulo *lib.* 4 *recept. ſententiar. titulo* 1. §. 1. Sed in florentinis & vulgatis etiam codicibus illius textus principium ita legitur: *a fratris poſthumo &c.* quæ lectio eandem ſententiam cum ſecunda habet, & utraque mihi verior quam prima videtur. Plane licet probet ille textus, poſthumos alienos ab inteſtato heredes eſſe poſſe, non tamen ex eo recte infertur, eos heredes inſtitui potuiſſe, nam inſtitutio idcirco inutilis eſt, quod reſpectu teſtatoris poſthumus incerta perſona eſſe exiſtimatur, & ita in perſonam incertam teſtantis voluntas dirigitur: hæc autem ratio omnino ceſſat in legitimis hereditatibus, quia etſi ex tacita defuncti voluntate proficiſci videantur, magis tamen ex legis diſpoſitione proveniunt. *l. lege obvenire ff. de V. S. l.* 3. §. *de illo ff. pro ſocio.* legis vero reſpectu poſthumus incerta perſona non eſt, quia lex ſemper certa eſt, an poſthumus naſciturus ſit nec ne, pleno an vacuo ventre mulier ſit. *l. cum quidem* 30. §. *ſuum heredem. l. ventre prætérito* 84. *ff. de adquir. hered.* proinde non mirum, ſi poſthumus, licet in teſtamento heres inſtitui nequeat, ab inteſtato tamen heres eſſe poſſit; præterea Lex XII. Tabb. agnatos omnes, qui in rerum natura fuiſſent, ad defuncti hereditatem vocavit; poſthumus autem quoad hunc effectum in rerum natura eſſe intelligitur, quia cum de ejus utilitate tractetur, pro nato habetur juxta regulam textus in *l. qui in utero* 7. *l. qui in utero* 29. *ff. de ſtatu hominum.* merito igitur legitimus heres poſthumus fieri poteſt. *l. inteſtato* 3. §. *utique. l. Titius* 6. *cum l. ſequenti ff. de ſuis & leg. d. l. cum quidam* 30. §. *ſuum heredem ff. de adquir. her. l. poſthumus* 6. §. 1. *ff. de inoff. teſtam.* prout recte conſiderant Schifordegherus *lib.* 3. *tractatu* 16. *quæſtione* 4. Carranza *lib.* 1. *de partu* §. 1. *num.* 263. neque audiendi ſunt Accurſ. Bart. & alii antiquiores in *d. l. penult. ff. de leg.* 1. qui, quod in ea legali ſententia refertur, ad Galli formulam, de qua in *præſenti* agitur, referendum credunt, quos optime convincunt Cujac. Duaren. Goveanus, & Turellus in *præſenti*, idem Duaren. *lib.* 2. *diſputat. cap.* 38. Carranza *ubi ſupra num.* 257. Schifordegherus *d. tractatu* 16. *quæſtione* 10. qui cum Donello *lib.* 8. *comm. cap.* 8. late diſputant, qualiter in *d. l. penult.* a poſthumo legitimo herede fideicommiſſum relinqui poſſit.

§. XIX. Non etiam nobis negotium faceſſit Javolenus in *l. ejus ſervum* 64. *ff. de her. inſt.* ubi ſtatuere videtur, ſervum poſthumi alieni heredem inſtitui poſſe, cui conſentit Juſtinianus in § *ſervus etiam inſt. eodem tit.* ſane cum certum ſit, ſervos ex dominorum perſonis teſtamenti factionem accipere. *l. non minus* 31. *ff. de her. inſt. l. ſi mihi* 12. §. *regula ff. de leg.* 1. *l. debitor* 84. § *ſervo alieno ff. de leg.* 2. conſtare utique ex prædictis juribus videtur, poſthumum alienum heredem inſtitui potuiſſe, alioquin illius ſervi inſtitutio non conſiſteret; nam etſi in his juribus exponendis valde diſſentiant interpretes, veriſſimam arbitror ſententiam exiſtimantium, poſthumum alienum inſtitutionis incapacem non fuiſſe, prout colligitur ex *l. non eſt ambigendum* 12. §. *ult.* & ex *l. ſequenti ff. de bon. poſſeſſ.* ſi eum illis conjungas *l. poſthumum* 6. *in princ.* & in §. 1. *ff. de inoff. teſtam.* §. 1. *inſt. de bon. poſſeſſ.* illius autem inſtitutionem inutilem fuiſſe propter impedimentum incertitudinis, atque ideo ſervum ejus ut pote ſervum capacis recte inſtitui potuiſſe; nam cum ſervi perſona naturaliter certa ſit, incertitudo, quæ poſthumi inſtitutionem vitiabat, ſervi inſtitutioni impedimento non erat, *arg.* textus in *d. l. debitor* 84. §. *ſervo alieno ff. de leg.* 2. ita Bartolum ſequuti docuerunt plures, quos laudat noſter Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 13. *num.* 28. Neque obſtat, quod dominium ſervi apud poſthumum, dum in utero eſt, exiſtere non poſſit, cum perſona non exiſtimetur, ſed ſpes animantis aut pars viſcerum matris, atque proinde ſervus neque poſthumi eſſe poteſt, neque ab eo capacitatem mutuari: nam reſpondendum eſt, in ſpecie *d. l. ejus ſervum* cum aliis, ſervum illius hereditatis fuiſſe, cujus bonorum poſſeſſio data fuerat poſthumo ex clauſula de ventre in poſſeſſionem mittendo; & ideo non inconcinne ſervum poſthumi vocari, quo etiam referendus eſt textus in *l. generaliter* 24. §. *ſervo ejus ff. de fideicommiſſar. libert.* & cum poſthumo expediat & utile ſit, quod ſervus, ſi heres inſtituatur, capax ſit, ut natus hereditatem ſervo datam conſequi poſſit, pro nato quidem habetur, quoad hoc ut ſervi dominus videatur, & ei capacitatem præſtet juxta regulam *l. in utero* 7. & 26. *ff. de ſtatu hominum. l. intelligendus* 153. *ff. de V. S.* præſenſit optime Amaya *ubi ſupra*, quem immerito carpit Carranza *ubi ſupra num.* 212.

§. XX. Præterea nobis non obſiſtunt jura in *l. quidam* 6. §. *ult. cum* 2. *legg. ſequent. ff. de reb. dub.* in quibus proponunt Conſulti, quod ſi mihi & poſthumo ſuo vel alieno legatum vel fideicommiſſum detur, vel heredes inſtituamur, non nato poſthumo totam hereditatem ad me pertinere, eo vero nato non niſi partem: atque ideo conſtare ex illis videtur, alieni poſthumi inſtitutio-

nem

nem inutilem non fuiſſe, nam relictis variis interpretationibus, quas late recenſet Carranza *ubi ſupra num.* 287. illis me ſubſcribo, qui, quod in *d. l. 71 de hered. inſtit.* adjicitur, non ad alienum ſed ad poſthumum ſuum pertinere arbitrantur; hujus ſententiæ ſunt Schiſordegherus *ubi ſupra*, Valentia ad *noſtrum textum cap. 2, num.* 19. Carranza *ubi ſupra num.* 194. ſecundum quod ex illis juribus neutiquam evinci poteſt, valuiſſe alieni poſthumi inſtitutionem, quod autem de fideicommiſſo & legato illic ſcribitur, quomodo accipi debeat, infra dicemus. Eisdem etiam interpretibus conſentio, dum de poſthumo quoque ſuo intelligunt textum in *l. ſubſtitui* 17. *ff. de vulgar. & pupillari ſubſtitut.* ubi ſcribitur, ſubſtitui liberis eum poſſe, qui poſt mortem eorum naſciturus eſt, ut hæc Conſulti ſententia accipiatur juxta ſpeciem & ſententiam *l. ſed ſi plures* 10. §. *quos poſſunt ff. eod. tit.* quod ſi hæc interpretatio non omnino arriſerit, dici poteſt, poſthumi ſubſtitutionem in *d. l. ſubſtitui* validam eſſe non civili, ſed Prætorio jure, ut natus poſtea poſthumus per bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. ſuccedere poſſit, prout cenſent Cujacius in *l.* 2. §. *prius ff. de vulg.* Coſta in §. *poſthumus inſt. de leg.* eodem etiam interpretandi modo ſunt qui velint intelligendum eſſe textum in *l. Titius* 25. §. *Lucius ff. hoc tit.* ut ibi pronepotis ex nepte inſtitutio, quem teſtator tanquam in utero exiſtentem, atque ideo ut poſthumum alienum inſtituit, non civili ſed Prætorio jure ſuſtineatur, quia cum teſtator eum inſtituiſſet, quem poſt teſtamentum factum naſciturum ſperabat, in incertam perſonam judicium ſuum direxiſſe videbatur, atque proinde jure civili inutile futurum, ut poſt Bart. & alios antiquiores cenſent Ant. Fab. *lib. 9. conjectur. cap.* 2. Schiſordegherus *d. tractatu* 16. *quæſtione* 11.

§. XXI. Sed hæc interpretatio non omnino tuta videtur, & præter alia, quæ contra eam expendit Carranza *ſupra num.* 203. illud conſidero, quod ut poſthumi alieni inſtitutio Prætorio jure conſiſtat, nihil refert, an in eodem die naſcatur, quo teſtamentum factum eſt. Igitur cum Conſultus Paulus, ut pronepotis inſtitutionem defendat, illud expendit, quod eodem die natus fuerit, quo teſtamentum proavus fecit, & ante teſtamentum, denotare quidem videtur, inſtitutionem civili jure conſiſtere, quare rectius Cujac. in *eod. textu* docet, pronepotis inſtitutionem idcirco validam eſſe, quia etſi ut poſthumus inſtitutus proponatur, cum tamen teſtamenti tempore jam natus, & ita certa perſona fuiſſet, falſa teſtatoris opinio veritati non nocet, quia prævalet magis in hoc caſu, quod eſt in veritate, quam in opinione, quæ interpretatio placuit Sarmiento in *d.* §. *Lucius.* Coſtæ in §. *poſthumus num.* 4. & ante eos idem docuit Cumanus in *d.* §. *Lucius.* Plane priusquam hinc diſcedamus, adnotare libet, quod etſi poſthumi alieni inſtitutio Prætorio jure ſuſtinebatur. *d. l. poſthumus* 6. *ff. de inoff. teſt. l.* 1. §. *ſed etſi matris ff. ad S. C. Tertyll. l. extraneo* 6. *ff. de ventre in poſſ. mitt.* quas ita interpretatur Coſta *ubi ſupra num.* 4. in legatis tamen eidem relictis non idem jus erat, nam inſtitutiones dumtaxat ut favorabiliores Prætor tuebatur, non vero legata, quæ omnino inutilia erant. §. *poſthumo quoque inſt. de leg.* in quo verbum *antea* ad jus Prætorium referri debet, prout refertur in §. *poſthumus ejusdem tituli.* quo & aliis fundamentis ita docent Duaren. in *præſenti*, Goveanus in *l.* 1. §. *ſed ſi ſervo ff. ad l. Falcid.* Coſta *ubi ſupra num.* 15. Ant. Faber *lib. 9. conject. cap.* 2. Schiſordegherus *ubi ſupra quæſtione* 7. Neque contrarium probant jura in *l. ſi duobus* 16. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l.* 1. §. *ſed ſi ſervo ff. ad l. Falcid. l.* 1. §. *ult ff. de leg. præſt.* in quibus legata poſthumis relicta valida ſunt, quia non de poſthumo alieno, ſed de ſuo accipi debent, ut proxime citati DD. affirmant, quibus etiam non obloquitur textus in *d. l. quidam* 6. §. *ult. cum* 2. *ll. ſeqq. ff. de rebus dub.* in quibus quod de legato poſthumo relicto dicitur, ad poſthumum ſuum non ad alienum referri oportet; poſthumi enim alieni mentio in eo textu fit propter fideicommiſſi cauſſam, quod eidem relinqui potuit, poſtquam obtinuit, ut legitimus heres poſſet exiſtere, ut obſervat Schiſordegherus *ubi ſupra*, Valentia in *præſenti cap.* 2. *num. ult.* niſi quis contendat, totam *illius* §. ſententiam Prætorio jure procedere, & verius eſſe, legata & fideicommiſſa poſthumis alienis data perinde atque inſtitutiones Prætorio jure ſubſtitiſſe, prout cenſet Spaunoch. quem Schiſordegherus refert; quod neque improbabile eſt neque mihi diſplicet.

CAPUT TERTIUM.

Ad Formulam Galli Aquilii de inſtitutione Poſthumi nepotis.

§. I. Suppoſito, & expoſito jam veteris Jurisprudentiæ capite circa poſthumorum inſtitutionem ante Gallum Aquilium, jam de ejus cautione & formula, ſingulisque illius verbis & difficultatibus, quibus premitur, conjuncta paraphraſis & commentarii opera diſpiciemus. Plane ex tribus illis poſthumorum ſpeciebus propoſitis *ſuperiore capite* §. 10. & 12. conſtat in primis, non pertinere Galli cautionem ad nepotem poſthumum omnino ſuum, qui ſcilicet, ſi teſtamenti tempore naſceretur, ſuus eſſet, quia tunc a nemine præcedebatur: loquitur enim Gallus de nepote poſthumo, quem filius teſtamenti tempore præcedebat, ut ex formula apparet, & præterea cum nepos poſthumus ſuus etiam ante Gallum jure civili vetere inſtitui potuerit, ut docuimus *d. cap.* 2. §. 4. otioſa in eo eſſet & ſupervacua Galli cautio, quæ induceret, ut certis verbis inſtitueretur, qui ſemper & indiſtincte potuit. Deinde & conſtare debet, non pertinere Galli formulam ad ſecundam ſpeciem nepotis poſthumi omnino non ſui, ut eſt nepos conceptus ex filio emancipato, quia iſte etiam mortuo patre nunquam ſuus heres adnaſci avo potuit, & ideo neque rumpere teſtamentum avi, quamvis inſtitutus non ſit: Gallus autem proſpexit proprie inſtitutioni ejus nepotis poſthumi, qui, quamvis ut non ſuus inſtitui non poſſet, poterat tamen mortuo patre ſuo adnaſci ſuus avo, & præteritus rumpere, ut inſinuant verba formulæ in *præſenti.* Relinquitur itaque neceſſario, referri oportere Galli cautionem ad tertiam ſpeciem poſthumi, quem *mixtum* dici poſſe aſſeruimus *d.* §. 12. qualis eſt nepos conceptus ex filio in poteſtate, qui vivo & præcedente patre alienus poſthumus avo eſt, & patre mortuo ſuus avo adnaſcitur, ad quem alienum poſthumum Galli formulam pertinere, & verba ejus ſuadent, & communis conſtansque interpretum ſententia eſt.

§. II. Ergo Cajus Aquilius Gallus ex equeſtri apud Romanos familia auctore Plinio *lib.* 17. *natur. hiſt. cap.* 1. Ciceronisque in Prætura collega, ut idem Cicero ſcribit in *topicis.* & in jure civili magni illius Quinti Mucii Scævolæ auditor, præcipuæque inter ejus auditores maximæque apud populum auctoritatis, & præceptor Servii Sulpicii teſte Pomponio in *l.* 2. §. *poſt hos Quintus* 41. *cum ſeqq. ff. de orig. juris.* inventor formulæ de dolo, quam malitiarum omnium everriculum Cicero vocat *lib.* 3. *de officiis*, & 3. *de natura Deorum.* & ſtipulationis Aquilianæ ab eo dictæ. *l.* 4. & 5. *ff. de tranſact. l. & uno* 18. §. 1. *ff. de acceptil.* non autem Legis Aquiliæ, ut perperam exiſtimarunt Viglius in §. *poſthumorum num.* 4. *inſt. de exher. liber.* Carranza *de partu cap.* 2. §. 2. *illatione* 13. *num.* 215. & 229. quos & alios convincunt textus in *l. Q. Mucius* 39. *l. ſi ſervus* 27. §. *ſi mulier* 22. *ff. ad l. Aquiliam.* juncta *d. l.* 2. *poſt hos fuerunt* 39 §. *poſt hos Quintus* 41. *ff. de orig. jur.* notat Balduinus in *Jurisprudentia Muciana*, in Pu-

blio Mucio Scævola pag. 26. Joannes Bertrandus *de Juriſperitis*, in *Gallo Aquilio lib.* 2. *pag.* 157. noſter Suarez ad *l. Aquiliam in apparatu cap.* 1. *num.* 16. Hic itaque Aquilius Gallus inter multa ſalubria excogitata, in quibus prudentiam ejus in cavendo, non in decipiendo poſitam, jurisque rationem nunquam ab æquitate ſejunctam Populus Rom. perſpexit, ut hoc aliisque elogiis eum exornaſſet, teſtatur Cicero in *oratione pro Cæcina.* induxit formulam inſtituendi nepotis poſthumi ex filio in poteſtate, quem filius teſtamenti tempore præcedebat. Nam cum ſciret, nepotem hunc ut pote teſtamenti tempore alienum poſthumum inſtitui jure civili non poſſe. *pr. Inſtit. de bon. poſſ.* & e contrario animadverteret, poſſe hunc nepotem poſt mortem patris in vita avi ſuum heredem agnaſci, & eo caſu teſtamentum, in quo prætеritus ſit, rumpere. *l. ſi quis filio* 6. *verſ. nam agnascendo ff. de injuſto rupto.* & abſurdum iniquumque videretur, non poſſe hunc nepotem ut alienum poſthumum ab avo inſtitui, & tamen eo non inſtituto, poſteaque in vita avi patre mortuo, agnatione ſui heredis in perſona hujus nepotis contingente propter præteritionem ejus teſtamentum avi rumpi, conſuluit his juris anguſtiis, ſimulque teſtamenti conſervationi, & poſthumi nepotis commodo Aquilius Gallus excogitata formula, per quam hic poſthumus, qui teſtamenti tempore alienus erat, ut pote a patre præceſſus, atque ita ut alienus inſtitui non poterat, inſtitueretur tamen tanquam ſuus collata inſtitutione & dilata in eum caſum & tempus, quo ſuus futurus eſſet patre in vita avi mortuo, unde fit, ut neque hic poſthumus, quamdiu & quatenus alienus eſt, inſtituatur, quod civili juri repugnabat, & eo ipſo inſtanti, quo & quando patre præmortuo ſuus eſſe incipit, inveniatur inſtitutus, atque ita teſtamentum non rumpat, in quo tota vis & ſubtilitas conſiſtit cautionis Galli, quam in ea ſignanter exprimit dictio *tunc*, de qua poſtea. Quam interpretationem præter Alciatum, Cujac. Duar. Fabrum, & alios laudatos ex noſtratibus a Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractata* 2. *ad hunc tit. cap.* 3. *num.* 3. Pich. ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 68. probant Marius Salom. in *præſenti num.* 28. Sarmiento *num.* 4. Viglius in §. *ſervus etiam num.* 5. *inſt. de her. inſtit.* Don. in *lectura poſthuma ad noſtram l. in fine pr.* Carranza *d. cap.* 2. §. 1. *num.* 247.

§. III. His ita prælibatis, ut ſigillatim jam Cervidii Scævolæ verba, & Galli formulam, & quæ in ſingulis difficultates occurrunt, explicemus, ait in primis Scævola ita: *Gallus ſic poſſe inſtitui poſthumos nepotes induxit.* Quibus ex verbis Bartolus in *præſenti num.* 1. & in §. *ille caſus noſtræ l. num.* 2. & poſt eum plures congeſti a Carranza *ubi ſupra num.* 213. deducunt docentque, Gallum Aquilium in nepotis hujus ut alieni poſthumi inſtitutione jus novum induxiſſe, ſive auctoritate juris condendi, quam ut JCtus habuit. §. *reſponſa prudentum inſtit. de jure naturali.* juncta *l.* 2. §. *poſt hunc* 47. *verſic. & ut obiter ff. de orig. juris.* & ob quam JCti appellantur *legum conditores. l. ult. C. de legibus. l. licet* 8. *C. de inceſtis nuptiis.* ſive ut legislator per plebiscitum hac de re factum, ut putat Viglius in §. *poſthumorum num.* 4. *inſt. de exheredatione lib.* Gilken. in *præſenti num.* 5. verum ea ſententia improbabilis omnino eſt, ut cenſent Boëtius Epo ad *hanc l. num.* 12. Philippus Maſſinius in *paraphraſi num.* 6. Fab. *lib.* 9. *conject. cap.* 12. Coſta in §. *poſthumus num.* 10. *inſt. de leg.* tum quia, ut nuper oſtendimus, Gallus inſtitutionem nepotis non ut alieni poſthumi, aut quo tempore & caſu alienus eſſet, ſed quo tempore & caſu ſuus foret, induxit, ideoque non fuit auctor juris novi contra antiquum alieni poſthumi inſtitutionem prohibens, ſed antiquam permiſſionem poſthumi ſui inſtituendi ad alienum, quo caſu ſuus eſſet, per interpretationem produxit, viamque aperuit, qua id fieri ſalva juris ratione & regulis poſſet, ut ſignificant verba Scævolæ illa: *ſic poſſe inſtitui induxit.* Tum etiam quia ſi Gallus alieni poſthumi tanquam alieni inſtitutionem permiſiſſet, non recte Juſtinianus affirmaret, alienum poſthumum jure antiquo civili inſtitui non potuiſſe, in *pr. inſtitut. de bon. poſſeſſ.* Tum denique quia neque legem hac de re tuliſſe Gallum conſtat, ſed ſententiam ejus obtinuiſſe. *l. penult. ff. de leg.* 1. neque ut JCtus potuit jus novum contra antiquum condere, eique derogare. *l. proſpexit* 10. *ff. qui & a quibus. l.* 1. *& l. ult.* §. *ult. C. de legg.* quia JCtorum munus & auctoritas non leges condere, ſed formulas legum, teſtamentorum, contractuum rite concipere, & jus dubium interpretari fuit maxime Galli tempore, & ante Auguſtum. *d. l.* 2. §. *poſt hos Quintus* 41. *&* §. *poſt hunc* 47. *ff. de orig. juris.* idemque poſt Auguſtum, quamvis majore reſpondendi auctoritate, ſed probabili, non neceſſaria. *d. l.* 2. §. *poſt hunc verſic. primus.* eodemque reſpectu ſicut *legum conditores* in *d. l. ult. C. de legibus* cum ſimilibus, ita & *teſtamentorum conditores* dicuntur in *l. un. in pr. verſic. ſed & ipſis C. de caduc. toll.* quomodo etiam explicandus eſt Juſtinianus in *l.* 1. § *jubemus* 4. *C. de vet. jure enucl.* ideoque eorum reſponſa eam tenuiſſe auctoritatem, ut non jura aut leges, ſed ſententiæ & opiniones vocentur in *d.* §. *reſponſa prudentum inſtitut. de jure naturali.* Neque obſtat, quod in *fine ejuſdem* §. ſcriptum eſt, JCtorum reſponſa eam tenuiſſe auctoritatem, ut judicibus ab eis recedere non liceret: id enim juxta verba illa ſtatim ſequentia, *ut eſt conſtitutum*, non ad tempora Galli, & JCtorum referendum eſt, ſed ad novam conſtitutionem Theodoſii & Valentiniani Cæſarum in *l.* 1. *C. Theodoſ. de reſponſis prudentum.* per quam veterum JCtorum reſponſa & ſententiæ certis libris comprehenſæ approbantur, eisque juris auctoritas tribuitur, quam judices ſequi oporteat, notat poſt multos multis rem explicans Carranza *ubi proxime num.* 237. *& ſeqq.*

§. IV. Sequitur jam Galli formula ibi: *ſi filius meus me vivo morietur.* Occurrit autem primo in his verbis & ſuperioribus Scævolæ illis, *ſic poſſe inſtitui*, ea difficultas, quod inconſpecta & imperfecta hæc Galli cautio videtur, quia in ea non proponitur filii inſtitutio, ſine qua teſtamentum nullum eſt. *l. ſi filius* 7. *l. inter cætera* 30. *hoc tit.* ideoque fruſtra inſtitutioni nepotis tam ſcrupuloſe conſulitur & rupturæ teſtamenti, quod ut pote a principio nullum poſtea rumpi non poteſt. *l. nam etſi* 5. *verſic. poſt defectum ff. de injuſto rupto.* cui difficultati Acc. in *præſenti verbo poſſe*, & cum eo Baldus, Caſtr. Albericus, Cumanus, & communiter magis veteres, & ex novioribus Cujac. Duar. Fab. Gilken. & alii, quos refert ſequiturque noſter Pich. ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 17. Sarmiento in *præſenti num.* 36. Coſta in *repetitione* §. *& quid ſi tantum noſtræ l. parte* 1. *num.* 1. *& parte* 3. *num.* 16. reſpondent, Gallum pro conſtanti habuiſſe filii inſtitutionem per verba illa: *filius heres eſto* aut ſimilia, a formulæ verbis diſtincta præcedere debere, eamque inſtitutionem in formula non expreſſiſſe, ſicut neque alia, quæ ad ordinanda rite teſtamenta deſiderantur, quia non inſtitutioni filii, quæ indubitata & permiſſa immo præcepta aperto jure. *d. l. inter cætera* 30. *hoc tit.* ſed inſtitutioni nepotis, cujus permiſſio dubia & difficilis, conſulebat: cui ſententiæ ſuffragatur aperte Scævola in §. *in omnibus* 10. *noſtræ l.* ſuffragantur & textus in *l. ſi mater* 33. §. 1. *ff. de vulgari. l. cum in teſtamento* 37. *ff. de her. inſtit.* ſed e contrario Bart. in *præſenti num.* 5. & in *lege ſi quis eum* 16. §. *ult. num.* 3. *ff. de vulg.* cui conſentiunt Caſtrenſis ſibi contrarius, Salicetus, Fortunius Garzia, & alii in *præſenti*, Ripa in *l.* 1. *num.* 100. *ff. de vulgari.* Alciatus *ibidem num.* 22. *& lib.* 3. *paradoxorum cap.* 6. contendit, etiamſi aliis verbis a formula Galli diſtinctis inſtitutio filii non expri-

ma-

matur, teſtamentum ſictum ſecundum Galli formulam valiturum, ſive quia teſtatur, qui nepotem poſthumum inſtituit in eum caſum duntaxat, quo filius ſe vivo moriatur, cenſetur eundem filium, ſi ſupervivat, vocare ad hereditatem ſuam ab inteſtato, atque ita tacite inſtituere, & præferre nepoti aperte inſtituto, juxta ſpeciem *l. ſi quis ita* 82. *ff. de her. inſt.* juncta *l. conficiuntur* 8. §. 1. *ff. de jure Codic.* & ideo præteritio filii, cum ei non noceat, & facta ſit non notæ cauſſa, ſed bona mente, non infirmat teſtamentum. *l. ſi emancipatus* 16. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l. cum ex filio* 39. *ff. de vulg. l. Sejus Saturninus* 46. *ff. ad S. C. Trebell. l.* 2. §. *etſi forte* 46. *ff. ad S. C. Tertyll. l.* 3. §. *cum Pollidius ff. de uſuris. l. filiis* 25. *C. de inoffic. teſtam.* juncta *l. multi* 18 *hoc tit.* ſive quia, ut Bart. tentat in *l. coheredi* 40. §. *ult. ff. de vulg.* Covarr. in *cap. Raiuutius* §. 3. *num.* 9. *de teſtam.* Forcatulus *dialogo* 46. & 47. ex verbis illis formulæ enunciativis & conditionalibus, *ſi filius meus me vivo morietur*, inſtitutio filii recte deducitur induciturque, pro quo & expendi poſſunt textus in *d. l. ſi mater* 33. §. 1. juncta *d. l. coheredi* 40. §. *ult. ff. de vulg. l cum in teſtamento* 37. *ff. de her. inſtit.* & juris ratio, qua attenta ad inſtitutionem inducendam etiam enunciativa & conditionalia verba idonea ſunt, ut in ſpecie *l. Lucius* 85. *in fine ff. de her. inſtit.* & in *d. l. ſi quis ita* 82. *eodem tit.* juncta interpretatione Bart. in *l.* 1. *num.* 16. *ff. de vulg.* quemadmodum & in aliis cauſſis enunciativa & conditionalia verba diſpoſitionem inducere ſolent. *l. aliquando* 107. *ff. de condit. & dem. l. ſi ita ſtipulatio* 39. *ff. de oper. lib. l. ſi legatum* 10. *l. legata* 14. *ff. de adim. leg. l.* 3. §. *ult. in fine ff. de condict. cauſſa data.* junctis ad eum textum traditis a Fabro in *Rat. ibidem, & lib.* 8. *conject. cap.* 7. *& de error. Pragm. dec.* 26. *error.* 2. Denique quia, ut pro Bartolo expendit nove & nervoſe probans Carranza *d. cap.* 2. §. 1. *num.* 283. *& ſeqq.* ad inſtitutionem qualiacumque verba inſtituendi animum exprimentia ſufficiunt, quamvis imperfecta & obliqua, *arg. l.* 1. §. *ſi autem* 5. *cum ſeqq. l. ſi ita* 47. §. 1. *l. his verbis* 48. *ff. de her. inſtit. l. filii* 17. *hoc tit. l. illud* 13. §. 1. *ff. de jure codicill. l. errore* 7. *C. de teſtam.* Ulp. in *Fragm. tit.* 21.

§. V. Verum hæc Bartoli ſententia, cui noviores in Academia Anteceſſores ſubſcribunt, ſubſcriptorem me habere non poteſt his argumentis, quæ ſequuntur. Primo quia contra eam & pro Accurſii opinione magis communi, quæ filii inſtitutionem ſeparatam a formula Galli præcedere debere ſupponit, pugnat acriter & aperte Scævola in §. *in omnibus* 10. *noſtræ l.* ubi in omnibus ſpeciebus formulæ Galli admonemur, filium inſtitui debere ex aliqua parte, quod fruſtra exigeretur, ſi vel ab inteſtato tacite eum vocari ſufficeret, vel intelligeretur inſtitutus ex verbis illis formulæ: *ſi filius meus me vivo morietur.* Neque argumenti vim eludit Carranza *d.* §. 1. *num.* 299. & ante eum Caſtrenſis, Fortunius, & noſtrates in *præſenti.* affirmantes, Scævolam in *d.* §. *in omnibus* non exigere, ut filius ſeparatim a formula inſtituatur, ſed excludere, ne exheredetur poſt mortem ſuam, quippe inſtitutionem ultra formulæ verba Scævolam requirere convincit in *d.* §. *in omnibus* mentio inſtitutionis ex certa parte, qualis nulla ex verbis formulæ Galli colligi poteſt, & præterea idem probant poſtrema illa verba Scævolæ, *& in nepote & pronepote, quorum ſi liberi heredes inſtituantur, inſtitutionem nunquam exigemus, quia poſſunt præteriri.* notat Sarmiento in *præſenti num.* 41. late Lancellotus Politus in *tractatu de vulgari ſubſtitutione parte* 2. *num.* 16. Secundo contra Bart. & pro Accurſio valde & valide ſtat Pomponius in *l. ſi quis eum* 16. §. *ult. in fine ff. de vulg.* ubi affirmat, teſtamentum, in quo pater extraneum inſtituit ſub ea formula: *ſi vivo ſe filius deceſſerit*, non valere ob filii præteritionem: ergo ex verbis formulæ Galli, *ſi filius meus me vivo morietur*, non inducitur inſtitutio filii. Neque audiendi ſunt Bartolus, Carranza, & noſtrates reſpondentes, verba illa *d. l. ſi quis eum* 16. §. *ult. ſi vivo ſe filius decedat*, non fuiſſe teſtatoris, qui præterito filio extraneum ſimpliciter inſtituit, ſed Pomponii eum caſum exprimentis, in quo ob mortem filii vivo patre teſtamentum ſecundum, in quo præteritus filius erat, ſuſtineri videbatur jure Prætorio. *l. poſthumus* 12. *verſ. idem & circa ff. de injuſto rupto.* ideoque & ſuperius teſtamentum rumpendum, quod tamen negat Pomponius, quia poſterius teſtamentum, in quo filius præteritus, etiamſi ille vivo patre decedat, non valet jure civili, neque ſuperius rumpit. *l. ſi ſuius* 7. *hoc tit.* non ſunt, inquam, audiendi, quoniam a Pomponio in *d. l.* 16. §. *ult.* verba teſtatoris propria referri conſtat ex prioribus illis, *ſi ſecundum teſtamentum ita fecerit pater*; & quia, ſi nun ex perſona teſtatoris Pomponius loqueretur, non diceret, *ſi vivo ſe filius decedat*, *ſed ſi vivo eo*, ut agnoſcit Cujac. in *d. l.* 16. §. *ult.* Tertio pro Acc. contra Bart. non vulgariter expenditur, quod ſcriptum eſt in §. *idem credendum* 2. *verſ. nun ſi & filius noſtræ l.* ubi ſi avus filium nepotemque ſuperſtites habens inſtitutionem pronepotis concipiat ita: *ſi filius & nepos me vivo morientur, tunc qui ex eo pronepos, & cætera*; juxta formulam Galli affirmatur, tunc demum teſtamentum valere, ſi nepos prius & deinde filius deceſſerit, non autem ſi e contrario prius filius deinde nepos, quia hoc caſu ſucceſſione nepotis filio præmortuo in locum ſui heredis teſtamentum rumpetur, in quo præteritus nepos eſt: ergo non cenſetur inſtitutus verbis illis: *ſi nepos me vivo morietur*; alioquin tanquam inſtitutus non rumperet in §. *ſequenti parte noſtræ l.* conſiderat Ant. Fab. *lib.* 9. *conject. cap.* 11. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 2. *ad hunc tit. cap.* 3. *in d.* §. *idem credendam num.* 11. & in *d.* §. *in omnibus num.* 22. Gilkenius in *princ. l. noſtræ* leviora plura contra Bart. congerens *num.* 22.

§. VI. Quarto ut & ipſa opinionis Bart. fundamenta evertentes, eiſque reſpondentes contra eum & pro Accurſio ea converti oſtendamus, non obſtat, quod in primis deducis ex *d. l. ſi quis ita* 82. *ff. de hered. inſt.* namque ibi legitimi heredis nomine non debere intelligi filium ſuum heredem, cujus præteritio teſtamentum infirmaret, ſed alium legitimum heredem præter filium ſuum, qui a legitimo diſtingui ſolet, ut in *rubr. ff. de ſuis & legit.* & in *l. poſthumus* 6. *ff. de inoff.* docet Gilken. *ubi ſupra num.* 25. & ante eum Raphaël Cumanus in *d. l. ſi quis ita* 82. *num.* 2. & cum communi Jaſo in *d. l. ſi quis eum* 10. §. *ult. num.* 7. Alciatus in *l.* 1. *num.* 16. *ff. de vulg.* Menchaca *de ſucceſſionum creatione* §. 20. *num.* 109. quod ſi contendas, textum in *d. l. ſi quis ita* 82. etiam de filio ſuo legitimo herede accipi poſſe, non nimis repugnabo, dummodo teſtamentum, in quo filio præterito inſtitutus extraneus fuit ſub conditione, ſi filius vindicare nolit hereditatem, intelligamus valere non civili ſed Prætorio jure, ſecundum quod præterito filio ab hereditate abſtinente conſervatur teſtamentum ex bono & æquo. *l. filio* 17. *ff. de injuſto rupto.* & valere Prætorio jure a principio, aliter atque in *d. l. filio* 17. etiam ante abſtentionem filii, quia a principio inſtitutio extranei expreſſe refertur in eum caſum abſtentionis, quo valitura erat jure Prætorio, & ideo valida a principio cenſeri debet eo jure, *arg. l. in tempus* 62. *ff. de her. inſt. l. ſi locuples* 57. *ff. de man. teſtament.* Denique & quod ſubtilius, obſcuriuſque eſt, quamvis teſtamentum, in quo filius præteritus vivo patre deceſſit, non convaleſcat etiam jure Prætorio, niſi quo caſu eſt inſtitutus ille, qui poſt filium ab inteſtato ſucceſſurus erat. *l. ſi filius* 7. *hoc tit. l. poſthumus* 12. *verſ. idem & circa.* juxta communem utriuſque textus conciliationem, *ff. de injuſt. rupt.* tamen in ſpecie *d. l. ſi quis ita* 82.

ſi filius decedat, antequam declaret, nolle ſe hereditatem vindicare, ſuſtinebitur teſtamentum Prætorio jure, etiam extraneo inſtituto, quia ſi teſtamentum ſemel ruptum poſthumi præteriti agnatione, ſi idem poſthumus vivo teſtatore moriatur, convaleſcit Prætorio jure, & quidem ſine diſtinctione extranei aut proximi inſtituti: quoniam & a principio valuit ante agnationem poſthumi. *d. l. poſthumus* 12. *in princ.* juncta *l.* 3. *§. ex his ff. de injuſto rupto.* facilius utique admittendum eſt, ut conſervetur in ſpecie *d. l. ſi quis ita* 82. Prætorio jure teſtamentum, quod a principio conſtitit eo jure, nec poſtea ruptum fuit, quemadmodum eadem ratione & exemplo teſtamentum factum juxta formulam Galli, inſtituto ſcilicet nepote poſthumo in caſum tempuſque mortis filii, quamvis, ut cum Acc. docuimus, niſi filius ſeparatim inſtituatur, inutile jure civili ſit, poteſt tamen defendi, quaſi a principio non male factum jure Prætorio, cujus reſpectu ſaltem ſententia Bartoli vera erit, quia inſtitutus eſt nepos, qui, poſt filium ab inteſtato proximus heres futurus eſt, & nepotis inſtitutio confertur in eum caſum & tempus, quo præmortuo filio ſuſtineri debuit jure Prætorio. *d. l. poſthumus* 12. *verſ. idem & circa.* ſecundum quæ etiam intelligendus eſt, & ad Prætorium jus referendus locus alioquin difficilis vexatuſque in *l.* 3. *§. ſi libertus.* ibi: *non male videtur teſtatus*, *ff. de bon. lib.* Docent ſingula, quæ tradidimus, latius proſequentes Emanuel Coſta in *repetitione §. & quid ſi tamen parte* 1. *num.* 73. Sarmiento in *præſenti num.* 47. *& ſeqq.* Pich. in *princ. inſtitut. num.* 50. *de exheredatione liber.* & ante eos quoad *d. l.* 3. *§. ſi libertus.* Jaſon in *præſenti num.* 41. quamvis aliter & ſiniſtre Gilken. in *præſenti num.* 29.

§. VII. Quinto non favet Bart. ſententiæ, quod ille pro conſtanti aſſumit, nempe præteritionem filii, quæ neque nocet ei, neque nocendi, noxæve animo facta eſt, ſed bona mente, non infirmare teſtamentum, namque ea aſſertio in præteritione filii, qui in poteſtate eſt, aperte falſa eſt, ut probat recte expenſus juxta receptam interpretationem textus in *l. Paulus* 47. *§. ult. ff. de bon. lib.* quia cum filii in poteſtate inſtitutio aut exheredatio requiratur pro forma teſtamenti ordinandi. *l. inter* 30. *hoc tit.* impleri utique præciſe debet, nec ſuppleri poteſt per præteritionem bona mente factam, *arg. l. cum hi* 8. *§. ſi Prætor* 17. *ff. de tranſact.* quoniam bona mens patris filio præterito aliter conſulentis non excuſat præteritionem, utpote cum ea facta imperfecte teſtetur & conſulat, nec tam de officio patris in præteritione impugnanda tractetur, quam de implenda legitima teſtandi forma, qua omiſſa nullum eſt teſtamentum. *d. l. cum hi* 8. *§. ſi Prætor* 17. Diverſum eſt in exheredatione, qua facta cum teſtamentum ſimulque in eo conſilium pro filio ſuſceptum pater rite ordinaverit firmaveritque, & quæratur duntaxat, an contra officium pietatis teſtatus ſit. *l.* 2. *ff. de inoff.* inſpicitur mens patris exheredantis, quæ ſi bona fuerit, quia filium exheredavit, ne ad eum impuberem, aut alioquin periculo diſſipationis bonorum obnoxium, ea pervenirent, eidemque per fideicommiſſum conſuluit, non cenſetur contra officium pietatis exheredaſſe. *l. multi* 18. *hoc tit. l. ſi patronus* 12. *§. ſi quis non male ff. de bon. lib. l. ſi furioſo* 16. *§. potuit ff. de curatore furioſo.* & ideo teſtamentum recte a principio factum non reſcinditur ut inofficioſum. *d. l.* 2. *ff. de inoff.* Idemque juris eſt in præteritione, quæ pro exheredatione habetur, qualis eſt facta a matre, vel milite. *§. penult. & ult. inſtit. de exheredat. liber.* & in præteritione filii, qui in poteſtate non eſt, cujus inſtitutio aut exheredatio non requiritur pro forma teſtamenti jure civili ſed Prætorio, ne injuria ſubmoveatur a bonis paternis. *§. emancipatos* 3. *inſtit. de exhered. lib.* ſecundum quæ explicandi ſunt adducti ſupra §. 4. pro Bartolo in hanc rem, & referendi ad præteritionem matris textus in *l. filiis* 25. *l. ſi quis ſuo* 33. *§. ult. C. de inoff. teſtam. l.* 3. *§. cum Pollidius ff. de uſuris.* & ad præteritionem militis nempe Præfecti Claſſis Britanniæ textus in *l. Sejus* 46. *ff. ad S. C. Trebell.* Denique ad præteritionem filii extra poteſtatem Pomponius in *l. ſi emancipatus* 16. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* Javolenus in *l. cum ex filia* 39. *ff. de vulg.* Neque in in contrarium quoad præteritionem filii, qui in poteſtate patris fuit, vocat Ulpianus in *l.* 2. *§. ſi forte* 46. *ff. ad. S. C. Tertyll.* ibi enim affirmandum eſt, Ulpianum pro explorato habuiſſe, quamvis, quia principalis quæſtio alia erat, hoc non expreſſit, filium non præteritum ſed exheredatum fuiſſe; & quidem bona mente ut impuberem, cui per fideicommiſſum conſulebatur, in quo ea exheredatio ſolita ſolemniſque. *d. l. multi* 18. *hoc tit.* quemadmodum etiam exheredatio filii ſupplenda & ſupponenda eſt in *l. Papinianus* 8. *§. ſi quis mortis ff. de inoff.* & in *l. ex aſſe* 52. ubi Albericus, *ff. ad l. Falcid.* Juncta vera *d. l. ex aſſe* interpretatione tradita ab Hotmano *lib.* 2. *obſerv. cap.* 24. quamvis aliter Goveanus in *d. l. ex aſſe* 52. Cujac. *lib.* 25. *obſervat. cap.* 24. Faber *lib.* 1. *conject. cap.* 15. quam diſtinctionem inter præteritionem filii in poteſtate & aliorum, & exheredationem aut præteritionem, quæ pro exheredatione cedit, probant, producuntque contra Bartolum, Baldus, & Angelus in *præſenti*, Raphaël Cumanus in *d. l. cum ex filio* 39. *num.* 4. *ff. de vulgari.* Coſta in *d. §. & quid ſi tamen parte* 1. *num.* 52. *& ſeqq.* quamvis immerito diſſentiat Sarmiento in *d. l. multi* 18. *num.* 7.

§. VIII. Sexto neque felicior firmiorve eſt ſecunda illa pars opinionis Bart. contendentis, in Galli formula ex verbis illis conditionalibus, *ſi filius meus me vivo morietur*, filii inſtitutionem induci; nam quamvis anxia & anceps controverſia ſit, utrum liberi poſiti in conditione cenſeantur vocati ex teſtamento, ut præter laudatos a Pich. ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 173. & poſt innumeros congeſtos a Julio Claro *lib.* 3. *recept. ſententiar. §. teſtamentum quæſt.* 77. Molina de *Hiſpan. primogen. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 1. *& ſeqq.* Joſepho de Ruſticis *integro volumine de liberis in conditione poſitis* diſputant late, & noviſſime Ant. Fab. *de error. Pragmat. dec.* 26. *errore* 1. *& ſeqq. & lib.* 17. *conject. cap.* 18. 19. & 20. Vincentius Fuſarius *de ſubſtitutione fideicommiſſar. quæſt.* 436. *& ſequentibus.* Caſtillo *tom.* 5. *controverſ. cap.* 65. certior tamen & receptior ſententia eſt Accurſii *gloſſa ult.* in *l. Lucius* 85. *ff. de her. inſtit.* docentis filios poſitos in conditione non cenſeri vocatos ex teſtamento aut per fideicommiſſum, ſed prælatos ab inteſtato, quia conditionalia & enunciativa verba non diſponunt. *l. ſi quis ſub conditione* 8. *ff. ſi quis omiſ. cauſſa teſtamenti.* & diverſæ ſententiæ auctores, qui & quando admittunt cenſeri vocatos ex teſtamento maxime conjecturis accedentibus, conſentiunt tamen omnes in eo, ut ſint vocati per fideicommiſſum, in quo precaria verba & conjecturæ ſolent ſufficere. *l. cum proponebatur* 64. *l. unum ex familia* 67. *§. ult. ff. de leg.* 2. non autem tanquam directo inſtituti, quia inſtitutionem directam induci ex conjecturis inſolens inauditumque eſt. *d. l. cum proponebatur* 64. *l. heredes* 21. *ff. qui teſtamenta fac. poſſ. l. jubemus* 29. *C. de teſtamentis.* & ante Conſtantinum in *l. quoniam* 15. *C. de teſtamentis.* directa civilia & imperativa verba ad inſtitutionem exigebantur. *d. l. quoniam* 15. *l. verbis* 7. *ff. de vulg.* omni autem jure vetere novoque verba ſaltem directe aperteque diſponentia deſiderantur, neque conditionalia aut precaria inſtitutionem inducunt. *§. in primis Inſt. de fideicommiſſar. hered. l. ex facto* 19. *de her. inſtit.* cui jungendi ſunt Ant. Auguſtinus *lib.* 1. *emendationum cap.* 2. Goveanus *lib* 2. *variarum lectionum cap.* 16. Faber *lib.* 5. *conjectur. cap. ult.*

§. IX. Neque noſtræ aſſertioni refragatur reſponſum Scævolæ ſupra §. 5. pro Bartolo adductum

in

in *l. Lucius* 85. *ff. de hered. inſtit.* ubi fratris liberos in conditione poſitos intelligi debere prælatos ſubſtituto, & quidem tanquam vocatos ex teſtamento & tacite inſtitutos probat eo, ut exiſtimat, ſubtili argumento Franc. Ripa in *l. centurio num.* 159. *ff. de vulg.* & in *l.* 1. *num.* 7. *C. de pactis.* quia cum in conditione teſtator poſuerit, & perinde ſubſtitutis prætulerit filios fratris indefinite, nempe quoſcumque ſive vivo teſtatore, ſive poſt mortem ejus conceptos, *arg. l. nomen* 164. *ff. de V. S.* & concepti poſt mortem teſtatoris non poſſint intelligi prælati ab inteſtato, quoniam ab inteſtato non ſuccedunt. *l. Titius* 6. *ff. de ſuis & legitimis. l.* 1. *§. ſi quis proximior, unde cognati. l. ſi quis filio* 6. *verſ. ſed hæc ita ff. de injuſto rupto irrito. §. & licet* 8. *verſ. plane inſtit. de hered. quæ ab inteſt.* neceſſario intelligi debent prælati ex teſtamento, ut in terminis *d. l. Lucius* 85. ſaltem quoad vocationem per fideicommiſſum poſt Baldum, Albericum, & alios defendunt Coraſius *lib.* 2. *miſcellan. cap.* 19. Forcatulus *dialogo* 30. & 31. quippe reſpondendum eſt, verius eſſe in *d. l. Lucius* 85. filios in conditione poſitos non ex teſtamento, ſed ab inteſtato præferri ſubſtitutis & ſuccedere, ut poſt Acc. ibi *gloſſa ult.* probant late Gomezius *tom.* 1. *variar. cap.* 5. *num.* 42. Fab. *de error. Pragm. dec.* 26. *errore* 1. *num.* 22. & *lib.* 17. *conjectur. cap.* 19. Cujac. in *d. l. Lucius* 85. idque ut magis receptum agnoſcit Molina *de primogen. d. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 1. & confirmat eo argumento Coſta in *d. §. & quid ſi tamen parte* 1. *num.* 22. & in *cap. ſi pater, verbo ſi abſque liberis num.* 56. *de teſtamentis.* quia ſi filii ſuccederent ex teſtamento in *d. l. Lucius.* eſſet utique vel per fideicommiſſum, vel tanquam directo inſtituti, & tamen certum eſt, nec ſuccedere poſſe per fideicommiſſum, quoniam id mortuo ante aditionem fratre ex aſſe herede inſtituto valere non potuit. *l. ille a quo* 13. *§. ſi de teſtamento ff. ad S. C. Trebell. l. non juſtam* 4. *C. eod. tit.* neque tanquam directo inſtitutos, quoniam inſtitutio non inducitur ſine aperta nuncupatione aut ſcriptura. *l. quoties* 9. *l. hereditas* 65. *ff. de her. inſtit. l.* 1. *ff. ſi tab. teſtamenti extabunt.* Nec contrarium evincit Ripæ conſideratio, quia Scævola in *d. l. Lucius* loquitur de fratris liberis vivo teſtatore conceptis, & ſi intelligeretur etiam de conceptis poſt mortem teſtantis, evinceret eadem Ripæ conſideratio, ut neque ex teſtamento ſuccedere dici poſſet, quia hi fratris filii concepti poſt mortem teſtantis, ſimulque alieni poſthumi neque Prætorio jura inſtitui potuerunt. *l. verum eſt* 3. ubi Cujac. *lib.* 41. *Pauli ad Edict. ff. de bon. poſſeſſ. ſecundum tab.* explicat poſt Cumanum in *§. ille caſus noſtræ l. num.* 4. Coſta in *§. poſthumus num.* 13. *inſt. de leg.* & in *d. cap. ſi pater, verbo ſi abſque liberis num.* 57.

§. X. Denique nec movere aut morari nos diutius debent fundamenta alia Bartoli. Nam quod ad *d. l. ſi quis ita* 82. *ff. de hered. inſtit.* non dubium eſt, ibi legitimum heredem non ut tacite inſtitutum ex teſtamento ſuccedere, ſed ab inteſtato, ut docet ibi Acc. *gloſſa ult.* non quia ex voluntate teſtantis poſſit ſucceſſionis ordo perverti, & inteſtati cauſſa præferri teſtamentariæ contra regulam *l. quamdiu* 39. *ff. de adquir. hered.* ut poſt Baldum & antiquiores ſentit Cujac. in *d. l. ſi quis ita* 82. Duar. ad *tit. ff. de adquiren. hered. cap.* 2. Jaſo in *l. re conjuncti num.* 160. *ff. de leg.* 3. quod tamen fere abſurdum videtur. *l. nemo* 55. *ff. de leg.* 1. ſed quod & eleganter magis & vere dicitur, quia legitimo herede vindicare hereditatem volente deficit conditio inſtitutionis, & quaſi deſtituto teſtamento fit locus ſucceſſioni ab inteſtato, quod quamvis uno eodemque tempore contingere videatur, tamen ordine intellectus prior eſt deſtitutio teſtamenti per defectum conditionis, & poſterior delatio ſucceſſionis ab inteſtato, *arg. l. cum in teſtamento* 37. *§.* 1. *ff. de her. inſtit.* notat Don. *lib.* 9. *comm. cap.* 1. junctis ad rem traditis a Padilla in *l. qui fideicommiſſariam* 8. *num.* 4. *C. de fideicommiſſis.* Alciatn *de præſumptionibus regula* 3. *præſumptione* 42. Deinde quod pertinet ad *d. l. aliquando* 107. *in fine ff. de condit. & dem.* cum ſimul laudatis ſupra §. 5. reſpondendum breviter eſt, non tractari in his locis de inſtitutione ex verbis conditionalibus inducenda, de qua noſter ſermo eſt, ſed de legato & quidem eo caſu, in quo ad id inducendum verba diſponentia præceſſerant, & poſtea ſub conditione ademptum eſt; tunc enim ſub contraria datum intelligitur. *d. l. aliquando* 107. *l. quibus diebus* 40. *§. quidam Titio ff. de condit. & dem. l. legatum* 10. *l. legata* 14. *ff. de adim. leg. l. quibus pure* 6. *ff. quando dies leg. ced.* quomodo etiam voluntas teſtatoris expreſſa non tam per formam conditionis quam præcepti, ut in *l. in ratione* 30. *§. tametſi ff. ad l. Falcid. l. fideicommiſſa* 11. *§. cum eſſet* 3. *ff. de leg.* 3. reſpectu perſonæ, cui dandum erat, ſupponi debet in *l.* 3. *§. ult. in fine*, ubi Jaſo *num.* 11. *ff. de condictione cauſſa data.* ne alioquin locum illum Triboniano adſcribere ſit neceſſe cum Ant. Fabro *lib.* 8. *conject. cap.* 7. & *de error. Pragm. dec.* 26. *errore* 2. & alienius a quæſtione noſtra eſt Pauli fragmentum in *d. l. ſi ita ſtipulatio* 39. *ff. de oper. lib.* de cujus interpretatione videndus Faber *de error. Pragm. dec.* 30. *errore* 1. *num.* 10. Sarmiento in *præſenti num.* 46.

§. XI. Poſtremo quoad poſtremum argumentum, quod pro ſententia Bartoli expendit Carranza, contendens, qualiacumque verba etiam imperfecta, & precaria inſtituendi alium exprimentia etiam antiquo jure inſtitutionem inducere, reſpondendum eſt, eſſe eam ſententiam non ſolum præter mentem omnium veterum noviorumque interpretum, ſed etiam contra antiqui juris rationem teſtatam in *d. l. quoniam* 15. *C. de teſtam. d. l. verbis* 7. *ff. de vulg. l. quoties* 9. *l. ex facto* 19. *l. hereditas* 65. *ff. de her. inſtit. l. illum* 13. *§.* 1. ubi Cujac. *lib.* 19. *quæſt. Pap. ff. de jure codicill. l.* 1. *ff. ſi tab. teſtam. extab. §. in primis* 2. *inſt. de fideicommiſſar. hered.* cum ſimilibus in eam rem congeſtis poſt Claſſicos in *d. l. verbis* 7. & in *l. centurio* 15. *ff. de vulg.* a Cujac. ad *tit. C de teſtam.* & *lib.* 11. *obſerv. cap.* 25. Duareno *lib.* 2. *diſputat. cap.* 9. Hotmano *lib.* 4. *obſervat. cap.* 24. Radulpho Fornerio *lib.* 1. *rer. quotid. cap.* 11. Fabro *de error. Pragm. dec.* 34. *errore* 2. & 3. Donello *lib.* 6. *comment cap.* 17. & in *d. l. quoniam* 15. *C. de teſtam. num.* 3. Gilkenio *ibidem num.* 2. Teſtimonia autem juris in contrarium adducta ſupra §. 4. *in fine* expeditum intellectum habent, quia vel pertinent ad verba media & communia, quæ manifeſte precaria non ſunt, & ſolent pro directis & imperativis accipi, quale eſt verbum *jubeo. l.* 2. *C. communia de legatis.* & ideo ad inſtitutionem idoneum cenſetur, ſicut & verba *heres ſit, vel erit*, teſte Ulpiano in *fragm. titulo* 21. & in *l.* 1. *§. ult.* juncta *l. ſi ita* 47. *§.* 1. *ff. de her. inſtit. l. filii* 17. *hoc tit.* notat Cujacius *d. lib.* 11. *obſervat. cap.* 25. & *lib.* 17. *cap.* 25. Faber *d. dec.* 34. *errore* 2. *num.* 12. & *errore* 3. *num.* 3. vel referenda ſunt ad conſtitutiones Principum, quibus ex benigniore interpretatione placuit, ſuſtineri quaſdam imperfectas inſtitutionum formulas eo caſu & prætextu, quo plus a teſtatore nuncupatum, & errore ſcribentis minus ſcriptum videtur, ut in *d. l. errore* 7. ubi Donellus, Gilkenius, & Claſſici, *C. de teſtam. d. l.* 1. *§. ſi autem* 5. *cum §. ſequenti. l. quoties* 9. *§. ſed ſi non in corpore* 2. *ff. de hered. inſtit.*

§. XII. Præterea in eiſdem verbis formulæ Galli, *ſi filius meus me vivo morietur*, & ſuppoſita filii inſtitutione, ut jam diximus, difficile explicatu illud eſt, quod cum morte filii inſtituti vivo teſtatore teſtamentum deſtituatur, irritumque fiat. *l.* 1. *ff. de injuſto rupto. l. ſi nemo* 9. *ff. de teſtam. tut.* & hereditas ut in cauſſa caduci fiſco deferatur per legem Papiam. *l. un. §. & cum triplici*, &

§. *pro ſecundo C. de caducis toll.* inepta cura eſt nepotis poſthumi inſtituendi, ne rumpat teſtamentum, quod ut pote jam morte filii irritum rumpi non poteſt. *l. nam etſi* 5. *verſ. poſt defectum ff. de injuſto rupto.* & inutilis inſtitutio nepotis in ea hereditate, quæ ut caduca jam fiſco delata eſt: ſed huic difficultati rejecta ſolutione Baldi & Angeli in *præſenti oppoſitione* 3. quam refutat poſt alios Jaſo *num.* 73. reſpondent poſt plures Schifordegherus *lib.* 3. *tractatu* 17. *quæſtione* 1. Carranza *de partu cap.* 2. §. 1. *num.* 279. & ex noſtratibus Pichard. ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 158. *& ſeqq.* In primis legem Papiam caducariam nondum latam fuiſſe temporibus Galli, qui coætaneus fuit Ciceroni, & proinde Julio Cæſari, ut notavimus ſupra §. 2. Lex autem Papia lata ſub Auguſto Julii Cæſaris filio jam ſeniore, ut monent D. Iſidorus in *cap. quædam* 7. *diſtinct.* 2. Tacitus *lib.* 3. *annalium.* Dion Caſſius *lib.* 56. *hiſtoriæ.* Secundo reſpondent, legem Papiam excepiſſe ab onere caduci liberos & parentes usque ad tertium gradum, ita ut eis heredibus inſtitutis legatum portiove hereditatis, quæ in perſona legatarii vel coheredis ſic deficerent, ut tanquam caduca vel in cauſſa caduci ad fiſcum perventura eſſent, manerent potius apud liberos vel parentes inſtitutos, tanquam habita pro non ſcriptis ex jure antiquo, quo ea, quæ deficiebant, manebant apud conjunctos vel heredes ante legem Papiam. *l. un. in princ. verſ. & cum lex C. de caduc. toll.* Ulpianus in *fragm. titulo* 17 *&* 18. Sozomenus *lib.* 1. *eccleſ. hiſt. cap.* 9. Nicephorus *lib.* 7. *ejusdem hiſtoriæ cap.* 46. juncta *l. pater* 29. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. ſi in teſtamento* 5. *ff. de vulgari.* Tertio denique notant eos, qui expreſſa voluntate teſtantis in locum caſumque deficientis inſtituti aut legatarii ſunt vocati, veluti ſubſtituti, ſemper fiſco in ea hereditate aut legato præferri ſolitos, excluſa caducorum obſervatione. *d. l. un. in princ. verſ. ſed & ipſis C. de cad. toll. l. ut heredibus* 50. *ff. de leg.* 2. *d. l. ſi in teſtamento* 5. *ff. de vulg.* Quibus ſingulis conſequens eſt, ut ſecure & citra metum caduci Gallus inſtitutioni nepotis in eum caſum, quo filius vivo patre moreretur, conſuluerit, ut pote ante legem Papiam, & poſt eam utile etiam conſilium fuerit, quia cum nepos ſit ex liberis teſtatoris intra tertium gradum, & in locum caſumque filii deficientis expreſſe inſtitutus ſit, excipitur a pœna caduci & fiſco præfertur.

§. XIII. Huc usque in hac difficultate explicanda progreſſi probabiliter Academici Anteceſſores. Nos autem huic & aliis juris locis elucidandis jamdiu & quidem vere forſitan quamvis paradoxe obſervavimus, hereditates aut earum portiones, etiamſi heres vivo teſtatore moriatur, non conſtitui in cauſſa caduci, neque fiſco deferri ſolitas ex lege Papia vel JCtorum ad eam interpretationibus: cujus opinionis primarium argumentum eſt in *l. cum ex filio* 39. §. *ult. ff. de vulg.* ubi cum quidam quatuor heredes inſtituiſſet, & omnibus heredibus præter unum ſubſtituiſſet, & mox ille, cui non erat quisquam ſubſtitutus, & ex cæteris alter vivo teſtatore deceſſiſſet, reſponſum eſt, partem illius, cui nemo ſubſtitutus erat, ad ſubſtitutum etiam pertinere, quod tamen falſum eſſet, ſi, ut vulgo hactenus creditum eſt, morte inſtituti vivo teſtatore hereditas portiove illius, ut in cauſſa caduci ad fiſcum pertineret ex lege Papia; neque enim poterat in *d.* §. *ult. d. l.* 39. pars ejus, qui ſubſtitutum non habuit, & vivo teſtatore deceſſit, pertinere ad ſubſtitutum jure ſubſtitutionis, quia illi in ea parte ſubſtitutus non fuit, neque jure accreſcendi, quia quibus caſibus partem tanquam caducam fiſco vindicavit Lex Papia, ſuſtulit eo ipſo jus accreſcendi, ut ſignificat Ulpianus ſic intelligendus in *fragm. titulo* 1. §. *inter medias*, *& titulo* 24. §. *optimum cum* §. *ſequenti.* juncta *l. ſi is qui duos* 29. *ff. de liberat. legata.* Nec probari cuiquam mediocriter erudito poteſt Cujacii conjectura in *d. l. cum ex filio* 39. §. *ult.* & in *l. quidam* 30. *ff. de vulg.* affirmantis, quidquid proponitur in *d.* §. *ult.* accipiendum eſſe ex jure antiquo ante caducorum obſervationem & legem Papiam, quaſi ſcilicet illam non viderint Ofilius, Caſcellius, & Labeo, quorum mentio in *d.* §. *ult.* & in epigraphe *d. l.* 39. Namque ut de illis interim nihil affirmemus, Javolenum certe auctorem *d. l.* 39. §. *ult.* qui veterum ſententiam veram eſſe ait, reſpondiſſe contra legem Papiam, ejusque & caducorum obſervationem imperite ignoraſſe, aut imprudenter neglexiſſe, dici non poteſt, cum floruerit ſub Trajano, Adrianoque centum & amplius annis poſt Papiam legem & Juliam, ad quas interpretatio Javoleni refertur in *l. illud* 46. *ff. de ritu nupt.* junctis traditis a Joanne Bertrando *de Juriſperitis lib.* 2. in *Javoleno pagina* 53. Affirmandum igitur eſt, quod *arg. d. l.* 39. §. *ult.* tentant magis quam firmant Balduinus *lib. ſingul. ad leges de jure civili pag.* 171. Giphan. in *d. l. un. verſ. & cum lex C. de caduc. toll.* & acriter aperteque Faber *lib.* 4. *conject. cap.* 13. *ad finem.* nempe hereditates aut earum portiones, etiamſi heres vivo teſtatore decedat, non conſtitui in cauſſa caduci aut fiſco deferri. Secundo præter textus a Fabro allatos, qui ad rem non pertinent, quales ſunt *l. pater* 29. *in princ. ff. de leg.* 2. quæ loquitur in fideicommiſſo ſingulari, & filia id retinente ex jure antiquo. *d. l. un. verſ. & cum lex.* item *l. ſi ab eo* 9. *ff. de uſufr. leg.* quæ eſt etiam de fideicommiſſo & de militis teſtamento, in quo caduca non obſervantur. *l. ult. ff. de his quæ pro non ſcript.* item *l. epiſtolam* 75. *ff. ad S. C. Trebell.* in qua heres ex aperta voluntate teſtantis ad portionem vivo teſtatore defectam vocatur, & ideo fiſco præfertur. *d. l. un. verſ. ſed & ipſis. l. non putavit* 8. §. *a primo gradu ff. de bon. poſſ. contra tab.* ſententiam noſtram fortiter firmant difficiles alioquin, neque unquam aliter explicandi juris loci in *l. ult.* ubi ut difficultatem eludat multa poſt Græcos movet & divinat Cujac. *lib.* 6. *quæſt. Pap. ff. ſi pars hered. pet. l. Lucius* 88. §. *quisquis* 3. *ff. de leg.* 2. in quibus ſupponitur, moriente herede vivo teſtatore hereditatem partemve ejus non fiſco, ſed coheredibus deferri.

§. XIV. Neque novæ huic ſententiæ adverſatur Juſtinianus in *d. l. un.* §. *& cum triplici verſ. vel vivo*, *&* §. *pro ſecundo C. de caduc. toll.* quippe obſervandum eſt, multum intereſſe inter hereditates directo a teſtatore datas, & cætera teſtamento relicta ab aliis præſtanda, quia quamvis hereditates morte inſtituti vivo teſtatore non conſtitui in cauſſa caduci, neque fiſco deferri obtinuerit, ut diximus, contrarium tamen fuit in cæteris relictis, de quibus nominatim loquitur Juſtinianus in *d.* §. *pro ſecundo.* ibi: *eos a quibus relicta ſunt*, & in *d.* §. *& cum triplici.* ibi: *vel ipſum relictum expirabat.* & ibi: *is qui aliquid ex teſtamento habuit.* Quæ verba ad hereditates directo datas improprie referuntur, quia eas a teſtatore ipſo heres capere. *l. heres quandoque* 34. *ff. de adquir. hered.* non ab alio præſtari vel relinqui intelligitur. *l. illa inſtitutio* 32. *ff. de her. inſt.* §. *in primis* 2. *inſtit. de fideicommiſſar. heredit.* neque dici proprie inſtitutus poteſt ex teſtamento habuiſſe vivo teſtatore hereditatem, quæ eo tempore nulla eſt. *l.* 1. *ff. de hered. vel actione vend.* neque habuiſſe aliquid veluti ſingulare, cum hereditas portiove ejus ſit juris univerſitas parsve illius. §. *ult. inſtit. per quas perſonas.* Quæ tamen ſingula conveniunt legatis & ſimilibus, quæ ab heredibus præſtanda relinquuntur. *princ. Inſtit. de leg.* & vivo quoque teſtatore haberi poſſunt & ſolent. *l. Lucio* 22. *ff. de leg.* 2. *l. filia* 11. *C. de leg.* & ſingulare aliquid ex his adquiritur, non univerſitas. *d.* §. *ult. inſtit. per quas perſonas.* Differentiæ autem ratio inter hereditates & cætera relicta, quamvis quod ſciant nondum quæſita nedum inventa, non in obſcuro eſt: pendet enim ex eo, quod SCtis poſt legem Papiam & ad eam factis placuit, fideicommiſſa a

le-

legatariis relicta; quibus ſcilicet legatarii ipſi ut præſtentur ſunt onerati, ſi in perſona fideicommiſſariorum; quibus relicta ſunt, defecerint; manere apud ipſos legatarios, quorum fides electa eſt, potius quam ad fiſcum tanquam caduca vel ad alios heredes venire. *l. Julianus* 60. *ff. de leg.* 2. ex qua magnus Cujacius *lib.* 10. *obſervat. cap.* 5?. & *lib.* 22. *cap.* 1. & in *d. l. un.* §. *cum igitur*, & §. *pro ſecundo C. de caduc. toll.* conſequenter deducit docetque, onus caduci ſoli heredi irrogari, id eſt; ea dumtaxat relicta tanquam caduca fiſco deferri, quæ ab heredibus præſtanda erant; non autem quæ a legatariis. Unde fit, ut in tractatu eorum, quæ in caduci cauſſa vocantur, ſuperior regula obſervetur, ita ut legata & fideicommiſſa naturali morte legatarii aut conditionis defectu poſt teſtamentum vivo teſtatore in cauſſa caduci fiant, quia ab heredibus relicta & præſtanda erant, quibus proprie caduci onus irrogatur. Diverſum autem fit in hereditatibus directo relictis, quoniam neque ab herede heredi præſtantur, aut relinquuntur, ſed a teſtatore ipſo.

§. XV. Sed ſi ſubtiliter urgeas objiciasque in his, quæ proprie caduca vocantur; qualia ſunt, quæ poſt mortem teſtatoris ante apertas tabulas morte aut peregrinitate heredis ex parte vel legatarii deficiunt, aut ejuſdem cœlibatu, orbitate, vel latinitate intra centum dies cretionis, ut Ulpianus notat in *fragmentis tit.* 17. & *tit.* 22. §. *latinus.* non diſtingui hereditates a legatis, ſed utraque ut caduca in fiſcum cadere, & ideo nec diſtingui debere in his, quæ ſunt in cauſſa caduci, quia hæc ut ſubrogata in cauſſam & jus caducorum ſequi, & ſapere debent eorum naturam ex regula *l. ſi eum* 10. §. *ult. ff. ſi quis caut. l.* 1. §. *ſi quis ſub conditione* 14. *in fine ff. ut legat. nom. cav.* reſpondendum eſt, caduca proprie ſic dicta fuiſſe introducta ex verbis ipſis legum Juliæ & Papiæ, & SCtis ad eas factis. *d. l. un.* §. *cum igitur* 1. *C. de caduc. toll.* Ulpianus *tit.* 9. §. *lege.* & cum poſt mortem teſtatoris deficiant, non tam ipſi jam mortuo, quam heredibus aut legatariis adimuntur; ideoque nec tam facile debuit hereditas caduca fiſco denegari, nec potuit contra leges & SCta ei deferentia: e contrario autem ea, quæ in cauſſa caduci dicuntur, non tam ex verbis legum introducta ſunt, quam ex interpretatione earum recepta apud JCtos, qui *veterum* nomine ſignificantur in hac re in *d. l. un.* §. *& cum triplici verſ. vel vivo.* ubi Giphan. juncta *l. illa inſtitutio* 32. *ff. de her. inſtit. l.* 1. §. *veteres ff. de adquir. poſſeſſ.* & cum vivo teſtatore deficiant, ipſi quodammodo vivo & videnti facultas teſtandi eripi intelligitur, ſi hereditas, quæ ab ipſo directe capitur, in caduci cauſſa fiat, ideoque in illis potuit facilius debuitque interpretatione JCtorum, qui ea quæ in cauſſa caduci ſunt introduxerant, excipi ab ea cauſſa hereditas morte inſtituti deficiens, aut conditionis defectu poſt teſtamentum vivo teſtatore. Quibus, ut expeditior ratio differentiæ ſit, adjicio, quod cum *caducum* definiatur id, *quod quis ſibi teſtamento relictum, ita ut jure civili capere poſſet, aliqua ex cauſſa non ceperit*, teſte Ulpiano *d. tit.* 17. non potuit in caduci cauſſa eſſe hereditas deficiens vivo teſtatore; quia illam tunc nullo jure aut reſpectu capere heres potuit, cum viventis hereditas nulla ſit. *l.* 1. *ff. de hered. vendit.* quamvis diverſum ſit in deficientibus poſt mortem, & in legatis etiam vivo teſtatore, quia & tunc capi poterant & ſolebant. *d. l. Lucio* 22. *ff. de leg.* 2.

§. XVI. Neque rurſus ab ea ſententia nos movet aut mutat Celſi & Ulpiani locus difficilis, ſi dextre expendatur in *l. Titius* 24. *cum l. ſequenti ff. de her. inſtit.* ubi cum Titius & Sejus, uterve eorum viveret, heredes inſtituti eſſent, ſcriptum eſt, altero eorum mortuo eum, qui ſupererit, ex aſſe heredem fore, hac nominatim ratione redditur: *quia tacita ſubſtitutio ineſſe videatur inſtitutioni.* per quam nempe ſubſtitutionem fiſcus excluditur. *d. l. unica verſ. ſed & ipſis C. de caduc. toll.* quaſi ſcilicet ſi ſubſtitutio deficeret, ſoloque jure accreſcendi attento non poſſet, qui ſupereſſet, ex aſſe heres eſſe, cum coheredis portio ut in cauſſa caduci fiſco vindicaretur, non movet, inquam, quia neque pertinet eo aut referenda eſt Ulpiani ratio in *d. l. quia* 25. ſed ut generaliter probet, quod generaliter Celſus propoſuerat in *d. l. Titius* 24. mortuo uno ex inſtitutis quocumque tempore, ſive poſt teſtamentum vivo teſtatore, ſive poſt illius mortem ante apertas tabulas; non ad fiſcum ſed ad ſuperſtitem heredem partem præmortui pertinere, quia tacita ſubſtitutio fiſcum excludit, quæ ratio cum generalis ſit, & generali Celſi propoſitioni conveniat, quamvis in proprie caducis & in caſu mortis heredis poſt mortem teſtatoris ante apertas tabulas tanquam tunc principaliter neceſſaria exprimatur, non tamen ex ea ratione quaſi ſubſtitutione deficiente, & in caſu mortis heredis vivo teſtatore portio ex cauſſa caduci ad fiſcum pertineret, argumentum deduci debet a contrario ſenſu, cum abſurdum ſequatur. *l.* 2. *C. de conditionib. inſert.* Sic etenim, ut ſimili exemplo & eadem via expendendo & exponendo utamur, Marcianus ſcribit in *l.* 3. *ff. de his quæ pro non ſcript. habentur.* in metallum damnato relictum extra cauſſam alimentorum pro non ſcripto eſſe, neque ad fiſcum pertinere, ſubjungit idem juris eſſe, ſi heres inſtitutus vel legatarius poſt teſtamentum in metallum damnetur, nimirum quia perinde pro non ſcripto eſt, neque ad fiſcum pertinet. *l. in metallum* 12. *ff. de jure fiſci.* junctis traditis a Cujacio *ibidem*, & *lib.* 18. *obſerv. cap.* 13. Merillio *lib.* 5. *obſerv. cap.* 13. non tamen a contrario ſenſu ſignificat, ſi heres legatariusve poſt teſtamentum naturaliter moriatur, hereditatem ut in cauſſa caduci ad fiſcum pertinere, aut legatum non pertinere, quia in hereditate illud, & in legato hoc falſum eſſet. Ex qua obſervatione, ut progrediamur, apparet jam in formula Galli, & caſu mortis filii vivo patre non potuiſſe hereditatem, ut in caduci cauſſa, fiſco deferri ante aut poſt legem Papiam, idque jure omnibus communi non ex privilegio nepotis, quia intra tertium gradum eſt, neque ex vi vocationis apertæ quaſi ſubſtitutionis, ut hactenus docuiſſe exteros noſtratesque ſcripſimus §. 12. Non fieri autem hoc ex privilegio nepotis, quia intra tertium gradum eſt, conſtat liquido ex eo, quia etiam poſt pronepotem, ſi liberi ejus pronepotis extent, qui ultra tertium gradum ſunt. §. *quarto gradu inſt. de gradibus cognation.* utilis eſt inſtitutio facta in caſum mortis pronepotis vivo teſtatore ex formula Galli, ut exprimitur in §. *in omnibus* 10. *noſtræ l.* Illud denique perpenſum ſupra §. 12. difficile adhuc eſt, etiamſi, ut diximus, hereditas morte filii in fiſcum non recidat, ineptam eſſe nepotis poſthumi inſtitutionem ad eum effectum, ne rumpat teſtamentum, quod jam morte filii irritum rumpi non poteſt, de quo tamen opportunius ad verba formulæ, quæ ſequuntur.

§. XVII. Sequitur in formula Galli: *tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſive quæ neptis.* continetur his verbis elegantia & vis omnis cautionis Galli, ſuntque ex eis præter difficultatem, cujus meminimus in *fine* §. *præcedentis.* elucidandæ aliæ, quas jam proponimus poſtea expoſituri. Prima eſt ex *l. in tempus* 62. *ff. de her. inſtit.* ubi dum ita ſcriptum eſt, *in tempus capiendæ hereditatis inſtitui heredem poſſe benevolentiæ eſt*, ſatis ſignificatur non eſſe juris, ſive non ſuſtineri ex juris ratione regulisque eam inſtitutionem, ut agnoſcit Ant. Fab. *lib.* 12. *conject. cap.* 20. ergo inanis, inutilisque excogitatio formulæ inſtituendi nepotis poſthumi in eum caſum & tempus, quo tanquam ſuus capere & inſtitui poterit, quandoquidem quibuscumque verbis factam in eum caſum inſtitutionem non jus ſed benignitas ſuſtinet. Secunda difficultas naſcitur ex verbo *tunc*, junctis præcedentibus illis, *ſi filius meus me vivo morietur*, ex quibus apparet, inſtitutionem nepotis poſthumi conferri in id tempus,

quo filius moritur, & conſequenter in tempus vitæ filii, quia tempus moriendi eſt extremum momentum vitæ illius, qui moritur, & ideo vitæ computatur, nam vivus moritur non mortuus. *l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de man. teſtam. l. ult. ff. de conditionib. inſtitut. l. heres meus* 79. *in pr.* & §. 1. *ff. de condit.* & *dem.* ergo inutilis inſtitutio nepotis eſt, ut pote collata in id tempus, quo poſthumus ut pote patre vivo alienus eſt. Tertia difficultas eſt, inane etiam & otioſum videri conſilium Galli ex eo, quia potuit inſtitutioni nepotis poſthumi provideri, vel ſubſtituto eo vulgariter in eum caſum, quo filius heres non erit, vel inſtituto eodem nepote ſub conditione, ſi filius vivo patre morietur, aut ſuus heres eſſe deſinat, quamvis ſine adjectione verbi *tunc*, quia & ſine eo ex ſola inſtitutione conditionali, neque pendente conditione, & proinde vivo patre & eo tempore, quo alienus poſthumus eſt, nepos admitti poſſet, & poſt impletam conditionem, mortuoque patre, aut ſi ſuus heres eſſe deſierit, quo primo inſtanti nepos ſuus eſſe incipit, inveniretur inſtitutus. Quibus difficultatibus explicandis in primis Accurſius & Claſſici agnoſcunt, inſtitutionem nepotis in formula noſtra ſuſtineri ex ratione *d. l. in tempus* 62. junctis traditis a Sarmiento in *præſenti num.* 6. & moriendi tempus interpretandum eſſe de momento primo poſt mortem, ut in *d. l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de man. teſtam. l.* 1. §. *ſi ab ipſo* 18. *ff. de collat. bon.* juncto Cujacio *lib.* 3. *obſervat. cap.* 34. & nepotem, quamvis inſtitutus dicatur, proprie tamen eſſe vulgariter ſubſtitutum in caſum mortis patris, ut exprimitur in *l. cum in teſtamento* 37. *ff. de hered. inſtit.* ideoque inſtitutionis vocem apud Scævolam in *præſenti* accipiendam pro ſubſtitutione, cui convenit, notant poſt Accurſium *hic verbo inſtitui*, & in *l. ſi mater* 33. §. 1. *verbo excludit ff. de vulgari.* Caſtrenſis *num.* 4. Cumanus *num.* 3. & communiter omnes teſte Jaſone in *præſenti num.* 28. denique & conditionalem inſtitutionem nepotis factam in caſu mortis filii vivo patre omiſſa voce *tunc* valituram, ut affirmat præceptor noſter Pich. ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 125. Carranza *de partu cap.* 2. §. 1. *num.* 249.

§. XVIII. Verum omiſſa interim dimiſſaque in opportuniorem locum iſtarum opinionum cenſura, quæ ex vera propriaque verborum formulæ, quæ retulimus, explanatione pendet, præmittendum eſt, verbi illius *tunc*, in quo vel maxime effectum elegantiamque cautionis Aquilianæ verſari ſcripſimus, vim eam eſſe, ut temporis extremitatem & veluti punctum ſignificet, diſtinctum ab anteriore tempore & poſteriore, mediumque inter utrumque & utrumque excludens. *l. ſi his legatum* 4. §. 1. *ff. de cond.* & *dem. l. ei qui ſolvendo* 88. *ff. de hered. inſtit. l. ſi ita ſtipulatus* 126. & *l. hujuſmodi* 6. *ff. de V. O. l.* 1. §. *rectiſſime* 34. *ff. de vi* & *vi arm. l. penult. ff. de teſtam. tutela. l. in ſubſtitutione* 31. §. 1. *ff. de vulgari. l. in omnibus* 18. *ff. de captivis.* quo ſuppoſito apparet, inſtitutionem nepotis factam ſecundum formulam Galli ex vi dictionis *tunc* conjunctæ verbis præcedentibus, *ſi filius meus me vivo morietur*, conferri in extremum illud momentum, quo filius moritur, excluſo tempore præcedente viventis filii, quo nepos ut pote alienus poſthumus inſtitui non potuit, & excluſo etiam ſequenti tempore poſt filii mortem, poſt quam ſi inciperet inſtitutio nepotis, ſera eſſet, quia primo illo & immediate proximo morti filii momento nepos ſuus jam poſthumus ſe nondum inſtitutum, & proinde præteritum inveniret, ut conſiderat Ant. Fab. *lib.* 9. *conject. cap.* 1. quibus conſequens eſt, inſtitutionem nepotis quamvis conditionem habeat illam, *ſi filius vivo patre morietur*, & conditionales inſtitutiones quoad capacitatem heredis inſtituti retrotrahantur ad tempus teſtamenti, eoque etiam tempore adquirendi ex teſtamento capacitas in herede ſub conditione inſtituto exigatur, perinde ac ſi tunc pure inſtitueretur. *l. ſed ſi ſub conditione* 6. §. *ſolemus verſ. ſervus alienus. l. ſi alienum* 49. §. *in extraneis. l. liber homo* 59. §. *ſi heres ff. de hered. inſt.* non tamen in *præſenti* retrotrahi, neque vere vel ficte inſtitutionem nepotis tempore teſtamenti factam intelligi, quia verbum *tunc* impedit retrotractionem, cum alterius omne & poſterius excludat. *d. l. ei qui ſolvendo* 88. *ff. de her. inſtit.* quapropter recte affirmatur, inſtitutionem factam ex formula Galli non tam eſſe ſub conditione, quam ex conditione & ex tempore, nempe illo extremo morientis filii, a quo inſtitutio nepotis incipit, nec retroducitur aut poſtponitur; neque id eſt contra rationem juris, regulamque *l. hereditas* 34. *ff. de her. inſtit. l. in fraudem* 15. §. *miles*, *l. miles* 41. *ff. de teſtam. militis.* ubi traditum eſt, inſtitutione ex die, ſive ex tempore facta a non milite vitium temporis ſubduci, & inſtitutionem pro pura haberi, nam cum ejus regulæ ratio ea ſit, ne ſi ante diem præſcriptum inſtitutio non incipiat, deficiat ante eum diem in perſona heredis continuatio dominii defuncti, quam a tempore mortis jure induci neceſſe eſt. *l. heres quandoque* 54. *ff. de adquir. hered. l. ſi ex re* 28. §. *ult. ff. de ſtipulat. ſervorum.* & ante eum diem, ut inteſtati decedentis hereditas deferenda ſit; poſtea vero ut teſtati & ex teſtamento, in quo duplex abſurdum. *l. jus noſtrum* 7. *ff. de R. J. l. quamdiu* 39. *ff. de adquir. hered.* ſequitur neceſſario, pertinere eam regulam, ſicut & rationem ejus dumtaxat ad diem præſcriptum poſt mortem teſtatoris, quo tempore & continuationi dominii & delationi ſucceſſionis teſtati aut inteſtati locus eſt, non autem ad diem ſeu conditionem relatam ad tempus vitæ teſtantis, ut evenit in formula noſtra, ibi: *ſi filius meus me vivo morietur, tunc:* quia quamvis ex eo tempore mortis filii, neque ante incipiat inſtitutio nepotis, non tamen ſequuntur abſurda interruptæ continuationis dominii, aut concurſus præpoſteri cauſſæ teſtati & inteſtati, quibus nullus locus eſt vivo teſtatore. *l. poteſt* 56. *ff. de her. inſtit.* ſicut neque in ſpecie *d. l. ei qui ſolvendo* 88. ubi a primo momento mortis teſtantis conſervatur continuatio dominii, & ſucceſſio teſtati in ſervo ſtatim neceſſario herede exiſtente, & quidem ex aſſe, quamvis poſtea Titius adjectus admittatur, quaſi inſtitutus ex alio aſſe ad ſemiſſem reducendo, ut in *l. item* 17. §. *ſed ſi aſſe ff. de her. inſtit.* explicat Fab. *d. lib.* 9. *conject. cap.* 1. & *de erroribus Pragm. dec.* 27. *errore* 1. *num.* 16. Schifordegh. *ad Fabrum lib.* 3. *tractatu* 19. *quæſt.* 1.

§. XIX. Quibus ſuppoſitis ut jam pergamus, difficultati perpenſæ ſupra §. 16. *in fine.* reſpondent varie interpretes Accurſiani relati a Jaſone in *præſenti num.* 73. etenim Baldus *oppoſitione* 3. Marianus Socinus *num.* 64. affirmant, in formula Galli neceſſario fingi debere, filio ex parte inſtituto coheredem extraneum datum fuiſſe, cujus inſtitutione teſtamentum ſuſtinetur, ne irritum fiat filii morte, & obnoxium ſit rupturæ agnatione nepotis, niſi ſe inſtitutum inveniat, *arg. l. filius* 28. *in fine pr. hoc tit.* idque ipſum de datione coheredis, quæ ſi non ſemper neceſſarioque, poſſit ſaltem utiliter ſupponi, *arg.* §. *in omnibus* 10. *noſtræ l.* ibi: *ex aliqua parte ſit inſtitutus*, admittunt Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 10. noſter Pich. ad *hunc tit. cap.* 11. *num.* 30. & ante eos Boëtius Epo in *d.* §. *in omnibus num.* 14. Gilkenius *num.* 5. ex diverſo autem Caſtrenſis, Cumanus, Alexander, aliique apud Jaſonem *d. num.* 73. idemque Baldus in *d.* §. *in omnibus.* ubi Goveanus, repudiata ſuperiore ſententia dationem coheredis ſupponi non poſſe contendunt, quia ea ſuppoſita valeret exheredatio filii in formula Galli, neque intelligeretur facta poſt mortem filii, cum poſſet filio vivo ex pœnitentia extranei inſtituti teſtamentum, ſimulque filii exheredatio ſuſtineri, etiam ante incipientem inſtitutionem nepotis, quod tamen negat Scævola recte intellectus in *d.* §. *in omnibus* 10. *verſ. quia fruſtra.*

qua-

quapropter aliter rem expediunt noſtrates Pich. *ad hunc tit. cap.* 4. *num.* 167. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 2. *ad hunc tit. cap.* 3. *num.* 22. Carranza *d. cap.* 2. *num.* 247. *verſ. quidquid, & num.* 280. & ante eos Cumanus, Alexanderque relati a Jaſone *num.* 72. & 73. *ubi ſupra.* reſpondentes, teſtamentum in Galli formula non fieri filii morte irritum, quia ſuſtinetur incipitque ab inſtitutione nepotis, ſive ſubſtitutione, ut Claſſici vocant, *arg. l. ſi pater filium* 26. *ff. de vulgari. l. Thais §. Spendophorus ff. de fideicom. libert.* ſed & qui ita reſpondent, (quod bona præceptorum venia dicere liceat) difficultatem eludunt aut diſſimulant, non diſſolvunt; non enim dubitamus, quin teſtamentum etiam poſt filii mortem ſuſtineatur eo caſu, quo nepos inſtitutus, ſed illud ſolum, quomodo fieri poſſit eo caſu, quo præteritus nepos ſit, ut etiam mortuo filio rumpat teſtamentum, quod jam filii morte irritum rumpi non poteſt, aut qua ratione ad hunc caſum rumpendi, qui contingere non poteſt, præcavendum utilis neceſſariave eſſe potuerit Galli cautio. Idque ex eo evidenter fit difficilius, quia cum poſthumus præteritus non rumpat, antequam natus ſit. *l.* 3. *§. ex his* 3. *ff. de injuſto rupto. l. ſi primo* 8. *l. cum poſthumus* 22. *l. poſthuma* 24. *hoc tit.* in formula Galli filius vivo patre mortuus, & nepos poſt mortem avi natus proponatur, ut ex verbis formulæ apparet, impoſſibile videtur rumpi a nepote etiam præterito teſtamentum, quod jam ante illius agnationem & avi mortem irritum factum fuit morte filii, nec felicior in re explicanda idem Jaſo *d. num.* 76. tandem concludens, ſupponendum neceſſario eſſe in formula Galli fuiſſe alium ſubſtitutum filii in caſum mortis filii, aut coheredem in eundem caſum nepoti datum, cujus tamen inſtitutio inciperet poſt mortem filii, atque ideo non ſufficeret confirmandæ exheredationi filii eo vivo, ut ſignificatur in *d. §. in omnibus.* ſed mortuo filio ſuſtineretur teſtamentum, ita ut a nepote quamvis præterito rumpi poſſet; hæc enim improbabilis & longe petita divinatio eſt.

§. XX. Quare inſignes duo Aquilianæ formulæ interpretes Marius Salomonius, & Fortunius Garzia diverſis rationibus difficultati occurrere conantur. Primus enim & poſt eum Sarmiento in *d. §. in omnibus num.* 4. Faber *lib.* 5. *conjectur. cap.* 10. contendit, Galli curam cautionemque proprie præcipueque eo pertinuiſſe, ut conſuleret inſtitutioni nepotis inducta formula, qua fieri poſſet ſalva juris ratione, non autem ne teſtamentum rumperetur, quod timeri non debuit, quam tamen aſſertionem increpant damnantque lati erroris Pichard. *d. cap.* 4. *num.* 42. Carranza *d. cap.* 2. *num.* 252. quia ut ex recepto hactenus omnium ſenſu propoſuimus ſupra §. 2. proſpexit etiam Gallus caſui rumpendi, & aperte id probatur, repetito ſæpius ſollicitoque in *noſtra l.* rumpendi periculo, ſemel in §. *idem credendum verſ. num etſi filius.* ter in §. *quid ſi qui filium.* bis in §. *ſi ejus.* ſæpius denique in §. *nunc de lege cum ſeqq. usque ad finem textus.* Secundus autem nempe Fortunius in *præſenti num.* 124. e contrario affirmat, conſuluiſſe Gallum caſui rumpendi, quia filio etiam mortuo in vita avi potuit nepos poſt mortem avi natus & præteritus rumpere ea ratione, quoniam quoad ſui commodum ex tempore conceptionis, & proinde ex eo tempore, quo pater vivus (neque enim a mortuo conceptus) teſtamentum ſuſtinebat, pro nato habetur. *l. qui in utero* 26. *ff. de ſtatu hominum.* & conſequenter poſtquam natus rupit retrotracta ruptura ad diem conceptionis, teſtamentum fingitur ruptum eo tempore, quo nondum deſtitutum erat. Sed & hæc Fortunii affirmatio infortunate in juris multa magnaque peccat, maxime ut alia omittam, quia cum fictio omnis retroactiva deſideret extrema duo habilia temporis, a quo & ad quod reducitur, ex receptiſſima doctrina Bartoli in *l. ſi is qui pro emptore* 15. *num.* 3. 8. & 43. *ff. de uſucap.* etiamſi ultro fateamur, rupturam agnationis poſthumi retrotrahi ad tempus conceptionis, non tamen id in ſpecie Galli poteſt contingere, quia conceptionis tempore extremoque, ad quod ruptura reducenda, vivit filius, præceditque, ideoque tunc poſthumus ut pote alienus, etiamſi natus eſſet, non rumperet; poſt mortem autem filii & multo magis avi ante illud extremum temporis agnationis poſthumi, a quo incipere ruptura & retrotrahi Fortunius vult, teſtamentum nullum eſt, ut incipiat rumpi, uti ad rem imo in re ipſa evincitur ex *d. l. nam etſi* 5. *verſ. poſt defectum ff. de injuſto rupt.* ubi ideo poſthumus præteritus, natusque poſt defectum conditionis inſtituti non rumpit gradum, quoniam ut pote jam tunc nullus incipere rumpi non poteſt, quamvis ſi admitteretur retrotractio ad tempus conceptionis poſthumi, & pendentis tunc conditionis, aut vere ficteve tunc natus eſſet, locus foret rupturæ. *d. l. nam etſi* 5. *in princ.*

§. XXI. Nobis autem, ut tandem in hac difficultate, quæ diutius tenuit & torſit, judicium proferamus, veriſſima videtur ſententia Marii Salomonii affirmantis, formulam Galli in ſpecie, quam illa proponit, non fuiſſe inductam, neque neceſſario neque utiliter præcavendo caſui rumpendi, qui contingere non poterat, ut oſtendimus ſupra §. 19. *verſ. idque ex eo.* ſed ut induceret doceretque, inoffenſa Juriſprudentia, formam inſtituendi nepotis poſthumi, qui teſtamenti tempore alienus erat, idque in primis diſcimus ex Scævola noſtro *in præſenti:* non enim ſcribit, inſtitui debere, ſive neceſſe eſſe nepotes poſthumos, ne ſcilicet agnaſcendo rumpant, ut in re ſimili loquitur Gajus in *l. poſthumorum* 13. *in fine ff. de injuſto rupto.* ſed Gallum induxiſſe, ſic poſſe inſtitui, nempe ſequenti formula, quæ illæſam relinquit juris rationem; per quam non poſſe inſtitui videbantur; eoque etiam reſpicit Paulus in *l. penult. in fine ff. de leg.* 1. Scævola in *noſtra l. in §. quidam recte.* ibi: *ut eo caſu valeat.* & in §. *quid ſi qui filium.* ibi: *recte inſtituiſſe videatur.* & in §. *forſitan.* ibi: *an non potuerit heres inſtitui, quia pater ipſius non recte inſtitutus eſſet.* Neque in contrarium ducunt argumenta, quibus contra hanc ſententiam pugnant noſtrates laudati §. *præcedenti.* namque primum ex §. *idem credendum verſ. num etſi filius noſtræ legis.* ibi: *ne ſucceſſione teſtamentum rumperetur.* eſt omnino a præſenti quæſtione alienum, neque ad eam protrahi poteſt, niſi detorta certa receptaque eorum verborum expoſitione, quam firmabimus plenius ad *d.* §. Pertinent enim ea verba ad eum caſum, qui in præcedentibus tacite & a contrario ſenſu ſubauditus erat, nempe cum filio & nepote vivis, & pronepote poſthumo ex formula Galli inſtituto prius filius deinde nepos vivo teſtatore deceſſerint, quo caſu ſucceſſione quaſi agnatione nepotis præteriti in locum patris præmortui teſtamentum avi rumperetur, & inſtitutio pronepotis corrueret, ideoque Scævola, ut inſtitutio hæc effectum habeat, exigit ut prius nepos deinde filius decedat, ne ſi contrario ordine deceſſerint, ſucceſſione nepotis teſtamentum rumpatur. Unde apparet, non probari eo loci potuiſſe pronepotem ex formula Galli inſtitutum rumpere teſtamentum avi, neque ei caſui Gallum proſpexiſſe.

§. XXII. Neque ad rem magis pertinent, quamvis primo aſpectu obſcuriores textus in *d. §. quid ſi qui filium.* & in §. *ſi ejus noſtræ legis.* quibus ne reſpondeamus, retinendum eſt, quod diximus, in caſu expreſſo formulæ Galli, nempe naturalis mortis filii vivo patre, & nepotis poſt utriusque mortem nati, impoſſibile eſſe, ut nepos rumpat. Plane extra eum caſum in aliis per interpretationem, aut extenſionem formulæ accommodatis fieri interdum poteſt, ut nepos præteritus rumpat, ut in ſpecie *d. §. quid ſi qui filium.* ubi quæſtio eſt de filio, qui teſtamenti tempore apud hoſtes erat;

ibique poſt mortem patris deceſſit, & de nepote poſthumo ex eo, qui vivo adhuc apud hoſtes patre ſuo, & poſt mortem avi natus in civitate eſt, in qua ſpecie ſupponitur, nepotem hunc, ſi præteritus aut non recte inſtitutus ſit, teſtamentum avi rupturum, & quidem ea ratione, quia quamdiu filius apud hoſtes eſt, & in incerto eſt, an in captivitate moriturus, vel in civitatem reverſurus, ſuſpenſio illa & ſpes poſtliminii ſuſtinet teſtamentum avi interim, ne poſſit cenſeri irritum deſtitutumve, quaſi deficiente vel mortuo filio inſtituto, quem reverſurum & ex teſtamento heredem exiturum adhuc ſpetatur. *l. illa inſtitutio* 32. §. 1. *ff. de her. inſtit.* & ideo nepos interim natus invenit teſtamentum nondum irritum, ſed in pendenti veluti retentum propter ſpem poſtliminii & reverſionis filii, & conſequenter filio poſtea apud hoſtes mortuo rumpit teſtamentum nepos, ſi præteritus ſit, ut in eadem ſpecie docet Ulpianus in *l. ſi quis filio* 6. §. *ſed ſi pater* 1. *ff. de injuſto rupto. l. ſi quis poſthumos* 9. §. *ſi filium verſ. diverſum hoc tit. l. ſi filiusfam.* 39. *ff. de teſtam. militis.* eique caſui avertendo formula Galli, quamvis non eo caſu & fine propoſita, applicetur per interpretationem & extenſionem in *d.* §. *quid ſi qui filium.* ubi latius diceamus. Nec diſſimilis ratio eſt *d.* §. *ſi ejus noſtræ legis.* ubi proponitur nepos in civitate conceptus, & poſtea matre ejus prægnante ab hoſtibus capta natus apud hoſtes vivo in civitate avo, aut etiam patre, tandemque poſt mortem patris primum & deinde avi in civitatem reverſus: in qua etiam ſpecie ſupponitur, hunc nepotem, ſi aut non recte inſtitutus aut præteritus ſit, rumpere avi teſtamentum, ſed ut dicere cœpimus, ratio ea eſt, quia cum nepos apud hoſtes natus fuerit, patre & avo adhuc vivis, & proinde eo tempore, quo teſtamentum deſtitutum dici non poterat, & poſtliminii fictio, qua nepos iſte reverſus fruitur ex ſua perſona. *l. qui in utero* 26. *ff. de ſtatu homin. l. ab hoſtibus* 15. §. *non minus ff. ex quib. cauſſis majores. l.* 1. *C. de poſtlimin. reverſ.* operetur, ut eo tempore, quo apud hoſtes nepos natus, in civitate fuiſſe intelligatur, conſequens eſt, ſucceſſione & quaſi agnatione nepotis hujus in locum filii ſui heredis poſtea mortui rumpi teſtamentum, ut exprimitur in *d. l. ſi quis filio* 6. §. *ſive autem* 2. *ff. de injuſto rupto.* niſi recte inſtitutus ſit, quo pertinet diſputatio Scævolæ in *d.* §. *ſi ejus.* Denique & expeditior interpretatio eſt §. *nunc de lege noſtræ l.* 6. ibi: *& voluit vivis nobis natos ſimiliter non rumpere teſtamentum.* verbum enim *ſimiliter* non eſt referendum ad Galli formulam, quaſi ſcilicet Gallus ſimiliter & Lex Vellea voluerit a nepote poſthumo teſtamentum non rumpi, eoque fine formulam ejus inſtituendi induxerit, ſed referendum eſt ad caſus proxime præcedentes in *d.* §. *quid ſi qui filium,* & §. *ſi ejus.* ad quos per interpretationem produxerunt formulam Scævola aliique veteres JCti.

§. XXIII. Jam vero ne immoremur in exponendis §§. *ſeqq. noſtræ l.* poſt §. *nunc de lege.* quibus in commune interim reſpondemus, rumpendi caſum, cujus in eis fit mentio, non pertinere ad formulam Galli, de qua nunc quærimus, ſed ad capita Legis Velleæ, propriaque & ſuis locis opportunius explicanda ratione niti: revocant nos difficultates propoſitæ ſupra §. 17. quarum priori ex *l. in tempus* 62. *ff. de hered. inſtit.* omiſſis traditis a Mario Salomonio in *præſenti num.* 11. Philippo Maſſinio *num.* 293. reſponderi ſolet, ſententiam *d. l. in tempus* 62. pertinere ad extraneos inſtitutos, in quibus cum tribus temporibus, nempe teſtamenti facti, mortiſque teſtatoris, & aditionis hereditatis requiratur, ut ſit teſtamenti factio; ſive capacitas ex teſtamento adquirendi, juxta regulam *l. ſi alienum* 49. §. *ult. l. ſed ſi conditioni* 6. §. *ſolemus ff. de her. inſtit.* §. *in extraneis* 4. *Inſt. de her. qualit.* eſt propter eam regulam rationemque, & ideo benevolentiæ eſſe dicitur, quod traditum eſt in *d. l. in tempus* 62. poſſe eum, qui teſtamenti tempore incapax eſt, inſtitui collata inſtitutione in id tempus, quo capere poterit, *arg. l. libertas* 37. *ff. de manum. teſtam.* junctis pro illuſtratione *d. l. in tempus* 62. traditis a Molina *de primogenits lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 39. Coſta in *repetit.* §. *& quid ſi tantum parte.* 2. num. 172. Diverſum autem eſt in ſuis heredibus, ſive qui ſui naſcuntur, & tanquam ſui inſtituuntur, in quibus non obſervatur regula *d. l. ſi alienum* 49. §. *ult.* ut docuimus *cap.* 2. *ad hanc l.* §. 9. neque neceſſe eſt tempus faciendi teſtamenti reſpici, ut inſtituantur tanquam ſui, ſed ſatis eſt obſervari tempus, quo naſcuntur, ut expreſſum eſt in §. *nunc de lege verſ. quid enim noſtræ l.* & dumtaxat requiritur, ut jus ſui heredis habeant tempore delatæ hereditatis teſtamentariæ, quod eſt tempus mortis teſtantis, & tunc a nemine præcedantur. *l. ſi quis filio* 6. *verſ. nam agnaſcendo ff. de injuſto rupto.* idque jus habet nepos poſthumus ex formula Galli inſtitutus, quia cum filius vivo patre mortuus ſupponatur, non præcedit nepotem tempore mortis avi; & nepos ſuus naſcitur, quamvis teſtamenti tempore alienus eſſet, ut explicat Carranza *d. cap.* 2. *num.* 278. & ante eum Fortunius in *præſenti num.* 12. quamvis aliter noſter Pichard. ad *hunc tit. cap.* 4. *num.* 150.

§. XXIV. Secundo nec vulgariter reſponderi poteſt, ſententiam *d. l. in tempus* 62. pertinere proprie ad inſtitutionem conditionalem, qualis eſt illa: *Titius cum capere potuerit, heres eſto.* quia verbum *cum* ſignificat per tempus conditionem, eamque inducit, perinde ac verbum *ſi. l. ſi Titio* 22. *ff. quando dies leg. ced. l. ſi cui* 49. §. *hoc autem ff. de leg.* 1. *l. quodcumque* 45. §. *non ſolum.* juncta *l. centeſimis* 46. §. *ſi ita cum* §. *ſequenti ff. de V. O.* inſtitutio autem conditionalis poſtea impleta conditione retrotrahitur ad tempus teſtamenti; & ex eo tempore facta cenſetur, ideoque perinde in conditionali atque in pura inſtitutione requiritur teſtamenti tempore capacitas, ſive teſtamenti factio heredis ſub conditione inſtituti. *l. ſed ſi conditioni* 6. §. *ſolemus verſ. ſervus alienus. l. ſi alienum* 49. §. *ult. ff. de heredib. inſtit.* ea ſola differentia adhibita, quod in conditionali inſtitutione præter tempus teſtamenti, quoad capacitatem inſtituti, non tempus mortis, ut in puris inſtitutionibus, ſed exiſtentis conditionis inſpicimus. *d. l. ſi alienum* 49. §. *ult. in fine. l. liber homo* 59. §. *ſi heres* 4. *ff. de hered. inſtit.* in utriſque autem inſtitutionibus tempus aditæ hereditatis & teſtamenti pariter intuemur, & ſi teſtamenti tempore incapax fuit heres pure aut ſub conditione inſtitutus, quamvis conditionis exiſtentis tempore capere poſſit, inutilis inſtitutio eſt. *d. l. liber homo* 59. §. *ſi heres* 4. juncta regula *l. quod initio* 29. *l. penult. ff. de R. J.* ex quibus ita recte docuerunt poſt Bartolum plures relati a Jaſone in *l. ſi is qui* 11. *num.* 2. *ff. de vulgari.* Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 1. & *lib.* 12. *cap.* 19. Hillig. ad Donell. *lib.* 6. *cap.* 17. *lit. BB.* & *lib.* 8. *cap.* 13. *lit. C.* noſter Valentia *illuſtrium lib.* 3. *tractatu* 2. *ad hunc tit. cap.* 3. *num.* 5. quamvis contra ſentiat poſt Cujacium *lib.* 4. *obſervat. cap.* 4. ex noſtratibus Pareja in *otio quadrimeſtri parte* 1. *num.* 20. Pichard. *d. cap.* 4. *num.* 125. Unde fit, ut incapacis inſtitutio conditionalis facta in tempus capiendi, ſive ſub conditione, cum capere potuerit, non poſſit ſtricto ſummoque jure ſuſtineri, ut pote deficiente capacitate inſtituti tempore teſamenti, ad quod conditio exiſtens retrotrahitur, ideoque defendatur ſolo intuitu benevolentiæ. *d. l. in tempus* 62. notat Hillig. ad Donell. *d. lib.* 8. *cap.* 13. *lit. E.* diverſum autem eſt in inſtitutione nepotis facta ex formula Galli, quæ cum non ſit proprie conditionalis, ſive ſub conditione, ſed ex conditione & ex tempore morientis filii, a quo tempore neque ante incipit nepotis inſtitutio, nec retroducitur ad tempus teſtamenti, quia adjectio *tunc* impedit retrotractionem,

ut

ut notavimus ſupra §. 18. valet inſtitutio nepotis ex regula & ratione juris, quaſi facta & incipiens eo tempore, quo ſuus poſthumus eſſe incipit, quamvis teſtamenti tempore, utpote alienus, inſtitui non potuerit.

§. XXV. Secundæ difficultati propoſitæ ſupra §. 17. qua evincitur, inſtitutionem nepotis in formula Galli incipere eo tempore, quo adhuc filius vivit, & nepotem præcedit, & conſeqoenter nepos alienus poſthumus eſt, quia confertur in tempus morientis filii, quod eſt tempus vitæ filii. *l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de manum. teſtamento.* reſpondet in primis Ant. Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 1. inſtitutionem nepotis collatam in tempus morientis filii ſuſtineri in formula Galli attenta potius æquitate & effectu quam nimia ſubtilitate, quia quamvis eo ultimo vitæ filii morientis momento nepos poſthumus alienus ſit, qui non niſi poſt mortem filii in jus ejus ſuccedit & ſuus efficitur, cum tamen eo ipſo momento certum per rerum naturam eſſe incipiat, nepotem in jus filii ſucceſſurum, ſuumque poſthumum futurum, perinde habetur, acſi jam ſuus inſtitueretur, nec debet ſerupuloſa hæc ſubtilitas obſtare inſtitutioni, *arg. l. Julianus* 20. *ff. de jure dotium. l. libertas* 17. *ff. de manum. teſtamento.* Secundo & feliciter dextreque magis noſter Valentia *d. cap. num.* 4. obſervat, utcumque ſerupuloſe & ſubtiliter res examinetur, recte conferri inſtitutionem in tempus conditionemque morientis filii, quia cum prius ſit, conditionem illam tempusque exiſtere, quam ut inſtitutio & diſpoſitio in eum caſum collata incipere poſſit, & conditio illa tempusque exiſtat ultimo inſtanti vitæ filii morientis, cui proximum inſtans, quod ſequitur, eſt primum poſt filii mortem, in quo nepos ſuus eſſe incipit, tunc etiam incipit inſtitutio nepotis collata verbo *tunc* in illud inſtans proprie & præciſe, non autem ultimo inſtanti vitæ filii morientis, in quo extitit conditio, & ad quod neque ex vi fictionis retrotrahitur inſtitutio, quia dictio *tunc* impedit retrotractionem. *l. ei qui ſolvendo* 88. *ff. de her. inſtit.* junctis traditis §. 18. Tertio denique reſpondemus, quod cum inſtitutio nepotis neque conferri poſſe videretur poſt mortem filii, ne aliquo inſtanti nepos ſe ſuom & præteritum prius quam inſtitutum inveniret, neque in tempus viventis filii, ſive ante ejus mortem, ne alieni poſthumi inſtitutio eſſet, in hoc juris rationum conflictu electum tempus eſt medium quodammodo inter vitam & mortem, quale eſt tempus moriendi, quod quamvis noſtri JCti plerumque & proprie magis adſcribant vitæ. *d. l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de manum. teſt. l. heres meus* 79. *in princ. &* §. 1. *ff. de condit. & dem. l. ult. ff. de condit. inſt. l. extraneum* 9. *C. de heredibus inſtituendis.* §. *poſt mortem* 13. *&* §. *ita autem* 15. *inſtitut. de inutilib. ſtipulat.* §. *poſt mortem* 35. *inſtit. de legatis.* juncto Ulp. in *fragm. tit. de legatis* §. *poſt mortem* 16. Interdum tamen effecta atteoto tempus moriendi non diſtinguunt a momento primo proximo morti ſive poſt mortem. *d. l. qui duos* 18. §. 1. *l. libertas* 17. *l. ult. ff. de manumiſſis teſtamento. l.* 8. §. 1. *ff. de ſtatulib. l. Julianus* 20. *ff. de jure dotium. l.* 1. §. *ſi ab ipſo* 18. *ff. de collat. bonor. l. Titio* 51. *ff. de uſufructu. d. l. heres meus* 79. §. *quamvis. l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi filio. l. uxorem* 41. §. *Scævola ff. de leg.* 3. quibus illuſtrandis jungendi ſunt Alciatus *lib.* 2. *Parerg. cap.* 44. Cujac. *lib.* 3. *obſervationum cap.* 34. Donellus *lib.* 8. *comm. cap.* 31. *& lib.* 12. *cap.* 17. *& lib.* 15. *cap.* 51. Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 14. *& lib.* 2. *cap. ult.* noviſſime noſter Larea *deciſ. Granatenſium tom.* 1. *deciſ.* 40. *num.* 38. quin & inter veteres Philoſophiæ auctores controverſum valde & valide fuiſſe, utrum inſtans moriendi computandum eſſet vitæ aut morti, conſtat ex traditis ab A. Gellio *lib.* 6. *noct. attic. cap.* 17. Sexto Empyrico *lib.* 3. *diſputat. Pyrrhoniarum cap.* 14. *& lib.* 8. *adverſus mathematicos cap.* 3. *pag. mihi* 358. *& lib.* 9. *cap.* 5. *pag.* 437. Divo Auguſtino *lib.* 13. *de civitate Dei cap.* 11. Henrico Stephano *lib.* 1. *ſchediaſmat.* 25. Eo itaque reſpectu ſicut in perplexis aliis quæſtionibus mediam viam ſequuntur juris auctores. *l.* 3. *ff. ſi pars hered. pet.* ita in noſtra prudenter Gallus Aquilius, ne nepos poſthumus aut vivente filio, & proinde alienus, aut poſt filii mortem, ideoque ſuus jam & præteritus, antequam inſtitutus inveniretur, contulit inſtitutionem io tempus, quo filius moritur, quaſi medium inter vitam & mortem, & inter utrinsque confinium, ſive *interliminium*, ut vocant Ariſtoteles, & Plato in *Parmenide.*

§. XXVI. Neque levioris operæ, aut artis eſt explanatio tertiæ difficultatis propoſitæ ſupra §. 17. multoque alieno pulvere ab interpretibus aſperſæ, qua probari videtur, inanem & inutilem eſſe Galli cautionem, cum ſioe ea & ſine adjectione verbi *tunc* poſſit nepos inſtitui, aut ſub ſimplici conditione, *ſi filius vivo patre morietur*, aut ſubſtitui vulgariter filio in eum caſum, quo filius heres non erit. Namque quoad primam partem difficultatis de inſtitutione conditionali ſine voce *tunc*, inſinuavimus jam §. 24. eam in ſpecie Galli ſtricto ſummoque jure non valituram, quia cum ex vi retrotractionis cenſenda eſſet facta tempore teſtamenti, quo tempore nepos erat alienus poſthumus, deficiebat in eo tunc capacitas, ut inſtitueretur, quam eo etiam tempore in conditionali inſtitutione jus dederat, unde apparet, vocem *tunc* in formula Galli ad excludendam retrotractionem inſtitutionis & conditionis ad tempus anterius vitæ filii & teſtamenti, quo tempore nepos ut alienus poſthumus inſtitui non poterat, omnino neceſſariam fuiſſe, ut conſiderat Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 1. quamvis omitti vocem *tunc* potuiſſe, ſolamque inſtitutionem conditionalem valituram contendat noſter Pich. *d. cap.* 4. *num.* 125. *& ſeqq.* cui conſentit fere Carranza *d.* §. 1. *num.* 249. Deinde quoad ſecundam partem difficultatis de ſubſtitutiune vulgari, quamvis ardua & alta ea quæſtio hactenus viſa ſit, affirmandum breviter eſt, nepotem in formula Galli filio vulgariter ſubſtitutum non eſſe, neque ſubſtitui potuiſſe, ita ut per ſubſtitutionem ei utiliter provideretur, ut docent contra Accurſium & Claſſicos Alciatus, Duarenus, Goveanus, Cujacius, Hotmanus, Faber, Spannochius, Boëtius, Gilkenius, & alii apud Pich. *d. cap.* 4. *num.* 182. & præter eos Schifordegherus *lib.* 3. *tractatu* 17. *quæſt.* 1. Carranza *d.* §. 1. *num.* 282. Valentia *d. cap.* 4. *num.* 6. *&* 7. & quidem non eſſe ſubſtitutum nepotem in formula Galli, ſed inſtitutum exprimit ſatis Scævola, repetito ſæpius inſtitutionis verbo in hac re in *præſenti*, & in §. 1. §. *& quid ſi tantum*, §. *quid ſi qui filium*, §. *ſi ejus*, §. *forſitan*, *&* §. *in omnibus cum ſeqq. l. noſtræ. l. ſi mater* 33. §. 1. *ff. de vulgari.* non fuiſſe autem nec potuiſſe vulgarem ſubſtitutum eſſe nepotem in ſpecie Galli, ut leviora omittam, ex duobus proprie evincitur. Primo quia vulgaris & alia quælibet directa ſubſtitutio eſt conditionalis inſtitutio, ideoque retrotrahenda eſſet ad teſtamenti tempus, in quo nepos erat alienus poſthumus, & perinde quaſi tunc facta inutilis cenſeretur, ut nuper docuimus. Secundo quia etiamſi ad impediendam retrotractionem exprimeremus in vulgari ſubſtitutione vocem *tunc*, tamen ſubſtitutio omnis, cum ſecunda inſtitutio ſit, ſupponit proprie primum gradum inſtitutionis, & heredis, cui hereditas adquiſita vel ſaltem prius delata ſit, & poſt quem ſubſtituto deferatur, & in ſubſtitutione vulgari conditio illa, *ſi filius heres non erit*, ſupponit ſui natura caſum hereditatis exiſtentis delatæque, in qua filius heres eſſe noluerit, quod non niſi poſt mortem avi teſtatoris contingit, antequam hereditas neque exiſtit neque defertur. *l.* 1. *ff. de heredit. vel actione vend. l. hereditas* 61. *ff. de R. J.* & idcirco inepta & inſufficiens eſſet vulgaris ſubſtitutio in nepote, quia cum prius filio aut inſtituto hereditas delata ſupponatur, non poteſt

poſtea nepoti ut ſuo deferri, neque ſuus eſſe aut inſtitui, quem filius mortis avi tempore præceſſit, huicque filio delata hereditas ante nepotem fuit. *l. ſi quis filio 6. verſ. nam agnaſcendo ff. de injuſto rupto.* vitiareturque inſtitutio ſeu ſubſtitutio nepotis, ut alieni poſthumi: e contrario in formula Galli, cum nepotis inſtitutio fiat in caſum filii morientis vivo patre, quo tempore nulla hereditas eſt, ut pote vivo teſtatore, quæ prius filio delata diei poſſit, defertur mortis tempore primo gradu locoque hereditas nepoti, ut ſuo inſtituto, ideoque nepos neque eſt, neque eſſe poteſt ſubſtitutus, quia ſive filius avo ſupervivat, hereditas nullo gradu defertur nepoti, ut pote alieno poſthumo & a patre præceſſo, ſive filius præmortuus ſit, defertur primo gradu hereditas nepoti, ut ſuo & inſtituto, ut poſt Cujacium *tractatu 2. ad Africanum* in *d. l. ſi mater 33. §. 1. ff. de vulgari.* explicat ſubtiliter Faber *lib. 9. conjectur. cap. 11.* P. Gregorius *lib. 42. Syntagm. cap. 11. num. 9.*

§. XXVII. Sed objicitur huic traditioni & quidem primo aſpectu graviter Juliani teſtimonium in *l. cum in teſtamento 37. ff. de hered. inſtituendis.* quo loci ſcriptum eſt, filio & nepote heredibus inſtitutis ad exemplum formulæ Galli his verbis: *ſi filius meus me vivo morietur, nepos ex eo poſt mortem meam natus heres eſto*, duos gradus heredum eſſe filii primum & nepotis ſecundum. Unde colligitur aut intelligitur, nepotem eſſe ſubſtitutum & filium inſtitutum, quia gradus primi atque ſecundi nomine veluti propria nota diſtinguuntur inſtituti & ſubſtituti. *l. 1. ff. de vulgari.* quo argumento pro ſententia Accurſii contra noſtram utitur poſt alios laudatos ſupra §. 17. *in fine.* Philippus Maſſinius in *præſenti num. 497.* cui tamen difficultati reſpondendum eſt, Julianum in *d. l. cum in teſtamento 37.* non eo ſenſu ſcribere, filio & nepote poſthumo inſtitutis duos gradus heredum eſſe, quaſi filio ut inſtituto hereditas primo loco, deinde ſecundo deferatur nepoti ut ſubſtituto; id enim impoſſibile eſt, namque vel ſoli filio, ſi patri ſupervivat, defertur, & tunc nepos ut alienus poſthumus nullo vel primo vel ſecundo gradu admittitur; vel defertur & quidem primo gradu ſoli nepoti, ſi filius vivo patre moriatur: ſed ea ratione & reſpectu duos gradus heredum Julianus nominat, filii primum & nepotis ſecundum, quia filius & nepos in *d. l. 37.* & in formula Galli, quamvis ſi delationem hereditatis aut ſucceſſionem inſpicias, uterque primo gradu inſtitutus ſit, quia nulli eorum poſt delationem aut ſucceſſionem alterius, ſed utrique ſuo caſu hereditas ante alteri non delata primo loco defertur, non poſſunt tamen, ut in coheredibus uno primoque gradu inſtitutis contingere ſolet, ad hereditatem ſimul admitti, ſed ordine ſcripturæ & temporis filius primus vocatur, eoque ſuperſtite nepoti locus non eſt, filio autem præmortuo antequam ei hereditas deferretur, nempe vivo avo, fit locus nepotis gradui, quem ideo ſecundum quaſi poſteriorem tempore & ordine vocationis Julianus nuncupat, indeque infert, ſubſtitutum datum nepoti, etiamſi nepos vel non natus vel mortuus ſit, non poſſe filio herede exiſtente ſimul admitti, quia ſubſtitutus eſt in ſecundum caſum, ſcilicet vocationis nepotis, qui ipſe ſimul cum filio non admitteretur, quæ decidendi ratio fuit in *d. l. 37. d. l. ſi mater 33. §. 1. ff. de vulgari.* quamvis pro ſubſtituto dubitandi ratio erat, quod nepos, cui ſubſtitutus fuit, inſtitutus erat primo gradu cum filio, & ideo quaſi coheres videbatur cum eo admittendus, ut expendit Faber *lib. 9. conject. cap. 11. ad finem.* Schifordegh. *ad Fabrum lib. 3. tractatu 17. quæſt. 1.* qui & ſatisfaciunt locis a Boëtio Epone in *præſenti num. 28.* adductis, quibus probatur ſubſtitutioni locum eſſe, etiamſi nunquam inſtituto hereditas delata ſit; quia vivo teſtatore deceſſit, ut in *l. ſi pater filium 26. l. cum ex filio 39. §. ult. ff. de vulgari. l. non putavit 8. §. a primo ff. de bon. poſſ. contra tab.* convertitur enim his caſibus jus ſubſtitutionis in inſtitutionem, & admittitur ſubſtitutus jure inſtituti, quia primo loco ei defertur hereditas, ideoque & cum inſtitutis concurrit in portione deficiente coheredis. *d. l. cum ex filio 39. §. ult.* ubi Cujac. & in *d. l. ſi pater 26.*

§. XXVIII. Succedunt in formula Galli verba, *ſive quæ neptis poſt mortem meam.* in quibus duo breviter explicanda occurrunt. Primum eſt, qua ratione, cum in prioribus formulæ verbis illis, *ſi filius meus*, mentio filii non etiam filiæ habita ſit, fiat in poſtremis his verbis mentio non tantum nepotis, ſed etiam neptis, cum tamen utrobique locus eſſe videatur regulæ juris, quæ docet, maſculini ſexus appellatione fœmininum comprehendi. *l. qui duos 62. ff. de leg. 3. l. pronuntiatio 195. ff. de V. S.* & filiorum nomine filias. *l. quiſquis 116. l. Servius 122. l. juſta 201. ff. de V. S. l. ſi quis ita 16. ff. de teſtam. tut. l. ſi ita 45. ff. de leg. 2.* de qua regula poſt multos antiquioresque in *præſenti* multa Gilkenius *num. 47. & ſeqq.* Caſtillo *lib. 5. controverſ. parte 2. cap. 66. num. 1.* Vincentius Fuſarius *de ſubſtitut. quæſtione 311. num. 1. & ſeqq.* Gratianus *diſceptat. forenſium tom. 4. cap. 664. num. 9. & cap. 757. num. 13. & 14.* Riccius in *collectan. deciſ. parte 3. collectan. 529.* ſed dubitationis ſolutio in promptu eſt, ſi obſervetur, filii non etiam filiæ Gallum meminiſſe, quia, ut pleraque alia formulæ verba filiæ & nepoti ex filia non convenientia omittam, naſciturus nepos ex filia fuit alienus extraneusque etiam præmortua filia avo futurus, ut pote qui familiam & poteſtatem patris ſui ſequitur, non matris aut avi materni. *§. ult. inſtitut. de patria poteſtate. §. cæteri inſtitut. de exheredatione liberorum.* e contrario neptis poſthuma ex filio perinde atque nepos ex filio in familia & poteſtate avi naſcitur, & ſi filius vivo patre moriatur, perinde neptis poſthuma ac filius poſthumus jura ſui heredis naneiſcitur. *l. poſthumorum 13. ff. de injuſto rupto. §. poſthumi, & §. poſthumus inſtitut. de exheredat. liberorum.* & ideo neque filii mentio in formula Galli debuit extendi ad filiam & nepotem ex filia, quorum diverſa omnino ratio eſt, & in quibus propterea ceſſat regula maſculini nominis producendi ad fœmininum, ut notat Gilkenius *num. 43.* & e converſo oportuit poſt nepotem etiam neptem ex filio exprimi ambiguitatis vitandæ cauſſa, & ne ſicut filiam omiſſam non comprehendi, ita etiam in nepte quiſquam exiſtimaret, ut animadvertit Maſſinius in *præſenti num. 393.* Boëtius Epo *num. 59.* Secundum explicandum eſt in verbis *poſt mortem meam*, cur ex eis inſtitutio nepotis poſthumi & formula Galli referatur dumtaxat ad natum poſt mortem avi, cum in eo, qui vivo avo poſt teſtamentum & poſt filii mortem natus ſit, eadem ſit ratio & neceſſitas inſtitutionis, quia ſuus naſcitur: ſed reſpondendum breviter eſt, Gallum Aquilium, ut in re & cautione nova ignotaque veteri Jurisprudentiæ inducenda, temperanter auctoritate uſum inſtitutioni nepotis poſthumi, qui teſtamenti tempore alienus erat, non providiſſe niſi in eum caſum, quo a teſtatore provideri non poterat, quia poſt mortem avi teſtatoris poſthumum naſci contigerat, non autem ſi eo vivo poſt filii mortem naſceretur, quoniam eo caſu potuiſſet ſine Galli cautione teſtator ipſe teſtamento facto aut mutato conſulere nepoti, quamvis poſtea & huic caſui primo capite legis Velleæ proviſum eſt, ut in *§. nunc de Lege noſtræ l.* docet poſt Boëtium in *præſenti num. 63.* noſter Pich. *ad hunc tit. cap. 4. num. 200.*

§. XXIX. Reſtant tandem in Galli formula verba illa, *in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natas, nata erit, heredes ſunto:* quorum verborum vis & ſententia eo pertinet, ut oſtendat eum ſolum nepotem poſthumum inſtitui, qui natus fuerit intra id tempus, quo naturalia partus, & legitima filii præmortui ſoboles, ideoque ſuus avo poſthumus cenſeri debeat, quod quia

non

non evenit, niſi intra decem menſes a morte filii computandos editus ſit, idcirco ad excludendum eum, qui poſt decimum menſem naſcitur, hæc verba exprimuntur, ſicut & in *l. ult. ff. de fideicommiſſar. libert. l. ult. C. de poſthumis hered. inſt.* namque poſt decem menſes editum non eſſe legitimum partum conſtat ex *l. 3. §. poſt decem ff. de ſuis & legit. l. 4. tit. 23. Part. 4.* & e contrario decimeſtrem eſſe legitimum perfectumque docet Paulus *lib. 4. ſententiarum tit. 9. §. ſeptimo menſe.* idque a decemviris Lege XII. Tabb. definitum teſtantur A. Gellius *lib. 3. noct. attic. cap. 16.* Tertull. *de anima cap. 37.* & in ſacris libris, *Sapientiæ cap. 7. verſ.* 2. Nec contrarium eſt, quod dici ſolet & experimentis probatur, partum nono menſe editum, ut frequentiorem ita & legitimum naturalemque magis eſſe, ut notant innumeri laudati a Carranza *de partu cap.* 12. nam præterquam quod Galli formula, dum decem menſes legitimo partui deſignat, poſt quos ſcilicet editum illegitimum cenſet, non negat immo tacite agnoſcit intra decem menſes editum, & maxime nono legitimum partum eſſe, obſervatum jam eſt varietatem hanc veterum ſcriptorum circa nonum, decimumve menſem partus legitimi pendere ex diſtinctione menſium Lunarium & Solarium, quia cum decem menſes Lunares conſtantes ducentis ſeptuaginta ſex diebus faciant circiter novem menſes Solares, interdum reſpectu habito ad Lunares, ut in *præſenti*, decem menſes, interdum intuitu Solarium novem deſignantur partui legitimo, ut ante alios ſibi animadverſionem hanc adſcribentes ſcripſit Hadrianus Turnebus *lib. 4. adverſariorum cap.* 15. & illuſtrant ex multis ſacræ & profanæ eruditionis locis, quos non tranſcribimus, præter laudatos a Carranza *d. cap.* 12. & 13. & ex noſtratibus Pich. *d. cap.* 4. *num.* 203. Amaya *lib. 3. obſervat. cap. 1. §. 3. num.* 54. exornat Beroaldus in *Suetonium in Auguſto cap.* 94. Joannes Brodæus *lib. 10. miſcell. cap.* 11. Emundus Merillius *lib. 5. obſervat. c.* 30.

§. XXX. Neque ſuperiori deductæ ex Galli formula aſſertioni, quæ docet ſolum nepotem poſthumum intra decem menſes a patris morte natum inſtitui, quia poſt decimum menſem nec naturalis nec legitimus partus cenſetur, adverſatur Juſtinianus in *Novella 39. de reſtitut. & ea quæ parit undecimo menſe cap. 2. verſ. mulier enim.* ubi a contrario ſenſu ſignificatur, editum ante undecimum menſem completum, quamvis decimo jam elapſo legitimum partum eſſe, eoque inter alia argumento undecimeſtres partus, ut legitimos naturaleſque tuetur Alciatus *lib. 3. paradoxorum cap.* 7. namque aſſertione noſtra retenta reſpondendum eſt, ex verbis Juſtiniani in *d. Novella 39. cap.* 2. argumentum a contrario ſenſu admitti non debere: tum quia antiqui juris correctio & abſurditas ſequitur. *l. 2. C. de condit. inſert.* tum etiam quia negativa verba ſunt deſignantia eum caſum, qui ex facto evenerat, & in quo extra omnem dubitationem eſt, partum non eſſe legitimum conjugi defuncto, quia poſt undecimum menſem a morte ejus completum editus eſt; tum denique quia Juſtiniani decisio eo pertinet, ut quemadmodum vidua intra annum luctus nubens privatur antenuptiali donatione prioris mariti. *l. 1. & 2. C. de ſecundis nuptiis.* ita & privetur puniaturque pœnis nubentium intra annum luctus, quæ circa ejusdem anni terminum veluti poſt undecimum menſem completum peperit, quia indubitatum eo caſu eſt, non eſſe ſobolem mariti defuncti, & ſtuprum a vidua commiſſum, nec debet ei impune eſſe, aut melioris conditionis cenſeri, quia intra annum lugubrem non nupſit, ſi intra eum turpiter enixa eſt. Unde illud duntaxat a contrario ſenſu colligitur, ſi ante undecimum menſem peperit, quamvis poſt decimum perfectum, non incurrere pœnas nubentium intra annum luctus, idque eo colore defenditur, quia & propenſiores eſſe debemus ad excludendam præſumptionem delicti. *l. merito 51. ff. pro ſocio. l. Quintus Mucius 52. ff. de donat. inter vir. & ux.* & pœnas ut odioſas coarctandas. *l. cum quidam 19. hoc tit. l. penult. ff. de poenis.* & interdum, quamvis raro contingit poſt decimum menſem completum & ulterius partum produci, ut ex multis probat Tiraquellus in *l. ſi unquam, verbo ſuſceperit liberot num.* 210. *in fine C. de revoc. donat.* & præter laudatos a Carranza *cap.* 14. Merillius *lib. 5. obſervat. cap.* 30. non tamen inferre licet, ut & legitimus patri ſit, & tanquam filius ſuccedat poſt decimum & ante undecimum menſem natus; in eo enim ut pote ſucceſſionis lucro jus ad id, quod frequentius accidit, nempe poſt decimum menſem non naſci, adaptatum eſt. *l. nam ad ea 6. ff. de legibus.* omittimus autem ut alieniores textus in *l. 1. §. ſi quis longo tempore* (ut in vulgatis incipit) *ff. de agnoſcendis liberis.* de quo Antonius Auguſtinus *lib. 1. emendat. cap.* 9. Pacius *centuria* 1. *quaſt.* 31. & in *l. ult. ff. de adquir. rerum dominio.* de quo noſter Amaya *lib. 3. obſervat. cap. 1. §. 3. numero* 33.

P A R S   S E C U N D A

Ad §. 1. & ſeqq. Legis noſtræ 29. de Liber. & Poſthum. hered. inſtit.

BREVES ET DILUCIDÆ RECITATIONES.

C A P U T   P R I M U M.

Ad §. quidam 29. noſtræ Legis 29. de Liber. & Poſthum.

§. I. Quinti Cervidii Scævolæ ad Galli Aquilii formulam, quam initio propoſuit, & expoſuimus, incipit commentatio ab *hoc* §. in quo & *ſeqq.* usque ad §. *nunc de Lege* Gallum a Scævola reprehendi, illiusque formulam in *hoc* §. ut ſuperfluam in exprimendo caſu mortis filii, quem exprimere non ſit neceſſe, & in §. *idem credendum* ut imperfectam, quia perſonas nepotum & pronepotum non expreſſit, in quibus perinde utilis & neceſſaria formula fuit: denique in §. *& quid ſi tantum*, & §. *quid ſi qui filium.* ut inſufficientem formulam notari; quia caſum deportationis & captivitatis filii omiſit, exiſtimant poſt Acc. hic *gloſſa* 1. & in *pr. l. noſtræ, verbo ſi filius.* Bart. Baldus, Angelus, & communiter alii teſte Jaſone in *præſenti num.* 1. Marius Salomonius *num.* 14. ſed reprehenſione potius, & nota digni ipſi ſunt, namque quod ad §. *noſtrum* attinet, (ſuis locis de reliquis dicemus) in eo Gallum a Scævola non reprehendi, immo nec poſſe apparet tum ex eo, quia inſtitutionem nepotis ſimpliciter conceptam ea *ratione* valere Scævola admittit, quoniam intelligenda eſt facta in illum caſum, quo ſolo valere poteſt, nempe mortis filii, proinde neque cenſere potuit Scævola, notam ſeu reprehenſionem mereri Gallum, ſi eum caſum, in quo inſtitutio valere poterat,

nt, formula expreſſit, etiamſi tacite intelligi posſet. *l. ſtipulationes* 53. *ff. de V. O. l. quæ dubitationis* 81. *ff. de R. J. l. teſtamentum* 17. *C. de teſtam.* tum etiam quia idem Scævola in §. *idem credendum noſtræ l.* in pronepotis inſtitutione caſum mortis filii ſub eadem verborum Galli formula expresſit, quare verius omnino eſt, Scævolam in *hoc &* §§. *ſeqq.* non Galli reprehenſorem ſed interpretem agere, ut poſt Caſtrenſem, Cumanum, & alios, & præter laudatos a Pich. ad *hunc tit. cap.* 5. *num.* 1. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 2. *ad hunc tit. cap.* 3. *num.* 9. docent Fortunius, Duarenus, & Sarmiento in *præſenti num.* 1. Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 12. Ergo interpretatio Scævolæ ad Gallum in *hoc* §. in eo verſatur, ut quamvis teſtator ſimpliciter nepotem poſthumum inſtituat, neque exprimat conditionem illam formulæ Galli, *ſi filius meus me vivo morietur*, tamen ſuſtineatur inſtitutio, quaſi facta tacite in caſum mortis filii, quia cum non niſi in eum caſum inſtitutio nepotis poſthumi valere poſſit, conditio mortis filii, etiamſi non exprimatur, ſubintelligitur & ineſſe tacite ex natura rei videtur, *arg. l.* 1. §. *ult. ff. de cond. & dem. l. interdum* 73. *ff. de V. O.* & diſpoſitio ſimpliciter facta intelligitur eo caſu, in quo conſiſtere jure poteſt. *l. ſed niſi* 8. ubi Acc. communiter receptus, *ff. de jure dotium. l. qui jure* 7. *ff. de teſtam. militis.* quomodo noſtrum textum & mentionem ſimplicis inſtitutionis de inſtitutione pura intellexerunt Acc. Bart. Cumanus, Jaſon, & communiter Claſſici in *præſenti*.

§. II. Verum communis hæc interpretatio & rationi juris & Scævolæ verbis repugnat. Primo quoniam inſtitutio incapacis ſimpliciter ſeu pure facta, etiamſi poſt teſtamentum caſu aut tempore aliquo capere poſſit, non ſuſtinetur, niſi ſi a principio in eum caſum & tempus aperte conferatur, & tunc quidem ex benevolentia. *l. in tempus* 62. *ff. de her. inſtit.* juncta *l.* 1. *C. eodem tit.* ergo nec ſuſtineri potuit inſtitutio ſimpliciter facta nepotis poſthumi, qui teſtamenti tempore alienus erat, & ideo inſtitui non poterat, etiamſi poſtea ſuus naſcatur, niſi in eum caſum ſpecialiter facta ſit. Secundo quia ſi nepotis inſtitutio ſimpliciter facta, quaſi tacite collata in caſum, quo ſuus naſceretur, valeret, inanis & inutilis Galli formula & cautio eſſet, nec reprehenſione aut culpa vacaret ſtricte & ſcrupuloſe inſtituendi formulæ introductio, ubi nulla neceſſaria erat. Tertio quia veriſimile non eſt, avum ſimpliciter inſtituentem nepotem poſthumum reſpexiſſe ad caſum mortis filii vivo avo contingentem, nec triſtis hæc & ominoſa ſimulque contra votum parentum & ordinem mortalitatis interpretatio admitti debet. *l. cum tale* 72. *ff. de condit. & dem. l. Julianus* 26. §. *ult. ff. ſi quis omiſ. cauſſa teſtam.* juncta *l. nam etſi* 15. *ff. de inoffic.* maxime cum interpretari liceat, inſtitutum fuiſſe nepotem intuitu Prætorii juris, quo attento quamvis alienus poſthumus eſſet, potuit inſtitui. *pr. inſtitut. de bon. poſſ. l. poſthumus* 6. *ff. de inoffic.* Quarto quia cum inſtitutio nepotis ſimpliciter facta valeat ſaltem jure Prætorio, ut diximus, nec neceſſario, utimur ad eam inſtitutionem jure civili ſuſtinendam vulgata juris regula de diſpoſitione, intelligenda eo caſu, quo valere poteſt. Quinto quia ea etiam regula dumtaxat obtinet, quoties diſpoſitionis verba ambigua ſunt, ita ut posſint referri ad eum caſum, in quo diſpoſitio ſuſtineri & valere jure poteſt. *l. quoties de V. O. l. quoties* 12. *ff. de rebus dub.* non autem ſi abſolute & aperte juri repugnent. *l. ſi quando* 109. *ff. de leg.* 1. *l. ubi eſt* 21. *ff. de rebus dub.* tunc enim neque interpretatio admittitur, non ſubintelligitur conditio aut caſus, ad quem relata diſpoſitio ſuſtineretur, ut in exemplo *legis nemo.* juncta *l. exiſtimo* 98. *ff. de V. O.* & in *l. proprias* 13. *C. de leg.* juncta *l. cætera* 40. §. *tractari ff. de leg.* 1. & in *l. quoties* 81. juncta *l. inter* 83. *ff. de V. O.* Sexto quia etiamſi admitteremus, ſimplici inſtitutioni nepotis ineſſe conditionem, *ſi filius vivo avo morietur*, cum tamen ea conditio tacita ſit & ſubintellecta, quaſi ex natura inſtitutionis ad eam ſuſtinendam non faceret inſtitutionem conditionalem *l.* 3. *ff. de leg.* 1. *l. aliquando* 107. *ff. de condit. & dem.* & conſequenter tanquam pura poſthumi alieni inſtitutio inutilis eſſet. Septimo denique hæc interpretatio convincitur ex ipſis verbis Scævolæ ibi: *ut eo caſu valeat qui ex verbis concipi posſit:* quibus ſignificat, inſtitutionem ſimpliciter factam ſuſtineri, quia referenda eſt ad eum caſum, qui ex verbis colligi poſſit, qui ſane caſus non poteſt eſſe caſus mortis filii, quia cum eum caſum non fuiſſe expreſſum, ſed ſimpliciter nepotem inſtitutum Scævola proponat, non potuit ille caſus ex verbis teſtatoris concipi, aut comprehendi, neque quod dicitur *ex verbis concipi*, exaudiendum eſt de verbis formulæ Galli, ut Accurſius exponit in *præſenti verbo credunt.* quia quemadmodum in noſtro textu verbum, *exprimat & inſtituat*, ad teſtatorem refertur, ita & illud *ex verbis concipi* ad verba teſtatoris non Galli, cujus formula omiſſa nepos ſimpliciter inſtitutus proponitur, referendum eſt, ut agnoſcunt Coraſius & Hotmanus in *præſenti*. Salomonius *num.* 24. Connanus *lib.* 10. *comm. cap.* 4. *num.* 3. Proinde neceſſario fatendum eſt, non omnino pure & ſimpliciter nepotem inſtitutum proponi, ſed his verbis, ex quibus non incommode colligi poſſit utilis caſus inſtitutionis.

§. III. Quare ut proprie Scævola intelligatur, obſervandum in primis eſt, poſt inventam introductamque Galli auctoritate & ingenio nepotis poſthumi inſtituendi viam rationemque, quæ veteri Juriſprudentiæ non modo incognita, ſed & impoſſibilis videbatur, adeo uſum ejus facultatis inſtituendi invaluiſſe, ut etiam inſtitutionem factam non expreſſo caſu mortis filii, ſi tamen caſus utilis ex verbis colligi poſſit, ſuſtinendam eſſe crederent JCti Gallo noviores, quaſi factam in eum caſum, quo valere eam poſſe jam poſt Gallum in comperto erat, quamvis ante Gallum eadem non valeret; nimirum quia quemadmodum non niſi difficulter & magna ex cauſſa ab antiquo jure recedere, & novum inducere oportet. *l.* 2. *ff. de conſtitut. principum. l. minime* 23. *ff. de legg.* ita jure novo ſemel inducto & utiliter recepto, facilior eſt ejus extenſio per interpretationem ad caſus ejuſdem utilitatis rationisve. *l. nam ut ait* 13. *ff. de legg.* & quod initio ſine exemplo fuit, poſtea pro exemplo & inter exempla eſt, ut fere ſcribit ſentitque Claudius Cæſar apud Tacitum *lib.* 11. *annal.* ejuſque rei argumentum nondum vulgatum extat in *l. cum in teſtamento* 37. *ff. de her. inſtit.* ubi Julianus nepotis poſthumi ex filio inſtitutionem factam verbis formulæ Galli proponit ſine expreſſione vocis *tunc* (quam neceſſariam omnino fuiſſe, ut inſtitutio valeret, oſtendimus in *princ. l. noſtræ cap.* 3. §. 18. & 26.) & ſupponit recte ita fieri, ſcilicet quia poſt Gallum intellecta jam & recepta nepotis poſthumi inſtituendi ratione, ita ut ex conditione & tempore, quo ſuus naſcitur, inſtitutio incipiat, quotieſcumque apparet inſtitutionem factam fuiſſe in caſum utilem, & ad exemplum formulæ Galli, ſupplenda & ſubintelligenda eſt dictio *tunc*, etiamſi omiſſa ſit, ut in *d. l. cum teſtamento* 37. Secundo obſervandum eſt, mentionem ſimplicis inſtitutionis in *noſtro textu* non eſſe referendam ad inſtitutionem puram, quatenus factæ ex conditione vel ſub conditione opponitur, quo in ſenſu verbum *ſimpliciter* accipitur in *l.* 1. §. *ſi quis ſimpliciter ff. de V. O.* ſed *ſimpliciter inſtitui* in *præſenti* idem eſſe, quod generaliter & indefinite ſine expreſſione caſus mortis filii, ut in *l. coiri* 7. *ff. pro ſocio. l. ult. C. de dotis promiſſione.* cum ſimilibus congeſtis poſt alios a Pich. ad *hunc titulum cap.* 5. *num.* 8. Quibus ſuppoſitis, & omiſſis quinque ſimplicis inſtitutionis exemplis adductis ab Acc. in *præſenti*, *verbo non exprimat.* affirmandum breviter eſt, exemplum appoſitiſſimum ejus inſtitutio-

tutionis deduci ex eodem Scævola in §. *quid ſi qui filium in fine*, & §. *nunc de lege in fine cum* 2. *ſeqq. noſtræ l.* ubi proponitur inſtitutio nepotis poſthumi non expreſſo caſu mortis filii utiliter facta in eum caſum, quo nepos ſuus heres naſcetur, ſive quo filius præcedens ſuus heres eſſe deſierit, verbis tamen conditionem inducentibus, veluti *ſi quis mihi ex filio nepos poſt mortem meam ſuus naſcetur, ſive qui ſuus naſcatur, ſive ſi filius ſuus heres eſſe deſierit, tunc nepos mihi ex eo poſt mortem meam natus heres eſto;* quibus in formulis quamvis caſus mortis filii non exprimatur; ſed ſimpliciter ſive generaliter inſtituatur nepos in caſum, quo ſuus futurus, cum tamen concipiatur ſeu comprehendatur ex verbis inſtitutionis, fieri eam in caſum utilem, quo nepos ſuus avo futurus, & id contingat, quoties filius vivo teſtatore decedit, aut alioquin ſuus heres eſſe, & præcedere deſinit, valet inſtitutio quaſi in eum caſum facta, quamvis ſpecialiter expreſſus non ſit, ut interpretantur Connanus *lib.* 10. *comm. cap.* 4. *num.* 3. Boëtius Epo in *præſenti num.* 4. Gilkenius *num.* 6. Faber *lib.* 9. *conjecturar. cap.* 12.

§. IV. Plane cum ex nova Juſtiniani conſtitutione alieni poſthumi pure & ſimpliciter, & conſequenter nepos poſthumus ſimul cum filio utiliter inſtitui poſſit. *princ. inſtitut. de bon. poſſeſſ.* & inter quinque exempla Accurſii propoſita in *præſenti, verbo non exprimat.* duo ſint de filio & nepote ſimul inſtitutis, non intempeſtive ea occaſione & utiliſſime ad forenſem uſum diſputat Bartolus, & cum eo veteres novioresque, an ex hac formula inſtitutionis, *filius meus & ejus liberi heredes ſunto*, vel *Titius extraneus & ejus filii heredes ſunto*, admittantur filii ſimul cum patre ad hereditatem, an vero ſucceſſive primum pater, & poſt ejus mortem filii, in qua quæſtione poſtremum hoc, nempe liberos non ſimul cum patre, ſed poſt ejus mortem ordine affectionis ſcripturæ ſervato admittendos eſſe, *arg. l. peto* 69. §. *fratre. l. cum pater* 77. §. *penult. ff. de leg.* 2. *l. heredes* 57. §. *ult. ff. ad S. C. Trebell. l. quoties* 34. *ff. de uſufructu.* docent Bartolus in *præſenti num.* 4. & poſt alios Claſſicos *num.* 11. & 12. & communem opinionem fatentur Gomezius *tom.* 1. *variarum cap.* 2. *num.* 4. Menoch. *de præſumpt. lib.* 4. *cap.* 70. *num.* 3. Mantica *de conject. ultim. volunt. lib.* 4. *tit.* 7. *num.* 3. quibus quoad filii teſtatoris & liberorum ejus inſtitutionem ſubſcribit noſter Pich. *d. cap.* 5. *num.* 14. *in fine.* e contrario autem ſive filii ſive extranei liberos ſimul cum patre inſtitutos ſimul etiam in hereditate concurrere probant poſt Joannem & Jacobum de Arenis apud Bart. in *præſenti*, Aretinus, & alii relati a Socino *num.* 19. Alciatus, Ferretus, Boëtius, Coraſius, Cujacius, Gilkenius, Sarmiento, & noviores omnes in *præſenti.* Molina *de primogen. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 4. & 10. Covarruvias in *cap. Rainutius* §. 2. *num.* 4. *de teſtamentis.* Faber *lib.* 9. *conjecturarum cap.* 12. & *de error. Pragmaticorum decade* 33. *errore* 8. & 9. Schiſordegherus *lib.* 3. *ad Fabrum tractatu* 17. *quæſt.* 2. cujus ſententiæ argumenta præcipua duo ſunt. Primum quia conjunctivæ orationis, qualis eſt illa, *filium & nepotem ex eo*, vel *filium cum nepote inſtituo*, (neque enim per formulam *filium & nepotem* minor conjunctio inducitur, quam per formulam, *Titium cum filiis*, aut *filium cum nepote*, ut contra Bartolum oſtenditur in *l. Titiæ* 36. §. *nihil diſtat ff. de leg.* 1. *l. illi cum illo* 40. *ff. de uſufructu legato. l. ſi quis Attia* 7. *ff. de uſufr. accreſc.*) vis & poteſtas ea eſt, ut inter conjunctim vocatos æqualiter dividat diſponatque. *l. unic.* §. *his ita definitis C. de caduc. toll. l. interdum* 13. *ff. de her. inſtit.* neque a proprio & aperto ſenſu verborum inſtitutionis conjunctim & proinde æqualiter diſponentis recedendum eſt, niſi ex manifeſta voluntate teſtantis; non autem ob leves conjecturas ordinis ſcripturæ vel affectionis, quibus in re aperta locus non eſt. *l. non aliter* 69. *l. ille aut ille* 25. §. *ult. ff. de legat.* 3. Secundum argumentum eſt, quia neque neceſſitatis ordine, ut Bartolus loquitur, cogitur avus teſtator nepotem jam natum non niſi in caſum mortis filii inſtituere, neque nepotem poſthumum noviore jure attento, quo etiam alieni poſthumi inſtitutio permiſſa eſt, immo poteſt nepotem vel jam natum, vel poſthumum coheredem filio, ſicut extraneum quemlibet dare, ſed neque charitatis, ſive affectionis ſcripturæ ſeries ſuadere debet, ne filii ſimul eum patre ad hereditatem vocati intelligantur, quin potius cum teſtator eos conjunctim inſtituerit, voluntati, quam verba exprimunt, ſtandum eſt, rejectis præſumptionibus & conjecturis, ut in ſpecie quæſtionis noſtræ deducitur ex *l. ſi mulieri* 8. *ff. de uſufr. accreſc. l. ult. C. de impuber. & aliis ſubſt. l. ſi ego* 26. *ff. de adquir. hered. cap. Rainutius* 16. & *cap. Rainaldus* 18. *de teſtamentis.* eaque poſterior ſententia ut verior in judicando & conſulendo priori eſt præferenda, cujus fundamentis ſatisfaciunt nuper laudati, & præcipue Gilkenius *num.* 12. & *ſeqq.*

CAPUT SECUNDUM.

Ad §. idem credendum noſtræ Legis 29. de Lib. & Poſthum.

§. I. Progredimur in explicanda & amplianda Galli cautione cum Scævola, qui quemadmodum in §. *præcedente* admittendam eſſe inſtitutionem nepotis, qui non expreſſo caſu mortis filii tamen ut ſuus, & in caſum quo ſuus naſceretur inſtitutus eſt, docuit, ita nunc docet, credendum eſſe, Gallum exiſtimaſſe, admittendum eſſe ejusdem formulæ inſtitutionis uſum tribus caſibus, qui in *præſenti* exprimuntur. Primus in *princ. hujus* §. ſi mortuo jam teſtamenti tempore filio nepos ſuperſit, & ex eo pronepos poſthumus naſci ſperetur, quo caſu poteſt pronepotis inſtitutio ad exemplum formulæ Galli ſic concipi. *Si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos poſt mortem meam naſcetur heres eſto.* Secundus caſus extat in *verſ. ſed & ſi vivo.* nempe ſi vivo filio & teſtamenti tempore *jam mortuo nepote*, (ſic enim ibi legendum eſt cum Cujacio & vulgatis, manuſcriptisque & Haloandri libris, non autem *pronepote*, ut in Florentinis) cujus tamen nepotis uxor prægnans ſit, & pronepos poſthumus naſci ſperatur, quo etiam caſu recte ita pronepos inſtituitur: *ſi me vivo filius, tunc qui pronepos &c.* Tertius obſcurior que caſus eſt, ſi teſtamenti tempore filius nepos que vivant, & ex nepote pronepos poſthumus naſci ſperetur, in qua ſpecie dubitat Scævola, an pronepotis inſtitutionem concipere proavus poſſit, ita ut utrisque mortuis, nempe filio & nepote ſe vivo, ſive in eum caſum, quo filius & nepos vivo teſtatore decedant, pronepos inſtituatur: & reſpondet eam formulam inſtitutionis ſimiliter in hac ſpecie admittendam eſſe; ſi modo prius nepos deinde filius deceſſerint, ne ſucceſſione teſtamentum rumpatur, de quo poſtea. Sane in tribus his caſibus una & communis omnibus dubitandi ratio eſt, nempe quod Galli formula ſpecialiter de filio & nepote locuta fuit, & quemadmodum proprie & ſtricte filiorum appellatione non continentur nepotes. *l. quid ſi nepotes* 6. *ff. de teſtament. tut. l. ſed & milites* 8. *ff. de excuſat. tut.* §. *ult. inſt. qui teſtam. tutor. dar. poſſ.* ita multo minus nepotis nomine pronepotes: ſed in contrarium communis etiam & certa decidendi ratio eſt ex eo, quia Galli cautio & formula eo proprie fine & effectu introducta fuit, ut poſthumus, qui teſtamenti tempore alienus erat, inſtitui heres poſſet in id tempus, quo ſuus naſceretur. *l. penult. ff. de legat.* 1. eaque utilitas inſtitutionis perinde obtinet in pronepote, quo caſu ſuus naſcitur, atque in nepote ex filio, & ideo juſta interpretatione formulæ de

filio conceptæ uſum ad nepotem etiam producimus. *l. ſint* 84. *l. juſta* 201. *l. liberorum* 220. *§. ſed & Papirius ff. de V. S. l. uxorem* 41. *§. concubinæ ff. de leg.* 3. *l. quæſitum* 12. *§. ſed an inſtrumenti ff. de inſtr. & inſtrum. leg. l. SCto* 59. *ff. de ritu nupt. l. filium* 14. *ff. de S. C. Macedon. l. ſi filius* 6. *C. eod. tit.* & a jure recepto in nepote extenſio fit ad pronepotem, ſicut a recepto in genero aut nuru ad maritum neptis pronepriſve, & ad uxorem nepotis aut pronepotis. *l. adoptivus* 14. *§. nunc videamus verſ. nurus ff. de ritu nupt. l.* 3. *§. item ff. de poſtulando. l.* 2. *§. quod ait ff. qui ſatisd. cog. l. virilis* 8. *§. nurus ff. de leg. præſt. l. Labeo* 6. *ff. de gradibus. l. nurus* 50. *l. generi* 136. *l. ſoceri* 146. *ff. de V. S.*

§. II. Qua veluti paraphraſi verborum & quæſtionum Scævolæ in *præſenti* præmiſſa, ut ex profeſſo jam explicemus, in primis obſervanda eſt elegans differentia inter primam ſpeciem *noſtri* §. & ſecundam, tertiamque, namque in prima non eſt neceſſe, ut pronepotis inſtitutio valeat, nepotem teſtamenti tempore ſuperſtitem inſtitui aut ſupponi inſtitutum. At in ſecunda, tertiaque ſpecie ſupponendum omnino eſt, ut pronepotis inſtitutio ſuſtineatur, præcedere inſtitutionem filii ſeparatim proprieque factam, quam differentiam quamvis Scævola in *præſenti* non exprimat, ideoque non ſatis vulgo nota aut notata ſit, expreſſit tamen docuitque Scævola in *§. in omnibus* 10. *noſtræ l.* pendet autem ea differentia ex alia nobili veteris Juriſprudentiæ, qua attenta filii, qui in poteſtate eſt, præteritio teſtamentum patris injuſtum nullumque facit. *l. ſi filius* 7. *l. inter* 30. *hoc tit.* & ideo in Galli formula, niſi ſupponeremus præcedere inſtitutionem filii, non ſuſtineretur inſtitutio nepotis poſthumi, utpote ex teſtamento injuſto nulloque. *d. §. in omnibus* 10. *l. ſi quis cum* 16. *§. ult. ff. de vulgari.* diximus late ad *pr. leg. noſtræ cap.* 8. *§.* 4. *& ſeqq.* Nepotis autem jam nati, qui teſtamenti tempore a patre non præceſſus in poteſtate avi, & primo gradu ſui heredis eſt, ſicut & filiæ præteritio nec teſtamentum nullum facit, nec rumpit, ideoque præteriri poſſe nepos dicitur in *d. §. in omnibus* 10. *in fine.* ſupereſt dumtaxat nepoti & filiæ præteritis jus accreſcendi ſcriptis heredibus ad certam portionem, nempe virilem, ſi ſui ſcripti heredes ſint, & dimidiam ſi extranei, teſte Juſtiniano in *l. maximum* 4. *C. de lib. præter.* & in *princ. inſtit. verſ. ſed non ita de exhered. liberor.* Cajo *lib.* 2. *inſtit. titulo* 3. *§. ſi vero.* Ulpiano *titulo* 22. *§. ex ſuis cum ſequenti.* Paulo *lib.* 3. *ſententiarum titulo* 4. *§. filio.* cui differentiæ conſequens & illa fuit, ut quamvis filius ſuus heres inſtitui debeat pure aut ſub conditione, quæ in ejus poteſtate ſit, non autem ſub conditione caſuali, niſi in defectum ejus exheredetur. *l. ſuus* 4. *ff. de her. inſtit. l. ult. ff. de condition. inſtit. l. ſi pater* 4. *C. de inſtit. & ſubſt.* filia tamen & nepotes ſub quacumque conditione inſtitui potuerint, quia neque ea deficiente rumpunt redduntve injuſtum teſtamentum. *l. ſed ſi conditione* 6. *§.* 1. *ff. de her. inſtit. l.* 3. *§. ſed & ſi nepos* 14. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l.* 1. *§. ſciendum* 8. *ff. de ſuis & legit. l. ſi quis heredem* 7. *C. de inſtit. & ſubſt.*

§. III. Differentiæ inter filii & nepotis filiæque præteritionem ſupra propoſitam, quam ad Scævolam in *præſenti* obſervat Sarmiento *num.* 4. & ante eum Coſta in *§. & quid ſi tantum l. noſtræ parte* 3. *num.* 26. & 32. eoque non laudato Fab. *lib.* 9. *conject. cap.* 13. rationem eam fuiſſe apud veteres JCtos probabiliter Academici præceptores docent, quia quamvis neceſſitas patri impoſita liberos ſuos inſtituendi aut exheredandi in jure ſuitatis, & dominii continuationis inde proficiſcentis ſubnixa ſit, ut docuimus ad *pr. l. noſtræ cap.* 1. *§.* 8. filiaque & nepos a patre non præceſſus perinde ſui heredes ac filius ſint, tamen in filio maſculo, cum per eum propriе agnatio nominiſque & familiæ paternæ memoria conſervetur. *§. cæterum inſt. de legit. agnator. ſucceſſ. l. lege* 14. *C. de leg. her.* & præſumpta major partis affectio, & firmior fortiorque ſuitatis vis ſuaſit, ut juris formæ inſtituendi vel exheredandi ſatis fiat, & exheredatione excludatur, exheredationem nominatim fieri oportere; inter cæteros autem factam, aut præteritionem filii potius oblivioni paternæ, quam animo hereditatis adimendæ tribui debere, ideoque tanquam ſuum neque exheredatum filium everſo teſtamento paterno inſtitutum excludere, at in filia, eum paternæ familiæ & agnationis ſit finis. *l. pronuntiatio* 195. *§. ult. in fine ff. de V. S.* & in nepote, cum remotiore gradu quam filius parenti jungatur, minor etiam præſumpta affectio, & quodammodo infirmius jus ſuitatis obtinuit, ut quoties præteriti ſunt, quia neque omnino expreſſa exheredatione ab hereditate ſubmoti ſunt, & e contrario alterius heredis inſtitutione ipſi excluſi videntur, ceſſet illa oblivionis præſumptio, quam in filio major vis ſuitatis & affectionis inquirit, & media veluti via electa, neque in totum filia vel nepos everſo teſtamento inſtitutum excludant, neque ipſi in totum excludantur, ſed teſtamento conſervato accreſcant ſcripto heredi coheredes, & admittantur ad partem hereditatis, quaſi tacite in ea inſtituti juris interpretatione, ideoque & pro ea parte legata ab inſtitutis relicta ut inſtituti præſtant omnibus. *d. l. maximum* 4. *verſ. filia autem, & verſ. cum ei C. de lib. præterit.* non exceptis tantum perſonis, ut eveniret, ſi contra teſtamentum per bonorum poſſeſſionem contra tab. ut præteriti admitterentur. *l.* 1. *& toto tit. ff. de leg. præſt.* illuſtrant Cujac. in *recitat. ad tit. C. de liber. præter.* Gilken. & Giphan. in *d. l. maximum* 4. Hotmanus *lib.* 8. *obſervat. cap.* 5.

§. IV. Neque ſuperiori differentiæ adverſantur ignoti in eam rem vulgo non ignobiles textus in *l.* 2. *ff. de conjung. cum emanc. l.* 3. *§. ſed & ſi nepos* 14. *ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* quibus docemur, nepotem ſuum heredem ad contra tab. bonorum poſſeſſionem admitti, atque ita teſtamentum avi reſcindere, & ſi cum patre emancipato in bonorum poſſeſſione concurrat, præſtare legata exceptis perſonis ex ſententia Edicti de legatis præſtandis, quod ſane obſcurum eſt, quia ſi ut inſtitutus admittitur, quoniam vel inſtitutus fuit vel præteritus, tamen reſpectu juris accreſcendi ad certam partem in ea ut inſtitutus conſervatur, legata omnibus præſtare debet ut inſtitutus. *l. is qui in poteſtate* 15. *verſ. quid ergo ff. de leg. præſt. l. ſi duobus* 14. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. d. l. maximum* 4. *verſ. filia autem C. de lib. præter.* ſi vero ut ſuus & præteritus nepos in bonorum poſſeſſione contra tab. cum filio emancipato patre ſuo concurrit, neque exceptis quidem perſonis legata debet, immo ut ſuus præteritusque nulli. *d. l. is qui in poteſtate* 15. *in princ. cum l. ſequenti ff. de leg. præſt. l. filium* 20. *§. ult. ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* non inquam differentiæ propoſitæ adverſantur; namque obſervandum eſt, nepotes ſuos heredes quamvis jure civili teſtamentum, in quo præteriti, neque injuſtum facerent nec rumperent, jure tamen Prætorio perinde ac filios ſuos vel emancipatos ad bonorum poſſeſſionem contra tab. admitti ſolitos, quoniam Prætorio etiam jure nepotes emancipati, ideoque multo magis ſui inſtitui aut nominatim exheredari non minus quam filii debuerunt, teſte Ulpiano *titulo* 22. *§. nepotes cum ſequenti. d. l. maximum* 4. *in princ. verſ. inter nepotes, & verſ. filia autem.* Idcircoque ſi nepos ſub conditione, quæ in ejus poteſtate non eſt, inſtitutus, neque in defectum ejus exheredatus, & pendente conditione bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſine re ut inſtitutus acceperit, ſi poſtea conditio deficiat, tuendus a Prætore eſt, quaſi contra tabulas accepiſſet, ut poſſet ſi inſtitutus non eſſet, ut Ulpianus docet ſic explicandus in *d. l.* 3. *§. ſed etſi nepos* 14. ubi Cujac. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* deinde quoad quæſtionem *d. l.* 2. *ff. de conjung.*

cum

cum emancip. obſervandum eſt, nepotem ſuum heredem ibi admitti jure bonorum poſſeſſionis contra tabulas, & in ea cum patre emancipato concurrere ex beneficio edicti illius tituli. *l. 1. ff. de conjung. cum emanc. l. ſi emancipatus 6. §. ſi filio ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* quibus conſequens eſt, ut ſive inſtitutus hic nepos, ſive præteritus proponatur, legata neque omnibus neque nulli præſtet, ſed exceptis tantum perſonis. Namque ſi inſtitutus proponitur, quamvis verum ſit ſuum vel emancipatum inſtitutum, ſi ſe immiſcuit, vel ſi hereditatem adiit, vel ſecundum tab. petiit, vel denique ex teſtamento omiſit, & ab inteſtato poſſidet, aut ſolus contra tabulas accepit, plenaque voluntate teſtantis, id eſt, non deminuta concurſu præteriti portione hereditatis teſtamento adſcripta fruitur, legata omnibus præſtare debere. *d. l. is qui 15. verſ. quid ergo in fine, & §. 1. verſ. ſed ſi ſolus. l. ſi duo 16. §. ult. ff. de leg. præſt. l. ſi duobus 14. de bon. poſſeſſ. contra tab. l. quia autem 6. §. penult. l. ſi filius 23. ff. ſi quis omiſſa cauſſa teſtam.* non tamen præſtat, niſi exceptis perſonis, ſi non plenam ſed deminutam concurſu præteriti portionem habeat. *d. l. is qui 15. §. 1. verſ. deſcripto. l. filium 5. in princ. ff. de leg. præſt.* quibus ſic exponendis & componendis multa Cujac. *tractatu 4. ad Afric.* in *d. l. ſi duobus 14. & lib. 41. Pauli ad Edictum* in *d. l. is qui 15. & lib. 3. obſervat. cap. 20.* Faber *lib. 5. conject. cap. 13.* Benedictus Pinellus *lib. 2. ſelect. cap. 3.* E contrario ſi nepos ſuus præteritus proponatur, quamvis dici etiam ſoleat, ſuum heredem præteritum & ad contra tabulas admiſſum nulli præſtare legata. *d. l. is qui 15. in princ. cum l. ſequenti ff. de leg. præſt. l. filium 20. §. ult. ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* ea tamen regula ejusque ratio ad eos ſuos heredes præteritos pertinet, qui omiſſa etiam contra tabulas bonorum poſſeſſione erant ab inteſtato hereditatem habituri jure civili, nempe ob præteritionem injuſto & nullo, aut rupto teſtamento reddito, & ſucceſſione ad cauſſam inteſtati redacta, ut exprimitur in *d. l. is qui 15. in princ. verſ. quia & non petita, & verſ. cum & ſinn. d. l. ſi duo 16.* ibi: *cum rem ab inteſtato habeant, ff. de leg. præſt. d. l. filium 20. §. ult.* ibi: *qui mero jure inteſtato heres extitit, ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* quæ ratio cum in nepote ſuo herede ceſſat, quia ille etiam præteritus nec teſtamentum injuſtum reddere aut rumpere, neque ad inteſtati cauſſam redigere jure civili, & ab inteſtato ſuccedere potuit, ceſſat etiam in eo regula *d. l. is qui 15.* ut *arg. l. 1. C. de bon. poſſeſſ. contra tab.* eleganter expendit Coſta *part. 5. §. & quid ſi tantam num. 67. & ſeqq.* & ideo accepta contra tabulas bonorum poſſeſſione præſtat nepos exceptis perſonis in *d. l. 2. ff. de conjung. cum emanc.* in qua ſi nepos ſuus & ex aſſe inſtitutus proponeretur, cum in bonorum poſſeſſione contra tabulas concurrente emancipato patre ſuo non habeat plenam hereditatem, quam jure civili ex inſtitutione vel ab inteſtato ut ſuus haberet, ſed deminutam concurſu emancipati patris, mirum non eſſet, præſtare eum legata exceptis tantum perſonis non omnibus, juxta diſtinctionem traditam in *d. l. is qui 15. §. 1. verſ. deſcripto. d. l. ſi duo 16. §. ult.* & tamen verius eſt, in *d. l. 2.* ſpeciem quæſtionemque propriam eſſe potius de nepote ſuo præterito, quam de inſtituto, ut demonſtrat ratio a Paulo ibi reddita, eo pertinens, ut probet nepotem debere exceptis ſaltem perſonis legata præſtare, quia eodem jure & conditione cum filio emancipato patre ſuo ad contra tabulas admittitur, de quo tamen, ſcilicet an exceptis etiam non præſtaret, dubitari dumtaxat poterat in nepote ſuo præterito ex regula *d. l. is qui 15. in princ.* non autem in nepote inſtituto, qui ſemper præſtat ſaltem exceptis, & in quo ſolum dubitatur an omnibus. *d. l. is qui 15. §. 1. verſ. deſcripto, & verſ. ſed ſi ſolus. d. l. ſi duo 16. verſ. proinde cum ſequenti.*

§. V. Pugnat tamen & premit acriter circa ſententiam *d. l. 2.* quod ſcriptum eſt in *d. l. maximum 4. verſ. conſtitutio autem, & verſ. cum enim C. de lib. præteritis.* nempe filiam ſuam heredem præteritam (cum qua ejusdem juris in hac re fuiſſe nepotes conſtat ex *d. l. maximum 4. verſ. & hæc non ſolum*) etiamſi omiſſo civili beneficio juris accreſcendi ad certam portionem accipiat a Prætore contra tabulas bonorum poſſeſſionem, coarctari tamen ex conſtitutione magni Antonini, ut nihil amplius habeat per bonorum poſſeſſionem, quam haberet jure accreſcendi, & quemadmodum accreſcens quaſi tacite inſtituta omnibus legata præſtare tenetur, ita & omnibus præſtet accepta bonorum poſſeſſione, unde evinci videtur, nepotem ſuum heredem præteritum in ſpecie *d. l. 2.* legata non exceptis tantum perſonis, ſed omnibus præſtare debuiſſe, etiam accepta contra tabulas bonorum poſſeſſione, quia nihil per eam amplius habere debet, quam haberet jure accreſcendi; ſed huic difficultati arbitror reſponderi poſſe, conſtitutionem Antonini & jus ea inductum, cujus mentio in *d. l. maximum 4.* pertinere ad eum caſum, quo nepos, cum poſſet jure accreſcendi quaſi tacite inſtitutus ex teſtamento cum inſtitutis certam partem obtinere, quoniam ſcilicet non erat alius filius præteritus, qui teſtamentum reſcinderet, maluit tamen nepos ipſe a Prætore contra tabulas petere, & contra teſtamentum ſuccedere; tunc enim verum eſt, quod dicitur etiam in contra tabulas eum legata omnibus præſtare, & in *tantum coarctari, in quantum jus accreſcendi competebat,* ut ſignanter ſcriptum eſt in *d. l. maximum 4. verſ. conſtitutio.* diverſum eſt eo caſu, quo nepoti ſuo præterito non potuit accreſcendi jus competere cum effectu ex teſtamento, & tacita inſtitutione cum inſtitutis certam partem obtinendi, nempe quia eſt filius emancipatus præteritus, qui accepta contra tabulas bonorum poſſeſſione teſtamentum reſcindit, & inſtitutos ut inſtitutos ſuccedere non patitur. *l. cum emancipatus 13. l. filium 20. ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l. 2. C. eod. tit. l. 1. ff. de leg. præſt.* tunc enim ceſſante omnino jure accreſcendi ceſſat etiam in nepote coarctatio bonorum poſſeſſionis ex conſtitutione Antonini, & legata non niſi exceptis perſonis præſtat, idque evidentius apparet in ſpecie *d. l. 2.* ſi obſervetur filium emancipatum præteritum admitti a Prætore ad contra tabulas eo colore, quaſi nunquam ſuus heres eſſe deſierit, quia emancipationem & minimam capitis diminutionem ei conſequentem, per quam in poteſtate patris & proinde ſuus heres eſſe emancipatus deſierat, Prætor reſcindit, & ſic ad contra tabulas admittit. *l. ſed cum patrono 6. §. 1. ff. de bon poſſeſſ. l. ſi aliquis 9. verſ. quod æque ff. de bon. proſcript. in C. Theodoſ. l. 3. §. ſi emancipatus 5. ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* diximus ſupra ad *princ. l. noſtræ cap. 2. §. 14.* quibus conſequens eſt, ut cum in *d. l. 2.* filius emancipatus idemque pater nepotis in poteſtate retenti accipiat contra tabulas, emancipatione a Prætore reſciſſa, quaſi qui ſemper ſuus fuerit, non poſſit ſuus cenſeri a Prætore in eadem bonorum poſſeſſione nepos, utpote a patre ſuo in familia & poteſtate præceſſus, neque coarctari in contra tabulas reſpectu juris accreſcendi, quaſi id nepoti competat ut præterito & ſuo, quem concurrente emancipato ut ſuo Prætor pro ſuo habere non poteſt, & ideo in hac ſpecie quamvis ex æquitatis cauſſa expreſſa in *l. 1. §. 1. ff. de conjung. cum emancip.* conjungat Prætor nepotem patri, & ſimul admittat ad contra tabulas, admittit tamen eodem jure & conditione qua emancipatum, nempe ut legata præſtet dumtaxat exceptis *d. l. 2.*

§. VI. Præterea differentiæ jam traditæ inter præteritionem filii & nepotis objicitur proprie Scævola noſter in *verſ. cum & ſi noſtri §.* dum docet, filio nepoteque teſtamenti tempore vivis inſtitutionem pronepotis poſthumi factam in caſum, quo filius nepoſque morientur, admitti, ſcilicet ut

effectum habeat, ita ſane ſi prius nepos deinde filius decedat, & proinde aperte ſignificat, ſi e contrario eveniat, ut prius filius deinde nepos decedat, inſtitutionem pronepotis ſine effectu manere, quoniam tunc nepos præteritus ſuccedens in locum filii ſui heredis præmortui teſtamentum avi rumpit, eoque ipſo, quamvis poſtea idem nepos moriatur, inſtitutio pronepotis ut pote ex teſtamento rupto valere non poteſt, eaque certa & recta interpretatio eſt verborum Scævolæ ibi: *ne ſucceſſione teſtamentum rumperetur*, quæ non tam ad expreſſum quam tacitum ſubaudiuntque a contrario ſenſu caſum reſpiciunt, ut non ſemel apud JCtos eorum rationes explicandæ ſunt, ut in exemplis *leg. ita tamen* 27. *§. quoties. verſ. Marcellus ff. ad S. C. Trebell. l. ſi Titius & Seja* 48. *§.* 1. *ff. de fidejuſſ.* obſervat Coſta in *cap. ſi pater part.* 1. *verbo inſtituit num.* 4. *de teſtam. lib.* 6. Igitur ſentit Scævola docetque, præteritione nepotis, quo caſu nepos filio præmoriente ſuus heres fit, teſtamentum rumpi, nec rem expedit diſtinctio inter nepotem, qui teſtamenti tempore filio jam tunc mortuo ſuus heres eſt, cujus præteritione teſtamentum neo rumpi nec injuſtum fieri diximus *d. §. in omnibus* 10. *noſtræ l.* & inter nepotem, qui poſt teſtamentum in filii mortui locum ſuccedit, & præteritus ſuccedendo rumpit. *d. verſ. num & ſi noſtri §.* nam quamvis ea differentia & diſtinctio vera ſit, eſt tamen in obſcuro diſtinctionis ratio, quippe abſurdum videtur nepotem, qui teſtamenti tempore nondum ſuus eſt ut pote a patre præceſſus, quia ſuus eſſe poteſt, ſive quia poſtea in locum ſui ſuccedit, plus juris habere, ut non impune a teſtatore præteriri potuerit, ſed imputetur ei cur præterierit, & præteritus teſtamentum rumpat; & e contrario minus juris habere nepotem, qui teſtamenti tempore jam ſuus eſt, quia ante teſtamentum in locum ſui ſucceſſit, neque imputari teſtatori, cur eum, qui jam ſuus eſt, præterierit, ſed impune id eſſe, nec præteritum rumpere, ut ſubtiliter expendit Fab. *lib.* 9. *conject. cap.* 13.

§. VII. Reſpondet difficultati propoſitæ Petrus Gilkenius in *præſenti num.* 9. & differentiæ inter præteritionem nepotis jam teſtamenti tempore ſui, & nepotis qui poſt teſtamentum ſuus fit; deducit ex alia nobili Jurisprudentiæ differentia, qua obtinuit, ut quamvis nepotes jam teſtamenti tempore non ſit neceſſe nominatim exheredare aut inſtituere, quia etiam inter cæteros exheredati ſive præteriti teſtamentum non rumpunt, quemadmodum nec filia. *princ. inſtit. verſ. ſed nec nominatim de exhered. liber.* Ulpianus in *fragm. titulo* 22. *§. filius* 20. in quo & a filio maſculo, qui nominatim exheredari debuit, diſtinguuntur. *l. ſi quis legatum* 6. *§. ſi inſtitutus*, ubi Cujac. *tractatu* 3. *ad Afric. ff. de lege Cornel. de falſis.* nepotes tamen, qui poſt teſtamentum in ſuorum locum ſuccedunt, ſive quaſi agnaſcuntur, ad ſimilitudinem filiorum inſtitui vel exheredari nominatim debuerint, ne teſtamentum agnaſcendo rumpant, dummodo ſint nepotes ex filio, ſive per virilem ſexum deſcendentes, ut ſcriptum eſt in *l. poſthumi* 3. *in princ. de injuſto rupto.* cujus priora verba illa, *per virilem ſexum deſcendentes*, a Triboniano interpolata fuiſſe, cum Ulpianus ſcripſiſſet *poſthumi virilis ſexus*, ad excluſionem ſcilicet poſthumæ filiæ, quæ inter cæteros exheredari poterat legato ei relicto. *§. poſthumi* 1. *in fine inſtit. de exhered. liber. l. maximum* 4. *§. ult. C. de lib. præter.* Ulpianus *d. titulo* 22. *§. poſthumos* 21. contendunt Cujacius in *l. placet* 4. *hoc tit.* Fab. *d. lib.* 9. *conject. cap.* 13. Schifordegherus ad *Fab. lib.* 3. *tractatu* 17. *quæſtione* 2. affirmantes, non debuiſſe nominatim exheredari nepotes poſthumos ex filio, & multo minus nepotes jam natos teſtamenti tempore, & a patre præceſſos, quamvis poſtea in locum patris ſuccedant ſuique agnaſcantur, quomodo & ante eos docuit Accurſ. Baldus, & Claſſici in *l.* 2. *C. de liber. præter.* in quo tamen inconſpecte labuntur: conſtat enim, nepotes poſthumos virilis ſexus debuiſſe nominatim exheredari. *§. poſthumi*, ibi: *contra maſculos vero poſthumos, id eſt filios & deinceps, inſt. de exhered. lib. l.* 3. *§.* 1. *verſ. ſed & hi ff. de injuſt. rupt.* ubi poſthumos, qui poſt teſtamentum naſcuntur, nominatim exheredari oportere, ne rumpant, proponitur ex lege Vellea; quæ tamen primo capite, ad quod reſpicitur, non niſi de nepotibus poſthumis poſt teſtamentum vivo teſtatore natis locuta eſt, & quidem virilis ſexus, *§. nunc de lege*, ibi: *omnes virilis ſexus*, *noſtræ l.* idque ipſum quamvis dubitans tutius eſſe Ulpianus fatetur *d. tit.* 22. *§. nepotes* 22. conſtat item nepotes teſtamenti tempore natos & a patre tunc præceſſos, qui poſtea patre mortuo in ſuorum jus ſuccedunt, ſuos heredes quaſi poſthumos agnaſci, & ideo poſthumorum nomine loco & jure cenſeri. *l. poſthumorum* 13. *ff. de injuſto rupto. §. poſthumorum inſtit. de exheredat. lib.* unde & ſequitur, nepotem ex filio poſt teſtamentum ſucceſſione quaſi agnaſcentem perinde ac verum poſthumum nominatim exheredari debuiſſe, idque legis Velleæ ſecundo capite de hujuſmodi nepote quaſi poſthumo introductum fuiſſe diſcimus ex *l. ſi hereditas* 10. *§. qui filium in fine*, ibi: *ubi nepos vel heres inſtitutus ſit, vel nominatim exheredatus ſit, ff. de teſtam. tut. l.* 2. ibi: *nominatim non exheredaverit*, *C. de lib. præter. d. §. poſthumorum verſ. idque lege inſtit. de exheredat. liber.* obſervat docte Coſta in *§. & quid ſi tantum* 4. *parte* 4. *num.* 36. ubi ex ejuſdem differentiæ filo deducit, nepotes, qui poſt teſtamentum ſucceſſione in locum ſuorum quaſi agnaſcuntur, non poſſe inſtitui ſub conditione, quæ in eorum poteſtate non ſit, quia ſi in defectum conditionis nominatim exheredati non ſint, rumpent eo caſu teſtamentum perinde ac veri poſthumi, *arg. l. cum poſthumus* 22. *l. poſthuma* 24. *hoc tit. l. poſthumorum* 13. *ff. de injuſto rupt.* cum e contrario placuerit, nepotes jam teſtamenti tempore ſuos ſub omni conditione inſtitui poſſe. *l. ſuus* 4. *ff. de hered. inſt.* junctis traditis ſupra *§.* 2. *in fine.*

§. VIII. Obſtat tamen & quidem graviter contra poſtremam hanc differentiam Ulpiani obſcurum teſtimonium in *l. ſed ſi conditioni* 6. *§.* 1. *ff. de her. inſtit.* dum docet, nepotes & deinceps ſub omni conditione inſtitui poſſe, *etſi redigantur ad filii conditionem*, quibus verbis ſignificat, eo etiam caſu, quo poſt teſtamentum ſucceſſione in locum filii ad ejus conditionem & jura nepos redigitur, poſſe eum ſub omni conditione inſtitui, & conſequenter non eſſe neceſſe, ut in defectum conditionis nominatim exheredatus ſit, quomodo ex eo textu poſt Acc. & Claſſicos deducit Cujac. *ibi.* Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 13. Neque in hac re explicanda proponimus, probamusve ſententiam Coſtæ in *d. §. & quid ſi tantum parte* 4. affirmantis legendum eſſe in *d. §.* 1. *ſi redigantur*, detracta præcedenti conjunctione *&*, ut ſenſus ſit, poſſe ſub omni conditione inſtitui nepotem, dummodo redigatur, id eſt, redactus ſit tempore teſtamenti ad filii conditionem, quia in ejus locum jam tunc ſucceſſit: neque ſubſcribere poſſum ſalva veritatis conſcientia erudito Anteceſſori noſtro Valentiæ *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 1. *ad hunc tit. cap.* 5. *num.* 3. ſcribenti, Ulpianum accipiendum eſſe de nepote jam ſuo teſtamenti tempore, in eoque docere, poſſe ſub omni conditione inſtitui, *etſi redigatur ad filii conditionem*, id eſt, etiamſi ut jam teſtamenti tempore ſuus & a nemine præceſſus teneat locum filii, cujus proprium fuit, non inſtitui niſi pure aut ſub facili conditione. Namque utramque interpretationem convincit, & Ulpianum debere intelligi de nepote, qui nondum ſuus tempore teſtamenti, evincit neceſſario *principium d. §.* 1. in quo tractari apparet de nepote, qui ex lege Vellea inſtitutus non rumpit; lex autem Vellea non niſi de nepote, qui poſt teſtamentum ſuus eſſe incipit, locuta eſt; & quidem primo capite de

ne-

nepote poſt teſtamentum nato; & ut ſuo agnaſcente, & ſecundo capite de nepote teſtamenti tempore jam nato, & poſtea ſuccedente in locum ſui. §. *nunc de lege cum ſeqq. noſtræ legis.* Quare omiſſa & alia interpretatione Roderici Ordonnez in *l. ſi pater* 4. *num.* 142. *C. de inſtit. & ſubſtit.* alia Eduardi Calderæ *lib.* 1. *variarum lect. cap.* 2. probabilius forſitan affirmabitur, nepotem, qui teſtamenti tempore nondum ſuus eſt, perinde atque eum, qui jam ſuus eſt, poſſe ſub omni conditione inſtitui, etiamſi poſtea ſuccedendo in locum filii ſeu conditionem redigatur, ut ex aperta *d.* §. 1. ſententia ante Cujacium, Fabrumque ſupra laudatos docuit Accurſius in *d.* §. 1. *verbo ſub omni*, Bartolus, Caſtrenſis, & alii *ibidem.* Baldus *num.* 8. Jaſon *num.* 16. Decius *num.* 14. in *d. l. ſi pater* 4. *C. de inſtitut. & ſubſtitut.* Fortunius Garzia in §. *& quid ſi tantum noſtræ legis num.* 88. ejusque aſſertionis ratio eſt, quia quamvis lex Vellea hujusmodi nepotem nominatim exheredari, ſi inſtitutus non ſit, voluerit, ut ſupra probavimus, non tamen eum ſub conditione non poteſtativa inſtitui prohibuit, immo eadem lex inſtitutionem nepotis permiſit ſub conditione, quæ in ejus poteſtate non ſit, nempe illa, ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, ut in §. *ſequenti parte noſtræ legis.* vel ſi ſuus naſcetur, ut in §. *nunc de lege.* & qualitercumque inſtitutum, etiamſi non in caſum conditionis, ſub qua inſtitutus eſt, naſcatur vel ſuccedat, vetat rumpere, ut in §. *ille caſus noſtræ legis*, quia & quo caſu conditio inſtitutionis deficit, manet ei ſalvum jus accreſcendi, & bonorum poſſeſſio contra tabulas. *l.* 3. §. *ſed & ſi nepos* 14. *ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabulas.* Unde vel inductione, vel aperta cautione legis Velleæ receptum eſt, ut nepotes hi poſſint ſub omni conditione inſtitui, quia nimirum ex lege Vellea ſub qualicumque conditione inſtituti non rumpunt, quomodo priora verba *d.* §. 1. poſterioribus jungit explicatque Lælius Taurellus *lib. ſingulari ad Gallum & Legem Velleam cap. de lege Vellea.* neque ad rem pertinet exemplum poſthumi filii, qui quamvis, antequam naſcatur, ſuus heres proprie non ſit. *l. ult. ff. de collat. bonorum.* ideoque non comprehendatur regula *l. ſuus* 4. *ff. de heredibus inſtit.* natus tamen & ſuus heres & vere filius eſt, ideoque juxta exceptionem regulæ *d. l. ſuum* 4. *verſ. ſed excipiendus* rumpit, ſi tamen ſub conditione poteſtativa inſtitutus fuerit, eaque pendente naſcatur. *d. l. cum poſthumus* 22. *hoc tit.* e contrario nepos, quamvis ſucceſſione, & quaſi agnatione redigatur ad conditionem filii, quia loco ejus ſuus heres fit, tamen vere non filius ſed nepos eſt, & conſequenter pertinet potius ad regulam, quam ad exceptionem *d. l. ſuus* 4.

§. IX. Ergo ut in viam, a qua divertimus, jam revertamur, ex differentia illa inter nepotem teſtamenti tempore ſuum, & eum qui poſt teſtamentum ſuccedendo agnaſcitur, quoad exheredationem nominatim, de qua ſupra §. 7. ratiocinatur Gilkenius in *præſenti num.* 9. fieri etiam & ſequi, ut quamvis nepos jam ſuus præteritus teſtamentum non rumpat, quia præteriri aut inter ceteros exheredari potuit, rumpat tamen nepos præteritus, qui poſt teſtamentum ſit ſuus, quia nominatim exheredari vel inſtitui debuit, ſed cum ea etiam differentia ſuppoſita maneat ratio in obſcuro, cur potius nepos nondum ſuus nominatim exheredandus ſit, in eoque plus juris ipſi minusque teſtatori tribuatur, quam in eo qui teſtamenti tempore jam ſuus eſt, aſſentior potius receptæ inter noviores & Academicos præceptores traditioni, quam ſequuntur Faber *d. lib.* 9. *cap.* 10. & 13. Hillig. ad Donellum *lib.* 6. *cap.* 16. *lit. H.* Giphanius in *l. maximum* 4. *C. de liberis præteritis.* affirmantes, prætertitionem in nepote teſtamenti tempore jam ſuo, ſicut in filia jam nata non tribui oblivioni teſtatoris, cum nepotis filiæque jura & perſonas non ignoraverit, ideoque præteriiſſe creditur conſulto & jure ſuo utens, relinquensque præteritis jus accreſcendi inſtitutis ad certam portionem; e contrario in nepote nondum ſuo, ſicut in filia poſthuma aliisque poſthumis, præterire eos teſtator præſumitur oblivione, quia vel non futuros ſuos vel non naſcituros exiſtimavit; non autem ut inſtitutos eis præferret; idcircoque & contra inſtitutos rupto teſtamento admittuntur.

§. X. Illud tandem explicandum ſupereſt, quo jure vel ratione fiat, ut quamvis nepos quaſi poſthumus in locum filii ſuccedendo agnaſcatur, teſtamentumque rumpat, ſi poſtea vivo teſtatore decedat, ut ſupponendum eſt in *fine noſtri* §. tamen inſtitutio pronepotis non admittatur ſuſtineaturque, cum conſtet, ex teſtamento rupto agnatione poſthumi vivo teſtatore mortui ſuſtineri inſtitutionem, ſicut & ſuſtinetur ex teſtamento injuſto præteritione filii, qui poſtea vivo patre deceſſit, ſi inſtituti fuerint, qui ab inteſtato ſucceſſuri erant, ut in *præſenti* pronepos. *l. poſthumus* 12. *in pr. & verſ. idem & circa ff. de injuſto rupto.* cui difficultati omiſſis traditis poſt Alciatum in *præſenti num.* 7. a Fabro *lib.* 9. *conjectur. cap.* 15. & 16. Schifordeghero *lib.* 3. *tractatu* 17. *quæſt.* 4. breviter ex ſententia Baldi, Alexandri, & Cumani apud Gilkenium *hi. num.* 14. reſpondendum eſt, Scævolam in *præſenti*, ſicut & Gallum in formula nepotis poſthumi, qui teſtamenti tempore alienus fuit, jure civili inſtituendi, quamvis & ſine ea Prætorio jure inſtitui potuit, ad ſolum civile jus reſpexiſſe, quo attento teſtamentum ſemel injuſtum ruptumve poſtea non convaleſcit. *l. ſi filius* 7. *hoc tit.* non tamen negare Scævolam, Prætorio jure ſuſtinendam pronepotis inſtitutionem, ut in *d. l. poſthumus* 12. de cujus interpretatione, ne in re vulgata diutius moremur, conſulendi ſunt poſt Claſſicos & Gilkenium in *præſenti num.* 11. Alciatus *lib.* 3. *paradoxorum cap.* 8. Carolus Labbæus in *obſervat. ad Synopſin Baſilic. pag. mihi* 112. Faber *lib.* 1. *conjecturar. cap.* 19. & *lib.* 9. *cap.* 15. & ſequentibus, Donellus *lib.* 6. *commentarior. cap.* 13. ubi Hilligerus *litera B. & C.*

CAPUT TERTIUM.

Ad inſignem §. & quid ſi tantum noſtræ L. Gallus 29. de Lib. & Poſth.

§. I. Inter alias ad formulam Galli Aquilii in §§. *noſtræ l.* a Scævola excitatas quæſtiones nulla in Schola & Foro celebrior, ſimulque interpretandis legis Velleæ capitibus accommodatior eſt ea, quæ in *præſenti* proponitur, cui pro dignitate tractandæ imprimis generaliter, & in commune diſputationem Scævolæ ſententiamque aperiemus, poſtea ſingulas contextus partes juſto commentario expoſituri. Eſt igitur Scævolæ quæſtio in *præſenti*, an jus de inſtitutione nepotis poſthumi in caſum mortis filii, in quem dumtaxat Galli formula concepta eſt, perinde recipi ſive admitti debeat eo caſu, quo filius aquæ & ignis interdictionem ſive deportationem patiatur, aut nepos, ex quo pronepos inſtituitur, emancipetur. In cujus tamen quæſtionis ſtatu ſive ſpecie fingenda, & conſequenter in vera Scævolæ interpretatione varie & valide altercantur interpretes; namque Raphael Cumanus *num.* 6. & 7. Fortunius, Salomonius, Goveanus, Duarenus, Cujacius, Donellus, & alii in *præſenti*, & poſt alios Coſta *parte* 5. *noſtri* §. *num.* 1. Connanus *lib.* 10. *comm. cap.* 4. *num.* 51. illa verba Scævolæ, *& quid ſi tantum in mortis filii caſum conciperet*, ad Gallum referunt, affirmantque, dubitari a Scævola, an, quamvis Gallus inſtitutionem nepotis poſthumi dumtaxat in caſum mortis filii conciperet, poſſit nihilominus teſtator utiliter inſtitutionem nepotis concipere in caſum deportationis. E contrario Acc. *verbo emancipatus*, Bartolus, & cum eo Baldus, Caſtrenſis, Alexander, Jaſon, &

 com-

communiter antiquiores laudati a Sarmiento in *præſenti num.* 5. Gilkenio *num.* 3. Boëtio Epone *num.* 3. & 4. & ex noſtratibus Pich. ad *hunc tit. cap.* 7. *num.* 28. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 2. *ad hunc tit. cap.* 3. *num.* 12. a quibus in hac re & effectu non diſſentit Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 3. Schiſordegh. *ad Fabrum lib.* 3. *tractatu* 17. *quæſt.* 4. docent, priora illa verba Scævolæ in *præſenti* non ad Gallum ſed ad teſtatorem referri oportere, in eoque quæſtionem eſſe, an ſi teſtator juxta Galli formulam conceperit inſtitutionem nepotis poſthumi in caſum mortis filii, & filius aqua & igni interdictus ſeu deportatus ſit, vel nepos, ex quo pronepos inſtituitur, emancipatus ſit, cenſeatur facta utiliter inſtitutio nepotis pronepotisve poſthumi, ita ut caſus mortis expreſſus in formula Galli, & teſtatoris ad caſus ſimiles deportationis & emancipationis extendatur.

§. II. Poſteriori huic interpretationi, ſive, ut Claſſici vocant, *lecturæ*, quæ & communiter magis recepta eſt, favet aperte Scævola in *princ. noſtri textus.* tum quia ſi ad Gallum ejuſque formulam reſpiceret, non diceret dubitanter, *& quid ſi tantum in mortis filii caſum conciperet*, cum in Galli formula indubitatum ſit, caſum mortis dumtaxat exprimi: tum etiam, quia continuata oratione ad *præcedentes* §§. in quibus de teſtatore formulam concipiente quæſtio eſt, ut in §. *quidam recte*, & in §. *idem credendum.* loquitur etiam imperſonaliter, ſimiliterque Scævola in *præſenti.* tum denique, quia ſi quæſtio illa foret, an poſſet teſtator ſicut in caſum mortis ita in caſum deportationis inſtitutionem nepotis conferre, eſſet potius indubitanter decidenda ex veriſimili mente Galli, ſicut ſimilis quæſtio in *d.* §. *idem credendum.* quam vel augenda dubitatio ex verbis capitum legis Velleæ, vel adjuvanda quaſi neceſſario deciſio, & ſententia ejuſdem legis, ut in *noſtro textu* fit. Quare hac quæſtionis interpretatione retenta, ut jam brevi paraphraſi contextum explanemus, dubitat Scævola, quid dicendum ſit, ſi tantum in mortis caſum conciperet teſtator inſtitutionem nepotis poſthumi, & filius aqua & igni interdictus ſeu deportatus ſit, aut nepos ex quo pronepos inſtituitur, ut oſtendimus in *præcedente* §. *idem credendum.* emancipatus ſit, an ſcilicet & tunc recte inſtitutus poſthumus cenſeatur, ita ut caſus mortis ad caſum deportationis, vel emancipationis extendatur. Exprimitur autem in primis in *verſ. hi enim* dubitandi ratio deducta ex eo, quia hi caſus neque comprehenduntur formula Galli aut teſtatoris, qui dumtaxat de caſu mortis filii loquuti ſunt, (idque Scævola in *præſenti* ſupponit potius ut exploratum quam proponit) nec comprehenduntur verbis legis Velleæ, cujus duo capita quamvis de inſtitutione nepotis collata in caſum, quo filius præcedens ſuus heres eſſe deſinit, loquantur, non tamen pertinent ad nepotes proprie poſthumos, qui ſcilicet poſt mortem avi naſcuntur, de quibus ſolis Gallus loquutus eſt, ſed ad nepotes, qui vel poſt teſtamentum vivo avo, naſcuntur, de quibus primum caput legis Velleæ, vel ad eos, qui cum teſtamenti tempore jam nati eſſent, poſtea vivo avo in locum ſui heredis ſuccedunt, ut in §. *nunc de lege,* & §. *ſequenti parte noſtræ l. l.* 3. §. 1. *l. poſthumorum* 13. *ff. de injuſto rupto. l. ſi hereditas* 10. §. *qui filium ff. de teſtam. tut. l. ſed ſi conditioni* 6. §. *nepotes ff. de hered. inſtit.*

§. III. Qua tamen dubitandi ratione omiſſa ſubjungitur deciſio ejuſque ratio in *verſ. ſed ex ſententia.* ubi ſcriptum eſt: *ſed ex ſententia legis Velleæ & hæc omnia admittenda ſunt, ut ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus admittendi ſint.* Quo loci verba illa *legis Velleæ*, ut inepta irrepitiaque expungit Ant. Goveanus in *ſecundis curis ad hunc textum*, quaſi ex ſententia ſcilicet Galli eſſe hæc admittenda ſcripſerit Scævola, non legis Velleæ, ad quam hunc caſum non pertinere jam propoſuerat: e contrario autem Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 3. imperito interpreti adſcribit clauſulam illam noſtri textus: *ut ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus admittendi ſint*; quia non de extenſione caſus mortis ad caſus ſimiles tractari contendit, ſed de ſuſtinenda inſtitutione nepotis facta in caſum mortis filii, perinde ac ſi ſine ulla conditione aut caſu facta eſſet, ut poſt primum caput legis Velleæ fieri poteſt in omni poſthumo, qui ſuus naſcitur, quamvis teſtamenti tempore alienus fuerit. *d.* §. *nunc de lege,* quæ interpretatio quamvis acriter defendatur a Schifordegh. *d. lib.* 3. *tractatu* 17. *quæſt.* 4. & ſine emendatione atque adjuncta interpretationi communi ſuſtineri poſſit, per ſe tamen ſimulque Fabri & Goveani emendationes manifeſte refutantur in *d.* §. *ſequenti parte verſ. & bene noſtræ l.* & a Boëtio Epone in *præſenti num.* 2. Philippo Maſſinio *num* 20. ex quorum ſententia & communi veriorique poſt Accurſium & Bart. antiquiorum noviorumque traditione ſic Scævola explicandus eſt, ut verba legis Velleæ a ſententia diſtinguat, & quamvis pro ratione dubitandi docuerit, non pertinere caſum propoſitum ad verba legis Velleæ, cujus neutrum caput eſt de perſona nepotis proprie poſthumi, qui ſcilicet poſt mortem avi naſcitur, de quo ſolo apud Gallum quæſtio eſt, tunc tamen decidendo affirmet, admittenda eſſe hæc omnia, de quibus dubitaverat, ita ut ad ſimilitudinem caſus mortis filii formulæ Galli & inſtitutionis expreſſi admittantur cæteri caſus, quibus præcedens ſuus eſſe deſiit, idque *ex ſententia legis Velleæ*, id eſt, inductione & exemplo, quia cum ea lex in duo capita de nepote poſt teſtamentum in locum filii, qui ſuus eſſe deſiit, ſuccedente & quaſi agnaſcente inſtituendo & admittendo caverit, non expreſſo ſpeciali caſu aliquo, veluti mortis filii, ſed generalibus & ad omnes pertinentibus verbis illis, *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit*, conſequens conſentaneumque ſententiæ legis eſt, ut in nepote proprie poſthumo ſuo que agnaſcente ſuſtineatur inſtitutio, quamvis non morte ſed deportatione præcedens ſuus heres eſſe deſinat, & expreſſo caſu mortis ſubintelligantur ſuppleanturque caſus ſimiles, quæ interpretatio aperte firmatur in *d.* §. *ſequenti parte verſ. & bene.*

§. IV. Expoſita ſententia Scævolæ ſequitur jam ſingularum partium contextus commentatio ex profeſſo. Ait itaque in primis, *& quid ſi tantum in mortis filii caſum conciperet?* quibus ex verbis ſimulque ex ultimis *noſtri textus* ejuſque deciſione naſcitur nobilis diſputatio, an ſcilicet facta mentione in conditione inſtitutionis aut alterius relicti a teſtatore caſus mortis, vel alterius ſpecialis comprehendat caſus ſimiles, ſive fiat extenſio ad eos caſus, in quibus eadem juris ratio & effectus eſt, in qua quæſtione non admitti regulariter extenſionem caſus expreſſi ad caſus ſimiles probat in primis noſter textus, in quo ut inſtitutio nepotis facta in caſum mortis filii ſuſtineatur in caſum deportationis, utitur neceſſario Scævola exemplo auctoritateque legis Velleæ, & conſequenter ea deficiente & regulariter ſentit, extenſionem caſus expreſſi ad ſimiles fieri non debere. Secundo in eandem ſententiam extat celebre juris teſtimonium in *l. Statius Florus* 48. §. *Cornelio Felici ff. de jure fiſci.* junctis *l. cum pater* 77. §. *hereditatem* 4. *ff. de leg.* 2. *l. ex pacto* 17. §. *ſi quis rogatus* 6. *ff. ad S. C. Trebell. l. ex ea parte* 121. §. *in inſulam ff. de V. O.* quibus probatur, caſum mortis in conditione fideicommiſſi vel ſtipulationis expreſſum non impleri per deportationem. Tertio pro hac parte, ut conſtet caſum omiſſum non comprehendi ſub expreſſo, ſed habendum eſſe pro omiſſo, aperta eſt ſententia Pomponii in *l. commodiſſime* 10. *hoc tit.* juncta *l. ſi ita quis* 21. *l. ſi pater* 26. *ff. de vulg. l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi cum ff. de leg.* 3. *l. ſi cum dotem* 22. *ff. ſoluto matr. l. inter ſocerum* 26 §. *ult. ff. de pact. dot.* Quarto conducit & quidem proprie vulgata juris regula, quæ docet, conditionem impleri debere in forma ſpecifica, nec ſaf-

ſice-

ficere, ut æquipollenter impleatur. *l. qui heredi* 44. *l. Mævius* 55. *l. fideicommiſſum* 75. *l. Lucius* 83. *ff. de condit. & dem. l. ſi ita quis* 51. *§. ult. ff. de leg.* 2. proinde nec ſufficere debet, caſum ſimilem eſſe, ut per eum tanquam ſub expreſſo comprehenſum conditio impleta cenſeatur.

§. V. Quinto notioribus his argumentis accedunt non vulgares in hoc tractatu veteris juris differentiæ, quibus oſtenditur, juris diſpoſitionem de caſu mortis non extendi ad deportationem, namque ſi vivo teſtatore poſt teſtamentum legatarius moriatur, legatum ut in cauſſa caduci ad fiſcum pertinet ex lege Papia. *l. unic. §. & cum triplici, & §. pro ſecundo C. de caduc. toll.* non tamen ſi intra idem tempus legatarius deportetur, aut pœnæ ſervus fiat, ſed legatum pro non ſcripto apud heredem manet. *l.* 3. *§. penult. & ult. ff. de his quæ pro non ſcript. habentur. l. ſi in metallum* 12. *ff. de jure fiſci.* quas ita accipiunt Cujacius *ibi*, & *lib.* 18. *obſervationum cap.* 13. Merillius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 13. noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 1. *cap.* 3. *num.* 6. Deinde quamvis ex eadem lege Papia mortuo legatario conditionali, aut pœnæ ſervo facto poſt mortem teſtatoris ante apertas tabulas legatum intercidat, & ut caducum fiſco deferatur, non tamen ei deſertur, neque intercidit extinguiturve legatum, ſi idem legatarius conditionalis eodem tempore deportatus ſit. *l. intercidit* 59. *ff. de condit. & dem.* quam ſic explicant poſt alios Cujac. in *l. unic. in princ. verſ. addit præterea*, & in *d. §. & cum triplici C. de caduc. toll. & lib.* 3. *obſervationum cap.* 10. *& lib.* 18. *cap.* 13. Balduinus ad *leges de jure civili pag. mihi* 164. Petrus Faber in *l. quod attinet* 32. *ff. de R. J.* Caldera *lib.* 4. *variarum lect. cap.* 3. *num.* 18. Merillius *d. lib.* 5. *cap.* 13. quamvis aliter Faber in *Juriſprudentia Papin. tit.* 11. *princ.* 3. *illat.* 1. & 2. Rurſus donationes inter conjuges confirmantur morte donatoris ex oratione Severi. *l. cum hic ſtatus* 32. *ff. de donat. inter V. & U.* non item deportato donatore. *l. res uxoris* 24. *in fine C. de donat. inter V. & U. l. ſed ſi mors* 13. *§.* 1. juncta *d. l. cum hic ſtatus* 32. *§. ſi donator ff. eodem tit.* Denique eo caſu, quo mortua uxore in matrimonio dos mariti lucro cedit, & apud eum manet, non tamen idem evenit uxore deportata. *l. ſed ſi alia* 5. *in princ. & §.* 1. *ff. de bonis damnat.* quibus argumentis, ut aliena & leviora omittam extra ſpeciem noſtri textus, & regulariter non fieri extenſionem caſus mortis, aut alterius ſpecialiter expreſſi ad caſus ſimiles non expreſſos, docent poſt Cumanum, Fortunium & alios relatos a Gilkenio in *præſenti num.* 2. & præter Duarenum, Cujacium, Fabrum, Coſtam, & alios laudatos ex noſtratibus a Pich. ad *hunc tit. cap.* 7. *num.* 14. Schiſordeghero *lib.* 3. *ad Fabrum tractatu* 17. *quæſt.* 4. & 5. multis & poſt multos Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 12. *num.* 11. *cum ſeqq. & lib.* 6. *cap.* 162. *num.* 2.

§. VI. Sed contraria ſententia, quæ apud antiquiores & forenſi uſui deditos interpretes magis obtinuit, non minoris momenti aut numeri nititur fundamentis. Primum eſt ex ſententia *noſtri §.* ubi caſus mortis a teſtatore nominatim expreſſi extenſio fit ad deportationem, emancipationem, & ſimiles; & quamvis id adjuvetur exemplo auctoritateque legis Velleæ, tamen & eo ipſo docemur, quoties eadem cauſſa æquitatis & utilitatis fuerit, debere admitti exemplo hujus §. extenſionem caſus expreſſi ad ſimiles juxta regulam *l. non poſſeſſio* 12. *cum l. ſequenti ff. de legibus.* Secundum eſt ex *l. ſi ita* 15. *ff. quando dies leg. ced. l. mulier* 22. *ff. ad S. C. Trebell.* quibus probatur, caſum mortis in conditione poſitum protrahi ad caſum emancipationis, ſicut emancipationis caſum ad deportationem in ſpecie *l.* 3. *C. de inſt. & ſubſt.* Tertium eſt ex *l. Titius* 26. *§. ultimo hoc tit. l. ult. C. de poſth. hered. inſt.* quibus oſtenditur, inſtitutionem nominatim factam in unum caſum intelligi etiam factam, & extendi ad eum caſum, in quo ſimilis ratio eſt. Quartum ex *l. ſi fundus* 13. *l.* [illegible]*nus* 55. *ff. de condit. & dem. l. qui filium* 22. *ff. de manum. teſtam. l. Stichum* 95. *§. nam ſi furioſi* 7. *ff. de ſolut.* ubi apparet, ſufficere, ut conditio impleatur, fieri tantumdem quod effectu æquivaleat modo aut facto expreſſo a teſtatore, quamvis non illud ipſum ſit. Quintum denique eſt ex *l. actione* 65. *§. publicatione ff. pro ſocio. l.* 1. *§. filium ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l.* 4. *§. ſi deportatus ff. de bon. lib. §. cum autem inſt. quibus mod. jus patr. poteſt. ſolv.* quibus traditum eſt, deportatum pro mortuo haberi, deportationemque ut mortem civilem, quoad juris effectus, naturali morti æquiparari, ſicut etiam deducitur ex *l. verum* 63. *§. ult. verſ. intereunt ff. pro ſocio. l. in inſulam* 42. *ff. ſoluto matr. l.* 4. & 5. *ff. qui ſatisd. cog. l.* 4. *ff. ſi quis caut. l. de eo nobis* 56. *in fine princ. C. de epiſc. & cler.* docent ita & ratiocinantur varie pro hac parte poſt Acc. in *præſenti verbo emancipatus.* Bartolus, Baldus, Caſtr. Alex. Jaſo, & communiter Accurſiani relati a Gilkenio in *præſenti num.* 3. Menoch. *de præſumpt. lib.* 4. *præſ.* 26. *num.* 2. Zavallo *communium contra communes quæſt.* 63. poſt innumeros alios Caſtillo *d. lib.* 3. *controverſ. cap.* 12. *num.* 27. *& lib.* 6. *cap.* 162. *num.* 8. *& ſequenti.* Amaya *lib.* 1 *obſervat. cap.* 11. *num.* 8.

§. VII. Nos in hac controverſia, quamvis videamus noviores Academicos Anteceſſores, & inter eos præceptorem noſtrum (a quo inviti diſſentimus) Ant. Pichardum ad *hunc tit. d. cap.* 7. *num.* 27. & 28. *cum ſequent.* coactum Ant. Fabri argumentis a poſteriori iſta & communiore ſententia diſceſſiſſe, eam tamen non modo in conſulendo & judicando ut receptiorem, ſed etiam in diſputando ut veriorem retinendam præferendamque eſſe arbitramur, affirmamusque regulariter caſus mortis, & alterius ſpecialiter expreſſi extenſionem admittendam eſſe ad caſum deportationis & alios ſimiles, quotieſcumque ejusdem rationis & effectus ſunt reſpectu juris & voluntatis teſtatoris, nec movemur contrariæ opinionis fundamentis, quibus ut ſigillatim ſatisfaciamus, in primis quoad primum ex ſententia *noſtri textus*, juxta veriorem ejus interpretationem traditam ſupra §. 2. & 3. reſpondendum eſt, fuiſſe in ſpecie noſtra neceſſarium exemplum, inductionemque legis Velleæ, ut extenſio caſus mortis ad caſum deportationis & ſimiles fieret, quia cum formula Galli & cautio inducens inſtitutionem nepotis poſthumi, qui teſtamenti tempore alienus eſt, in caſum quo filius vivo avo præmoritur, quamvis non ſit derogatoria juris antiqui, ſit tamen ejus nova ſingularisque interpretatio præter vulgarem modum & mentem, ut expoſuimus in *princ. l. noſtræ cap.* 3. *§.* 3. non debuit facile ad caſus ſimiles non expreſſos extendi, *arg. l.* 2. *ff. de conſt. princip. l. minime* 23. *ff. de legibus.* niſi ex auctoritate legis Velleæ, ut poſt Bartolum ita explicantem, aut explicandum reſpondet Fachinæus *lib.* 10. *controverſiarum cap.* 45. *ad finem.* quamvis repugnent Schiſordegherus *d. lib.* 3. *tractatu* 17. *quæſt.* 5. noſter Pichardus *d. cap.* 7. *num.* 33.

§. VIII. Secundum argumentum objectioque ex *l. Statius* 48. *§. Cornelio Felici ff. de jure fiſci.* nihil non movere molirique, ut diſſolverent, interpretes coëgit, & in plures diviſit ſententias, quas non tranſcribimus aut inculcamus. Quare omiſſa interpretatione communi affirmante, non fuiſſe in *d. §. Cornelio.* eandem rationem effectumque deportationis & mortis naturalis, ut ſtatim poſt deportationem admittatur fideicommiſſarius, ſive quia, ut exprimitur in *d. §. Cornelio verſ. quia poſſet.* & fere omnes interpretantur, etiam poſt deportationem matris ſcriptæ heredis, ſi ante mortem naturalem ipſius filius idemque fideicommiſſarius moriatur, fideicommiſſum intercidit nec tranſmittitur. *l. intercidit* 59. *ff. de condit. & dem. l. unic. §. ſin autem aliquid C. de*

caduc. toll. l. hujuſmodi 13. *ff. quando dies leg. ced.* ſive potius, quia in *præſenti* de hereditate nondum delata filio, utpote vivo avo, quo tempore deportatum proponimus, quæſtio eſt, & ideo eſt facilius, ut inſtitutio filii pro non ſcripta habeatur. *l.* 1. *C. de her. inſt. l.* 3. §. 1. *ff. de his quæ pro non ſcript. habentur.* & inſtitutioni nepotis locus fiat. At in *d.* §. *Cornelio* quæſtio & deciſio eſt de hereditate jam matri quæſita, quæque cum ſit jam patrimonium matris deportatæ, ſimul cum cæteris ejus bonis publicatis ad fiſcum pertinent, excluſo interim fideicommiſſario, ut exponunt nove ex noſtris eruditus dominus Joannes Chumazero in *dudecade ſelectarum diſp.* 11. *num.* 1. *& ſeqq.* Pich. *ubi ſupra num.* 59. omiſſa, inquam, ea interpretatione, quam & alias impugnat acriter noſter Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 11. *num.* 9. *& ſeqq.* obſervandum potius eſt in ſpecie *d.* §. *Cornelio.* aberraſſe inconſpecte hactenus veteres novioresque, qui ſupponunt, fuiſſe ibi matrem deportatam, idque pro conſtanti & explorato habent, cum tamen id Conſultus non exprimat; ſed dumtaxat condemnatam fuiſſe, ita ut bona ejus occuparentur a fiſco, ſcilicet ob delictum, cui pœna confiſcationis inflicta fuit, tamen ſine deportatione aut capitis deminutione, ut contingit in *l. cum ratio* 7. §. *ult. ff. de bon. damnat. l. ſi mandavero* 22. §. *is cujas*, juxta veriorem & communem interpretationem, *ff. mandati.* & non fuiſſe deportatam matrem in *d.* §. *Cornelio.* vel ex eo apparet, quia ſi deportata fuiſſet, non poſſet ex rebus poſt deportationem ab ea adquiſitis fideicommiſſario poſt mortem matris ſatisfieri, ut ſignificatur in *d.* §. *Cornelis verſ. vel etiam mater.* mox explicando, quoniam hæc etiam poſt deportationem quæſita confiſcarentur matre mortua. *l.* 2. *C. de bon. proſcript. d. l. cum ratio* 7. §. *ult. in fine ff. de bon. damnat.*

§. IX. Ergo eo ſuppoſito, matrem in ſpecie *d.* §. *Cornelio.* deportatam non fuiſſe, ut jam breviter explicemus in quæſtione *ejus* §. cum ex cauſſa pœnæ confiſcationis omnia bona matris fiſcus occuparet, filius idemque creditor fideicommiſſi dicebat, ſe ante pœnam eſſe, ſive ſe tanquam creditorem in bonis fideicommiſſi potiorem eſſe fiſco, ea bona in pœnam delicti matris occupante; ita enim, nempe ut creditor fiſcali pœnæ præferatur, conſtitutum eſt in *l. quod placuit* 37. *ff. de jure fiſci. l. un. C. pœnis fiſcalib. credit. præferri.* ſed allegatione hac filii, quæ & dubitandi ratio fuit ſummota, proponit Paulus decreto Imperatoris repulſum fuiſſe interim filium a fideicommiſſi petitione, & decreti rationes ſive exceptiones, quibus filii petitio excluſa eſt, exprimit in *verſ. ſed ſi nondum.* verbis conditionalibus, qualia ſunt illa, *ſed ſi nondum dies fideicommiſſi veniſſet*, non quaſi in re incerta non veniſſe dubitet, quoniam id poſtea pro certo ponit firmatque, ſed ex uſu exemploque veterum judiciorum & juris, in quo exceptiones intentionem actoris excludentes per formam conditionis concipi ſolitæ. *l. exceptio* 22. *ff. de except.* junctis traditis poſt multos ab Hilligero ad Donellum *lib.* 22. *cap.* 1. *lit. K.* eſt itaque prima ratio decreti & exceptio filio oppoſita, nondum veniſſe diem fideicommiſſi, quod relictum fuit poſt mortem matris, quæ nec naturaliter mortua eſt, nec civiliter, nempe non deportata in *d.* §. *Cornelio.* confirmatur ea ratio in *verſ. quia potuit.* ſubjungiturque potuiſſe filium poſt publicationem bonorum matris prius quam matrem ipſam mori, quo caſu fideicommiſſum extingueretur, utpote mortuo fideicommiſſario ante impletam conditionem fideicommiſſi, ſcilicet matris mortem, quæ quamvis certo extitura ſit, conditionem tamen facit. *l. hujuſmodi* 13. *ff. quando dies leg. ced. l.* 1. §. *dies ff. de condit. & dem.* proinde ante mortem matris, utpote ante impletam conditionem, non eſt admittendus ad fideicommiſſum. *l. ſed etſi ante* 10. *ff. ad S. C. Trebell.* & multo minus præferendus fiſco ut creditor, qui creditor nondum eſt. *l. is cui* 42. *ff. de O. & A.* ſequitur deinque illa ratio in *verſ. vel etiam.* quia potuit mater poſt publicationem alias res adquirere, ex quibus ea mortua filio ſuperſtiti uſque ad quantitatem fideicommiſſi ſatisfieret, nec revocarentur eo caſu bona fideicommiſſo ſubjecta & publicata, quia & interim pendente fideicommiſſi conditione jura ex perſona matris heredis in fiſcum tranſlata fuerunt. *l. ult.* §. *ſin autem ſub conditione* 3. *C. communia de leg. l. peto* 69. §. *prædium ff. de leg.* 2. quam interpretationem ad *d.* §. *Cornelis* repudiato reprehenſoque vulgari commento deportationis, quæ ibi ſupponitur, ſcribit ſibique aſſerit noſter Amaya *lib.* 10. *obſervationum capite* 11. *num.* 24. repetitque non ſine animi offenſa, & querela de primariis Salmanticenſibus in *l. un. num.* 25. *C. pœnis fiſcalibus creditores præferri.* ſcripſit tamen ante eum aſſeruitque, & quidem eodem jurium & rationum fulcro Cujacius ad *tit. ff. de jure fiſci* in *d. l. Statius* 48. §. *Cornelis.*

§. X. Hæc quamvis recta certaque *d.* §. interpretatio ſit, & communis illa non item, tamen quia receptiſſima eſt, ut noviſſime poſt multos probat noſter Larea *deciſ. Granatenſium tom.* 2. *deciſione* 77. *num.* 19. & ex ea, quia in praxi obtinuit, ſimulque ex ſententia *d.* §. non pauca uſu frequentia inferuntur, pretium operæ erit, antequam progrediamur, duo præcipua breviter adnotaſſe. Primum eſt, bona fideicommiſſo poſt mortem rogati reſtituendo ſubjecta, ſi reſtituere rogatus patiatur ex delicto pœnam confiſcationis, venire etiam in confiſcationem, ita ut eorum uſusfructus, quamdiu rogatus, qui deliquit, vivit, ſit penes fiſcum, neque interim fideicommiſſarius admittatur, quod ex *d.* §. *Cornelio.* juncta *authent. res quæ C. communia de leg.* extra controverſiam eſt in fideicommiſſis familiæ relictis, & majoratibus Hiſpanis, quotieſcumque non eſt in eis expreſſa prohibitio alienationis. Plane ſi expreſſa, ut plerumque in fideicommiſſis familiæ & majoratibus contingit, alienationis prohibitio intervenerit, quamvis eo etiam caſu uſumfructum bonorum ex delicto poſſeſſoris prohibiti, & ad vitam ejuſdem poſſe confiſcari, quia neceſſaria ea alienatio eſt, *arg. l. peto* 69. §. *prædium ff. de leg.* 2. probabiliter ſatis contendant poſt alios Alciatus in *l. filiusfam.* 114. *num.* 4. *ff. de leg.* 1. *& reſponſ.* 763. *num.* 1. Gomezius in *l.* 40. *Tauri num.* 91. contrarium tamen eſt receptius, nempe ut eo caſu neque uſusfructus ad vitam prohibiti, qui deliquit, fiſco adjiciatur, quia in caſum alienationis prohibitæ admittuntur quaſi ex tacita vocatione ſequentes ad revocandam alienationem, idque *arg. l. Imperator* 12. *de fideicommiſſar. libert. l. cum pater* 77. §. *libertis* 27. *ff. de leg.* 2. *l. jura* 4. *ff. de jure patron. l. ſi in libertinum* 28. *ff. de bon. lib. l. eorum* 9. *ff. ad l. Jul. majeſt. l.* 3. *ff. de interd. & releg.* docent deducuntque poſt Bartolum in *d. l. Imperator* 12. & laudatos ex noſtratibus a Pich. ad *hunc tit. cap.* 7. *num.* 75. Chumazero *ſelect. cap.* 11. *num.* 6. Molina *lib.* 1. *de primogen. cap.* 20. *num.* 8. *& ſeqq. & lib.* 4. *cap.* 11. *num.* 11. Vincentius Fuſarius *de ſubſtit. quæſt.* 529. *num.* 7.

§. XI. Enimvero plerique ex laudatis & inter eos præcipuus Ludovicus Molina agnoſcunt, eo etiam caſu, quo in majoratibus aut fideicommiſſis expreſſe prohibita alienatio eſt, quamvis non uſusfructus jus, ut pote perſonale, tamen fructuum percipiendorum commoditatem, quæ ab uſufructu diſtinguitur. *l. ſi uſusfructus* 66. *ff. de jure dot.* ad tempus vitæ prohibiti in fiſcum tranſire, nec prohibitione alienationis comprehendi. *l. Lucius* 88. alias *l. codicillis* 91. §. *inſtituto*, ubi Bartolus *num.* 4. *ff. de leg.* 2. quamvis in eo etiam diſſentiat, & nec commoditatem confiſcari contendat Petr. Sanchez in *præcepta decalogi lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 16. Illud ſaltem convenit inter omnes, ut omnino confiſcatio ceſſet tam uſusfructus, quam commodita-

tum

rum bonorum majoratus aut fideicommiſſi, quoties ab inſtitutore adjecta clauſula & cautio eſt, quæ dubitationibus ex opinionum varietate tollendis frequens ſolemnisque eſt in majoratibus, ut notat Molina *lib. 2. de primogen. cap. ult. num.* 3. nempe ut præambula hora ante commiſſum a poſſeſſore crimen confiſcatione dignum, ſive eo ipſo, quod perpetrare tentaverit, tranſeant ante perpetrationem bona ipſo jure in ſequentem ſucceſſorem; id enim non in fraudem odiumve fiſci contra *l. filiusfam.* 114. *§. Divi verſ. ſed hæc ff. de leg.* 1. neque ut impune ſit poſſeſſori, qui deliquit, contra *l. bona fides* 31. *ff. depoſiti.* ſed cavetur in favorem familiæ & ſucceſſorum, qui non deliquerunt, quibusque innocentibus pœnam confiſcationis propter anteceſſoris delictum non irrogatam, ſeu non communicatam indignari duritiem continet, ut ſcriptum in re ſimili eſt in *l. ſervus* 7. *in fine ff. de ſervis export.* juncta *l. crimen* 26. *ff. de pœnis.* atque ita ea clauſula fiſcum excludit, niſi in majoratibus ex regia facultate inſtitutis, ut diſtinguunt docentque Molina *d. l. lib.* 4. *de primogen. cap.* 11. *num.* 16. *& lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 56. & præter noſtrates ſupra laudatos Mierez *de majorat. part.* 4. *quæſt.* 23. Pater Molina *de juſt. & jure tom.* 2. *diſp.* 612. *num.* 13. *& tom.* 3. *diſp.* 660. Pater Sanchez *d. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 24. *& ſeqq.* Gaſpar Pegado *fiſcalium quæſt. cap.* 8. *num.* 15.

§. XII. Secundo ex deciſione *d. §. Cornelis* expendenda expediendaque breviter eſt quæſtio nobilis, an ſcilicet majoratus poſſeſſore religionem ingrediente & profeſſo, ſtatim ſequens ſucceſſor admittatur, an potius naturalis mors monachi expectanda ſit, bonis interim apud monaſterium manentibus. In qua quæſtione, ut diſputatio clarior procedat, ſupponimus in primis, loqui nos de majoratu, in quo non ſit expreſſa clauſula, ſiva conditio excludens monachos a ſucceſſione, quæ clauſula in majoratibus ex regia facultate inſtitutis, vel ſine ea in omnibus præter eos, qui fiunt a patre inter liberos ex tertio bonorum juxta formam *l.* 27. *Tauri.* frequens validaque eſt, ut reſolvunt poſt alios Molina *lib.* 2. *de primogen. cap.* 12. *num.* 54. Gutierrez *de matr. cap.* 21. *num.* 16. Pater Sanchez *eod. tractatu lib.* 1. *diſputatione* 34. *num.* 15. & in *præcepta decalogi tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 15. *num.* 6. Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 12. *num.* 48. *& lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 27. *& tom.* 5. *cap.* 99. *per tot. & cap.* 100. *num.* 3. & ſi ea conditio excludens monachum in majoratu adſit, ſtatim poſt profeſſionem poſſeſſoris ſequentem admitti indubitatum eſt, ut poſt alios notat noſter Pichard. *d. cap.* 7. *num.* 84. Ergo in majoratibus, in quibus ea clauſula ſeu conditio deficit, in quæſtione propoſita eſt receptiſſima diſtinctio, quæ fit inter profeſſum in monaſteriis bonorum incapacibus etiam in communi, qualia ſunt fratrum minorum de obſervantia, & capucinorum ex declaratione concilii Tridentini *ſeſſione* 25. *de regularibus cap.* 3. & domus profeſſæ ſocietatis Jeſu, quoad bona ſtabilia immobilia ex traditis a Patre Sanchez in *præcepta decal. tom.* 2. *lib.* 6. *cap.* 18. *num.* 11. & profeſſum in monaſteriis capacibus bonorum ſaltem in communi, qualia ſunt exceptis ſuperioribus omnia reliqua ex indulto concilii Tridentini *d. ſeſſione* 25. *cap.* 3. ubi late Barboſa in *collectaneis.* Proinde ut a poſteriore hac diſtinctionis parte, ut pote minus controverſa, incipiamus, ſi monaſterium, in quo poſſeſſor majoratus profeſſus eſt, ſit capax bonorum in communi, placuit communiterque obtinuit, eſſe expectandum naturalem mortem profeſſi, ut ſequentibus locus fiat, neque interim admitti, ſed monaſterium ex perſona profeſſi, quamdiu ille vivet, bonis majoratus fruiturum, ut *arg. d. §. Cornelio.* juncta *authent. ingreſſi C. de ſacroſ. eccleſ. cap. in præſentia de probat. cap. quia ingredientibus* 8. *cum ſeq.* 19. *quæſtione* 3. docuit Bartolus in *l. cum pater* 77. *§. hereditatem ff. de leg.* 2. quem ſequuntur magno adſenſu veteres novioresque, & præter laudatos a Pichard. *ubi ſupra num.* 100. Molina *de primogen. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 95. Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 12. *num.* 56. Anguiano *de legibus lib.* 2. *controverſ.* 17. *num.* 5. idque extra controverſiam eſt in majoratibus inferioris ordinis, nempe inſtitutis ex bonis omnino privatis patrimonialibusque. At in eis, quibus annexa inſignior aliqua juriſdictio oppidorum, vel dignitas Ducatus Marchionatus aut comitatus eſt, invaluit conſuetudo & ſententia, docens ſucceſſionem eorum ex perſona poſſeſſoris profeſſi, neque interim, quamdiu ille vivit, deferri monaſterio, quod hujusmodi majoratuum incapax cenſetur, ſed ſtatim ſequentes admitti, ut *arg. cap. placuit* 8. 16. *quæſtione* 1. *cap.* 2. *& toto tit. ne clerici vel monachi*, poſt gloſſam in *cap. ſcripſit* 26. *verbo dignitate* 26. *quæſtione* 2. tradidit Molina *d. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 81. *& ſeqq.* & plures apud eum noviſſime in *addit.* qui & diſputant, an etiam monaſterium excludatur a majoratibus, in quibus inſtituendis expreſſa fuit ratio conſervationis familiæ cum præcepto delationis nominis & armorum.

§. XIII. Rurſus quoad primam illam diſtinctionis partem de profeſſo in monaſterio bonorum incapaci in communi, quamvis non pauci neque improbabiliter exiſtimaverint, expectandam eſſe etiam in hoc caſu mortem naturalem profeſſi, atque interim ejus heredes bonorum majoratus fructibus fruituros, quia dies admittendi ad fideicommiſſum familiæ vel majoratuum ſequentis ſucceſſoris venire non videtur ante mortem naturalem profeſſi, cum poſſit ante illam, qui tempore profeſſionis proximior eſt, decedere & alii locus fieri, qui tempore naturalis mortis profeſſi ſit proximior. ex ratione *d. §. Cornelio.* juncta *l. ex facto* 17. *§. ſi quis rogatus, verſ. ſed cum decedit ff. ad S. C. Trebell.* ubi jus eligendi datum ei, qui poſtea in metallum damnatus eſt, expirare non creditur ante mortem naturalem ipſius, neque ante illam fideicommiſſum cedit aut reſtituitur, quomodo expendunt exiſtimantque in quæſtione propoſita poſt Salicetum in *l.* 1. *num.* 6. *C. de hered. inſt.* cum pluribus Coſta in *præſenti parte* 2. *num.* 13. & in *cap. ſi pater, verbo ſi abſque liberis num.* 61. *de teſtamentis lib.* 6. & laudati ex noſtratibus a Pich. *num.* 105. Chumazero *d. cap.* 11. *num.* 7. Contrarium tamen verius & judiciorum uſu receptius eſt, nempe ſtatim poſt profeſſionem poſſeſſoris in monaſterio incapaci ſequentem proximiorem ad majoratum admitti, quoniam ſcilicet monachatus civilis quædam mors profeſſi eſt, quoad ſeculum. *cap. placuit* 8. ubi DD. 16. *quæſt.* 1. *l. Deo nobis* 53. *C. de ſacroſ. eccleſiis.* maxime quoties profeſſio fit in religione, ubi non modo profeſſus ipſe, ſed etiam ex ejus perſona monaſterium in communi incapax bonorum eſt, quo caſu idem effectus civilis hujus mortis & naturalis cenſetur, & ideo juxta ſententiam propoſitam ſupra §. 6. & 7. intelligitur veniſſe dies admittendi ad fideicommiſſum ſeu majoratum ſequentis ſucceſſoris, perinde ac ſi jam profeſſus naturaliter mortuus eſſet; proindeque nec videtur poſſe ante illum mori fideicommiſſarius, nec profeſſus ipſe alias res adquirere. Quæ ſingula diverſa ſunt in ſpecie *d. §. Cornelio.* ut conſiderant reſpondentes etiam objectioni *d. l. ex facto* 17. *§. ſi quis rogatus* 6. de qua jam nos, docentque Bartolus opinionis hujus aſſertor in *l. cum pater* 77. *§. hereditatem num.* 1. *ff. de leg.* 2. Molina *lib.* 1. *de primogen. cap.* 12. *num.* 69. & præter laudatos a Pich. & Chumazero *ubi ſupra.* Pater Sanchez in *præcepta decalogi cap.* 15. *lib.* 7. *num.* 10. Caldas Pereira *de nominatione emphyteutica quæſt.* 6. *num.* 14. *& de renovatione emphyteutica quæſt.* 12. *num.* 49. Flores de Mena *lib.* 1. *variarum quæſt.* 76. *art.* 2. *§.* 2. *num.* 7.

§. XIV. Sed ut a diverticulo illationum *d. §. Cornelio.* ad Regiam rectamque viam principalis quæſtionis noſtræ, & ad explicanda argumenta in contrarium ſupra §. 4. adducta jam revertamur,

 non

non obſtat item ſententiæ noſtræ perpenſum ſimul cum *d.* §. *Cornelio.* pro primo argumento Papiniani reſponſum in *l. cum pater* 77. §. *hereditatem* 4. *ff. de leg.* 2. *d. l. ex facto* 17. §. *ſi quis rogatus* 6. *ff. ad S. C. Trebell.* quibus probatur, rogato filio, ut hereditatem, cum moriatur, reſtituat filiis ſuis, vel cui ex his voluerit, etiamſi filius poſtea deportatus ſit, non cedere aut venire diem fideicommiſſi ante mortem naturalem ipſius, neque deportatione facultatem eligendi perimi, & conſequenter caſum mortis expreſſum in conditione fideicommiſſi non extendi aut impleri per deportationem, namque reſpondetur communiter, ideo in *d.* §. *hereditate* deportationem morti non æquiparari, neque fideicommiſſum ſtatim reſtitui, quia non perimitur deportatione facultas eligendi, ſed eligere deportatus poteſt, etiam dum deportatus eſt. *d.* §. *ſi quis rogatus* 6. ibi: *etiam deportato ei tribuit eligendi facultatem*, quoniam facultas eligendi ſemel ante deportationem quæſita cenſetur deinceps in facto conſiſtere, quamvis refertur ad implementum conditionis eligendi. *d.* §. *ſi quis rogatus* 6. ibi: *jam parere conditioni.* quod implementum facti eſt. *l. qui heredi* 44. *l. Mævius* 55. *ff. de condit. & dem.* & verſatur in ſola explicatione voluntatis eligentis, quæ etiam facti eſt. *l. ſi ſtipulatus fuerim* 77. *ff. de V. O.* juncta *l. conſilio* 7. §. *ult. ff. de curat. furioſo. l. bonæ fidei* 48. §. *in contrarium ff. de adquir. rer. dom.* deportatus autem etiam poſt deportationem manet capax eorum, quæ facti ſunt. *l. legatum* 10. *ff. de cap. minut.* ita interpretantur poſt Bart. in *d.* §. *hereditatem.* Claſſici omnes teſte Jaſone in *l. centeſimis* 46. §. *ult. num.* 12. *ff. de V. O.* & ex novioribus Academiæ Anteceſſoribus Pich. ad *hunc tit. cap.* 7. *num.* 113. & 130. *cum ſeqq.* Larea *deciſionum Granatenſium tom.* 1. *deciſ.* 31. *num.* 5.

§. XV. Verum huic interpretationi, quatenus docet, deportatum etiam deportatione manente poſſe eligere, obſtat implacabiliter in primis Ulpianus in *d.* §. *ſi quis rogatus* 6. ubi Papiniani ſententiam ex *lib.* 8. *reſponſ.* quæ extat in *d.* §. *hereditatem.* referens, affirmat Papinianum tribuere deportato facultatem eligendi, *cui liber factus fideicommiſſum reſtitui velit*, atque ita non ut eligat, dum deportatus eſt, ſed poſtquam reſtitutus in priorem ſtatum fuerit, & quamvis ea verba *cui liber factus* varie interpretentur poſt Accurſium Cumanus, Alexander, & Ripa in *d.* §. *ſi quis rogatus* 6. & emendet Cujacius *lib.* 3. *obſervationum cap.* 10. & *lib.* 8. *reſp. Pap.* in *d.* §. *hereditatem.* pro verbis illis, *cui liber factus*, reponens *cui liberorum*, ſubſcribentibus Pich. & Larea *ubi proxime.* tamen & interpretationes elufioriæ, & emendatio contra fidem omnium librorum, ideoque improbabiles ſunt, ut oſtendit Emanuel Coſta in *præſenti parte* 2. *num.* 20. & 21. Obſtat etiam juris ratio rationem ſuperioris interpretationis convincens, qua attenta ſi, quia electio facti eſt, capax eligendi eſt deportatus, dum deportatus manet, conſequens eſt fateri, idem in eadem quæſtione dicendum eſſe in ſervo pœnæ, ſive in damnato in metallum, quoniam & iſte capax eſt eorum, quæ facti ſunt, veluti legati alimentorum. *l. is cui* 11. *ff. de alimen. & cibar. legat. l.* 3. *ff. de his quæ pro non ſcr. hab.* juncta *d. l. legatum* 10. *ff. de cap. min. l. cum Ulpianus* 16. *ff. de interd. & releg.* ſicut & alioquin ſervi ex ſua perſona capaces ſunt eorum, quæ facti ſunt. *l. ſervos* 17. *ff. de alim. & cib. leg. d. l. qui heredi* 44. *ff. de condit. & dem.* §. *ſed cum factum inſt. de ſtipulat. ſerv.* & tamen conſequens falſum eſt; conſtat enim electionem, quæ deportato in propoſita ſpecie tribuitur, non tribui ſervo pœnæ, ſed penitus in eo extingui. *d.* §. *ſi quis rogatus* 6. quibus argumentis quamvis parum firmatis & levioribus aliis a communi interpretatione diſceſſit merito inſignis JCtus Fortunius Garzia in *præſenti num.* 22. & poſt eum Coſta *ubi proxime*, & *lib.* 2. *ſelect. cap.* 24.

§. XVI. Subſcribo itaque potius Fortunio, & Coſtæ, & ante eos Socino in *d.* §. *ſi quis rogatus.* affirmantibus, deportatum, dum deportatus eſt, non poſſe eligere, & quod Papinianus ſcribit in *d.* §. *hereditatem* 4. eligendi facultatem non eſſe pœna peremptam, ſic accipiendum eſſe, ut non extinguatur ſive intercidat, ſed ceſſet veluti & in ſuſpenſo ſit, quia quamvis interim eligere non poſſit, poteſt tamen ſi reſtitutus ſit, quemadmodum eodem ſenſu legatum conditionale non extingui deportatione legatarii, quia reſtitui poteſt, ſcribit Ulpianus in *l. intercidit* 59. *ff. de condit. & dem.* atque ita etiam quod ex Papiniano proponitur in *d.* §. *ſi quis rogatus* 6. etiam deportato ei tribui eligendi facultatem, explicatur *ibidem*, ita nempe, ut eligat liber factus, cui fideicommiſſum reſtitui velit. Diverſum autem eſt in ſervo pœnæ, in quo ita facultas eligendi perimitur, ut jam deinceps parere conditioni eligendi non poſſit, quia per ſervitutem, quam damnatio irrogat, deceſſiſſe intelligitur, & quidem ſine liberis, ſi nullum filium ante damnationem ſuſceperit, & cum civiliter decedat, ſive pro mortuo habeatur, nulla ſpes ſupereſt reſtitutionis, cujus intuitu electionem ei demus, quam Papinianus deportato tribuit in ſpem & caſum, quo reſtituatur, quomodo & expendenda & exponenda eſt Ulpiani ſententia & contextus in *d.* §. *ſi quis rogatus* 6. *verſ. ſed ſi ſervus uſque ad finem.* & appoſite in re ſimili ratiocinatur idem Ulpianus in *d. l. intercidit* 59. *ff. de condit. & dem.* Plane propoſitæ aſſertionis, cur ſcilicet, quamvis facti electio ſit, neuter tamen nec deportatus, nec pœnæ ſervus durante damnatione poſſit eligere, & differentiæ item ratio, ob quam deportatus poſt reſtitutionem eligat, & in ſervo pœnæ contrarium ſit, deducenda ex eo eſt, quia facultati eligendi a teſtatore datæ ei, qui teſtamenti tempore deportatus non erat, ineſſe tacite ex præſumpta voluntate teſtantis videtur conditio illa, ſi ſtatum non mutaverit, ſed idem ille homo permanſerit, *arg. l. cum quis* 38. *ff. de ſolut.* juncta *l. qui heredi* 44. *verſ. quemadmodum ff. de condit. & dem.* Deportatio autem efficit, ut alius homo eſſe cenſeatur, qui deportatus eſt, ut in ſimili & eleganti ſpecie docet Ulpianus in §. *ex facto* 5. *d. l. ex facto* 17. *ff. ad S. C. Trebell.* quem ſubtiliter ad rem expendit Coſta *d. parte* 2. *num.* 30. & *lib.* 2. *ſelect. cap.* 24. *num.* 3. & a criterio Antonii Fabri Triboniano eum §. ex *verſ. nos igitur* adſcribentis, *lib.* 17. *conject. cap.* 20. vindicat, exponens poſt multos noſter Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 12. & in *l. un. num.* 28. *C. pœnis fiſcalibus creditores præferri.* & ideo non ex defectu poteſtatis, ſive capacitatis eorum, quæ facti ſunt, non eligit interim deportatus, ſed ex defectu voluntatis teſtantis, quia cenſetur eſſe alius homo ab eo, cui teſtator electionem tribuit, & tamen, quia reſtitui in veterem ſtatum a principe poteſt, & probabilis benignaque eſt reſtitutionis ſpes in deportato, ut pote libero homine, & jure gentium non mortuo. *l. ſunt quidam* 17. *ff. de pœnis.* reſtitutio autem, cum in integrum ſit, faciat ut reſtitutus idem homo, qui ante deportationem fuit, eſſe exiſtimetur. *l.* 1. in *fine C. de ſententiam paſſis.* operatur etiam ſpes reſtitutionis, ut non intelligatur interim perempta facultas eligendi, ſed veluti in pendenti retenta in eum caſum, quo electurus ſit per reſtitutionem ille idem, cui teſtator electionem commiſit. E contrario in ſervo pœnæ non ceſſat, ſed perimitur prorſus electio, tum quia ſervus non ſolum alius homo eſt. *l. qui res* 98. §. *aream, verſ. nec admiſſum ff. de ſolut.* ſed etiam juris intellectu nullus. *l. quod attinet* 32. *ff. de R. J.* tum etiam quia cum ſervus juris cenſura pro mortuo ſit, non eſt magis probabilis in eo ſpes, ut reſtituatur, quam in naturaliter mortuo ut ſuſcitetur. *d. l. intercidit* 59. juncta *l. generaliter* 24. §. *ſi ſervus in metallum* 5. *ff. de fideicommiſſar. libert. l. homo liber* 21. *ff. de ſtatu hominum.* etſi reſtitutus ſit potius alius homo vel novus, quam

ille

ille qui ante damnationem fuit, cenſetur *arg. d. l. qui res* 98. §. *aream verſ. nec admiſſum. l. ſervus* 27. §. 1. *ff. de adim. leg.* Unde etiam apparet, ut argumento propoſito ſupra §. 14. reſpondeamus, ideo caſum mortis in *d.* §. *hereditatem*, & in *d.* §. *ſi quis rogatus.* non extendi ad deportationem, quoniam hæc quoad ceſſionem fideicommiſſi, de quo ibi, non eſt ejusdem effectus ac mors naturalis, cum per iſtam perimatur electio, & per deportationem non item, ut præ cæteris explicat Coſta nuper laudatus diluens etiam leviora reliqua, quæ huic interpretationi objiciuntur.

§. XVII. Illud, antequam digrediamur, in *d.* §. *ſi quis rogatus* eget interpretatione, neque omitti poteſt, quod Ulpianus ſupponit in verbis *cui liber factus*, nempe deportatum reſtitutione liberum fieri, & conſequenter ante reſtitutionem, & quamdiu deportatio durat, liberum non eſſe, quod ſane abſurdum aut obſcurum eſt, cum conſtet deportationem eſſe minorem ſive mediam capitis deminutionem, per quam civitas ſola amittitur, & libertas retinetur. *tit. inſt. de cap. demin.* ſed omiſſa Cujacii emendatione huic difficultati occurrente, quam retulimus rejecimusque ſupra §. 15. & ſequitur Fab. in *Rat. l. amiſſione* 5. *ff. de cap. min.* affirmandum potius breviter eſt, deportatum reſtitutione liberum fieri, dici eo ſenſu, quia quamvis ante reſtitutionem, & dum deportatus eſt, retineat libertatem naturalem gentium jure omnibus communem. *d.* §. *minor. l. ſunt quidam* 17. *ff. de pœnis.* cum tamen civitatem Romanam amiſerit, non retinet libertatem civilem, ſive juris quiritium, quæ ex libertate naturali & civitate Romana conſtat, & vocatur *juſta & major libertas* a Juſtiniano vulgo in hac re non animadverſo in §. *ult. inſt. de libertinis.* namque ut eodem ſenſu Cicero in *oratione pro Cæcina* ſcribit, *non poteſt jure quiritium liber eſſe is, qui in numero quiritium non eſt.* Fit itaque deportatus reſtitutione liber, quia cum civitate conſequitur libertatem juris quiritium. Neque ejus libertatis & inde explicationis petendæ genus novum aut ſine exemplo, ſic enim & quod ſcriptum eſt vexato alioquin valde loco in *l. cognitionum* 5. §. *conſumitur ff. de extraord. cognit.* deportatione libertatem adimi, interpretantur de libertate juris quiritium Cujac. in *not. prioribus ad inſtitutiones* in *d.* §. *minor de cap. minut. & lib.* 3. *obſervat. cap.* 10. Duarenus *lib.* 1. *diſput. cap.* 9. quamvis aliter & varie poſt alios idem Cujac. *lib.* 11. *Pauli ad Edictum* in *d. l.* 5. *ff. de cap. min.* ubi & Faber in *Ration.* & in *Juriſprud. Papin. tit.* 16. *pr.* 1. *illatione* 3. Eguinarius Baro in *l. Imperator* 18. *ff. de ſtatu hominum.* Briſſonius *de ritu nupt. pag. mihi* 210. Rævardus *lib.* 3. *varior. cap.* 5. Hilligerus ad Donellum *lib.* 21. *cap.* 5. *lit. AA.* ſic etiam quod in quæſtione & deciſione *l.* 5. §. *ult. ff. de ſtatu hominum.* ſignificatur, mulierem civitate expulſam non eſſe liberam, exaudiunt reſpectu libertatis juris quiritium Goveanus *lib.* 2. *variarum lectionum cap.* 11. Cujacius *ubi ſupra*, & ad *pr. inſt. de ingenuis.* quamvis Triboniano eum textum interpolatum imputet Rævardus *lib.* 7. *variorum cap.* 13. ſic denique, quod Papinianus in *l.* 2. *ff. ne de ſtatu defunct.* ſupponit, niſi præſcriptio quinquennii a morte patris obſtet, poſſe filiis quæſtionem libertatis jure ſeu cum effectu inferri propter patris memoriam, quaſi ſcilicet patris conditionem filii ſequantur, & ſi ille ſervus fuerit, ſint etiam ſervi futuri, quod tamen falſum aperte eſt. *l. partum* 7. *C. de rei vindicat. l.* 3. *C. ſol. matr. pr. inſtit. de ingenuis.* referendum forſitan eſt, ut Cujacius *lib.* 14. *reſponſ. Pap.* in *d. l.* 2. ſentit præſentitve, ad libertatem juſtam ſeu juris quiritium conjunctam nempe civitati Romanæ, cujus civitatis controverſia fieri poteſt filio ex perſona patris, ſi pater fuerit peregrinus, etiamſi mater civis Romana ſit, quia eo caſu, quamvis connubium interveniat, ſequitur partus conditionem deterioris parentis nempe patris, & peregrinus eſt, non liber jure quiritium, ſive civis ex lege Menſia teſte Ulpiano in *fragm. tit* 5. §. *connubio.* quæ lex Menſia intelligitur *legis ſpecialis* nomine in hac re apud Ulpianum in *l. lex naturæ* 24. *ff. de ſtatu hominum.* ubi ita contra Accurſium, Claſſicos, & Eguinarium, ſimulque Scholiaſten juris Baſilic. *lib.* 46. *tit.* 1. in *d. l. lex naturæ* 24. varie hallucinantes, & contra Fabrum in *Rat. d. legis* 24. poſtrema ejusdem verba Triboniano adſcribentem exponunt Cujacius in *l.* 1. §. *hujus ſtudii ff. de juſt. & jure.* Briſſon. *de jure connubiorum pag. mihi* 243. Hotmanus *de legibus Romanis*, in *l. Menſia.* Guilielmus Fornerius *lib.* 2. *ſelect. cap.* 6.

§. XVIII. Supereſt adhuc pro coronide ſecundi argumenti explicandum difficile Papiniani reſponſum, propoſitis hucusque cohærens conſequensque in *l. ex ea parte* 121. §. *in inſulam ff. de V. O.* ubi probatur, ſtipulationem collatam in tempus mortis promiſſoris per verba, *cum morieris dari*, non committi, etiamſi ille deportatus ſit, ſive non niſi eo naturaliter moriente committi. Unde & fortiter proprieque evincitur, caſum mortis ſpecialiter expreſſum non extendi ad deportationem, ut ex eo textu docet deducitque Cujacius *lib.* 11. *reſp. Pap.* & in *recitationibus ad tit. ff. de V. O.* in *d.* §. *in inſulam.* ſed reſpondendum eſt, in ea ſpecie ſtipulationem non niſi naturaliter moriente promiſſore committi, & caſum mortis ad deportationem non extendi, tum ex præſumpta mente contrahentium, qua attenta dies mortis in gratiam debitoris & ad differendam ſolutionem adjici intelligitur. *l. eum qui* 41. §. *quoties ff. de V. O. l. ſum tempus* 17. *ff. de R. J.* tum ex natura ſtricta ſtipulationis, in qua caſum verbis non expreſſum pro omiſſo habemus, interpretamurque ſecundum promiſſorem & contra ſtipulatorem. *l. ſtipulatio* 38. §. *in ſtipulationibus* 18. *l. quidquid* 99. *ff. de V. O.* cederet autem diei mortis adjectio damno promiſſoris, & contra ſpem reſtitutionis, eſſetque contra eum & ſecundum ſtipulatorem interpretatio omiſſionis caſus deportationis, ſi ſtatim poſt eam & ante mortem naturalem promiſſoris committeretur ſtipulatio, ut explicant poſt Bartolum in *d.* §. *in inſulam.* conſentientes effectu Duarenus, Donellus, & Giphanius *ibidem.* & poſt Jaſonem in *præſenti num.* 2. ex noſtris Pich. *d. cap.* 7. *ad hunc tit. num.* 148. Chumazero *ſelect. cap.* 10. *num.* 7. Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. c.* 12. *num.* 28. & 92.

§. XIX. Plane quod in *d.* §. *in inſulam* ſignanter ſignificatur, ſaltem moriente naturaliter deportato ſtipulationem committi, & eo adhuc vivo, cum moriendi extremum inſtans vitæ adſcribatur. *l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de man. teſtam.* juncta traditis ad *pr. l. noſtræ cap.* 3. §. 25. ne difficile aut falſum ex eo, quia ſtipulatio quæ civilis juris eſt. *l. ea quæ* 53. *ff. de adquir. rer. dom. l. ſi ullus* 27. §. *pactus ff. de pactis.* non poteſt committi contra deportatum, ut pote incapacem juris civilis. *l. quoties* 14. §. *ult. ff. de novat.* juncta *l. ſunt quidam* 17. *ff. de pœnis.* ſic explicandum eſt, ut ſtipulatio ante deportationem atque ita eo tempore, quo promiſſor capax erat, contracta committatur moriente deportato non contra eum, quia ex contractu præcedente deportationem, etiamſi juris gentium fuerit, nec civiliter nec naturaliter poſtea tenetur. *l. tutela* 7. §. *ult. ff. de cap. min. l. ſi debitori* 47. *ff. de fidejuſſor.* ſed contra fiſcum, in quem bona deportati transeunt cum ſua cauſſa etiam ſtipulationum & debitorum conditionalium. *l. inter* 26. §. *ult. ff. de pactis dotalib. l. ex facto* 17. §. *ex facto ff. ad S. C. Trebell.* neque repugnat his, quod extat in *d. l. quoties* 14. §. *ult.* ex qua contrarium deducunt poſt Cujacium in *d.* §. *in inſulam.* Heringius *de fidejuſſoribus cap.* 7. *num.* 599. & inter Academicos Anteceſſores Valentia *lib.* 2. *illuſtrium tractatu* 2. *capite* 1. *num.* 17. diſerte & ingenioſe noſter olim antagoniſta D. Martinus de Larreategui *lib.* 1. *ſelect. cap.* 5. *num.* 7. & ante eos Caſtrenſis in *d. l. quoties* 14. §. *ult.* &

& in qua ſe neſcire quid dicat fatetur Cumanus *ibi num.* 6. Nec percipiunt ſatis Don. *lib.* 16. *comm. cap.* 20. Briſſonius *lib.* 2. *de ſolut. pag. mihi* 224. Namque reſpondendum eſt, non negari in *d. l.* 14. §. *ult.* ſtipulationem conditionalem committi poſt deportationem promiſſoris contra fiſcum, ſed dumtaxat affirmavit, novationem ex ea non contingere, quia ut ea contingat, neceſſe eſt obligari perſonam promiſſoris, vel ipſius hereditatis heredisve, a quibus repræſentatur. *l. novatio* 24. *ff. de novat.* ſentit Theophilus in §. *præterea verſ. non idem inſtit. quibus mod. toll. obl.* in propoſito autem promiſſor ipſe non obligatur, ut pote deportatos. Fiſcus vero, qui obligatur, neque proprie heres eſt deportati. *l. cum ratio* 7. §. *ult. ff. de bon. damn. l. inter eos* 51. §. *ult.* ubi DD. *ff. de fidejuſſor.* neque deportati perſonam repræſentat, immo obligatur, quia ſucceſſor bonorum eſt non perſonæ. *l.* 2. *C. ad l. Jul. de vi publ. l. ex facto* 17. §. *ex facto ff. ad S. C. Trebell.* & conſequenter non eſt perſona, cum conditio ſtipulationis exiſtit, quæ obligetur, ita ut ad novationem ſufficiat. *d. l.* 14. §. *ult.* quam ſic exponit poſt Salicetum in *l. ult. num.* 6. *verſ. iſte intell. C. de contrah. empt.* Petrus Barboſa in *l. ſi conſtante* 25. §. *ult. num.* 7. *ff. ſol. matr.*

§. XX. Pergimus jam ad tertium contra ſententiam, quam defendimus, argumentum deductum ex *l. commodiſſime* 10. *hoc tit.* eum laudatis ſupra §. 4. quibus probatur, caſum omiſſum habendum eſſe pro omiſſo, neque ad eum a caſu expreſſo fieri extenſionem debere, quamvis in utroque eadem ratio ſit, qualis eſt in poſthumo nato poſt mortem patris, & in nato poſt teſtamentum vivo patre, quoad neceſſitatem inſtituendi juxta *d. l. commodiſſime* 10. cujus argumento veluti decretorio poſt alios opinionis contrariæ aſſertores Ant. Fab. *lib.* 9. *conject. cap.* 3. contendit, non licere JCtis caſum expreſſum ad ſimiles producere, quia id eſſet non interpretari voluntatem teſtantis, ſed ſupplere; hoc autem fieri non poſſe ſine auctoritate legis, ut Velleæ in *præſenti*, aut reſcripti Imperatorum, ut in *l. ult. C. de poſth. hered. inſt. l. jam hoc jure* 4. *ff. de vulg.* ſed vulgari diſtinctione inter conditionem neceſſariam & voluntariam, ejusque diſtinctionis cenſura tantisper omiſſa, de qua poſtea repudiatis & variis hujus difficultatis ſolutionibus, quas referunt refutantque Sarmiento in *præſenti num.* 25. Coſta *parte* 5. §. 1. *num.* 94. obſervandum eſt, non evinci ex *d. l. commodiſſime* 10. caſum in conditione inſtitutionis expreſſum non extendi ad caſum ſimilem, quod falſum & contrarium ſententiæ noſtræ eſſet, ſed illud potius, nempe non extendi ad caſum contrarium, ſive quem tanquam contrarium excludere teſtator voluit, quod diverſum & verum eſt ea ratione, quia cum conditionis natura ea ſit, ut datum ſub conditione videatur ſub contraria conditione ademptum. *l. aliquando* 106. *ff. de condit. & dem. l. quod pure* 6. *ff. quando dies leg. ced.* repugnat voluntati teſtantis & conditionis naturæ, ut inſtitutus in caſu expreſſo ſub conditione intelligatur etiam inſtitutus in caſu contrario, ut docent poſt Angelum in *l. ſi pater* 26. *ff. de vulg.* Baldus in *l. qui ex duabus* 53. *ff. de adquir. hered.* unde & poſthumus inſtitutus ſub conditione, *ſi me vivo naſcetur*, non cenſetur inſtitutus ſub contraria, ſcilicet *ſi me mortuo naſcatur. d. l. commodiſſime* 10. & e converſo inſtitutus ſub conditione, *ſi poſt mortem patris naſcatur*, habetur pro non inſtituto, ſive pro præterito, ſi naſcatur vivo patre. *d. l. ſi pater* 26. ubi ſic Angelus, quamvis aliter Jaſon in *l.* 3. *num.* 8. *C. de her. inſtit.* & ſubſtitutus pupillo, ſi intra decimum annum deceſſerit, non admittitur pupillo moriente poſt 10. annum, etiamſi ante pubertatem. *l. ſi ita quis* 21. *ff. de vulgari.* quia conditio iſta, ſi intra 10. annum, excludit ut contrarium caſum, quo non intra 10. ſed poſt eum quamvis ante pubertatem deceſſit, ex regula *l. Imperator* 8. *ff. de poſtulando.* cujus argumento utitur pro interpretatione *d. l. ſi ita quis* 21. Bart. *ibi.* reprehenſus immerito a Jaſone *ibidem num.* 7. laudatusque a Berojo in *cap. Rainutius num.* 335. *de teſtam.*

§. XXI. Neque ſententiæ *d. l. commodiſſime* ſic expoſitæ adverſatur Juſtiniani conſtitutio in *d. l. ult. C. de poſth. hered. inſt.* quippe omiſſis in hac re traditis ab Hotmano *lib.* 6. *obſervat. cap.* 21. Balduino in *Juriſpudentia Muciana pag.* 148. omiſſa etiam non inſubtili conciliatione Caſtrenſis in *d l. ult. num.* 4. Cumani in *d. l. commodiſſime* 10. præferenda omnino eſt certa, receptaque explicatio Chriſtophori Caſtellionis, quem ſequuntur poſt alios Jaſon in *d. l. ult.* ubi Donellus, & in *d. l. commodiſſime* 10. ubi Cujacius, Connanus *lib.* 10. *comm. cap.* 10. *num.* 2. plures relati a Coſta in *præſenti parte* 5. *num.* 96. & poſt plures Gilkenius in *præſenti num.* 16. qui affirmant, rationem decidendi in *d. l. ult.* & differentiæ inter eam ſpeciem & propoſitam in *d. l. commodiſſime* 10. pendere ex verbis illis adjectis inſtitutioni poſthumi in *d. l. ult.* nempe, *qui intra decem menſium ſpatium poſt mortem meam editi fuerint: ſive qui intra decem menſes proximos naſcentur;* ex quibus apparet, voluiſſe teſtatorem inſtitutionem conferre in eum caſum, quo poſthumus ex eo natus editusve, ſive filius ejus legitimus cenſeri poſſet & deberet, qualis eſt natus intra decem menſes a morte teſtatoris, & conſequenter verba *poſt mortem meam* explicantur ex adjunctis verbis *intra decem menſes*, cenſeturque teſtator voluiſſe dumtaxat excludere poſthumum, qui poſt decem menſes a morte illius naſceretur, quoniam tunc filius ejus dici non poteſt. *l.* 3. §. *poſt decem ff. de ſuis & legitimis.* juncto *pr. noſtræ l. Gallus*, & ibidem traditis ſupra *cap.* 3. §. *penult. & ult.* quocirca in ea conditione, *ſi intra decem menſes*, caſus contrarius & a teſtatore excluſus eſt ille, quo poſthumus poſt decem menſes a morte teſtatoris naſcetur, non autem ille, quo naſcitur vivo teſtatore, quin potius caſus iſte ſimilis, & ad quem extenſio merito fit; quamvis aliud ſit in *d. l. commodiſſime* 10. ubi verba *ſi mortuo me* opponuntur directe aperteque illis, *ſi vivo me.* Idcirco autem Juſtiniani conſtitutio neceſſaria fuit, non ut Antonius Faber contendit, & ante eum Hotmanus *lib.* 6. *obſervat. cap.* 21. quia a caſu ad caſum inſtitutionem extendere non liceret Conſultis, ſed quia inter eos extenſio controverſa erat in ſpecie *d. l. ult.* ob ſimilitudinem quæſtionis *d. l. commodiſſime* 10. quas diſtinguere & declarare oportuit, quemadmodum & eadem ex cauſſa ambiguitati ſcilicet tollendæ lata fuit conſtitutio Marci & Veri in ſpecie *l. jam hoc jure* 4. *ff. de vulg.* quomodo hæc ſingula concilianda ſunt, quamvis apertam in hac re antinomiam inter *d. l. commodiſſime* 10. & *d. l. ult.* & priorem poſteriore abrogatam agnoſcant poſt alios Merillius in *quinquaginta deciſ. Juſtin. in d. l. ult.* & poſt Balduinum Cujacius in *d. l. commodiſſime* 10.

§. XXII. Ejusdem argumenti & interpretationis ſunt textus in *l. ſi cum dotem* 22. *ff. ſol. matrimonio. l. inter* 26. §. *ult. verſ. poſt verum ff. de pact. dot.* quibus docemur, pactionem vel ſtipulationem a patre vel extraneo dotem dante interpoſitam, ut dos reſtituatur in caſum certum matrimonii ſoluti veluti divortium vel mortem, non extendi ad caſum omiſſum, etiamſi ſimilis ejusdemve effectus ſit quoad matrimonium diſſolvendum; namque ea traditio, præterquam quod referri ratio ejus poteſt ad naturam ſtipulationis vel pacti, quæ in dubio interpretamur pro debitore & contra creditorem, vel ſtipulatorem. *l. quidquid* 99. *ff. de V. O. l. veteribus* 39. *ff. de pactis. l. Arrianus* 47. *ff. de O. & A.* junctis traditis ſupra §. 18. nititur etiam ea ratione, quia qui in caſum ſpecialem expreſſum dotem ſibi reſtitui cavit, cenſetur caſus reliquos veluti contrarios excluſiſſe, *arg. d. l. inter* 26. §. *cum inter ff. de pact. dot.* ſive quod verius eſt, neglexiſſe & reliquiſſe diſpoſitioni juris commu-

munis, quo attento dotis a quocumque datæ actio, niſi quando & quatenus qui dedit reſtitui ſibi ſtipuletur, vel paciſcatur, mulieri ipſi adquiritur. *l. unic. §. accedit C. de rei uxoriæ act.* & ideo non fit extenſio ſtipulationis vel pacti a caſu expreſſo ad caſum omiſſum. *d. l. ſi cum dotem* 22. *d. l. inter* 26. *§. ult.* maxime cum divortii mortiſque caſus, quamvis quoad diſſolvendum jure civili matrimonium ejusdem effectus ſint, non tamen ſint quoad quæſtionem dotis uni vel alteri reſtituendæ, vel a marito retinendæ. *d. l. ſi cum dotem* 22. *l. Bæbius* 30. *ff. de pactis dotal.* quibus ſimilibusque plenius intelligendis jungendi ſunt poſt alios Barboſa in *d. l. ſi cum dotem* 22. *num.* 17. Donellus *lib.* 14. *comm. cap.* 6. Faber *lib.* 5. *conject. cap.* 19. Schiſordegher. *lib.* 2. *ad Fabr. tractatu* 15. *quæſt.* 5. & 6.

§. XXIII. Supereſt ex propoſitis pro tertio argumento, & ad rem magis pertinet Ulpiani fragmentum in *l. fideicommiſſa* 11. *§. ſi cui ita* 11. *ff. de leg.* 3. ubi fideicommiſſo relicto filiofam. ſub conditione, *ſi morte patris effectus ſui juris fuerit*, traditum eſt, ſi ille emancipatione factus ſui juris ſit, non admitti ad fideicommiſſum ante mortem patris, & conſequenter caſum mortis in conditione poſitum non extendi ad emancipationem, aut per eam impleri, etiamſi ejusdem effectus ſit, quod ſane difficiliores explicatus habet, nam & contrarium in eadem ſpecie ab eodem Ulpiano proponitur in *l. mulier* 22. *ff. ad S. C. Trebell. l. ſi ita* 15. *ff. quando dies leg. ced.* ſed obſervandum in primis eſt, probari potius in *d. l. fideicommiſſa* 11. *§. ſi cui ita.* quam improbari ſententiam noſtram, quia ſi caſus mortis non traheretur ad emancipationem, fatendum eſſet, conditionem illam, *ſi morte patris fieret ſui juris*, defeciſſe per emancipationem, quia poſt eam certum eſſe incipit, emancipatum jam ſui juris fieri non poſſe morte patris, & ideo tanquam conditione defectus nec poſt mortem patris ad fideicommiſſum admittendus eſſet, & tamen non defeciſſe conditionem emancipatione, & ad fideicommiſſum eſſe admittendum exprimitur in *d. §. ſi cui* 11. Unde & recte colligitur, conditionem, *ſi ſui juris fiat*, conceptam in caſum mortis impleri per emancipationem, nec movemur, ſi replices, quod ſi conditio expleta intelligeretur emancipatione, ſtatim poſt eam & ante mortem patris admitteretur filius ad fideicommiſſum: quod tamen negatur in *d. §. ſi cui* 11. Namque reſpondendum eſt, ei fideicommiſſo ineſſe & conditionem illam, ſcilicet *ſi ſui juris fiat*, & diem incertum nempe mortis patris; & ideo quamvis emancipatione conditio impleta ſit, ſupereſt tamen dies mortis patris, antequam neque cedit neque peti fideicommiſſum poteſt, *arg. l. in illa* 8. *ff. de V. O. l. uxori* 35. *ff. de uſufructu leg. l.* 4. *§.* 1. juncta *l. dies* 75. *ff. de cond. & dem.* Neque rurſus huic interpretationi repugnat, quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi ita* 15. *ff. quando dies leg. ced.* nempe ſtatim poſt emancipationem fideicommiſſum deberi, diemque cedere, qui morte patris cederet, namque ille textus cum loquatur de fideicommiſſo liberis relicto, & ſit ex *lib.* 5. *diſputat. Ulpiani*, ex quo etiam eſt *d. lex mulier* 22. *ff. ad S. C. Trebell.* & utriusque loci eadem diſputatio & inſcriptio ſit, accipiendus uterque eſt de eo caſu, quo a matre liberis fideicommiſſum relictum eſt ſub conditione, ſi morte patris fierent ſui juris, quo caſu ex conjectura maternæ pietatis præſumimus, matrem diſtuliſſe diem fideicommiſſi in mortem patris; quia non credidit patrem eos emancipaturum, non dilaturam ſi emancipandos ſperaſſet, ut ſcriptum eſt in *d. l. mulier* 22. *verſ. decreviſſe.* quapropter cum dies in filiorum gratiam adjectus cenſeatur, & emancipatione cauſſa dilationis ceſſet, diemque jam expectari filiis noceat, non expectatur ſed fideicommiſſum repræſentat, *arg. l. a filia* 62. *§. alumno ff. ad S. C. Trebell.* diverſum autem eſt in *d. §. ſi cui* 11. ubi fideicommiſſum non a matre liberis relictum proponitur, & ideo ceſſante conjectura maternæ pietatis dies in gratiam heredis onerati adjectus præſumitur, idcircoque expectandus eſt. *l. cum tempus* 17. *ff. de R. J.* explicat ita primus Raphael Cumanus in *d. §. ſi cui.* & poſt eum Caſtrenſis, Decius, Alciatus, Fortunius, & alii, quos ſequitur Coſta in *præſenti parte* 5. *num.* 82. & *ſeqq.* Sarmiento *num.* 32. quamvis aliter Accurſ. Bartolusque in *d. locis.* aliter Faber Tribonianum in *d. l. mulier* 22. immerito agnoſcens, accuſansque *lib.* 18. *conject. cap.* 6. ſecundum quæ & in ſimili ſpecie interpretandus eſt ſimiliter textus in *l. ſi mater* 3. *C. de inſt. & ſubſt.* ut notat Gilkenius in *præſenti num.* 39.

§. XXIV. Sequitur ſuo ordine diſſolvendum quartum argumentum contrariæ ſententiæ deductum ex *l. qui heredi. l. Mævius* 55. *ff. de cond. & dem.* cum ſimilibus laudatis ſupra §. 4. ex quibus vulgo traditur, conditionem impleri debere in forma ſpecifica a teſtatore deſignata, ut deducunt docentque pluribus & poſt plures Covarruvias in *practicis cap.* 39. *num.* 7. Sarmiento *lib.* 3. *ſelect. cap.* 1. *num.* 5. Mantica *lib.* 11. *de conjectur. cap.* 16. *num.* 4. 8. & 9. Cui difficultati ut reſpondeat poſt Petrum de Bellapertica Bart. in *præſenti num.* 3. & 5. diſtinguit inter conditionem neceſſariam, ut valeat actus, de quo quæritur, qualis eſt conditio, *ſi filius me vivo morietur*, ad inſtitutionem nepotis poſthumi ex formula Galli, & conditionem voluntariam, quæ ſcilicet cum proprie, ut valeat actus, neceſſaria non ſit, tamen ex voluntate teſtantis adjicitur, veluti *ſi heredi decem dederit*, quo ſuppoſito docet Bart. conditionem neceſſariam poſſe impleri æquipollenter, & in caſu ſimili per extenſionem, ut in *noſtro §. & quid ſi tantum.* voluntariam autem non niſi in forma ſpecifica, quam diſtinctionem communem affirmant Jaſo in *præſenti num.* 20. *lectura* 1. Boëtius *num.* 8. & *ſeqq.* Sarmiento *num.* 12. Verum communis hæc traditio ſpecioſa potius quam vera eſt, tum quia falſum eſt, quod ſupponitur, conditionem illam, *ſi filius me vivo morietur*, eſſe proprie & præciſe neceſſariam ad effectum inſtitutionis nepotis poſthumi, cum potuerit perinde inſtitutio concipi in caſum deportationis aut emancipationis, & perinde voluntarium ſit concipere in caſum mortis, ſolaque in propoſito neceſſaria conditio ſit illa, *ſi filius vivo me ſuus heres eſſe deſierit*, ut in *§. ſequenti parte noſtræ legis.* tum etiam quia e contrario verum eſt, conditiones voluntarias impleri poſſe æquipollenter, & extendi ad caſus ſimiles, veluti conditionem dandi heredi ad bonorum poſſeſſorem et ſimiles, qui heredes proprie non ſunt. *l. is qui in poteſtate* 15. *§. ult. ff. de leg. præſt. l.* 4. *§. ſi ſub conditione ff. de fideicommiſſar. libert.* quibus jungendus eſt Cujacius *lib.* 41. *Pauli ad Edictum*, in *d. l. is qui in poteſtate* 15. *§. ult.* Coſta *lib.* 2. *ſelectarum cap.* 7. *num.* 3. & hic *part.* 5. *num.* 33. & conditionem dandi pupillo, aut furioſo ad tutorem aut curatorem. *l. ſi fundus de cond. & dem. l. ſervus* 68. *l. Stichum* 95. *§. uſumfructum verſ. nam ſi furioſi ff. de ſolution. l. qui filium* 22. *ff. de man. teſtam.* quibus addendi ſunt Cujac. *lib.* 18. *quæſt. Pap.* in *d. l. Stichum* 95. *§. uſumfructum.* Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 10. Faber, *lib.* 17. *conject. cap.* 14. & 15.

§. XXV. Quare ea diſtinctione inter conditionem neceſſariam & voluntariam rejecta, quam & refutat ex noſtris Pichard. ad *hunc titulum cap.* 7. *num.* 153. affirmandum potius eſt, conditionem quamcumque impleri poſſe in caſu ſimili, ſive æquipollenti, non ſolum ſi ita ſuadeat conjectura voluntatis teſtantis, quæ regit conditiones. *l. in conditionibus* 19. *ff. de cond. & dem.* quo caſu id admittit probatque late Coſta in *præſenti part.* 5. *num.* 3. & *ſeqq.* & ante eum Decius in *rubr. num.* 14. *C. de probationib.* & in *l. ſi mater* 3. *num.* 2. *C. de inſtit. & ſubſtit.* Fortunius in *præſenti num.* 168. ſed etiam deficiente conjectura voluntatis,

ſi ea aperte contraria non fuerit, eo reſpiciens ut in forma ſpecifica impleretur, quia in re dubia & regulariter veriſimilius eſt, teſtatorem reſpexiſſe ut finem principalem potius effectum actus in conditione poſiti quam modum implendi, argumento textus ad hanc rem decretorii in *l. ſervus* 68. *ff. de ſolut.* cujus immemor valde in hac re aberrat Socinus relatus a Menochio *conſilio* 243. *num.* 27. *lib.* 3. Neque contrarium eſt, quod extat in *d. l. qui heredi* 44. *ff. de condit. & dem.* nbi ideo conditio dandi ſervo non poteſt impleri in perſona domini, quia eo modo non impleretur æquipollenter, ſive cum eodem effectu voluntatis teſtantis, quæ conditionis implementum ut pote facti potuit ad perſonam ſervi reſtringere, ita nt ad dominum non tranſiret. *d. l. qui heredi* 44. *verſ. quia quæ facti.* & proprie ac principaliter ſervi ntilitatem reſpexit, *arg. l.* 3. *§. hoc autem ff. de leg. præſt. l. qui liberis* 8. *§. ult. ff. de vulgari.* & conſequenter voluit ſervo ipſi dari, ut, ſi fortaſſe ante dationem liber fieret, ſibi datum adquireret. *l.* 5. *§. ult. ff. quando dies leg. ced.* ſi autem ſervus maneret, ſaltem datum haberet in peculio, indeque ſe redimere poſſet. *l.* 4. *§.* 1. *ff. de manumiſſ.* quorum uterque effectus ceſſaret, ſi dare domino & conditionem ita implere liceret, ut explicat poſt Decium *ubi proxime* Coſta *d. parte* 5. *num.* 5. Cumanus & Caſtrenſis in *d. l qui heredi* 44. Sarmiento *lib.* 3. *ſelect. cap.* 1. *num.* 5. & in *præſenti num.* 12. & ex noſtris Pich. *ubi ſupra num.* 154. Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 12. *num* 26.

§. XXVI. Sed neque rurſus obſtat Javoleni locus in *d. l. Mævius* 55. *ff. de cond. & dem.* quippe quod ibi traditum eſt, conditionem dandi Callimacho, cum quo teſtamenti factio erat, tamen impleri debere in forma ſpecifica, nempe dandi Callimacho, quamvis ipſe adquirere datum non poſſit, propriam ſpecialemque rationem habet deductam ex eo, quoniam in ea ſpecie, cum ex implemento conditionis dandi Callimacho nulla utilitas effectusve adquiſitionis dominii manere poſſit apud Callimachum, ut pote incapacem, & tamen teſtator Callimacho dari voluerit, cenſetur dationis verbo non adquiſitionis effectum, qui impoſſibilis erat, ſed nudum factum traditionis reſpexiſſe, cujus Callimachus incapax non eſt, ſucceditque regula juris, quæ docet, conditionem, cujus effectum jus impedit, impleri ſaltem de facto debere. *l. ſi mulier* 20. *§.* 1. *ff. de condit. & dem. l. heredibus* 77. *§.* 1. *ff. ad S. C. Trebell.* Nam ſi e contrario ad tranſlationem dominii in Callimachum reſpexiſſe teſtatorem interpretaremur, rejicienda & remittenda ea conditio eſſet ut impoſſibilis & juri contraria. *l. obtinuit* 3. *ff. de condit. & dem. l.* 1. *l. conditiones* 14. *ff. de condit. inſtit.* explicant ſic poſt Bartolum in *d. l. Mævius* 55. Baldus in *l. un. §. ſin autem alicui num.* 2. *C. de caduc. toll.* Coſta in *præſenti parte* 5. *num.* 14. noviſſime Pich. *d. cap.* 7. *num.* 157. Illud utique paradoxum aut paralogum eſt, quod Javolenus ſupponit in *d. l. Mævius* 55. *verſ. quid erit.* conditionem, *ſi ducenta in mare dejecerit*, perinde impleri facto ipſo debere ac conditionem illam, *ſi Callimacho incapaci dederit*, cum tamen contra ſtet & reclamet juris ratio regulaque, qua attenta conditio in mare dejiciendi ut deriſoria & publicæ utilitati contraria pro non ſcripta habenda eſt. *l. quidam* 21. juncta *l. conditiones* 14. *ff. de cond. inſtit. l. ſervo* 113. *§. ult. ff. de leg.* 1. *l.* 4. *§. penult. ff. de l. Julia peculatus.* juncta *l.* 2. *§. tractari verſ. niſi forte ff. ad S. C. Tertyll.* Quo argumento Franciſcus Sarmiento *lib.* 2. *ſelect. cap.* 1. inclinat fere, ut agnoſcat in aſſertione *d. l. Mævius* 55. *verſ. quid enim.* veſtigium turbatæ mentis ſive dubiæ ſanitatis Javoleni, quam in eo notatam fuiſſe memorat Plinius *lib.* 6. *epiſt.* 15. ſed quamvis conditionem in mare dejiciendi pecuniam impleri debere admittant poſt Bartolum in *d. l. Mævius* 55. Don. *lib.* 8. *comm. cap.* 32. & fere Faber *lib.* 17. *conject. cap.* 15. & varie interpretentur Cumanus in *l. penult. num.* 4. *ff. de condit. inſt.* Fortunius in *præſenti num.* 124. Coſta *parte* 5. *num.* 20. & ex Academicis præceptoribus Pich. *ubi ſupra*, Larea *deciſ. Granatenſ. tom.* 1. *deciſ.* 45. *num.* 13. quorum interpretationes, quia invitus refellerem, referre deſino: affirmandum breviter eſt cum Hilligero ita ſentiente ant præſentiente ad Donellum *d. lib.* 8. *cap.* 32. *lit. P.* non doceri in *d. l. Mævius* 55. impleri facto ipſo debere conditionem, ſi ducenta in mare dejecerit, neque cumparari cum conditione, *ſi Callimacho incapaci dederit*, quin potius ſimiles cum in eo viderentur, quod non magis Callimacho ducenta data adquiruntur, quam mari, ſi in id projiciantur, idcircoqne ut inutilis rejicienda pariter videretur utraque conditio, diſtinguit eas Javolenus in *verſ. quid enim.* & tacitæ objectioni, quæ contra ſupra tradita ex ſimilitudine conditionum reſultabat, occurrit dum ſcribit, *quid enim intereſt*, id eſt, aliquid intereſſe inter utramque, quia conditio in mare dejiciendi omnino inutilis & deriſoria, cum neque adquiri pecunia mari, neque ulla in utilitas inde conſiderari poſſit: at conditio Callimacho dandi non item, qui, quamvis ei dominium pecuniæ non adquiratur, poteſt tamen ex ea utilitatem percipere, veluti ſi conſumpſerit in alimenta, quorum incapax nemo eſt, atque ita verba *quid enim intereſt* non interrogative, ſed aſſertive legenda ſunt, & exaudienda pro *aliquid intereſt*, ut in *l.* 1. *ff. de leg.* 2. quam ſic poſt alios caponit Donellus *lib.* 8. *comm. cap.* 15. & Hillig. *ibi lit. G.*

§. XXVII. Sed omiſſis jam reliquis ejuſdem notæ & numeri locis leviorisque interpretationis de implemento conditionum in caſu ſimili æquipollentive, de quibus conſulendus pro multis unus Emanuel Coſta in *præſenti parte* 5. *per tot.* revocat tandem nos quintum argumentum poſtremumque expenſum ſupra §. 5. ex differentiis nobilioribus inter deportationem mortemque naturalem, quibus tamen, ne nos moveant morenturve, reſpondendum paucis & in commune eſt, pertinere eas differentias ad caſus, in quibus eſt diverſa juris ratio & effectus deportationis & mortis, ideoqne ab iſta ad illam non fit extenſio, quam dumtaxat admittimus, qnoties qnoad cauſſam, de qua quæritur, eadem eſt ntriusque ratio & effectus, idque ut in ſingulis earum ratione reddita breviter oſtendamus, in primis prior differentia ea ratione nititur, qnia cum, quæ in cauſſa caduci dicuntur, & poſt teſtamentum ante mortem teſtatoris deficiunt, non tam legibus Julia & Papia aut SCtis, quam introducta ſint juxta definitionem caduci, de qua Ulpianus in *fragmentis tit.* 17. ex interpretatione JCtorum, qui *veteres* vocantur in hac re in *l. un. §. & cum triplici.* ubi Giphanius, *C. de caduc. tollend.* plerumque caducorum obſervationem ut odioſam ſuis interpretationibus coarctaverint. *d. l. un. in pr.* abſurdum eſſe exiſtimarunt propter incapacitatem legatarii vivo teſtatore deportati aut pœnæ ſervi facti legatum in cauſſa caduci eſſe, quaſi legatarius, cum capere poſſet, non ceperit juxta definitionem caduci apud Ulpianum *d. tit.* 17. cum eo tempore, etiamſi legatarius vellet, jus capiendi non haberet, ut pote ante mortem teſtantis. *l.* 3. *§. ult. cum l. ſeq. ff. de adim. leg.* & quamvis poſt conditionem ſemel defectam non magis ſperari poſſit, ut rurſus impleatur, quam ut naturaliter mortuus ſuſcitetur; & ideo his duobus caſibus nempe conditionis defectu aut morte legatarii vivo teſtatore legatum in cauſſa caduci fiat. *d. l. un. §. pro ſecundo.* Diverſum tamen eſt in deportatione aut ſervitute, poſtquam ſperare licet, ut ante mortem teſtatoris, & ſic ante capiendi tempus legatarius in civitatem reſtituatur, atque ita capiat. *l.* 3. *§. penult. & ult. ff. de his quæ pro non ſcr. l. ſi in metallum* 12. *ff. de jure fiſci.* quo reſpexit Ulpianus *lib.* 4. *ad legg. Ju-*

liam

liam & Pap. in *l. ſervitutem* 209. *ff. de R. J.* cum ſcribit ſervitutem mortalitati comparari *fere*, id eſt, plerumque non ſemper in tractatu illarum legum, quia nimirum in his, quæ in cauſſa caduci dicimus, non idem efficit ſervitus legatarii & mors naturalis, ut oſtendimus, quamvis contrarium ſit in caducis proprie, in quibus perinde ſervitute & morte legatarii legatum fiſco defertur. *l. intercidit* 59. *ff. de condit. & dem.* quoniam expreſſum SCtis deferri caduca fiſco, etiam in caſu peregrinitatis ſeu deportationis. *d. l. un. §. cum igitur.* Ulp. *d. tit.* 17. & conſequenter non potuit dubitari de ſervitute, quæ ſine dubio gravior pœna & mors eſt deportatione, ut notat Merillius *lib* 5. *obſervat. cap.* 13.

§. XXVIII. Secunda differentia ex *d. l. intercidit* 59. *ff. de condit. & dem.* ubi deportatio diſtinguitur a morte naturali & ſervitute, ut dextre breviterque explicetur, ſupponendum eſt, eam verſari eo caſu, quo deportatio mors aut ſervitus legatarii contingit poſt mortem teſtatoris ante apertas tabulas, & legatum conditionale fuit, ejusque conditio pendebat, ut proponitur in *d. l. intercidit* 59. quo caſu in primis quoad deportationem non fit per eam caducum legatum, quia quamvis caſum deportationis ſeu peregrinitatis legatarii expreſſerint SCta in caducis, teſte Ulpiano *d. tit.* 17. non tamen in legatis conditionalibus, ſed in illis quæ ab apertura tabularum cedebant ex eisdem SCtis, qualia ſunt pura vel in diem certum relicta. *d. l. un. §. cum igitur*, *& §. ſin autem.* & cum pendente conditione non tam cadere a legatario, qui etiamſi deportatus non eſſet, tunc capere non poſſet, quam in ſuſpenſo legatum eſſe dici debeat, & e contrario ſpes reſtitutionis in deportato, ut pote libero & jure gentium non mortuo probabilis & benigna ſit, & reſtitutus idem homo, qui antea fuit, cenſeatur. *l.* 1. *in fine C. de ſentent. paſſis.* utraque ratio & ſpes conditionis & reſtitutionis conjuncta ſuadet, ut legatum caducum non ſit in ſpecie. *d. l. intercidit* 59. diverſum autem eſt in morte naturali aut ſervitute, quæ teſtatore mortuo & ante apertas tabulas contingens etiam conditionale legatum caducum efficit, quia legatario naturaliter mortuo conſtat ita ab eo legatum cecidiſſe, ut fruſtra expectetur conditio, quæ etiamſi exiſtat non faciet, ut legatarius jam ante mortuus capere poſſit, idemque eſt in legatario ſervo facto, quia quamvis reſtitui poſſit, ſemper tamen alius homo cenſebitur. *l. qui res* 98. *§. aream verſ. nec admiſſum ff. de ſolut.* niſi contemplatione & favore verecundiæ patronalis. *l. ſive* 21. *ff. de jure patron.* & ideo ea ſpes reſtitutionis in ſervo pœnæ eſt improbabilis, & ad rem inutilis. *l. ex facto* 17. *§. ſi quis rogatus* 6. *ff. ad S C. Trebell.* diximus ſupra §. 16. exponuntque ita differentiam *d. l. intercidit* 59. quamvis nec plene plane ve ſatis laudati ſupra §. 5. Tertia denique & quarta differentia inter deportationem & ſervitutem mortemque naturalem quoad donationes inter conjuges & dotem ex *d. l. res uxoris* 24. *C. de donat. inter vir. & ux. l. ſed ſi alia* 5. *in pr. & §.* 1. *ff. de bon. damnat.* unam eandemque rationem habet deductam ex alia differentia, ſcilicet quia morte naturali & ſervitute matrimonium diſſolvitur, non autem deportatione, ſi poſt eam conjugum affectum retineant. *l.* 1. *C. de repudiis. d. l. res uxoris* 24. *verſ. ſin autem. l. ſed ſi mors* 13. *ff. de donat. inter vir. & ux. l. ſi quis ſic* 57. *ff. ſol. matr.* quaſi dato in eum caſum jure connubii deportato ut peregrino. Ulpian. in *fragm. tit.* 5. *§. connubium.* de qua rurſus differentia ejusque cauſſa ſuperioribus locis intelligendis conſulendi ſunt præter laudatos ex noſtratibus ab Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 12. *num.* 11. Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelect. cap.* 2. *num.* 34. *& ſeqq.* Faber *de error. Pragm. dec.* 46. *error.* 2. *&* 3. *cum ſeqq. & lib.* 7. *conject. cap.* 20. *& lib.* 12. *cap.* 17. Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 12. *num.* 90. Barboſa in *l. ſi cum dotem* 22. *num.* 47. & in *l. ſi conſtante* 23. *§.* 1. *num.* 19. *& §. ult. num.* 1. *& ſeqq. ff. ſol. matr.* Sanchez *de matr. tom.* 1. *lib.* 6. *diſp.* 17.

§. XXIX. Abſoluta prima & primaria penſi noſtri ad Scævolam parte, ſequuntur breviter enarranda verba illa, *quid enim ſi aquæ & ignis interdictionem pateretur*, ut in vulgatis legitur, ſive ut in florentinis eodem ſenſu & phraſi elegantiore, *interdictione peteretur*: quibus verbis illuſtrandis obſervandum breviter eſt, interdictionem aquæ & ignis Romanis moribus legibusque fuiſſe pœnam, qua damnato inhibebatur uſus eorum elementorum, quibus præcipue vita ſuſtinetur, nempe aquæ & ignis, & ideo ei pœnæ conſequens erat, ut nec cuiquam liceret ita damnatum ſive interdictum tecto recipere, alioquin incideret in Legem Juliam de vi privata, ut teſtantur Cicero in *orat. pro domo ſua.* Paulus *lib.* 5. *ſententiarum tit.* 26. *§. lege Julia.* & ut effectu ipſo & oblique non directo, quem aqua & igni Populus Romanus interdiceret, & civitate expellere videretur. *l. ult. ff. de legation. l. amiſſione* 5. *ff. de capite min. l.* 1. *§. hi quibus ff. de leg.* 3. *l.* 2. *ff. de publicis judiciis.* & damnare etiam capite. *d. l.* 2. Cicero *ubi proxime.* Lactantius Firmianus *lib.* 2. *divinarum inſtitut. cap.* 10. tum quia cum ſcriptum eſt *Eccleſiaſt. cap.* 39. *initium neceſſariæ rei vitæ hominum aqua & ignis ſunt*; ſimulque ſocietatis civilis & vitæ præcipua ſubſidia, ideoque eo veluti ſymbolo aquæ & ignis nova nupta acciperetur. *l. penult. ff. de donat. inter vir. & ux.* cui jungendus Briſſonius *lib. ſingulari de ritu nupt.* Ant. Hotm. in *diſp. de ritu nupt. cap.* 18. Anræus Robertus *lib.* 2. *rerum judic. cap.* 17. Bernartius in *Papinium Statium lib.* 12. *Thebaidos v.* 138. *interdicto uſu rerum, quibus vita conſtat, perinde habebatur, ac ſi eſſet, qui eam ſententiam exciperet morte multatus*, ut Lactantius jam laudatus ſcribit, & proinde multatus etiam civitate, ut monent Ovidius *lib.* 4. *faſtorum.* Servius ad illud Virgilii 12. *Æneidos.*

— *Fontemque ignemque ferebant.*

Tum etiam quia cum ignis & aqua adhiberentur omnibus expiationibus delictorum juxta illud *Pſalmi* 65. *tranſivimus per ignem & aquam, & eduxiſti nos in refrigerium*: de quo multa ex multis Jacobus Durantius *lib.* 2. *variarum lect. cap.* 1. erudite noſter Suarez ad *l. Aquiliam lib.* 1. *cap.* 2. *ſectione* 9. *num.* 17. *& lib.* 3. *cap.* 6. *ſectione* 6. *num.* 5. *&* 7. ſignificabant ea interdictione crimen, cui imponeretur, adeo eſſe grave, ut nulla expiatione leniri poſſit, ut notat P. Gregor. *lib.* 31. *Syntagm. cap.* 8. *num.* 6. Plane occaſio ſeu cauſſa hoc genere pœnæ utendi in eos, quos civitate expellerent, fluxit apud Romanos inde, quia cum eorum more jureque vetere nulli civi non modo vita, ſed neque civitas libertasque adimi invito poſſet, ut teſtantur Cicero in *orat. pro Balbo*, *& pro Cæcina.* Cæſar apud Salluſtium in *bello Catilin.* & e contrario noxios cives ejici e civitate expediret, quod directo non licebat, fiebat oblique interdicto uſu aquæ & ignis, quibus deſtitutus civis ipſe vertebat ſolum, & ex Romana in aliam civitatem volens tamen etſi neceſſario ſe conferebat, ut exponunt exornantque præter laudatos a Pich. ad *hunc tit. cap.* 7. *num.* 164. Chumazero *ſelectar. cap.* 10. *num.* 4. Briſſonius *lib.* 3. *antiquitatum cap.* 5. Hotmanus *lib.* 5. *antiquitatum obſerv.* 2. *de pœnis §. de interdictione aquæ & ignis.* Pancirol. *lib.* 1. *theſauri variarum. cap.* 41. Succeſſit autem poſtea paulatim deportatio in locum interdictionis aquæ & ignis. *l.* 2. *§.* 1. *ff. de pœnis. l.* 3. *ff. ad l. Jul. peculatus. l.* 5. *§. ult. ff. de extraord. cognit.* fortaſſe ex conſtitutione Auguſti, qui aqua & igni interdictos, quibus ante cum erat libera vagandi facultas, voluit deinceps adſignata inſula includi, in eamque deportari, ut ex Dione *lib.* 56. ſuſpicatur Cujacius *lib.* 6. *obſervat. cap.* 39. quemadmodum &

hodie loco deportationis ſucceſſit pœna triremium vel perpetui exilii, ut notant Julius Clarus *lib.* 5. *ſententiarum* §. *falſum verſ. ſed quæro*, & §. *ult. quæſt.* 67. *verſ. deportatio.* Gregorius Lopez in *l.* 6. *verbo deſterrado tit.* 7. *Part.* 7. Ergo ſi filius in conditione ex formula Galli poſitus aqua & igni interdictus ſit, cum ea pœna ſicut civis, ita & ſuus heres atque in poteſtate eſſe deſinat. *l.* 4. §. *ult. ff. de gradibus.* §. *cum autem inſtitut. quibus modis jus patr. pot. ſolv.* non immerito dubitatur, an nepotis inſtitutio in caſum mortis filii concepta intelligatur etiam facta in caſum interdictionis ſeu deportationis, de quo ſupra ex profeſſo.

§. XXX. Subjungit tandem Scævola in *verſ. quid ſi nepos noſtri* §. hæc verba: *quid ſi nepos, ex quo pronepos inſtitueretur, ut oſtendimus, emancipatus eſſet?* quibus in verbis difficilis in primis eſt mutatio caſus a perſona filii, de quo hactenus in conditione poſito locutus Scævola, ad nepotem, indeque & perſuaſum multis eſt, ideo caſum emancipationis non proponi in filio, quia neque ei convenit, quoad quæſtionem noſtram, ut varie valideque probant poſt alios Faber *lib.* 10. *conject. cap.* 15. Eduardus Caldera *lib.* 4. *variarum lectionum cap. ult.* ſed quamvis poſſe etiam in filio caſum emancipationis & quæſtionem noſtram procedere contendat poſt Bart. in *præſenti num.* 4. ex communi ſententia Caſtillo *lib.* 2. *controverſ. cap.* 27. *num.* 6. docte noſter Chumazero *ſelect. cap.* 12. tamen quoad Scævolæ interpretationem verius eſt, in *præſenti* caſum emancipationis referri ad nepotem non inſtitutum ſed præteritum, repetique & reſumi eandem ſpeciem, quæ propoſita fuerat in *præcedente* §. *idem credendum in fine.* ut ſignificant in *noſtro* §. verba illa, *ut oſtendimus.* Proinde quæſtio eſt in filio inſtituto, & nepote ex eo præterito, & pronepote poſthumo ex formula Galli inſtituto, an ſcilicet, ſi nepos vivo filio emancipatus ſit, perinde inſtitutio pronepotis procedat, atque ſi idem nepos vivo filio mortuus in eadem ſpecie *d.* §. *idem credendum in fine.* ubi diximus §. 7. atque ita caſus mortis nepotis ad emancipationem ejus extendatur: ſentit autem Scævola, & inſtitutionem pronepotis procedere, quia nepos emancipatus & præteritus non magis quam mortuus pronepotem præcedit, neque in hereditate jure civili & non inſtitutus, neque in jure ſui heredis, quia eum emancipatus ſit, non poteſt ſuccedere in locum filii poſtea mortui, neque ſuccedendo teſtamentum rumpere, ut explicant his, quæ contra objiciuntur, reſpondentes poſt Jaſonem in *præſenti lectura* 1. *num.* 13. & *lect.* 2. *num.* 5. Sarmiento *num.* 42. Alciatus *lib.* 3. *paradoxorum cap.* 9. Faber *d. lib.* 10. *conject. cap.* 15. poſt plures pluribusque præceptores noſtri Pich. *d. cap.* 7. *num.* 165. & *ſequent.* Valentia *illuſtr. lib.* 3. *tractatu* 2. *ad hunc titulum cap.* 3. *num.* 14.

F I N I S.

INDEX CAPITUM.

PARS PRIMA.

Cap. I. *In quo apparatus, & principiorum hujus Tituli ſumma.* - - - - 212.

Cap. II. *Ad Principium legit Gallus 29. de Lib. & Poſth.*

De Poſthumorum diviſione, & inſtitutione ante formulam Galli Aquilii. - 217. a.

Cap. III. *Ad Formulam Galli Aquilii de inſtitutione Poſthumi nepotis.* - - - - 225. b.

PARS SECUNDA.

Cap. I. *Ad* §. *quidam Legis 29. de Liber. & Poſthum.* - - - - - - 237.

Cap. II. *Ad* §. *idem credendum Legis 29. de Liber. & Poſthum.* - - - - 239. b.

Cap. III. *Ad inſignem* §. *& quid ſi tantum Legis 29 de Liber. & Poſthum.* - - 243. b.

FRAN-

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

IN SALMANTICENSI UNIVERSITATE JURIS CÆSAREI INTERPRETIS PRIMARII

AD

ULPIANUM IN LEGE SI TOTAM LXXXIII. DIG. DE ADQUIR. VEL OMITT. HERED.

COMMENTARIUS.

§. I. RECITATIONUM in primaria hac cathedra, quam acclamationibus ſuffragiisque veſtris, Auditores Nobiliſſimi, debere his diebus cœpi, & æternum debuiſſe profitebor, initium facio libens ab inſignita hac Ulpiani ſententia, quam & Academicæ Leges hoc anno, & hiſce menſibus interpretandam Anteceſſoribus primariis præſcribunt, & ſubtiliſſimæ, quæ in eam incurrunt de tacitis fideicommiſſis & accreſcendi jure quæſtiones, explicatu reddunt digniſſimam. Verum priusquam nos operoſior Ulpiani commentatio vindicet, duo leviora veluti præmittenda ſunt. Primum eſt, Ulpianum *lib.* 18. *ad leges Jul. & Pap.* ex quo deductus eſt noſter textus, ut epigraphe oſtendit, diſputaſſe inter alia vel præcipue de tacitis fideicommiſſis, quibus plerumque heredes fidem ſuam teſtatoribus obligabant, reſtituendi ea in fraudem legum Juliæ vel Papiæ illis, qui legibus eisdem capere prohibebantur, ut apparet ex *l. ait* 16. *ff. de jure fiſci. l. nec ſupina* 6. *ff. de juris & fact. ignor.* quæ ex *eod. lib.* 18. Ulpiani ſunt, & referendæ ad tacita fideicommiſſa. Secundum ſit, Florentinam lectionem, quæ apud Ulpianum in *præſenti* ſic incipit: *ſi totam an partem*, ſi ita ut adſpectu primo ſignificat, & Accurſ. *verbo totam* intelligit, accipiatur, nempe eo ſenſu quo apud Haloandrum, & in vulgatis libris legitur: *ſi totam hereditatem aut partem*, ut proinde vox *an* uſurpetur pro *aut*, ſicut ex *l.* 1. §. *ſed neque C. de vet. jure enucl.* notat Ant. Contius in *præſenti*. Briſſon. *de V. S. verbo an.* defendi eo in ſenſu non poſſe, quia in herede totam hereditatem reſtituere rogato, & conſequenter in tota ea inſtituto non ſupereſt locus quæſtioni de accreſcendi jure in portione coheredis, quem non habet, ut agnoſcunt Caſtr. & Cum. in *præſenti.* quamvis nova & duriore expoſitione vulgatum Florentinæ lectionis ſenſum ſuſtinere conetur Gothofredus in *præſenti num.* 3. ſed probabilius omnino eſt, vocem *an* exaudiri debere pro *eam*, antiqua per Archaismum ſcribendi loquendique latinis ratione, ut in *l. ſtatuliberi* 29. §. *Quintus Mucius in fine ff. de ſtatulib.* obſervat Cujac. in *l. nunquam* 31. *ff. de uſucap. & lib.* 2. *obſerv. cap.* 7. *& lib.* 3. *cap.* 38. noſter Pichardus ad *hunc titulum cap.* 29. *num.* 45.

§. II. His ita circa epigraphen primaque Ulpiani verba prælibatis, jam quoad ſequentia illa, *tacite rogatus ſit reſtituere*, in quibus potiſſima primariaque diſputationis noſtræ pars continetur, ſciendum eſt, cum quæritur de his, quæ incapacibus in fraudem juris, quo incapaces fiunt, relicta ſunt, multum intereſſe, utrum palam aperteque an clam & tacite relicta ſint. Quippe palam incapaci relicta pro non ſcriptis habentur, & apud heredem, vel eum, qui præſtare incapaci rogatus erat, manent ſine onere, nec fiſco deferuntur. *l.* 3. *in princ. & §.* 1. *l. in metallum* 12. *l. ita fidei* 40. *ff. de jure fiſci. l.* 1. *C. de her. inſtit. l.* 3. *ff. de his quæ pro non ſcr. habentur.* Tacite autem relicta eripiuntur illis, qui fidem tacitam reſtituendi ſuſceperunt, & fiſco vindicantur. *l.* 3. *l. Imperator* 43. *de jure fiſci. l. ex facto* 43. §. *ult. de vulg. l.* 1. *C. de delatoribus.* notant poſt Bartol. in *l. Lucius* 123. §. *in teſtamento ff. de leg.* 1. & in *l. ult. ff. de his quæ ut indign.* Covarr. *de ſponſal. part.* 2. *cap.* 8. §. 5. *num.* 7. Julius Clarus *receptarum ſententiarum lib.* 3. §. *teſtamentum quæſt.* 31. *num.* 3. Peregrinus *de jure fiſci lib.* 3. *titulo* 1. *num.* 2. *&* 5. *& titulo* 19. *num.* 2. Cujac. in *l. in tacitis* 103. *ff. de leg.* 1. & in *d. l.* 3. *ff. de jure fiſci.* Differentiæ ratio petenda videtur ex præſumtione juris, qua attenta in aliis etiam juris quæſtionibus palam peccantes, ut bona fide errantes fraudisque expertes excuſari ſolent, & e contrario clam delinquentes ob contumaciæ doliqoe præſumptionem gravius puniuntur. *l. ult. ff. de ritu nupt.* junctis exemplis inde illuſtrandis, quæ extant in *l. ult. ff. de effractoribus. l. non exiſtimo* 54. *ff. de admin. tut. l. pupillus* 5. §. *ſane ſi ipſe ff. de auctor. tut. l.* 5. *C. de contrah. empt.* Seneca *epiſt.* 95. ibi: *ex SCtis plebisque ſcitis ſcelera exercentur, & publice jubentur, vetita privatim: quæ clam commiſſa capite luerent, eadem quia paludati fecere, laudamus.* D. Hieronymus in *Eſaiam cap.* 12. *in comparatione duorum malorum*

lorum levius eſt aperte peccare, quam ſanctitatem ſimulare: & inſinuatur in propoſito hæc ratio in *d. l.* 3. §. 1. *in fine ff. de jure fiſci.*

§. III. Neque differentiam hanc inter tacite & palam relicta evertit obſcurus Ulpiani locus in *l. edicto* 13. §. 1. *ff. de jure fiſci.* ubi ex Trajani edicto proponitur, ſive palam ſive tacite relictum ſit incapaci, & ille ſe deferat, pertinere ad fiſcum dimidiam partem relicti, aliam autem dimidiam incapaci ſe deferenti pro præmio relinqui, namque relictis ſolutionibus Bartoli indignos incapacesque confundentis in *d. l. edicto* 13. §. *eos qui.* omiſſis & aliorum opinationibus, ut Cujacius ſcribit in *d. l. edicto* 13. §. 1. hæret aqua in eo loco, & præcipue Guthofredi graviter in hac re fluctuantis ad *rubricam ff. de his quæ ut indignis num.* 35. Affirmandum eſt, ſententiam *d. l. edicto* 13. §. 1. quatenus & palam relicta incapaci deferri fiſco ſupponitur, referendam eſſe non ad abſolute incapacem, veluti eum qui teſtamenti tempore aut poſtea vivo teſtatore deportatus aut pœnæ ſervus fuit. *d. l. ſi in metallum* 12. *ff. de jure fiſci. l.* 1. *C. de hered. inſt.* ſed eos, qui cum a principio non eſſent omnino & abſolute incapaces, poſtea tales effecti ſunt, quales fuerunt cœlibes orbique, qui cum perſonæ conditione ut pote cives Romani non eſſent incapaces adquirendi ex teſtamento. *l.* 1. *ff. ad l. Falcid.* tamen legibus Julia & Papia incapaces veluti fiunt ſub conditione, niſi intra centum dies cretionis legibus paruerint, id eſt, nuptias contraxerint liberosque ſuſceperint, idque niſi fecerint, relicta palam eisdem fiunt caduca, ſive in fiſcum cadunt, ita ut cœlebs nihil, orbus autem capiat ſemiſſem ſolum relicti, ut poſt Ulpianum in *fragmentis titulo* 17. memorant Euſebius *lib.* 4. *de vita Conſtantini cap.* 26. Sozomenus *lib.* 1. *eccleſ. hiſtoriæ cap.* 9. Nicephorus *lib.* 7. *ejuſdem hiſtoriæ cap.* 46. quemadmodum & ex SCtis circa legem Papiam factis ſi is, cui relictum eſt, poſt mortem teſtatoris & ante apertas tabulas peregrinus factus ſit, & conſequenter nunc incapax, qui teſtamenti tempore capax erat, relictum etiam veluti caducum ad fiſcum pertinet. *l. un.* §. *cum igitur C. de caduc. toll.* Ulpianus *d. titulo* 17. *in princ.* Secundum hæc itaque ſi cœlibi, orbove aut alioquin ei, qui teſtamenti tempore incapax non fuit, relictum palam ſit, & vel cœlebs, orbusque intra dies centum cretionis legibus non paruerit, aut aliter ille ante apertas tabulas factus peregrinus ſit, & conſequenter jam incapaces & ultro deferentes ſe oſtendant probentve, capere id jam non poſſe, quod ab initio poterant, & relictum ad fiſcum jam pertinere, locus eſt delationi, ita ut dimidia fiſci ſit & dimidia ſe deferentis. *d. l.* 13. §. 1. ubi interpretationem hanc ſuadent verba illa, *& probaſſit jam id ad fiſcum pertinere*, & inſcriptio ejus *legis*, quæ eſt ex *lib.* 7. *Pauli ad legem Jul. & Pap.* denique & quæſtio de eo, qui ſolidum capere poterat, id eſt non cœlibe orbove in §. *ult. ejuſdem l.* explicant ſic Cujac in *d. l.* 13. §. 1. P. Fab. *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 13. *pag. mihi* 198.

§. IV. Plane ſi malit quis ſine diſtinctione incapacium, novaque & generali magis ratione Ulpianum exponere in *d. l. edicto* 13. §. 1. tentare poterit ſententiam ejus loci de palam relictis fiſco deferendis accipiendam eſſe juxta terminos *l. qui teſtamentum* 27. *ff. de probat. l. cum quis* 38. §. *Titia ff. de leg.* nempe eo caſu, quo etiam palam relicta incapaci præſumuntur, non per errorem aut bona fide, ſed in fraudem legum relicta, veluti ſi teſtator ei, qui nihil aut non totum capere poteſt, legaverit pecuniam, quam ſe ei debere falſo profitetur, ut tanquam debita ad eum perveniat, quæ tanquam legata non poterat, tunc enim niſi legatarius liquido probet, pecuniam ſibi debitam fuiſſe, præſumitur in fraudem legum relicta. *d. l. qui teſtamentum* 27. *l.* 3. *tit.* 14. *Partita* 3. ideoque & fiſco locus ſit in ejusmodi palam relicto, & delationi ſui ipſius præmioque ex edicto Trajani. *d. l.* 13. §. 1. neque interpretationi huic repugnant verba illa, *& probaſſet jam id ad fiſcum pertinere*, quibus inſinuatur non pertinuiſſe a principio ad fiſcum id, quod relictum erat, & exigitur a legatario, ut probet legatum fuiſſe in fraudem legum, ideoque ad fiſcum pertinere, cum e contrario in ſpecie *d. l. qui teſtamentum* 27. a principio conſtiterit legatum; ut pote in fraudem relictum, ad fiſcum pertinere, & præſumptio juris ſit legatum fuiſſe in fraudem ſub prætextu debiti, niſi legatarius debitum probet, quo id non probante, pertinet ad fiſcum ex præſumptione juris ſine alia probatione. Quippe ut reſpondeamus, verba illa *d. l.* 13. §. 1. exaudienda ſunt, ut ſignificent probationem a legatario exigi, non ut oſtendat pertinere ad fiſcum, quod vel ex præſumptione juris, ut pote relictum in fraudem, conſtat, ſed pertinere jam, quoniam teſtamentum, in quo palam & in fraudem relictum erat, jam confirmatum eſt heredis aditione, ſine qua aut ante eam etiam in fraudem teſtamento palam relicta ad fiſcum pertinere aut deferri ei jure non poſſent, ne teſtamentum per omnia irritum, quale eſt ex quo hereditas adita non eſt, ad ſolam pœnam & compendium fiſci prodeſſe videatur, ut in re ſimili Ulpianus ſcribit in *l. filium* 20. *verſ. ſed cum exheredatio ff. de bon. poſſ. contra tab.*

§. V. Subſiſtamus tamen paulisper; obſtat enim propoſitis ex ſententia Scævolæ in *d. l. qui teſtamentum* 27. & in *d. l. cum quis* 38. §. *Titia.* Scævolæ ejusdem locus vulgo nondum expenſus aut expoſitus in *l. qui uxori* 18. *ff. de auro, & arg. leg.* ubi proponitur legaſſe uxori maritum bonorum ſuorum decimam, ultra quam & uſumfructum tertiæ partis bonorum nihil ex teſtamento mariti uxor liberis carens capere poterat per legem Papiam teſte Ulpiano in *fragm. tit.* 5. & 16. ſubjungitur in *d. l. qui uxori* 18. legaſſe etiam maritum uxori mancipia, & ſpecies argenti, quas expreſſit: & præterea ab heredibus petiiſſe, ut veſtem annulosque uxori redderent, quaſi propria uxoris fuiſſent. Qua ſpecie poſita cum quæſtio ſit, an, ſi propria uxoris non fuerint, ei ex legato debeantur, reſpondetur legandi animo data videri, niſi contrarium ab herede approbetur, proinde ſupponitur deberi uxori ex cauſa legati, etiamſi conſtet propria ejusdem non fuiſſe. Id autem valde obſcurum eſt, quia ſi maritus eas res proprias uxoris eſſe exiſtimavit, præſumi non debet habuiſſe animum legandi ei res proprias, quod jus non patitur. §. *ſed ſi rem legatarii* 10. *inſt. de leg.* Sin autem ſciens uxoris non eſſe tanquam proprias legavit, fecit in fraudem Papiæ legis, quæ uxorem ultra decimam capere vetabat, quin potius ea in dubio præſumptio juris eſt, quæ & impedit, ne legatum exigi poſſit, niſi legatarius probaverit, debitum ſibi aut proprium fuiſſe ex *d. l. qui teſtamentum* 27. & *d.* §. *Titia.* Sed exploſa divinatione Pancirolli *lib.* 2. *theſauri var. cap.* 230. qui ſcribit, non omnia Scævolæ reſpondentis quæſtioni verba relata fuiſſe a Pandectarum concinnatoribus in *d. l. qui uxori* 18. omiſſa & alia opinatione Cujac. in *d. l. qui teſtamentum* 27. Guilielmi Fornerii *lib.* 3. *ſelect. cap.* 15. qui ſupponendum putant, ex jure antiquo in *d. l.* 18. fuiſſe uxorem capacem ſolidi vel propter liberos, vel propter alias cauſſas, de quibus Ulpianus *d. tit.* 15. & 16. placet potius placuitque pridem, quod Cujac. idem docte annotavit *lib.* 10. *obſ. cap.* 17. idcirco ſcilicet legata etiam ultra decimam valuiſſe in *d. l.* 18. quoniam rogata eadem uxor erat, quidquid ad eam in teſtamento mariti perveniſſet, alumno communi reſtituere, ut proponitur in §. 1. *d. l.* 18. quo ſane caſu ſolidum capi poteſt etiam ab eo, qui alioquin partem dumtaxat caperet. *l. ſi fidei* 28. *ff. de leg.* 3. *l. cum ei* 42. *ff. de leg.* 2. *l. cogi* 16. §. *hi qui ſolidum ff. ad S. C. Trebell.* & ideo quamvis propria uxoris non fuerint, ſive ea propria eſſe ſive non eſſe maritus exiſtimaret, ſem-

per

per tamen legandi animo dediſſe videtur, quia neque aliter uxorem obligare poterat fideicommiſſo, cum nemo eo teneatur, niſi quatenus ex teſtamento capit. *l. Lucius* 78. §. *maritus ff. ad S. C. Trebell.* juncta regula *l. ab ea* 9. *C. de fideicommiſſ. l.* 1. §. *ſciendum ff. de leg.* 3. & verbum *reddendi*, quo maritus uſus proponitur in *d. l. qui uxori* 18. quamvis proprie reſtituere & retro dare ſignificet. *l. Stichum* 39. §. *ſi heres ff. de ſtatulib.* recipit tamen & per ſe dandi & legandi ſignificationem, ut in ſimili ſpecie diſces ex *l. cum quidam* 21. *ff. de leg.* 2. juncta *l. verbum* 94. *ff. de V. S. l. Aurelius* 28. §. *ult. ff. de liberat. leg. l. Lucius* 88. §. *quisquis ff. de leg.* 2. *l. heres meus* 100. *ff. de leg.* 3.

§. VI. Jam vero ut progrediamur, propriumque Ulpiani noſtri de tacite relictis tractatum ex profeſſo aggrediamur, ſupponendum in primis eſt, tacite relicta incapaci in fraudem legum cenſeri, *quoties quis neque teſtamento neque codicillis rogatur, ſed domeſtica & privata cautione aut chirographo, vel etiam nuda promiſſione obligat ſe ad præſtandum fideicommiſſum incapaci*, ut definitur in *l. in tacitis* 103. *ff. de leg.* 1. *l. In fraudem* 10. *ff. de his quæ ut indign. l.* 3. *in pr. & §. tacita ff. de jure fiſci.* idemque eſt, etſi obliget ſe inſtrumento publico, confecto tamen clam, aut ſecreti fide a notario & teſtibus data, ut poſt Bart. in *d. l. in fraudem* 10. & in *d. l.* 3. §. *tacita*, notat Caſtr. in *d. l. in tacitis* 103. Mantica *de conjecturis ultim. volunt. lib.* 10. *tit.* 4. *num.* 6. Peregrinus *de jure fiſci lib.* 3. *tit.* 19. *num.* 5. Gregor. Lopez in *l.* 13. *gloſſa* 21. *verbo en porida d. tit.* 7. *Partita* 6. Illud ſane vel inter veteres JCtos dubitatum fuiſſe videtur, an ſi quis teſtamento rogatus ſit, ſed ita ut non appareat, quid aut cui præſtare rogetur, intelligatur palam relictum, ut pro non ſcripto ſit, an potius tacite & in fraudem legum, ut fiſco deferatur, veluti ſi teſtator hac formula uſus ſit. *Rogo vos heredes, ut in eo quod a vobis petii fidem præſtetis.* In qua ſpecie Ulpianus in *d. l.* 3. *in pr. ff. de jure fiſci.* ex Juliani ſententia concludit, non cenſeri fraudem legibus factam, & conſequenter palam datum intelligi, nec fiſco locum eſſe. E contrario autem Paulus in *l. Ita fidei* 40. *ff. de jure fiſci.* & in ſimili ſpecie Marcellus in *l. Lucius* 123. §. *in teſtamento ff. de leg.* 1. reſpondent, non eſſe palam relictum fideicommiſſum, immo in majorem fraudem legum, quoniam interpretationem receptam, quæ docebat non videri relicta tacite ea, de quibus teſtamento heres rogatus eſt, voluit circumvenire teſtator ſub prætextu palam in teſtamento relinquendi. Nec proponimus probatuſve contrarias invicem conciliationes Acc. in *d. l.* 3. *verbo petii.* & Alberici *ibidem.* Bartoli in *d. l. ita fidei* 40. quas ad praxin producunt Peregrinus *d. tit.* 10. *num.* 3. Gomez. in *l.* 9. *Tauri num* 26. *verſ.* 3.

§. VII. Quare his, & ſi quæ ſunt aliæ, omiſſis ſententiis, ut res dilucide ac dextre explicetur, obſervandum eſt, JCtos in hac quæſtione non adverſa ſed diverſa ſcripſiſſe. Primum autem in eo conſentiunt, verbis illis, *rogo vos heredes, ut in eo, quod a vobis petii, fidem præſtetis*, ſi aliunde ex teſtamento non conſtet, quid & cui dari teſtator petierit, & agnoſcunt pariter, quod & veriſſimum eſt, non eſſe palam fideicommiſſum relictum. Ita ex Juliano Ulpianus in *d. l.* 3. *verſ. Julianus.* ita & aperte Paulus in *d. l. ita fidei* 40. *verſ. non enim, & verſ. quemadmodum.* Deinde & illud Ulpianos rectiſſime ſupponit, nempe ex eiſdem verbis illis, quæ recenſuimus, ſi ea ſola per ſe neque aliæ probationes fidei tacite datæ reſtituendi incapaci concurrant, dici non poſſe fraudem legibus factam, quia non apparet, quid & cui incapaci præſtari teſtator petierit, & ideo non ex eo incurrit heres pœnam taciti fideicommiſſi, nec fiſco locus ſit. *d. l.* 3. *in fine principii, verſ. ideoque.* plane Ulpianus non negat, & fraudem legi

& fiſco locum fieri, ſi ultra ſupra ſcripta verba conſtet, petiiſſe teſtatorem tacite ab herede, ut incapaci præſtaret, & heredem extra teſtamentum domeſtica cautione aut chirographo fidem ſuam obſtrinxiſſe, quia cum Ulpianus ipſe fateatur, ex illis verbis *rogo vos* &c. non evinci palam relictum, fatetur etiam conſequenter non evitari pœnam taciti fideicommiſſi, ſi aliunde appareat, id in fraudem legum interveniſſe. Enimvero hoc ipſum eſt, quod ab Ulpiano veluti omiſſum ſupplent, & ut diverſum exprimunt Paulus Marcellusque in *d. l. ita fidei* 40. & in *d. l. Lucius* 123. §. *in teſtamento ff. de leg.* 1. nempe non evitare heredem pœnam taciti fideicommiſſi ex eo, quod illis verbis palam primo adſpectu conceptis rogatus ſit, quia quamvis in relicto palam & tacite non cenſeatur fraus legibus facta juxta textum, qui rationem dubitandi quæſtioni huic præbuit, in *d. l.* 3. §. 1. *ff. de jure fiſci.* cum tamen ſupra ſcripta verba non efficiant, ut dici poſſit palam relictum, nec liberant heredem excuſantve, ſi aliunde tacite & in fraudem reſtituendi fidem ſuſcepiſſe conſtet, ſive ut aperte magis Marcellus, & ſub hac veluti conditione reſpondens exprimit, *ſi in fraudem legum tacitam fidem Sejus accommodaſſet. d. l. Lucius* 123. §. *in teſtamento.* proinde Paulus Marcellusque reſpondent eo caſu, quo præter verba illa teſtamento adſcripta conſtat de tacito fideicommiſſo, etſi JCto jungantur in *d. l.* 3. & dicant pariter, verba illa delata, quamvis ſatis per ſe non ſint taciti fideicommiſſi fraudi probandæ, & pœnæ incurrendæ *d. l.* 3. tamen neque e contrario ſatis eſſe ſub obtentu palam relicti evitandæ pœnæ taciti fideicommiſſi, ſi tacita fides accommodata ſit. *d. §. in teſtamento. d. l. ita fidei* 40. ubi ſic fere ſentit, reliqua ejuſdem loci docte exponens Cujac. *lib.* 21. *quæſt. Pauli*, & ad *tit. de jure fiſci ibidem*, & in *d. l.* 3. & in *l. in tacitis* 103. *ff. de leg.* 1. cui conſentit in effectu Cumanus in *d. §. in teſtamento num.* 2.

§. VIII. Proxima ſuperiori, & ad eandem tacite relictorum definitionem pertinens inſpectio eſt, quam tractat Conſultus in *d. l.* 3. §. *quando ff. de jure fiſci.* dum quærit, quando ſive quo tempore in tacitis fideicommiſſis fraus interpoſita intelligatur, ut fiſco locus ſit, id eſt, utrum conſilium fraudis ab initio interpoſitæ inſpiciendum ſit, an potius exitus effectusque ejuſdem fraudis, veluti ſi is, qui taciti fideicommiſſi tempore incapax erat, poſtea tempore mortis capax eſt, vel e contra, nempe qui fidei tacitæ tempore capax poſtea teſtatore moriente incapax invenitur, reſpondet autem quæſtioni, & ad utrumque caſum indiſtincte Conſultus, exitum expectandum eſſe. Proinde primo caſu, in quo ſcilicet qui fidei tacitæ tempore incapax poſtea capax invenitur, quia non conſilium fraudis inſpicitur, ſed effectus exitusque, quo attento fraus nulla legi fit in reſtituendo ei, qui capax jam eſſet, ſentit Conſultus fiſco locum non eſſe, & adquiri fideicommiſſum ei, cui relinquebatur, ut pote jam capaci, ut in *l. ſi is qui* 11. *ff. de vulg. l. non oportet* 52. *ff. de leg.* 2. *l. in mortis* 22. *ff. de mort. cauſſa donat.* quod tamen ex adverſo opponitur regulæ Catonianæ, quæ relictum teſtamenti tempore inutile convaleſcere poſtea non patitur. *l.* 1. *ff. de reg. Caton.* Deinde & in ſecundo caſu, nempe cum quis relicti tempore capax poſtea incapax efficitur, dum Conſultus ſcribit in *d. §. quando.* exitum expectandum eſſe, quo attento fraus cum effectu legibus facta intelligitur, ut pote incapace tunc eo, cui datum eſt, affirmat utique locum eſſe pœnæ taciti fideicommiſſi, & delationi ad fiſcum, quod ſane obſcurum aut abſurdum, quia in ſuſcipienda fide tacita reſtituendi ei, qui tunc capax erat, cum fides ſuſcipiebatur, fraus nulla heredis intervenire videtur. *l.* 1. *C. de delatoribus.* & ideo fideicommiſſum apud eum manere debet, nec fiſco deferri, ut ſcriptum eſt in *l. in fraudem* 10. §. 1. *ff. de his*

quæ ut indignis. quibus argumentis & levioribus aliis coactus Faber *lib.* 12. *conjecturarum cap. ult.* totam JCti ſententiam in *d. l.* 3. §. *quando.* quaſi a ratione juris abhorrentem adſcribit Triboniano, hec felicior Græcus Scholiaſtes, qui *lib.* 60. *Baſilic. tit.* 42. in *d. l. in fraudem* 10. §. 1. pugnam *ejus* §. cum *d.* §. *quando* expendit neque exponit.

§. IX. Sed ut una brevique opera & argumentis Fabri & JCtorum pugnæ faciamus ſatis, neque immoremur referendis reſutandisve Acc. & Bartoli conciliationibus, quas ſubſequitur Peregrinus *de jure fiſci d. lib.* 3. *tit.* 19. *num.* 18. obſervamus in primis, quod ad priorem *d.* §. *quando* difficultatem, & univerſi hujus de tacitis fideicommiſſis tractatus lucem obſervatione digniſſimum eſt, nempe quæſtionem *d.* §. *quando.* & pleraſque ſimiles, quæ in *d. l.* 3. & in *d. l. in fraudem* 10. aliiſque JCtorum locis laudatis jam & laudandis proponuntur de tacitis fideicommiſſis in fraudem legum relictis, referri proprie & plerumque oportere ad leges Juliam & Papiam, quæ plerumque apud JCtos *legis* vel *legum* appellatione intelliguntur, ut exemplis probat Merillius *lib.* 5. *obſervationum cap.* 10. maxime quoties ſermo eſt de his, qui lege aut legibus capere ex teſtamento non poſſunt, ut obſervavimus in *l. ſi quis ſub conditione* 7. *ff. de condit. inſt. l. qui non militabat* 78. §. *ult. l. ſi quis fondum* 72. *ff. de her. inſt. l. ſenatus* 35. *cum l. ſeq. ff. de mort. cauſſa donat. l. ſed ſi hoc* 62. §. 1. *ff. de condit. & dem. l. quoties* 67. *ff. ad l. Falcidiam. l. ſi ita quis* 51. *ff. de leg.* 2. *l. ſi ſervus* 82. *hoc tit. l. qui teſtamentum* 27. *ff. de probat l. cum quis* 38. §. *Titia ff. de leg* 3. ſed præcipue in tractatn de tacitis fideicommiſſis, quia ejus, quod tacite & in fraudem incapaci relictum eſt, ablatio ſive ereptio ei, qui fidem reſtituendi accommodavit, unde ereptitium dicitur, & delatio ad fiſcum ſive adquiſitio deſcendit ex lege Papia Poppæa, teſte Ulpiano in *fragmentis tit.* 16. §. *lege.* junctis ex libris JCtorum ad leges Juliam & Papiam, ad easque referendis *d. l. in fraudem* 10. *l. edicto* 13. *cum* 3. *ſeqq. ff. de jure fiſci. noſtra l. ſi totam* 83. Quo ſuppoſito cum omnis diſputatio Conſulti in *d. l.* 3. *in princ.* & in *d.* §. *quando* referenda ſit ad relicta tacite illis, quibus per legem Juliam & Papiam capere non licet, veluti cœlibes & orbos, non eſt in difficili ſolutio primæ difficultatis ſupra expenſæ, nempe cur fraus facta non videatur, cum fides data ſuit reſtituendi ei, qui tuoc incapax erat, eique ipſi poſtea capaci facto relictum ab initio inutile adquiratur contra regulam Catonianam, nimirum quia cum leges Julia & Papia ejusmodi incapacem ſcilicet cœlibem & orbum, ſi intra diem cretionis legibus paruerit, capere non prohibeant, ut conſtat ex Ulpiano in *fragmentis tit.* 17. etiamſi cœlibi tunc incapaci fides reſtituendi ſuſcepta ſit, ſi is poſtea mortis tempore capax inveniatur, tamen qui fidem tacitam dedit, præſumitur reſpexiſſe exitum, ſive effectum acquiſitionis & ſpem capacitatis, quæ ei, qui tunc incapax erat, ſupervenire poterat ex ipſis legibus, magisque juxta earum ſpem, quam in earum fraudem fidem accommodaſſe. Unde & ei, qui nunc capax eſt, non obſtat, quominus adquirat, regula Catoniana, quia præterquam quod ea regula ad tacita fideicommiſſa non pertinet, ut conſiderat Fab. *lib.* 12. *conject. cap. ult.* non etiam pertinet ad eos, qui etiamſi teſtamenti tempore incapaces fuerint, poſſunt poſtea capaces fieri mortis tempore, & intra diem cretionis, proinde in quorum perſona relictum ab initio inutile convaleſcere poteſt, & eisdem adquiri, quales ſunt cœlibes & orbi ex legibus Julia & Papia, quæ reſpectu antiquarum legum XII. Tabb. vocantur *novæ leges* in *l. ult. ff. de reg. Catonian.* quam ita proprie magis interpretantur Rævardus in *l. penult. ff. de R. J.* Hotmanus *lib.* 2. *obſervat. cap.* 17. quamvis paulo aliter poſt alios Cujac. in *l. unic.* §. *cum igitur C. de cad. toll. & lib.* 4. *obſervat. cap.* 4. Donellus *lib.* 8. *comm. cap.* 13. ubi Hillig. *lit. H.* Radulphus Forner. *lib.* 3. *rer. quotid. cap.* 24. noſter Pareja in *otio quadrimeſtri parte* 1. *de reg. Caton. num.* 6. quomodo & explicandi juxta legem Juliam & Papiam ſunt textus in *d. l. non oportet* 52. *ff. de leg.* 2. *l. ſi is qui* 11. ubi Cujac. *ff. de vulg. l. in mortis* 22. *ff. de mort. cauſſa donat.* junctis traditis a Cujac in *l. ſi cognatis* 19. *ff. de reb. dub. & tractatu* 1. *ad Africanum*, in *l. ſi id quod* 10. *ff. ſi quid in fraud. patr.* Balduinus ad *leges de jure civili pag. mihi* 99.

§. X. Quo ſuppoſito, ut & ſecundæ difficultati *d.* §. *quando* breviter reſpondeamus, ſubſcribimus, quod ad illam attinet, Cujacio in *d.* §. *quando*, & in *d. l. in tacitis* 103. *in fine ff. de leg.* 1. & ante eum Alberico in *d. l.* 3. §. *quando.* & præ cæteris Gothofredo in *d. l. in fraudem* 10. §. 1. *num.* 4. *& ſeqq.* ubi prolixe ut ſolet ſed plane probat, quæſtionem *d.* §. *quando* intelligi ſemper debere eo caſu, quo conſilium fraudis intervenerit ſive fraudandi animus, & ideo quæſtio ſic concipitur, *quando autem fraus interpoſita videatur*, id eſt, quando hæc fraus, cujus conſilium vere intervenit, habeatur pro interpoſita quoad effectum, ut ei, qui in fraudem legum fidem accommodavit, fiſcus auferat, de quo tamen quæri non poſſet, ſi nullum conſilium fraudis interveniſſet, quia etiamſi omnino incapaci heres dare rogatus ſit, ſi tamen fraus heredis non interveniat, fiſcus ei non eripit. *d. l.* 3. *in princ. &* §. 1. *ff. de jure fiſci.* proinde quæſtio *d.* §. *quando* in eo eſt, an ſuppoſito ſemper fraudis conſilio id ſolum exſpectandum ſit & ſufficiat, ut heredi fiſcus auferat, etiamſi effectu attento fraus legi non fiat, an potius expectandus exitus effectusque fraudis cum ejusdem conſilio concurrens, ita ut ſi exitu inſpecto lex non fraudetur, nec fiſco locus ſit, quamvis fraudis conſilium intervenerit. Reſpondet autem Conſultus, *exitum eſſe ſpectandum*, id eſt, requiri exitum effectumque fraudis legibus factæ ſimul cum conſilio, ut fiſco locus fiat, ſicut in libertatibus directis in fraudem creditorum datis dicimus, atque alibi plerumque in jure, quoties ſuppoſito conſilio fraudis quærimus, an id ſolum an potius & eventus fraudis exitusque requiratur. *l.* 1. *& l. ult. C. qui manumitt. non poſſunt.* §. *in fraudem* 3. *inſt. quibus ex cauſſis manum. non licet. l. ait Prætor* 10. §. 1. *l. ſi quis cum haberet* 15. *ff. quæ in fraud. credit. l. fraudis* 79. *ff. de R. J.* ſecundum quæ in priore ſpecie *d.* §. *quando*, quia quoties fides data eſt reſtituendi ei, qui mortis tempore capere poteſt, lex non fraudatur effectu attento, ſive quia non concurrit effectus fraudis cum ejus conſilio, cenſet Conſultus non videri fraudem interpoſitam, nec fiſco locum eſſe, quamvis revera fraudis conſilium fuerit. Et e contrario in poſteriori ſpecie, ſi fides detur reſtituendi ei, qui tunc capere poterat, poſtea autem capere prohibetur, ſentit idem Conſultus, quia inſpecto exitu fraus legi fit, ſi ei qui tunc incapax eſt reſtituatur, auferre fiſcum poſſe, nempe ſi cum hoc exitu concurrat conſilium fraudis, quod in priore ſpecie & quæſtione tota ſupponitur, ut evenit, quoties fides tacita reſtituendi tunc capaci accommodata eſt in futurum caſum, ſive exitum ſupervenientis incapacitatis, ut etiam poſt eam & in fraudem legum reſtitueretur. *d. l. in fraudem* 10. §. 1. *in fine.* juxta quam exponendum & ſupplendum eſt, quod perſpicue minus proponitur in *d. l.* 3. §. *quando.*

§. XI. Fideicommiſſi taciti deſcriptionem, de qua hactenus, ſequitur pœna jure impoſita ei, qui in fraudem juris fidem tacitam accommodavit: ea autem pœna eſt, ut id, de quo quis tacitum fideicommiſſum accepit, & ut in fraudem legum reſtitueret accepit, ei ipſi, qui ſuſcepit accepitque, ut indigno legum fraudatori eripiatur, fiſcoque vindicetur, unde & *ereptitium*, ſive *ereptorium* dicitur, quia acceptum acquiſitumque jam ei, qui

taci-

tacite rogatus eſt; quaſi de manu eripitur. *l. 4. ff. ne quis eum qui in jus voc. vi exim.* juncta *l. penult. verſ. quadrans ff. de jure fiſci.* Plinio *lib. 2. epiſt. 16.* & diſtinguitur a caduco, quale eſt proprie, quod nondum adquiſitum ei, cui relictum eſt, ſive antequam ad manum ejus perveniat, præripitur & in fiſcum cadit, ut Ulpianus ſignificat in *fragmentis tit. 17.* eaque ipſa veteribus interpretibus ignorata noviſque notiſſima diſtinctio eſt indignorum, in quibus *ereptitia*, & incapacium, in quibus *caduca* obſervantur, juxta quam exponit Ulpianum *tit. 19. §. lege*, Cujacio in *notis ibi*, quid ereptitium ſit; ingenue ſe neſcire fatenti non parcens Ant. Contius *lib. 1. diſp cap. 13. verſ. octavus*, cui vel præivit vel ſubſcripſit idem Cujac. *lib. 6. obſervat. cap. 37.* & in *l. penult. ff. de jure fiſci.* quamvis aliter pro *ereptitii* voce apud Ulpianum *receptitium* ſubſtituens explicet Hotmanus *lib. 4. obſervat. cap. 9.* Inducta autem hæc pœna, ut Ulpianus indicat in *d. §. lege.* & monuimus ſupra §. 9. legibus Julia & Papia, ne in earum fraudem fideicommiſſa tacita reſtituerentur illis, qui palam relicta capere eiſdem legibus prohibebantur: notat noſter Amaya in *l. 1. C. de delator. num. 3.* eoque pertinet in *l. unic. C. de his qui ſe deferunt.* mentio taciti fideicommiſſi relicti a marito uxori, *nam quia per leges*, ſcilicet Juliam & Papiam ultra decimam, ut ſupra diximus §. 5. *inſtitui uxor non poterat heres, id fuerat actum, ut ad eam bona per hoc tacitum fideicommiſſum pervenirent*; ut his ipſis verbis appoſitiſſimis illuſtrandæ *d. l. unic.* ſcribit Quintilianus *lib 9. inſtitut. oratoriarum cap. 2.*

§. XII. Unde etiam illuſtrandus eſt Papinianus in *l. ult. ff. de his quæ ut indignis.* dum ſic reſpondet: *ſi gener ſocerum heredem reliquerit, taciti fideicommiſſi ſuſpicionem ſola ratio paternæ affectionis non admittit.* nimirum cum gener ſocerum id eſt maritus patrem uxoris ſuæ heredem inſtituiſſet, videbatur præſumptio colligi taciti fideicommiſſi a marito uxori relicti, hereditatis ſcilicet per interpoſitam patris perſonam reſtituendæ ex ratione paternæ affectionis ſoceri, ſcilicet erga filiam, *arg. l. penult. §. ſed num quid ff. de bon. lib. l. non ſolum 67. in princ. & §. 1. ff. de ritu nupt.* juncto frequenti uſu abuſuque fideicommiſſi taciti, ut per id ad uxorem bona pervenirent, quæ legibus non poſſunt, ut ex Quintiliano docuimus, eaque præſumptio pro ratione dubitandi fuit in *d. l. ult.* qua tamen ſignanter rejecta Papinianus concludit, præſumptionem paternæ affectionis, quamvis præſumptionibus aliis conjuncta in ſimilibus privatorum cauſſis attendi ſoleat, ut in *d. l penult. §. ſed num quid ff. de bon. libert.* ſolam tamen non ſufficere probando tacito fideicommiſſo, præſertim quia in eo tum in odium caducariarum legum Juliæ & Papiæ, ut in *l. unic. in princ. C. de de caduc. toll.* tum quia contra fiſcum in dubio facile reſpondetur. *l. non puto 10. ff. de jure fiſci. l. 2. C. Theodoſ. de advoc. fiſci.* manifeſtiſſimæ probationes requiruntur, ut fideicommiſſum tacitum detegatur, fiſcoque deferatur. *d. l. 3. §. tacita*, juncto §. 1. *ejuſdem legis ff. de jure fiſci.* ex qua ita Papinianum explicat poſt Cujacium in *l. in tacitis 103. ff. de leg. 1.* Amaya in *d. l. 1. C. de delatoribus num. 92.* & ante eos præſentit Compoſitor librorum juris Baſilicῶn *lib. 60. tit. 42.* in *d. l. ult.* & ex latinis Accurſ. *ibidem ſolut. 2.* cujus ex ſententia Cujac. *lib. 14. reſponſ. Pap.* in *d. l. ult.* & in *d. l. 3. §. tacita.* rectiſſime docet, fideicommiſſi taciti probationem non induci ex præſumptionibus aut conjecturis, niſi urgentes adeo certæque ſint, ut manifeſtis probationibus juri æquivaleant juxta *l. ult. C. de probationibus.* quamvis contrarium cenſuerint plures, quos refert & refellit Amaya *ubi proxime*, & aſſertionem noſtram ad praxin producit.

§. XIII. Plane quamvis, ut diximus, legibus Julia & Papia inducta pœna fuerit ereptitii in tacitis fideicommiſſis, quæ & ante eaſdem leges eo tempore, quo nondum fideicommiſſa juris vinculo continebantur, incapacibus relinqui ſolebant. *princ. inſtitut.* ubi ad rem Pichardus, *num. 31. de fideicommiſſ. hered.* fuerunt tamen in uſu & poſt eaſdem leges, & circa alios incapaces illis legibus non comprehenſos, ut in eleganti conſtitutione *l. nulla 27. verſ. immo ſi quid C. Theodoſ. de epiſc. & cler.* quam illuſtrabis ex *l. eccleſiaſtici 20. & l. legem 28. eodem tit. & C.* Marciani *Novell. 6. de teſtam. cleric. l. 1. C. de ſacroſ. Eccleſ.* D. Hieronymo *lib. 2. epiſt. 12. ad Nepotianum.* Ambroſio *epiſt. 2. contra Symmachum.* junctis traditis a Cujac. in *l. ita fidei 40. ff. de jure fiſci*, & *lib. 11. quæſt. Pap.* in *l. heres 11. ff. de his quæ ut indign.* & *lib. 7. obſervat. cap. 30.* Guilielmo Forner *lib. 1. ſelect. cap. 28.* eſt & hodie frequens abuſus fideicommiſſi taciti in filiis Clericorum, qui incapaces ſunt ſuccedendi patri vel matri ex teſtamento, & ab inteſtato jure noviſſimo noſtroque. *cap. per venerabilem 13. qui filii ſint legitimi. l. 6. & 7. tit. 8. lib. 5. Compilat.* idoque ſi eis aliiſve ejuſdem generis incapacibus reſtituendi fides tacita ſuſcepta ſit, eripitur ei, qui ſuſcepit, ut indigno & fiſco defertur. *l. 13. verſ. la ſexta razon tit. 21. Part. 6.* ubi Gregor. *gloſſa 22. & ſeqq.* Gomez. in *l. 9. Tauri num. 21. & ſeqq.* deinde & ſciendum eſt, pœnam hanc ereptitii contra heredem, qui fidem tacitam accommodavit, exacerbatam fuiſſe SCto Planciano, quo cautum eſt, ut heres in ea hereditatis aut legati parte, in qua tacitam fidem in fraudem legum adhibuit, non utatur deductione quartæ Falcidiæ aut Pegaſianæ, qua alioquin uteretur ſuo jure. *l. heres 11. l. ſi quilibet 23. ff. de his quæ ut indign. l. beneficio 59. §. 1. ff. ad l. Falcid.* Ulpianus in *fragmentis tit. 25. §. penult.* additumque fuit SCto ex Antonini Pii reſcripto, ut quarta illa, cujus retentio heredi negatur, fiſco vindicaretur. *d. l. beneficio 59. §. 1. l. pen. ff. de jure fiſci. l. 3. C. ad l. Falcid.* ſunt autem extra pœnam SCti & Antonini Pii conſtitutionis filius, qui in poteſtate patris fuit, item ſervus, ſi patris dominive juſſu fidem tacitam reſtituendi non capienti ſuſceperint, quia cum parendi neceſſitatem habuerint excuſantur, neque eis ut indignis quarta eripitur. *l. in fraudem 10. §. ult. ff. de his quæ ut indign. l. ſi tacitum 13. ff. ad l. Falcid.* juncta regula *l. ad ea 157. ff. de R. J.* notat poſt multos Amaya in *d. l. 1. C. de delator. num. 56.*

§. XIV. Illud, antequam propius ad quæſtionem textus noſtri accedamus, explicatu digniſſimum eſt, quod proponitur in *l. ſi poſtulante 67. §. ult. ff. ad SCtum Trebell.* ſi heres palam rogatus hereditatem reſtituere ei, qui in ſolidum capere non poteſt, ſuſpectam hereditatem dixerit donationis cauſſa, ſcilicet ut a Prætore compulſus adiret, atque ita veluti donando incapaci totam hereditatem, ut in *l. 4. ad SCtum Trebell. §. ergo 6. inſt. de fideicomm. heredit.* auferendum eſſe a fiſco id totum, quod fideicommiſſarius capere non poteſt. Id autem valde obſcurum eſt, quippe non fuiſſe in ea ſpecie tacitum fideicommiſſum, ſed palam teſtamento aut codicillis relictum vel ex eo conſtat, quia ſi tacitum fuiſſet, cum id jure non conſiſteret, non eſſet locus coactioni heredis, & reſtitutioni ex SCto Pegaſiano. *l. ille a quo 13. §. quid ergo 3. l. ita tamen 27. §. quoties 6. ff. ad S. C. Trebell.* tum etiam, quia in herede conſilium donandi fideicommiſſario, non autem legis fraudandæ ſupponitur in *d. l. ſi poſtulante 67. §. ult.* augetur difficultas, & quidem acriter, ſi conjungas Pauli locum nondum in hac re expenſum aut expoſitum in *l. ita fidei 40. §. ult. ff. de jure fiſci.* ubi etiam in eo caſu, quo patronus tacite in fidem ſuam recepit, ut ex portione ſibi debita aliquid incapaci præſtet, ſcriptum eſt ceſſare fraudem, & conſequenter pœnam fraudis, ſive ereptitium, *quia de ſuo largitur*, id eſt, quia cum fideicommiſſum legitimæ portioni injunctum patronus præſtare non compellatur. *l. cum patronus 28. ff. de leg. 2. l. ſi patronus 45. ff. de bon. lib.* ſi ſponte ille in fidem ſuam

Digitized by Google

ſuam recipiat, & ex portione ſua præſtet, non tam ex voluntate aut bonis defuncti reſtituere, quam de ſuo patrimonio largiri ſeu donare intelligitur, quod neque ei vetitum neque incapaci ex teſtamento defuncti ſtatim prohibitum, ut ex patroni inter vivos donatione adquirat. Ergo & multo magis, cum heres donandi conſilio ſuſpectam hereditatem dicit, & incapaci reſtituit, nihil auferre fiſcus debet, quia tunc & fraus ceſſat, cum heres tacite rogatus non ſit, & plus juris eſt, ut de ſuo donare intelligatur heres, & ex ejus donatione incapax alioquin adquirat, cum eo tempore conſilium donandi ineatur, quo hereditatem jam delatam ſponte adeundo retinere pro parte heres poſſet. Et e contrario in patrono ſit fidei tacitæ ſuſpicio, & eo tempore quo ſuſcipit minus juris ei ſit, vivo adhuc liberto, cujus ex bonis tunc nihil ei debetur, aut delatum eſt. *l. ſi patronum* 44. §. *ult. ff. de bon. lib.* juncta regula *l. qui ſuperſtitis* 94. *hoc tit.*

§. XV. Sed ut res non vulgariter explicetur, omiſſa in primis improbabili ſententia Garziæ *de tacito fideicommiſſo num.* 11. & 12. quem reprehendit merito Amaya in *d. l.* 1. *C. de delator. num.* 26. rejecta & alia interpretatione Baldi in *l. eam quam num.* 21. *C. de fideicomm.* & aliorum, quos poſt Gomez. ſequitur Amaya *ubi ſupra num.* 24. affirmantium, ideo in *d. l. ſi poſtulante* 67. §. *ult.* auferri veluti indigno a fiſco partem fideicommiſſi incapaci reſtituti, quia ex donandi conſilio & reſtitutione eo prætextu facta inducitur præſcriptio tacitæ fidei & fraudis contra leges initæ: quam tamen interpretationem repudiant poſtrema verba *d.* §. *ult.* ubi idem ſtatuitur & ſine conſilio donandi, & conſequenter ceſſante hac conjectura fraudis, præterquam quod & ea ex donandi conſilio excluditur potius quam colligitur. *d. l. ita fidei* 40. §. *ult.* & utcumque colligeretur, non ſufficeret probationi taciti fideicommiſſi ex regula *d. l.* 3. §. *tacita ff. de jure fiſci.* junctis juxta eam traditis ſupra §. 12. *in fine.* affirmandum eſt, in ſpecie *d. l.* 67. §. *ult.* etiamſi palam datum fideicommiſſum, & neque taciti præſumptio neque fraudandi conſilium fuerit, auferre tamen fiſcum fideicommiſſario id, quod capere non poteſt, quia cum quæſtio ſit de eo, qui ſolidum capere non poteſt, ponenda ſpecies eſt in orbo, qui ex lege Julia & Papia non niſi dimidium relicti capere poterat, quomodo non capientis ſolidum explicanda eſt in *l. ſi is qui* 6. *ff. de vulg. l. cum ei* 42. *l. ſi Titio* 53. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l. cogi* 16. §. *hi qui ſolidum ff. ad S. C. Trebell. l. edicto* 13. §. *ult. ff. de jure fiſci. l. ei qui* 20. *ff. de mort. cauſſa don.* cum laudatis ſupra §. 3. & 9. Plane in orbo, cum non ſit pure & abſolute incapax, ſed veluti ſub conditione, niſi intra centum dies cretionis Legi paruerit, ut diximus *d.* §. 3. quamvis ei palam fideicommiſſum hereditatis relictum ſit, non habetur a principio pro non ſcripto & inutili, quia poteſt ex poſtfacto firmari, eique cum effectu adquiri, ſi legi ſcilicet paruerit, aut ſi non paruerit fit caducum, quod a pro non ſcripto diſtinguitur. *l. un.* §. *& cum triplici C. de caduc. toll.* idcircoque cum heres ſuſpectam ſibi hereditatem dicat intra centum dies cretionis, ſive, quod idem eſt, intra tempus de hereditate deliberandi, ac decernendi, ut & fieri ſolet & debet. *l.* 2. §. *ult. ff. de ſuis & legit.* juncto Ulpiano in *fragmentis titulo* 22. §. *cretio* 27. quo tempore adhuc orbus legi parendo ſolidum fideicommiſſum capere poteſt, & partem ſtatim poteſt, potuit etiam eo tempore heres cogi ex SCto Pegaſiano adire, ut pote ex fideicommiſſo nondum aperte inutili. *d. l. ille a quo* 13. *in princ.* & §. 1. & *ſeqq. l. ita tamen* 27. §. *quoties ff. ad S. C. Trebell.* & tamen ſi poſt aditionem & reſtitutionem conſtet, orbum intra tempus cretionis legi non paruiſſe, cadit ab eo in fiſcum fideicommiſſi pars ut caduca, teſte Ulpiano in *fragment. titulo* 17. ſive ut Valentis verba ſunt in *d. l.* 67. §. *ult. auferetur ei id, quod capere non poteſt*, quia quamvis non ob tacitæ fidei fraudiſve cauſſam, ut adquiſitum jam indigno auferatur, quomodo auferri dicitur in *rubr. ff. de his quæ ut ind. auf.* junctis traditis ſupra §. 11. ſed ut caducum & quod adquiri ſive capi non potuit, aufertur tamen id, quod re ipſa reſtitutum incapaci fuit, & *auferendi* vox interdum uſurpatur in eo, quod ut caducum vindicatur, ut in *l. Plautius* 43. §. *item ſcinditur ff. de condit. & dem.* quam exponens ex Ulpiano in *fragmentis titulo* 17. §. *hodie*, & *titulo* 18. *l. ſi in teſtamento* 5. *ff. de vulg. l. ſi Titio* 55. §. 1. *in fine ff. de leg.* 2. *l. ſi id quod* 21. §. *ult. l. ſi is qui dotes* 29. *ff. de liber. leg.*

§. XVI. Neque interpretatione hac retenta obſtat Paulus in *d. l. ita fidei* 40. §. *ult.* quippe obſervandum eſt in *d. l.* 67. §. *ult.* etiamſi in herede, quo tempore ſuſpectam dixit hereditatem, fuerit de ea ut ſua, quia ſuam ſtatim facere adeundo poterat, conſilium donandi, poſtquam tamen coactus adiit & inſpecto reſtitutionis tempore, quo donatio habitura effectum erat, dici non poſſe heredem de ſuo donare, quia tunc etiamſi velit nihil retinere poteſt. *l. nam quod* 14. §. *qui compulſus. l. ſi patroni* 55. §. *quid ergo* 3. *ff. ad S. C. Trebell.* ideoque & orbo non niſi ex teſtamento defuncti; a quo capere non poteſt, reſtitui cenſetur, & quatenus capere non poteſt, aufertur: diverſum eſt in ſpecie *d. l. ita fidei* 40. §. *ult.* quia patronus fideicommiſſum tacite aut palam relictum ex portione ſibi debita nunquam cogi potuit præſtare. *d. l. cum patronus* 28. *ff. de leg.* 2. etiamſi ſtipulanti fideicommiſſario ſpoponderit. *l. ſi patronus* 20. *ff. de donat.* & quod eſt amplius propriumque magis, quamvis poſtulante fideicommiſſario, cui partem ſibi debitam reſtituere rogatus fuit, coactus fuerit adire, licet adhuc patrono, qui coactus adiit, partem ſibi debitam retinere nec reſtituere. *l. ita tamen* 27. §. *ſi patronus* 13. *ff. ad S. C. Trebell. l. penult.* §. *ſi patronus ff. de bon. lib.* & repetere, ſi per errorem reſtituit. *l. patronus* 60. *ff. ad S. C. Trebell.* quapropter cum patronus ex portione ſua præſtans præſtet id, quod per errorem datum repetere, nunquamque ut reſtitueret cogi potuit, ſi ſciens ſponteque præſtet eo tempore & effectu donationis inſpecto, non immerito donare intelligitur ex regula *l. cujus per errorem* 53. *l. donari* 82. *ff. de reg. juris.* ceſſatque omnino fraus ſaltim effectu, quia quamvis ejus veluti conſilium fuerit, cum tacite patronus in fidem ſuam recepit, ut præſtaret incapaci, & fingamus hunc ipſum eſſe cœlibem orbumve, qui ex teſtamento capere non poterat, non tamen ex teſtamento defuncti, neque ex fiſco, cujus incapax eſt, & quo patronus non tenebatur, ſed capit ex donatione, cujus incapax non eſt, nempe patroni de ſuo largientis eo tempore, quo id ipſum, quod largitur, retinere ut ſuum poteſt. *d. l. ita fidei* 40. §. *ult.* juncta *l.* 3. §. *quando ff. de jure fiſci.*

§. XVII. His ita de fideicommiſſi taciti definitione & pœna præmiſſis, ſuccedit opportune jam enarranda quæſtio & deciſio *noſtræ l. ſi totam* 83. in ea heres proponitur ex parte heres inſtitutus, totamque eam partem tacite rogatus incapaci reſtituere. Quæſtio in eo eſt, ſi alterius coheredis ex alia hereditatis parte inſtituti portio deficiat, an huic, qui tacite rogatus eſt, accreſcat an potius fiſco, ad quem portio illius, qui tacitam fidem adhibuit, velut indigno erepta perventura eſt. Dubitandi ſeu potius decidendi pro herede & contra fiſcum rationes, quas jam nunc uno veluti faſce complectemur, ut cauſſæ ſtatus clarior appareat, ſunt, quæ ſequuntur. Prima, quia heres fiduciarius in fraudem legum, qui ſemel adiit, etiam poſtquam ei ut indigno fiſcus hereditatem aufert, heres permanet jure civili. *l. ex facto* 43. §. *Julius ff. de vulg. l. ſi quis* 33. *ff. de relig.* ideoque & libertates & legata aliis eo teſtamento relicta ſalva ſunt. *l. Imperator* 12. §. *ult. ff. de fideicom-*

commiſſar. hered. l. dicitur 14. *ff. de jure fiſci.* & quod eſt amplius, ſi ipſi incapaci promiſerit, tenetur ipſo meroque jure. *l. ſi quis ſub conditione* 7. *ff. de cond. inſt.* proinde & capax eſt tanquam heres juris accreſcendi, quod inter coheredes inductum jure civili. *l. un. §. his ita* 10. *verſ. in his itaque, in fine C. de cadue. toll.* Secunda, quia idem heres, quoad effectum & emolumentum attinet inſtitutionis, in qua tacitam fidem ſuſcepit, habetur pro herede, ideoque ad ſucceſſionem pupilli ex ſubſtitutinne ita facta, *quisquis mihi heres erit*, admittitur, pro qua parte inſtitutus fuit heres, & adeundo extitit, etiamſi partem illius partis ei fiſcus abſtulerit. *d. l. ex facto* 43. *§. Julian.* quoniam, ut ibi ſcriptum eſt, *ſatis punitus eſt in eo, in quo fecit contra leges*; hoc eſt in ea parte hereditatis, in qua fraudem adhibuit, quæque ideo ſola ei eripitur: ergo neque puniendus eſt in parte accreſcente, ita ut ei denegetur, *arg. l. heres* 11. *in fine ff. de his quæ ut indign.* Tertia, quia & per legatum, quod partim pro herede partim jure legati capit & poſſidet, relinquitur tamen ei integrum, & conſequenter etiam pro ea parte, quam ut heres cepit, & in qua fraudem adhibuit. *l. cum qui* 18. *§. ult. ff. de his quæ ut ind.* Quarta, quia & quoad onera ſuſceptor taciti fideicommiſſi, qui ſemel adiit, eo usque heres permanet, ut neque ſervitutes, quas in defuncti bonis, neque actiones quas contra defunctum habuit, & aditione confuſæ ſunt, eis reſtituantur etiam poſt ereptam a fiſco hereditatem. *d. l. cum qui* 18. *§. bonis.* juncta *l. indigno* 8. *l. heredem* 17. *ff. de his quæ ut indign. l. ejus* 29. *§.* 1. *& ſeq. ff. de jure fiſci. l. eum qui* 31. *§. ult. ff. de inoff. teſtam.* Quinta denique ratio accedit, quia quamvis alii heredes, quibus ut indignis fiſcus hereditatem eripit, etiam fructuum ante litem motam diſtractorum uſuras præſtare teneantur poſt litem motam. *l.* 1. *C. de his quib. ut ind.* juncta *l. item* 20. *§. hæc adverſus, verſ. cæterum ff. de hered. petit.* heres tamen, qui tacitam fidem dedit, eſt immunis a dependendis fructuum uſuris circa diſtinctionem temporis. *d. l. cum qui* 18. *in fine princ.* quæ ſingula conjuncta ſuadent, non eſſe denegandum accreſcendi jus ei, qui etiam poſt ereptam a fiſco hereditatem manet heres, non tantum titulo, ſed etiam quoad effectus, emolumenta, onera & alia veluti acceſſoria partis ereptæ.

§. XVIII. Sed in contrarium in quæſtione propoſita pro fiſco contra heredem non leviora quamvis pauciora juris argumenta ſunt. Primum eſt, heredi fraudatori, qui tacitam fidem dedit, non ſolum eam partem, in qua fraudem adhibuit, adimi, & retentionem Falcidiæ ex ea parte. *d. l. heres* 11. *l. ſi quilibet* 23. *l. beneficio* 59. *§.* 1. *ff. ad l. Falcid. l.* 3. *C. eodem tit. l. penult. ff. de jure fiſci.* ſed generaliter tanquam prædoni emolumentum omne ex tacito fideicommiſſo, ut ſcriptum eſt in *l. cum quidam* 17. *§. in tacito ff. de uſuris. l. prædonis* 46. *ff. de hered. petit.* Secundum, & quod proprie ad rem pertinet, eſt ex Ulpiano in *fragmentis tit.* 25. *§. penult. in fine.* nam cum per leges Juliam & Papiam liberi parentesve teſtatoris, aliique genere proximi intra tertium gradum, ſi heredes inſtituti eſſent, & in perſona coheredis aut legatarii cœlibis, orbive portio hereditatis aut legatum ita deficeret, ut tanquam caducum vel in cauſſa caduci fiſco deferendum eſſet, vindicarent hi potius, ſeu retinerent ex jure antiquo, ſcilicet accreſcendi in portione coheredis aut ex jure eorum, quæ pro non ſcriptis ſunt: quo jure ante legem Papiam, quæ deficiebant vel accreſcebant conjunctis, vel manebant pro non ſcriptis apud eos, a quibus relicta erant, ut docet Ulpianus *tit.* 17. *§.* 1. *& tit.* 18. juncta *l. un. §. & cum lex C. de cadue. toll. l. ſi in teſtamento* 5. *ff. de vulg.* Nicephorus *lib.* 1. *hiſtoriæ eccleſ. cap.* 9. tamen ei, qui fidem tacitam in fraudem legum accommodavit, denegatur jus vindicandi caducum, tanquam accreſcens, vel pro non ſcripto ex eo teſtamento, etiamſi ex liberis defuncti ſit, teſte Ulpiano *d. tit.* 25. *§. penult.* juncta expoſitione & emendatione Cujac. *ibidem in notis*, & in *l. in tacitis* 103. *ff. de leg.* 1. *& lib.* 13. *quæſt. Pap.* in *d. l. heres* 11. *ff. de his quæ ut ind.* proinde & denegatur jus accreſcendi, quod in hac re vocatur *jus antiquum* in *d. l. pater* 29. *§. ult. ff. de leg.* 2. ubi ſic explicant Academici Anteceſſores poſt Sarmientum *ibidem.* Eduardum Calderam *lib.* 4. *var. cap.* 3. *num.* 19. Cujac. in *l. ſi duobus* 16. *ff. de leg.* 1. Fabrum *lib.* 4. *conject. cap.* 13. *& lib.* 18. *cap.* 15. ergo & in *noſtra l. ſi totam* 83. ei, qui tacitam fidem adhibuit, denegandum eſt jus accreſcendi portionis vacantis.

§. XIX. Tertium præcipuumque ejusdem ſententiæ argumentum, quo & in *præſenti* Ulpianus utitur probatque heredi fraudatori portionem deficientem non accreſcere, extat in verbis illis, *quia rem non videtur habere*, reſpicit autem hæc ratio ut certum juris principium, quo docemur, accreſcendi jus ita receptum eſſe, ut portio hereditatis deficiens portionem aditam ſive adquiſitam, ut incrementum latens & alluvio quædam tacite & neceſſario jure ſequatur, & conſequenter magis portioni hereditariæ quam perſonæ heredis accreſcat. *l. ſi quis heres* 35. *l. qui ex duobus* 53. *§.* 1. *l. ſervus communis* 67. *hoc tit. l.* 2. *§. ſi duo ff. de bon. poſſ. ſecundum tab.* juncta *l. ſi Titio* 33. *§.* 1. *ff. de uſufr.* & ideo etiamſi heredis, qui ſemel adiit, perſona defecerit, moriente eo, antequam coheredis portio vacaret, pertinet tamen ad heredem ejus qui adiit, quia non tam inſtituti perſonæ, quæ defecit, quam portioni ejus quæ transmiſſa eſt conjungitur accreſcitque. *d. l. qui ex duabus* 53. *l. qui patri* 59. *in fine hoc tit. l. hac ſcriptura* 26. *§.* 1. *ff. de condit. & dem. l. ſi ex pluribus* 9. *ff. de ſuis & legit. §. ult. inſt. de S. C. Orphitiano. l. liber homo* 59. *§. ſi ita ſcriptum cum §. ſequenti ff. de hered. inſt. l. un. §. his ita* 10. *verſ. in his itaque C. de cadue. toll.* ubi Cujac. & *lib.* 12. *obſ. cap.* 11. noſter Valentia *illuſtr. tom.* 3. *tractatu* 1. *cap.* 4. *num.* 10. *&* 17. *cum ſeqq. & cap.* 6. *num.* 2. Hillig. ad Don. *lib.* 7. *cap.* 12. *lit. F.* Inde itaque proprie colligitur, quod cum heredi tacite rogato portionem ſuam incapaci reſtituere fiſcus eam portionem evincat, & quamvis jure ipſo perſonam heredis retineat, non habeat tamen rem ſeu portionem hereditatis, non poteſt ei deficiens portio accreſcere, quin potius ſequi debet portionem, quæ ad fiſcum tranſit, eique adquiri, ut explicant Cujac. *lib.* 12. *obſ. cap.* 13. Duar. *lib.* 2. *de jure accreſc. cap.* 62. & ex noſtratibus Pich. ad *hunc tit. cap.* 29. *num.* 46. Amaya in *l.* 1. *C. de delator. num.* 30.

§. XX. Verum jam nunc huic Ulpiani ſententiæ & rationi obſtat acriter Papinianus apud Ulpianum in *l. Papinianus* 43. *ff. ad S. C. Trebell.* ubi cum heres ex ſemiſſe inſtitutus & rogatus reſtituere hereditatem ſuſpectam dixerit, ac compulſus adierit & reſtituerit, ſupponit Papinianus accreviſſe heredi compulſo poſt reſtitutionem portionem coheredis, dubitatque an fideicommiſſario, ut portionem quæ accrevit conſequatur, *opus ſit alia actione*, id eſt, alia fideicommiſſi perſecutione, quæ latiore actionis appellatione continetur, ut in *l. pecuniæ* 178. *§. actionis, & §. ult. ff. de V. S.* quomodo ea verba in *d. l.* 43. exponit Hillig. ad Don. *lib.* 7. *cap.* 26. *lit. B.* quamvis pro verbis *alia actione* reponat *alia aditione* Cujac. *lib.* 12. *obſ. cap.* 13. & *alia coactione* Faber *de error. Pragm. dec.* 50. *err.* 4. a quibus non diſſentit Pich. ad *hunc tit. cap.* 29. *num.* 34. reſpondet autem Papinianus, ſecurum fideicommiſſarium eſſe poſſe, & conſequenter neque actionem aliam ſive perſecutionem fideicommiſſi, neque aditionem ſive coactionem requiri, & de illo ſolo quærendum ait, an opus ſit fideicommiſſario nova reſtitutione partis, quæ poſtea accrevit, qua tamen reſtitutione, quaſi Papinianus dubitet nec decidat, affirmat opus non eſſe

eſſe Cujac. *d. lib.* 12. *cap.* 12. Donellus *lib.* 7. *comm. cap.* 26. & e contrario veriusque Faber *d. err.* 4. *num.* 14. contendit opus eſſe, quaſi ita Papinianus, dum quærit dubitatque, decidat & *ſapienter interrogando doceat*, ut Alcuinus loquitur in *dialogo de arte Rhetorica pag. mihi* 365. ſuo & Socratico ſive Academico modeſte reſpondendi more, quem non ſemel JCti ſequuntur, ut in *l. ult. ff. quibus ad lib. proclam. non licet.* juncto Quintiliano *lib.* 9. *Inſtitut. orator. cap.* 2. illud utique ex univerſo contextu *d. l.* 43. evincitur, deficientem portionem accreſcere ipſo jure heredi, etiam poſt reſtitutionem portionis ſuæ, non autem fideicommiſſario, immo neque ab herede in eum tranſire, niſi quo caſu heres compulſus adiit, ideoque retinere nihil poteſt ex ea hereditate, ut in *d. l.* 43. alioquin ſi ſponte adiit, heredi etiam poſt reſtitutionem portionis ſuæ ſic accreſcit portio deficiens, ut nec fideicommiſſario reſtituere compellatur, ut poſt Cujacium Fabrumque *ubi ſupra* docent Pich. *ubi proxime*, & in §. *reſtituta num.* 18. *Inſt. de fideicommiſſar. hered.* Valentia *illuſtr. lib.* 1. *tractatu* 1. *cap.* 2. *num.* 21. quamvis contrarium, nempe jus accreſcendi tranſire ſemper ad fideicommiſſarium, eique non heredi poſt reſtitutionem accreſcere ex regula & ratione *noſtræ l. ſi totam* 83. docuerit poſt Bart. & antiquiores Jaſo in *l. re conjuncti* 89. *num.* 29. & *ſeqq. ff. de leg.* 3. Duar. *lib.* 2. *de jure accreſcendi cap.* 6. Donell. *d. lib.* 7. *cap.* 26. & Hillig. *ibi lit. A.* Gutierrez in *l. un. num.* 66. *C. quando non pet. partes.* noviſſime noſter Larea *tom.* 1. *deciſ. Granatenſ.* 40. *num.* 26. ergo & ei, cui ex cauſſa taciti fideicommiſſi fiſcus hereditatem aufert, quamvis rem ſive portionem non habeat, debet deficiens portio accreſcere contra *noſtram l.* 83. Accedit difficultati augendæ, quod placuit plus juris in ſucceſſione & bonis defuncti habere eum, qui tacite rogatus eſt, quam qui compulſus adiit, & ideo jus accreſcendi, quod huic conceditur in *d. l.* 43. non eſſe negandum illi in *noſtra l.* 83. quippe qui tacitam fidem ſuſcepit, admittitur, ut cum effectu retineat, ad ſubſtitutionem pupillarem ex illa formula, *quiſquis mihi heres erit. d. l. ex facto* 43. §. *Julius ff. de vulg.* & prælegatum integrum retinet. *d. l. eum qui* 18. §. *ult. ff. de his quæ ut ind.* eum tamen e contrario ad eandem ſubſtitutionem & prælegatum non admittatur cum effectu, quia reſtituere cogitur, qui compulſus adiit. *l. ita tamen* 27. §. *qui ſuſpectam*, & §. *ſi præceptis. l. ſi patroni* 55. §. *quid ergo verſ. adeo ff. ad S. C. Trebell.*

§ XXI. Huic difficultati explicandæ multa movent moliunturque poſt Acc. Bart. Caſtr. Alberic. Cuman. & alios in *præſenti*, & in *d. l. ex facto* 49. §. *Julius.* Cujac. *ibi lib.* 9. *quæſt. Pauli in fine*, & *lib.* 11. *obſ. cap.* 15. *in fine.* Pich. ad *hunc tit. cap.* 29. *num.* 49. Amaya in *l.* 1. *C. de delat. num.* 30. qui tamen, ſicut neque integram difficultatem expendunt, ita nec pleno aut integre faciunt ei ſatis, ut facile attendenti apparebit. Quare his omiſſis, ut & poſtremo huic argumento & ſimul quinque illis, quæ contra Ulpianum noſtrum propoſuimus ſupra §. 7. una opera reſpondeamus, obſervandum eſt, quod nondum in tractatu indignorum generaliter fortaſſe obſervatum, & ad indignitatis pœnas pertinet, diſtingui oportere duos veluti primarios ordines indignorum. Primus eſt eorum, qui ſola juris auctoritate indigni cenſentur, & quidem juſta ex cauſſa, quamvis proprie nec de perſona, nec de voluntate teſtantis male meruerint, quales ſunt hi, qui fidem tacitam reſtituendi incapaci ſuſceperunt, quos quamvis merito pro indignis habeant leges, quia eas fraudare conati ſunt, non poſſunt tamen cenſeri indigni quoad teſtatorem, cui vel contra legum præcepta fidem obſequiumque accommodarunt. *l.* 3. *ff. de probat. l. ſi tacitum* 13. *ff. ad l. Falcid. pr. Inſt. de fideicomm. hered.* eoque reſpectu qui tacite rogatus eſt, ſi poſtea tacitam cautionem occultet, ne incapaci fideicommiſſum reddat, dicitur fiſci & incapacis pariter inimicus, graviusque eo caſu coercetur, ut potè reus duplicis perfidiæ ergo teſtatorem & leges. *l. un. in fine C. de his qui ſe def.* junctis traditis ab Amaya *ubi proxime num.* 66. Secundus ordo eſt eorum, qui & juris, & teſtantis reſpectu ſive cenſura indigni ſunt, cujuſmodi inter plures alios cenſentur, qui defuncti occiſi vindictam ſcientes omiſerunt. *l. ſecl.* 3. *l. minoribus* 6. *cum l. ſeq. l. cum fratrem* 9. *cum ſeqq. C. de his quibus ut ind. l. neceſſarios* 5. §. *non alias. l. ſi ſequens* 15. §. *ult. ff. de S. C. Syllan.* Deinde & obſervandum eſt quoad pœnas indignorum, inter hos duos ordines multum referre, quippe primi ordini cum ſint juris non autem teſtatoris cenſura indigni, negantur quidem ſive auferuntur emolumenta omnia, quæ ex ſola juris auctoritate pendent, non item ea, quæ ex defuncti judicio proprie præcipueque deferuntur, nimirum excepta ſemper ea parte hereditatis legative, aut alterius relicti, in qua indignitatem proprie admiſerunt, veluti tacito fideicommiſſo in eo, quo tacite rogatus eſt, quia quamvis id ex voluntate defuncti, quæ non offendit, remanere apud ipſum rogatum fideicommiſſario non capiente deberet potius, quam fiſco deferri. *l. Julianus* 60. *ff. de leg.* 2. eripitur tamen ei ut indigno, ne alioquin impunitus maneat in eo ipſo, in quo deliquit. *d. l. ex facto* 43. §. *Julius.* E contrario autem poſteriori indignorum ordini, ut potè ſimul de teſtatore & legibus male merito, utriuſque etiam generis emolumenta adimuntur. Illud autem commune utriuſque ordinis indignis eſt, heredes eos jure manere, qui ſemel extiterunt, etiamſi poſtea fiſcus hereditatem ut indignis auferat, quia neque aliter juris ratio patitur. *d. l. ex facto* 43. §. *Julius. d. l. eum qui* 18. §. 1. *ff. de his quæ ut ind. l. ſi quis* 33. *ff. de relig.*

§. XXII. Diſtinctioni propoſitæ lucem auctoritatemque debebunt ſimul, & dabunt quæcunque pro Ulpiano §. 18. & 19. & contra Ulpianum §. 17. & 20. in quæſtione *noſtræ l. ſi totam* 83. jam propoſuimus. Quæ ſingula ut recenſeamus ordine & illuſtremus, in primis ex eo, quod dicimus, heredi tacite rogato emolumenta omnia, quæ jure deferuntur, auferri, conſequens eſt eidem etiam retentionem quartæ Falcidiæ denegari, nimirum quia ea retentio non ex voluntate defuncti, ſed juris auctoritate inducitur, cujus beneficio indignus eſt, qui contra leges fidem accommodavit. *l.* 1. *in pr. l. quod bonis* 15. §. 1. & *ult. ff. ad l. Falcid.* negatur autem quartæ retentio ex tacito fideicommiſſo. *d. beneficio* 59. §. 1. *ff. ad l. Falcid. l. penult. ff. de jure fiſci.* non autem ex aliis legatis, ex quibus non ideo minus heres fraudator retinet quartam pro rata. *l.* 3. *C. ad l. Falcid.* ſicut & in alia portione hereditatis Falcidiam exercet, ſi fideicommiſſum duntaxat fuerit partis unius, eamque fiſcus abſtulerit. *l. heres* 11. *in fine ff. de his quæ ut ind.* ubi Cujac. *lib.* 15. *quæſt. Pap.* & *lib.* 7. *obſ. cap.* 31. *in fine.* neempe ut in ea ſola parte puniatur, in qua deliquit. *d. l. ex facto* 43. §. *Julius.*

§. XXIII. Secundo ex eadem ratione juris interpretandus eſt Ulpiani locus deſperatæ fere interpretationis *d. tit.* 25. §. *ult.* ubi emendatio illa Cujacii, qui pro verbis *ſi liberos habeat*, reponit *ſi ex liberis exiſtat*, exponitque, ut monuimus ſupra §. 18. omnino diſplicet; tum quia ſi tacite rogatus eſſet ex liberis teſtatoris, eo ipſo vitaret pœnam taciti fideicommiſſi. *l. in fraudem* 10. §. *ult. ff. de his quæ ut ind. l. ſi tacitum* 13. *ff. ad l. Falcid.* niſi emancipatum filium fuiſſe proponas, quod nimiæ reſtrictionis & ſuppletionis ad Ulpianum eſſet; tum etiam, quia & privilegium Papiæ legis, de quo Ulpianus *tit.* 18. & ſententia ejuſdem Ulpiani *d. tit.* 25. §. *ult.* fuit de jure vindicandi *caducum ex eo teſtamento*, non autem ut Cujac. ſupponit, in eoque pœnam tacite rogati agnoſcit, de tacito fideicommiſſo, quia id ne-

neque ut caducum non capienti, ſed ut ereptitium indigno auſertur, teſte Ulpiano *tit.* 19. *§ lege.* neque ex teſtamento pendet, in quo non relinquitur, ſed ex tacita fide & cautione. *l. in tacitis* 103. *ff. de leg.* 1. *l.* 3. *ff. de jure fiſci.* Proinde neque tacite rogati pœna aliqua ſpecialis eſſe poteſt in eo, ut taciti relicti vindicandi jus non habeat, quod nunquam habuit. Quare interim, dum alia probabiliora occurrunt, tentari poteſt, referendam eſſe Ulpiani ſententiam in *d. § ult.* ad vetus SCtum circa leges Juliam & Papiam factum, cujus & mentio in *l. Julianus* 60. *ff. de leg.* 2. & quia idem fortaſſe fuit cum SCto Planciano ad eaſdem leges facto, quo Falcidiæ deductio heredi tacite rogato inhibita. *d. l. heres* 11. *l. ſi quilibet* 23. *ff. de his quæ ut ind. l. beneficio* 59. *§.* 1. *ff. ad l. Falcid.* ideo Ulpianus uno orationis filo de quadrante non deducendo, & caduco non vindicando Senatum conſuiſſe ſcribit in *d. §. ult.* eo itaque SCto cautum fuit, fideicommiſſa, quibus legatarii onerati ſunt, etiamſi ex fideicommiſſarii perſona ſic deficiant, ut tanquam caduca vel in cauſſa caduci fiſco deferenda ſint, pertinere tamen potius ad legatarium quam ad fiſcum. *d. l. Julianus* 60. *ff. de leg.* 2. junctis traditis a Cujac. *lib.* 10. *obſerv. cap.* 37. ubi ex hoc principio interpretatur *l. cum filio* 11. *in fine ff. de leg.* 1. ſubſcribente Pich. ad *tit. de leg.* 1. *cap.* 14. *num.* 4. & quidem adeo, ut etiamſi heres inſtitutus ſit teſtatoris filius, qui alioquin ex lege Papia jus vindicandi legati caduci a ſe relicti habet. *d. tit.* 18. præferatur tamen ei legatarius in vindicatione caduci fideicommiſſi, quo ipſe oneratus erat, quia in eo potiorem cauſſam habere eum, cujus fides electa ſit, Senatus cenſuit, ut exprimitur in *d. l. Julianus* 60. quam exponit ita Cujac. *ibi*, & in *l. ſi quis Titio* 17. *ff. de leg.* 2. & in *l. un. §. cum igitur*, & *§. pro ſecundo C. de caduc. toll.* & *lib.* 22. *obſ. cap.* 1. ubi & componit cum *l. penult. § matri ff. de adim. leg.* de quo videndus etiam Fab. *lib.* 3. *conject. cap.* 18. & *de error. Pragm. dec.* 86. *errore* 8. Hillig. ad Don. *lib.* 8. *cap.* 17. *lit. B.*

§. XXIV. Illud monemus, non aliter legatario jus caduci vindicandi competere in *d. l.* 60. quam ſi liberos habeat, quod etſi nullibi notatum vulgoque adhuc ignotum, tamen coacta juris ratio evincit, quippe ſi legatarius cœlebs, vel orbus eſſet, cum ab eo ipſo legatum ei relictum tanquam caducum fiſcus jure vindicaret, abſurdum eſſet, eum illud ipſum legatum tanquam fideicommiſſum deficiens in perſona fideicommiſſarii fortaſſe cœlibis retinere, quod capere tanquam legatum ex ſua perſona ut pote cœlebs etiam non poterat: quin & abſurdius longe foret, hunc legatarium cœlibem, ac proinde obnoxium pœnæ caduci ex lege Papia præferri, ut & præfertur in vindicatione caduci in *d. l. Julianus* 60. filio teſtatoris, cui lex Papia jugum ſuum imponere erubuit. *l. unic. §. & cum lex C. de caduc. toll.* Ergo eo ſuppoſito, quod propoſuimus, jus caduci fideicommiſſi vindicandi legatario non niſi liberos habenti concedi ex SCto, de quo Ulpianus in *d. l.* 60. adjicit nunc Ulpianus ipſe *d. tit.* 25. *§. ult.* eum ſcilicet legatarium, qui tacitum fideicommiſſum ſuſceperit, etiamſi liberos habeat, non tamen poſſe vindicare fideicommiſſum aliud a ſe relictum eo teſtamento, & ex perſona fideicommiſſarii caducum, nempe quia emolumentum hoc jure ei delatum Senatus ut indigno juris emolumentis merito ademit, ſicut & deductionem quartæ heredi, eoque reſpectu Ulpianus, ut tam heredi quam legatario oratio congrueret, non exorditur in *d. §. ult.* ita, *ſi heres*, ut in *§. præcedenti*, ſed communi verbo *ſi quis*, & de utroque ſcilicet quadrante & caduco Senatum cenſuiſſe ſcribit. *d. l. Julianus* 60. *d. l. beneficio* 59. *§.* 1. nec movemur, ſi objicias deductionem quartæ non negari heredi, niſi ex tacito fideicommiſſo, non autem ex aliis legatis, in quibus non deliquit. *l.* 9. *C. ad l. Falcid. l. heres* 11. *ff. de his quæ ut ind.* juncta ratione *d. l. in fraude* 43. *§. Julius.* proinde nec legatario negari niſi abſurde poſſe jus vindicandi aliud caducum ex eo teſtamento; nam reſpondemus, conſtare adhuc differentiæ rationem, quia quartæ retentio pendet ex lege Falcidia, contra quam heres in fide tacita nihil proprie commiſit, & ideo ſatis viſum fuit, puniri eum in eo, ut nihil retineat ex tacito fideicommiſſo, in quo deliquit. *d. §. Julius.* at caduci vindicatio fuit beneficium SCti facti ad legem Papiam, contra quam proprie in tacita fide delinquitur, & ideo indignus eſt ejuſdem legis beneficii etiam in alio fideicommiſſo, qui contra eam in tacito deliquit, ut proprie & ad rem probat, ſi dextre expendatur, textus in *l. ſilio* 48. *§. ſi ignominioſam ff. de ritu nupt.* Ulpianus in *fragment. tit.* 16. *§. aliquando*, & *§. ſequenti verſ. quod ſi major.* juncta regula *l. auxilium* 33. *in fine ff. de minoribus.*

§. XXV. Tertio ex eadem illa diſtinctione in promptu ratio eſt deciſionis *noſtræ l. ſi totam* 83. ſi ſupponamus, quod & certum receptumque eſt, jus accreſcendi in hereditatibus ſive inter coheredes non ex præſumta voluntate defuncti pendere aut proficiſci. *l. ſi duobus* 37. *ff. de teſt. milit.* ſed ex juris neceſſitate & ratione, quæ non patitur, eandem defuncti repræſentationem ab herede, qui ſemel adiit, ſuſceptam poſtea in totum aut pro parte deficiente recuſari. *l. unic. § his ita* [illegible] *verſ. in his itaque.* ubi Bart. *C. de cad. toll.* junctis traditis poſt plures a Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tit.* 1. *cap.* 1. *num.* 2. & 6. *cum ſeqq.* & *lib.* 3. *tit.* 1. *cap.* 4. *num.* 10. quibus adjicimus, heredi etiam non indigno negari lege Papia jus accreſcendi portionis deficientis, quoties ea portio ex perſona coheredis cœlibis orbive in fiſcum cadit, ut Ulpianus docet ſic accipiendus in *fragment. tit.* 1. *§. inſtr.* 21. Inde itaque fit, quod dicimus heredi tacitæ fidei adminiſtro portionem coheredis non accreſcere, tum quia indignus eſt juris emolumentis, quale jus accreſcendi eſt, tum & maxime, quia cum ei etiam heredi, qui ipſe in legem Papiam nihil commiſit, adimat Papia lex jus accreſcendi portionis caducæ, abſurdum eſſet ſervari eadem lege jus accreſcendi ei heredi, qui fide tacita ſuſcepta in eandem legem deliquit, & accreſcere ei reſpectu ſuæ portionis, quæ tanquam ereptitia ad fiſcum pertinet.

§. XXVI. Neque contrarium eſt, quod placuit heredi fiduciario, & quidem ei, qui ſuſpectam hereditatem dixit, & coactus adiit reſtituitque, accreſcere etiam poſt reſtitutionem portionem coheredis ipſo jure. *d. l. Papinianus* 43. *ff. ad S. C. Trebell.* namque obſervandum eſt, heredem fiduciarium, qui adire recuſat, non eſſe indignum juris cenſura, immo neque teſtatoris reſpectu, niſi hactenus ne commodum retineat ex ea inſtitutione & aditione, quam recuſavit. *l. ita tamen* 27 *§. qui ſuſpectam. l. ſi patroni* 55. *§. quid ergo ff. ad S. C. Trebell.* proprie autem & ſimpliciter indignus non eſt, quia nemo jure cogitur damnoſam hereditatem ſuo periculo adire. *l. nec emere* 16. *C. de jure delib.* variæ pluresque probabiles cauſſæ ſunt recuſandi aditionem. *l. quia poterat* 14. *ff. ad S. C. Trebell. l. filio pater* 87. *ff. de leg.* 1. quocirca hic heres etiam poſt aditionem coactam & reſtitutionem non ſolum titulum heredis, ſed & portionem hereditariam, quam coactus adiit, retinet juris intellectu, quo attento indignus non eſt, & ex quo hereditas conſiſtit etiam ſine ullo corpore. *l. hereditas* 50. *de her. petitione.* quia & reſtitutio tranſtulit in fideicommiſſarium magis id, quod fuit portionis hereditariæ, quam portionem ipſam, quæ poſt aditionem hereditaria eſſe deſinit. *l. in fideicommiſſaria* 58. *§. quoties ff. ad S. C. Trebell. l.* 1. *§. Scævola ff. ſi is qui teſtam. liber.* ergo & jus accreſcendi, quod ex auctoritate juris pendet, & portionem hereditariam ſequitur. *l. ſi Titio* 83. *§.*

5. *ff. de uſufr.* ſequi potius debet etiam poſt reſtitutionem heredem coactum, apud quem etiam tunc hereditaria portio juris intellectu eſt, quam fideicommiſſarium, apud quem ea portio non eſt hereditaria, quamvis ei reſtituta ſint bona, quæ hereditatis fuerunt. *d. l. Papinianus* 43. notat Fab. *de error. Pragm. dec.* 50. *err.* 4. *num.* 6. *& ſeqq.* Pich. ad *hunc tit. cap.* 29. *num.* 62: nec repugnat, quod diximus ſupra §. 20. & ſupponitur in *d. l. Papinianus* 43. portionem, quæ poſt reſtitutionem accrevit ei, qui coactus adiit, reſtitui fideicommiſſario debere, quin & quod magis urget, ut probet indignum etiam eſſe juris emolumentis heredem coactum, negari ei quartæ deductionem. *l. nam quod* 14. §. *qui compulſus. l. ſi patroni* 55. §. *quid ergo ff. ad S. C. Trebell. l.* 4. *C. eod. tit.* cum tamen ea deductio ex ſolo jure pendeat. *l. Titio* 86. *in fine ff. ad l. Falcid.* junctis traditis ſupra §. 22. quippe reſpondendum eſt, retentionem quartæ & portionis, quæ jure accrevit, negari ei, qui coactus adiit, non ut indigno juris cenſura, ſed quia indignus ſaltem eſt eo reſpectu, ne commodum retineat ex ea inſtitutione & aditione, quam recuſavit. *d. l. ſi patroni* 55. §. *quid ergo* 3. *d. l. nam quod* 14. §. *qui compulſus.* & cum ea quarta inducta fuerit SCto Pegaſiano, ut heres eo lucro invitaretur ad hereditatem ſponte & ſuo periculo adeundam. §. *ſed quia heredes* 5. *inſt. de fideicommiſſar. hered.* conſequens eſt, negari id commodum ei etiam non indigno, qui coactus & alieno periculo ſcilicet fideicommiſſarii adierit. *d. l. quia poterat* 4. *verſ. nec quartæ.* ubi ratio hæc redditur. *l. ex aſſe* 28. *in fine. l. qui totam* 45. *ff. ad S. C. Trebell.* plane in herede tacite rogato non facit, ut ei portio vacans accreſcat, ratio illa portionis hereditariæ ſimul cum titulo heredis retentæ juris intellectu, quia quamvis ſicut heres permanet, ita & maneat pro parte, ex qua ſemel adiit. *d. l. ex facto* 43. §. *Julius.* cum tamen ſit indignus emolumentis juris, cui fraudem fecit, non intelligitur eo jure partem retinere, ut ei alia accreſcat: eoque ſignanter reſpicit Ulpianus noſter in *præſenti*, dum non affirmat, nihil ei poſſe accreſcere, quod minus rectum eſſet, ut pote portionem cum titulo heredis retinenti, *ſed nihil ei debere accreſcere*: neque ut id probet, ea ratione utitur, quia rem ſive portionem non habet, *ſed quia rem non videtur habere*; nempe quoad effectum fruendi jure accreſcendi inducto legibus, quas fraudare voluit, at vox *videtur* ſit nota improprietatis, ſicut in *l. naturaliter* 12. *ff. de adquir. poſſ.* explicat Fab. *d. dec.* 50. *err.* 5. *num.* 6.

§. XXVII. Ex ejuſdem principii filo nectenda eſt explanatio ſecundi argumenti propoſiti ſupra §. 17. & confirmati §. 20. *in fine.* nam quod placuit heredem, qui in fraudem legum tacitam fidem dedit, admitti ad ſubſtitutionem pupillarem ita factam, *quiſquis mihi heres erit*, & quidem cum effectu etiam pro ea parte, quam fiſcus abſtulit. *d. l. ex facto* 43. §. *Julius.* eam rationem habet, quia heres tacite rogatus non eſt indignus reſpectu teſtatoris, & eorum quæ pendent ex voluntate illius, cui obſequium fidemque accommodavit, ut monuimus ſupra §. 21. jus autem ſuccedendi ex ſubſtitutione pendet, non ut jus accreſcendi ex auctoritate juris, ſed ex voluntate defuncti ſubſtituentis, & ideo ut admittatur ad ſubſtitutionem pro ea parte, ex qua inſtitutus adiit, cenſetur illam ipſam retinere, etiam poſtquam erepta eſt. *d. l. ex facto* §. *Julius.* notat recte poſt Fab. *d. err.* 5. *num.* 6. Valentia *illuſt. lib.* 1. *tractat.* 1. *cap.* 2. *num.* 22. *&* 24. e contrario, qui coactus adiit reſtituitque, admittitur quidem ipſo jure ſicut ad accreſcendi jus. *d. l. Papinianus* 43. ita & ad ſubſtitutionem ex formula, *quiſquis mihi heres erit. d. l. ita tamen* 27. §. *qui ſuſpectam.* & ad ſubſtitutionem etiam pupillarem factam ſine illa formula. *d.* §. *qui ſuſpectam.* non tamen admittitur, ut cum effectu retineat. *d. l. ſi patroni* 55. §. *quid ergo* 3. *in fine.* namque & cogitur primo caſu reſtituere fideicommiſſario, quidquid ex ſubſtitutione ad eum pervenerit, & ſecundo etiam caſu, ſi ſolus heres inſtitutus ſit. *d.* §. *qui ſuſpectam.* quoniam utroque caſu jus ſuccedendi in ſubſtitutione pendet ex inſtitutione & aditione, primo caſu, quia vocatur ad ſubſtitutionem, pro qua parte inſtitutus fuit & heres extitit. *l.* 3. *l.* 5. *l. qui liberis* §. *ult. ff. de vulg.* ſecundo vero niſi ipſe adiiſſet, qui ſolus inſtitutus, pupillaris ſubſtitutio ſcilicet cum teſtamento principali evaneſceret. *l.* 1. §. *ult. l.* 2. §. *quiſquis de vulg.* non debet autem retinere commodum ex ea inſtitutione & aditione, quam recuſavit, & coactus alienoque periculo admiſit. *d. l. quia poterat* 4. *verſ. nec quartæ. d.* §. *qui ſuſpectam.* eoque ſenſu & reſpectu indignus videtur, ut Papinianus loquitur in *d.* §. *quid ergo* 3. *verſ. cur enim.*

§. XXVIII. Illud tametſi breviter proponere & firmare neceſſe eſt, heredi coacto jus retinendæ hereditatis ex ſubſtitutione in duobus caſibus propoſitis, non tanquam indigno proprie abſoluteque, nec tanquam voluntatis defuncti impugnatori denegari; id enim ſi eſſet, eriperetur ei etiam commodum ſucceſſionis ex ſubſtitutione pupillari facta eo caſu, quo ei coheres datus, ſicut indiſtincte eripitur aliis indignis impugnatoribus. *l. is qui contra* 22. *ff. de vulg. l.* 2. *l.* 5. §. *qui principalo. l. cum tabulis* 16. *de his quæ ut indign. l. filium* 5. §. *non ſolum de leg. præſt. l. in ſervitutem* 16. §. *ſi quis bonorum ff. de bon. lib.* & quod eis datum eſt, a legatario aut ſtatulibero conditionis implendæ cauſſa. *d. l.* 5. §. *alia cauſſa* 8. *ff. de his quæ ut indig.* & fructus qualeſcumque ſine probabili ignorantia etiam ante litem indignitatis motam percepti. *l. heredi* 17. *cum l. ſeq. de his, quæ ut ind. l.* 1. *C. eod. tit.* quæ tamen ſingula heredi coacto non eripiuntur. *d. l. ita tamen* §. *ſi ſervum* 1. *&* §. *qui ſuſpectam. l. qui heredi* 44. §. *ſed cum ſuſpectam de cond. & dem.* juncta *l. is cui hereditas* 34. *de condict. indeb.* ideo itaque ut alia & alieniora omittam, qui compulſus adiit, retinet cum effectu hereditatem pupilli ex ſubſtitutione facta eo caſu, quo ei coheres datus fuit, quia cum tunc eo etiam, qui ſuſpectam dixit, repudiante potuerit ſubſtitutio coherede adeunte confirmari, non cenſetur jus ſubſtitutionis pependiſſe ex inſtitutione aut aditione coacta, proinde nec ex iſta commodum retinere proprie intelligitur, qui coactus adiit, quamvis ex ſubſtitutione hereditatem retineat pupilli, ut ratiocinatur Julianus in *d.* §. *qui ſuſpectam in fine.* in quo & aliis, quæ diximus, explicandis ex juris ratione captant eam potius quam capiunt Fab. Valentiſque nuper laudati.

§. XXIX. Deinde & ex ſuperiore diſtinctione & principiis lux præferenda eſt Papiniano, quem pro tertio argumento expendimus ſupra §. 17. & 20. *in fine.* in *l. cum qui* 18. §. *ult. ff. de his quæ ut ind.* dum ſcribit, heredi tacitæ fidei adminiſtro, etiamſi fiſcus ut indigno partem, ex qua inſtitutus, auferat, integrum tamen prædium ei prælegatum relinqui, quemadmodum & ei heredi relinquitur, cujus nomen peracto teſtamento teſtator delevit. *l. cum quidam* 12. *in fine de his quæ ut ind. l. proxime* 3. *ff. de his quæ in teſtam. delentur.* quod ſane obſcurum eſt, namque & aufertur prælegatum heredi, qui coactus adiit, quamvis, ut diximus, non proprie indigno. *l. ſi patroni* 55. §. *quid ergo* 3. *d. l. ita tamen* 27. §. *ſi præceptis ff. ad S. C. Trebell.* & generaliter heredi indigno, qui in ulciſcenda defuncti morte ceſſavit, legatum etiam eripitur. *l. ſi ſequens* 15. §. 1. *ff. ad S. C. Syllan.* ſicut & denegatur ei, qui contra tabulas bonorum poſſeſſionem accepit. *l. filium* 5. §. *omnibus*, *&* §. *non ſolum ff. de leg. præſt.* & e contrario ei heredi, qui falſos codicillos dixit, in quibus ei a coherede prælegatum relictum eſt, evincitur ea relicti pars, quæ legati jure conſiſtere potuit. *l. heredi* 15. *de his quæ ut ind.* tot difficultatibus expediendis impedi-

pediunt potius quam juvant veteres novioreſque interpretes, nam Cujac. *lib. 16. quæſtionum Pap.* in *d. l. cum quidam 12. ad fin ff. de his quæ ut ind.* nodum illius textus, & *d. l. eum qui* §. *ult. cum d. l. ſi ſequens 15.* §. *1. ad S. C. Syllan.* nectit potius quam ſolvit, nec differentiæ aliquam rationem reddit, nec felicior idem Cujac. *lib. 15. reſp. Pap.* in *d. l. eum qui 18.* §. *ult.* dum poſt Albericum *ibi* docet, ideo in *d.* §. *ult.* heredi tacitæ fidei reo integrum prælegatum relinqui, quia tacitam fidem dumtaxat adhibuit in hereditate, ut exprimitur in *d.* §. *ult.* ſive in fideicommiſſo portionis ſuæ hereditariæ reſtituendæ incapaci: cum autem heres non portionem ſimpliciter, ſed vel hereditariam portionem vel hereditatem reſtituere rogatur incapaci, non venit prælegatum in reſtitutionem fideicommiſſariam, ſed apud heredem rogatum manet. *l. ſi Titius 96. ff. de leg. 3. l. Marcellus* §. *quidam 4. ad S. C. Trebell.* & idcirco nec continetur prælegatum fideicommiſſo hereditatis incapaci relicto tacite, ut tanquam ereptitium cum hereditate ad fiſcum pertineat, ne in eo puniatur heres, in quo non deliquit. *d. l. eum qui 18.* §. *ult.* juncta *d. l. ex facto 43.* §. *Julius,* non felicior, inquam, hæc Cujacii interpretatio, quia fideicommiſſo hereditatis vel portionis hereditariæ continetur ſaltim ea prælegati pars, quæ jure hereditario capitur. *l. in fideicommiſſaria 8.* §. *ult. ad S. C. Trebell. l. filium quem 24. C. fam. erciſc.* proinde & contineri debuit pœna ereptitiæ hereditatis, ut tanquam ejus pars ad fiſcum perveniret pars prælegati hereditaria, nec indigno integrum prælegatum relinqui in *d. l. eum qui 18.* §. *ult.*

§. XXX. Quapropter his & non diſſimilibus antiquiorum omiſſis interpretationibus, quarum poſt Bart. in *d. l. eum qui 18.* §. *ult.* meminit Joannes Igneus in *d. l. ſi ſequens 15.* §. *1. ff. de S. C. Syllan.* ut res proprie & plene explicetur, in memoriam revocandum eſt id, quod ſæpius jam diximus, nempe heredem taciti fideicommiſſi ſuſceptorem non eſſe indignum reſpectu voluntatis teſtantis & eorum, quæ ex ea pendent, ideoque neque auferri ei, quæcumque ex voluntate defuncti deferuntur; quamvis auferatur hereditas, ſimulque illa, quæ tribuuntur juris auctoritate & cenſura, qua attenta pro indigno eſt, ut docuimus ſupra §. 21. 24. 25. & 27. ex quibus dubitandi & decidendi ratio infertur apud Papinianum in *d. l. 18.* §. *ult.* nam cum, ut *ibi* proponitur, legatum heredi ex parte relictum ejus naturæ ſit, ut adquiratur, capiaturque jure hereditario pro parte hereditaria ejus, cui relictum eſt, & jure legati pro parte coheredis. *l. in quartam 91. ff. ad l. Falc.* & quidem ex ratione juris, quæ non patitur, ut heres, qui adeundo fit debitor legati, pro qua parte heres extitit. *l. ſi heredes 125. ff. de leg. 1. l. quoties 23. ff. ad S. C. Trebell. princ. inſtit. de legatis.* ſit pro eadem parte creditor legati ſeu legatarius. *l. legatum 116.* §. *1. l. plane 34.* §. *ſi duobus 11. cum ſeqq ff. de leg. 1.* ideoque adita ſemel hereditate ab eo herede, cui legatum eſt, legatum pro ipſius parte hereditaria non conſtitiſſe apparet, & portionem illam, quæ legati jure non conſtitit, pro herede poſſideri affirmatur in *l. 1.* §. *qui vero ff. quod legatorum.* conſequens videbatur, heredi tacitæ fidei adminiſtro ideoque indigno juris cenſura auferri debere partem prædii legati, in qua legatum jure non conſtitit, quæque pro herede poſſidebatur, ut pote pars ejus portionis hereditariæ, quam adiit & quam eidem fiſcus evincit, quia in ea tacitum miniſterium ſuſcepit, quomodo dubitandi hæc ratio exprimitur a Papiniano in *d. l. eum qui 18.* §. *ult. verſ. quamquam.* ſed in contrarium vocat Papinianum fortior decidendi ratio, ſi obſervetur legatum heredi ex parte relictum, quamvis ſecuto effectu aditæ hereditatis ab eo herede, cui relictum eſt, non conſiſtat neque capiatur jure legati, niſi pro parte coheredis, tamen ab initio & ante aditionem totum valere, & quidem in ſolidum jure legati, inſpecta voluntate teſtantis, neque tunc impediente jure, quia & teſtator, qui ſolidum heredi legavit, voluit ut & in ſolidum, quando & quatenus poſſet, legatarius eſſet, & non impedit, quominus in ſolidum legatarius ſit, juris ratio, ſive debiti & crediti in ejuſdem heredis perſona concurſus, qui nullus eſt, antequam heres adeat exiſtatve, quia nec ante incipit debere legata. *l. 3. ff. de leg. 1. l. 3.* §. *ult quibus ex cauſſis in poſſ. eatur.* & ſi legatum hoc ab initio non conſiſteret, regula Catoniana, quæ obſtat ne legatum ab initio inutile poſtea convaleſcat. *l. 1. ff. de reg. Cat.* obſtaret etiam, ne hoc convaleſceret, nec poſſet adquiri in ſolidum jure legati, etiamſi heres, cui relictum eſt, repudiaſſet, quod tamen contra eſt. *l. qui filiabus* §. *ult. cum l. ſeq. l. filio pater 83. cum tribus ſeqq. l. quæſitum 91.* §. *duobus ff. de leg. 1. l. apud Celſum 4.* §. *ſi quis ex uncia ff. de doli except. l. cum reſponſo 12. C. de leg.* notat ex noſtratibus D. Joan. Chuniazero *ſelectar. cap. 15. num. 9. & ſeqq.* ergo ut concludamus, cum legatum hoc heredi ex parte relictum deferatur debeaturque ei ex voluntate teſtantis, & quidem in ſolidum jure legati, quamdiu & quando heres non eſt, veluti ante aditionem aut poſt repudiationem, conſentaneum utique eſt heredi, cui propter fidem tacitam fiſcus hereditatem auferat, quamvis jam adierit, cum tamen effectu heres non maneat, & indignus non ſit reſpectu teſtantis ejuſque voluntatis, relinqui integrum prædium legatum, quia quamvis ratio juris jam tunc ut pote poſt aditionem efficiat, ut legatum non niſi pro parte coheredis conſiſtat jure legati, & inducat *varietatem poſſeſſionis*, ſcilicet ut capiatur poſſideaturque partim jure legati, partim jure hereditario, non tamen inducit diviſionem voluntatis defuncti, qua attenta non diverſo ſed uno eodemque jure legati defertur ab initio, debeturque ex poſtfacto ei, qui heres non eſt, & conſequenter huic vel maxime, quia effectu heres non manet, & de voluntate defuncti non male meruit, quomodo elucidanda & ad diſtinctionem noſtram referenda eſt Papiniani ratio in *d. l. eum qui 18.* §. *ult.* junctis traditis a Cujac. *ibi lib. 15. reſponſorum Papiniani.*

§. XXXI. Nec diſſimilem explicatum, quamvis primo aſpectu difficilem, habet idem Papinianus in *d. l cum quidam 12.* §. *ult. ff. de his quæ ut ind.* dum docet, non denegari prælegatum heredi, cujus nomen teſtator delevit, quia quamvis huic hereditas auferatur, tanquam de voluntate teſtantis male merito indignoque, quem talem ſcilicet teſtator facto ipſo deletionis declaravit, & ſuo veluti ſuffragio damnavit. *d. l. cum quidam 12.* §. *ult. l. cum tabulis 16.* §. *ult. ff. de his quæ ut ind. l hereditas 4. C. eodem tit.* cum tamen ea nota indignitatis, damnatioque non colligatur, niſi ex facto deletionis, quæ interdum inconſulto a teſtatore fit. *l. ult. de injuſto rupto. l. 1. ff. de his quæ in teſtam. del. l. un. ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt.* & interdum eo animo, ut ad heredes ab inteſtato hereditas perveniat. *l. 1.* §. *ſi heres ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt. l. pluribus tabulis ult. ff. de his quæ in teſtam. delentur.* conſequens etiam eſt, non nocere eam deletionem, niſi in his, quæ deleta & quatenus deleta ſunt, quoniam & ea dumtaxat, & quatenus delevit, irrita eſſe voluiſſe teſtator præſumitur, neque ultra voluntatis limites deletionis facto ſignatos extendenda eſt indignitatis præſumptio & nota. *l. 3. ad finem in verſ. cauſſa præſens ff. de his quæ in teſtam. delentur.* & ideo unius heredis nomine inducto ſeu deleto neque aliorum heredum inſtitutiones, neque legata aut prælegata eo teſtamento relicta infirmantur, immo neque auferuntur ei ipſi heredi, cujus inſtitutio deleta eſt, quia inſtitutione ſola deleta indignum eum declaravit teſtator inſtitutione, quam delevit, non autem prælegatis, quæ non

non delevit. *l. 2. & 3. ff. de his quæ in teſtam. del. d. l. cum quidam 12. ff. de his quæ ut ind.* ubi plura magis circa rem quam in ipſa Cujac. *lib. 16. quæſtionum Pap.* & ad *titulum ff. de his quæ in teſtam. del.* in *d. l. 2. & 3.* Faber *lib. 18. conjectur. cap. 17.*

§. XXXII. Jam vero non adverſa ſed diverſa ſunt, quæ ut adverſantia expendimus ſupra §. 29. namque ut a facilioribus ordiamur, inprimis quod proponitur in *d. l. ſi ſequens 15. §. 1. ff. de S. C. Syllan.* expeditam rationem habet & diſtinctioni noſtræ perquam appoſitam, ſi meminerimus ejus, quod inſinuavimus ſupra §. 21. nempe eum, qui in ulciſcenda defuncti morte ſciens ceſſavit, non modo indignum eſſe juris cenſura, ſed etiam male meritum de defuncto, cui debitum officium pietatis ingratus denegavit. *l. 1. C. de his quib. ut ind. l. portiones 21. ff. eod. tit.* idcircoque auferuntur ei non ea ſola emolumenta, quæ alioquin ex bonis defuncti ſuo jure & juris auctoritate retineret, veluti bonorum poſſeſſio contra tabulas in bonis liberti. *d. l. portiones 21. d. l. ſi ſequens 15. §. ult. l. Julianus 37. §. ult. ff. de bon. lib. l. 2. §. qui ſi necem ff. de ſuis & legitimis. l. ſi filius 23. ff. de jure patron.* & deductio quartæ Pegaſianæ. *l. 3. §. ult. ff. ad S. C. Trebell.* & retentio dotis adventitiæ, quam mortua in matrimonio uxore lucrari potuit maritus. *l. ei qui 20. ff. de his quæ ut ind. l. cum mortem 27. ff. de jure fiſci.* ſed & multo magis ea, quæ pendent deferunturque ex voluntate defuncti, cujus reſpectu proprie & principaliter indignus eſt, qui mortem ejus non ulciſcitur, & conſequenter negatur ei etiam & quidem merito legatum prælegatumve. *d. l. ſi ſequens 15. §. 1.* Plane quod deducitur ex *d. l. filium 5. §. omnibus, & §. non ſolum ff. de leg. præſt.* non eſt de legatis aut prælegatis heredi ex parte inſtituto relictis, ſed de relictis filio emancipato præterito, qui contra tabulas bonorum poſſeſſionem accepit; huic enim legatorum perſequutio denegatur, quia voluntatem defuncti impugnavit. *l. ſed ſub conditione 18. §. 1. ff. de bon. poſſ. contra tab. l. in ſervitutem 16. §. ſed & ſi quid cum §§. ſeqq. ff. de bon. lib.* quamvis ut pote filius ſit ex numero exceptarum perſonarum, quibus ex edicto Prætorio de legatis præſtandis relicta conſervari ſolent. *l. 1. & toto tit. ff. de leg. præſt.*

§. XXXIII. Illud ſane ad rem magis pertinet, & in hac prælegatorum quæſtione nondum forſitan vulgatum eſt, quod Papinianus reſpondit in *l. bonorum 22. ff. de leg. præſt.* nempe bonorum poſſeſſione contra tabulas emancipato filio præterito data alterum filium, qui in poteſtate fuit, heredem ex parte inſtitutum, cui & legata ſeu prælegata relicta erant, non habere ea præcipua, aut quod idem eſt non conſervari ei ex edicto illius tituli, ſive bonorum poſſeſſionem contra tabulas, commiſſo ſcilicet ab emancipato edicto, ſimul cum eo acceperit, ut ei licet. *l. 3. §. ſi quis ex liberis. l. non putavit 8. §. ult. l. ſi poſt mortem 10. §. ult. ff. de bon. poſſ. contra tab.* ſive eam non acceperit contentus jure civili, quo nimirum ab inteſtato ad hereditatem vocatur, ut exaudit Cujac. *lib. 5. reſp. Pap.* in *d. l. bonorum 22. ff. de leg. præſt.* Inter quas duas Papiniani aſſertiones quamvis prior de eo, qui contra tabulas accepit, conveniat cum ſententia *d. l. filium 15. §. omnibus, & §. non ſolum.* poſterior tamen de eo, qui contra tabulas non accepit, pugnat non leviter cum Ulpiano in *l. virilis 8. §. 1. ff. de leg. præſt.* ubi ſcriptum eſt, filio ex parte herede inſtituto & legato ei relicto, ſi emancipatus præteritus contra tabulas acceperit, conſervari inſtituto tam hereditatis portionem quam legatum, dummodo utrumque non egrediatur portionem virilem, ſive dummodo ex utroque non plus habeat inſtitutus quam perventurum eſt ad emancipatum. *l. Salvius 6. cum l. ſeq. ff. de leg. præſt.* ſed ut rem explicet, diſtinguit duos caſus Cujac. *ubi proxime,* & ad *titulum de leg. præſt.* in *d. l. Salvius 6.* Primus eſt, quoties filius ex parte inſtitutus adiit, poſteaque emancipatus contra tabulas petiit, tunc enim verum eſt, conſervari inſtituto hereditatis portionem, & legatum usque ad virilem ex edicto de legatis præſtandis. *d. l. virilis 8. §. 1.* Secundus caſus eſt, quoties inſtitutus hereditatem ex teſtamento repudiavit, poſteaque aut contra tabulas commiſſo ab emancipato edicto accepit, aut non accepit, contentus ſcilicet ſucceſſione juris civilis, quæ ab inteſtato ei defertur, deſtituto ejusdem repudiatione teſtamento, quo caſu Papinianus reſpondet, non conſervari inſtituto legata, ut ea tanquam filius præcipua habeat ex Edicto de legatis præſtandis, quia quamvis alioquin inſtituto repudianti prælegatum integrum conſervetur. *l. qui filiabus 17. §. ult. cum l. ſequenti. l. filio pater 87. ff. de leg. 1. l. cum reſponſo 11. C. de leg.* id tamen obtinet, quoties quis ſic hereditatem repudiat, ut eandem alia via non retineat. *l. 4. §. ſi quis ex uncia in fine ff. de doli except.* Cæterum qui ex teſtamento omittit, & ab inteſtato heres non probe aut probabiliter poſtulat, legata ei conſervari ex defuncti voluntate & teſtamento, quo deſtituto inteſtati cauſſam elegit. *l. quidam 7. l. ſi non ſolus 10, §. 1. ff. ſi quis om. cauſſa teſtamenti. d. l. bonorum 22.* quam tamen aliter exponit idem Cujac. in *d. l. filium 5. §. omnibus ff. de leg. præſt.* cum Accurſ. Bart. & Alberico in *d. l. bonorum 22.*

§. XXXIV. Verum quæ huc usque de prælegato non eripiendo niſi ei, qui teſtatoris reſpectu indignus eſt, diſſeruimus, ſicut his juris locis, de quibus hactenus, explicandis valde appoſita ſunt, ita oppoſita omnino contrariaque ei juris ſententiæ, quæ docet heredi, qui coactus adiit, quamvis neque juris cenſura neque teſtatoris reſpectu proprie indignus ſit, ut probavimus ſupra §. 26. & 28. prælegatum tamen auferri. *l. ita tamen 27. §. ſi præceptis. l. ſi patroni 55. §. quid ergo 3. ff. ad S. C. Trebell.* quibus non vulgariter illuſtrandis obſervandum in primis eſt, Papinianum in *d. l. ſi patroni 55. §. quid ergo.* dum heredi coacto negat retentionem præceptionis & petitionem fideicommiſſi ejusdem hereditatis, quam fideicommiſſarius, cui heres reſtituit, reſtituere eidem heredi rogatus erat, loqui de eo caſu, quo heres, qui coactus adiit, fuit ex aſſe inſtitutus, totamque hereditatem reſtituere rogatus, quæ prima ſpecies eſt *d. l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam,* & continuata in *d. §. quid ergo.* & ad eandem ſpeciem fideicommiſſi totius hereditatis pertinet *d. l. ita tamen 27. §. ſi præceptis.* Deinde & ſciendum eſt, præceptionem, de qua in *d. §. ſi præceptis,* & in *d. §. quid ergo.* recte in herede etiam ex aſſe poſſe conſiderari, quia ea forma & modo relinquitur, ut heres præceptis quibusdam rebus ſive acceptis ex hereditate, retentisve totam hereditatem reſtituat. *§. ſi quis uno 9. in fine inſtit. de fideicomm. hered. l. 1. §. ſed ſi quadringenta ff. ad S. C. Trebell.* quo caſu ea, quæ præcipiuntur, relinqui cenſentur, ut ſint loco & vice quartæ Falcidiæ. *l. ſi heres 90. l. acceptis 93. ff. ad l. Falcid. l. deducta 58. §. acceptis. l. facta 63. §. reſcripto ff. ad S. C. Trebell.* Denique & prænotandum eſt, cum quis re aliqua vel quantitate præcepta hereditatem reſtituere rogatur, apertam fere voluntatem defuncti eſſe, ne præceptionem heres habeat, niſi hereditatem adierit, tum quia reliquit vice quartæ Falcidiæ, quæ non niſi ab herede poſt aditionem retinetur, tum etiam quia qui vult hereditatem reſtitui, præcepta ſive deducta re aut quantitate, vult utique præcipi & deduci ex ipſa fideicommiſſi reſtitutione, ad quam perveniri non poteſt, niſi adeunte herede, & conſequenter neque aliter vult eum præcipere quam ſi adierit.

§. XXXV. Ex quibus ſingulis, multoque magis ſi conjungantur, non in obſcuro eſt ratio, ob quam in *d. §. ſi præceptis,* & in *d. §. quid ergo.* heredi, qui coactus adiit, tam fideicommiſſum

quam

quam præceptio negatur, nam in primis cum ſuppoamus, fuiſſe utrobique heredem ex aſſe inſtitutum, conſtat fideicommiſſi & præceptionis jus pependiſſe ex ejusdem heredis aditione, qua deficiente interdici deberet. *d. l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam verſ. non ignoro.* Proinde ſuccedit ratio & regula *d. l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam.* quæ docet, heredem qui coactus adit nullum commodum conſequi debere, quod non haberet ſine aditione, quomodo non jure ſuccedendi ex ſubſtitutione circa heredem ex aſſe diximus ſupra §. 27. & 28. Secunda ratio eſt, quia cum præceptio in herede rogato hereditatem præcepta re aliqua aut quantitate reſtituere ſit vice & loco quartæ Falcidiæ, cui ſatisfacit ſucceditque, & in quam imputatur, quia hereditario jure & ex hereditate præcipitur. *d. l. ſi heres 98. l. acceptis 93. ad l. Falcid. l. deducta 50. §. acceptis ad S. C. Trebell.* conſequens eſt, ut quemadmodum quarta heredi coacto adimitur, quia, ut eo lucro allectus ſponte adiret, inducta fuit; ita & præceptio eodem intuitu & jure relicta erat, *arg. l. quia poterat verſ. nec quartæ ad S. C. Trebell.* junctis traditis ſupra §. 26. Tertia ratio eſt, quia, ut diximus, in ea præceptionis formula, de qua hactenus & in fideicommiſſo, de quo in *princ. d. §. quid ergo* eſt non obſcura voluntas defuncti, ut non aliter heres habeat, præcipiatve, quam ſi adierit & reſtituerit. Cum autem ea voluntas defuncti fuit, denegatur legatum prælegatumque heredi, qui repudiavit. *l. ſed ſi non 88. l. quid ergo 90. §. 1. ff. de leg. 1.* ergo & negatur merito heredi coacto, quia cum adire recuſavit, coactus alienoque periculo adiit, perinde habendus, quoad ipſius commodum ex aditione pendens, quaſi non adiiſſet ſeu repudiaſſet. *d. l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam, & §. ſi præceptis, d. §. quid ergo.* quos ita interpretor, quamvis aliter Cujac. *lib. 28. quæſtionum Pap. in l. filio 87. in fine ff. de leg. 1.*

§. XXXVI. Propterea ut ne moremur in explicanda *l. heredi 15. ff. de his quæ ut ind.* cujus interpretatio perſpicua eſt ex *l. 5. §. qui principale ff. de his quæ ut ind.* junctis traditis ſupra §. 31. & a Cujac. in *d. l. heredi 15. lib. 6. reſp. Pap.* opportune jam nunc ex ſuperiore illa indignorum & emolumentorum juris aut voluntatis diſtinctione colligitur; aut intelligitur, quod pro quarto argumento expendimus ſupra §. 27. de ſervitutibus actionibusque aditione confuſis, non reſtituendis indigno etiam poſt ereptam a fiſco hereditatem, namque in primis quoad ſusceptorem taciti fideicommiſſi in promptu ratio eſt, ob quam ei ſervitutes actionesque aditione confuſæ non reſtituuntur. *d. l. eum qui 18. §. bonis, de his quæ ut ind.* quia cum ea confuſio fiat nitaturque juris ratione, quæ non patitur, ut creditor, qui debitori heres extitit, & perſonam debitoris induit, per aditionem ſit ſui ipſius debitor creditorque. *l. Stichum 95. §. aditio de ſolut. l. Granius 71. ff. de fidejuſſor. l. 1. ff. quemadm. ſervit. amitt.* & reſtitutio actionis vel ſervitutis confuſæ pendeat ex juris auctoritate & auxilio, extra ordinem & ex cauſſa æquitatis indulgendo, ſine quo extincta ſemel actio aut ſervitus non ſuſcitatur. *d. l. eum, qui 18. §. bonis.* juncta regula *l. qui res 98. §. aream verſ. neque admiſſum ff. de ſolut.* conſentaneum propoſitis & conſequens eſt, negari eam ſervitutum actionumque reſtitutionem heredi, qui fide tacita contra jus data & adeundo, ut incapaci bona reſtituat, indignus factus eo ipſo eſt auxilio legum, quas nunc implorat ante impugnavit. *l. auxilium 37. in fine ff. de minor.* qua etiam ratione fit, ut denegetur idem reſtitutionis auxilium aliis indignis, quia tam juris cenſura quam teſtantis perſonæ aut voluntatis reſpectu indigni ſunt. *l. indigno 8. ff. de his quæ ut indig.* qualis eſt, qui falſum teſtamentum dixit. *l. ejus 29. §. 1. de jure fiſci.* & qui ſciens in ulciſcenda teſtatoris occiſi morte ceſſavit. *d. l. ejus 29. §. ult. l. propter 21. §. 1. ff. de S. C. Syllan. l. heredem 17. ff. de his quæ ut ind.* Excipitur tamen, qui ſine dolo malo negligens in vindicta defuncti fuit, quia non inquiſito genere mortis & deceptus ignoratione facti exiſtimavit, teſtatorem ſua naturalique morte non violenta defunctum fuiſſe. Huic enim heredi, quamvis ob negligentiam inquiſitionis indignus ſit, qui defuncti bona retineat, ideoque ei auferantur, ſubvenitur tamen, ne actionem ſervitutemve, quæ in ipſius bonis ante aditionem fuit, amittat, & redintegratio indulgetur. *d. l. heredem 17. d. l. propter 21. §. 1.* quemadmodum ob eandem manifeſtioremque æquitatis cauſſam reſtituuntur actiones ſervitutesque heredi, cui poſt aditionem ſine illius culpa bona evincuntur ex cauſſa inofficioſi vel alia ſimili. *l. cum qui 21. §. ult. ff. de inoffic. teſtam. l. ſi maritus 22. C. eodem tit. l. a liberto 35. ff. de bon. lib. l. ſi ei 9. ff. communia prædiorum. l. 2. §. cum quis 18. & §. ſequenti ff. de hered. vel act. vend. l. ſi ſervus 70. in pr. & §. 1. l. legatum 116. §. ult. ff. de leg. 1. l. Papinianus 18. ff. de ſervit.* nec diſſimilem rationem habet, quod placuit heredi, qui ex Trebelliano SCto totam hereditatem fideicommiſſario reſtituit, ſervitutes actionesque aditione confuſas conſervari ope reſtitutionis, atque ita nihilominus effectu attento valere. *l. ſi heres 73. §. ult.* quam ita accipies, *ff. ad S. C. Trebell.* immo & heredi coacto, quia cum neque juris neque teſtatoris reſpectu indignus ſit, ſicut ex aditione, quam coactus alienoque periculo fecit, nullum commodum percipit, ita nec detrimentum ſentire debet actionis ſervitutisve ea aditione confuſæ, *arg. l. ita tamen 27. §. ſi ex Trebelliano 11. l. debitor 59. ff. ad S. C. Treb.* juncta regula *l. ſecundum 15. ff. de R. J.*

§. XXVII. Quintum poſtremumque argumentum, de quo ſupra §. 17. fuit ex Papiniani reſponſo in *l. eum qui 18. in fine pr. ff. de his quæ ut ind.* quatenus docet, heredem tacitæ fidei adminiſtrum non teneri ad præſtandas uſuras fructuum diſtractorum, ſine diſtinctione temporis ante aut poſt litem motam, quod reſponſum non tantum paradoxum ſed & paralogum videtur, ſive præter opinionem ſimul rationemque juris. Primo quia jus certum eſt, malæ fidei poſſeſſorem hereditatis, a quo ea petitur evinciturque, non modo res aut fructus ex hereditate diſtractos ſed etiam pretii eorum uſuras reſtituere debere. *l. item veniunt 20. §. petitam cum §§. ſeqq. ff. de her. pet.* poſt litem autem motam etiam bonæ fidei poſſeſſorem pretii rerum ante litem motam venditarum uſuras debere. *l. 1. C. de her. petit.* Secundo quia conſtat, heredes indignos & inter alios eum, qui in ulciſcenda defuncti morte negligens fuit, pretii rerum aut fructuum ante litem motam diſtractorum uſuras præſtare compelli poſt litem motam. *d. l. eum qui 18. in pr. l. 1. C. de his quibus ut ind.* & tamen negari non poteſt, eum cui ex cauſſa taciti fideicommiſſi hereditas auferatur, non ſolum bonæ fidei poſſeſſorem non eſſe, ſed quod & amplius eſt, malæ fidei cenſeri exemplo aliorum indignorum. *d. l. eum qui 18. in pr. l. prædonis 46. ff. de her. pet. l. cum quidam 17. §. in tacito ff. de uſur.* quin immo & defenſionem bonæ fidei poſſeſſoris, qua interdum utitur ille, qui in vindicta defuncti ceſſavit, circa fructus & actiones aut ſervitutes confuſas. *l. heredem 17. in fine ff. de his quæ ut ind. l. propter 21. §. 1. ff. de S. C. Syllan.* non concedi ei, qui tacitam fidem dedit. *d. l. eum qui 18. in pr. & §. bonis.* quocirca abſurdum & iniquum videtur, ſuſceptori tacitæ fidei indulgeri ab uſuris dependendis immunitatem, quæ non tantum aliis indignis & malæ fidei poſſeſſoribus, ſed etiam bonæ fidei negatur. Neque in his difficultatibus explicandis, quas nec plene proprieve ſatis expendunt alii aut exponunt, proponimus probamusve eorum ſententias, quas refert, & refellit multis & pro multis unus noſter Amaya *lib. 3. obſ. cap. 2. num. 71. & ſeqq.* immo neque acquieſcere ſalva veritatis conſcientia poſſumus diſtin-

ſtinctioni ab eo adhibitæ. *d. cap. 2. num.* 85. & 97. inter uſuras pretii rerum ex hereditate venditarum, & fructuum in hereditate repertorum diſtractorumque poſt litem motam, quibus caſibus accipit *d. l. 1. C. de his quibus ut ind.* & uſuras non rerum aut fructuum in hereditate inventorum, ſed fructuum, quos ex hereditariis rebus heres ſua induſtria percepit ante aut poſt litem motam, quos tamen in uſu habuit nec vendidit, ad quam ſpeciem refert Severi reſcriptum in *d. l. cum qui* 18. *verſ. ſed divus.* Non, inquam, acquieſcimus, tum quia, ut leviora alia omittamus, tractari in *d. l. 1.* non ſolum de rebus aut fructibus in hereditate inventis, ſed etiam de perceptis ab indigno herede venditiſque, conſtat ex fine *ejuſdem l. 1.* ibi: *quos in prædiis hereditariis inventos aut exinde perceptos vendiderint*: tum etiam; quoad *d. l. cum qui* 18. *verſ. ſed divus.* obſervandum eſt, Papinianum ibi in verbis immediate præcedentibus in primis ex ratione & regulis juris reſpondiſſe, uſuras poſt litem motam reſtitui debere eorum fructuum, quorum pretia percepta fuerant ex venditione ſcilicet facta ab herede, non autem eorum, quos in uſu heres habuit, quorum pretia ſine uſuris reſtitui ſatis erat, quo ſuppoſito, dum per adverſativam vocem *ſed*, & quaſi ex novo benignoreque jure ex Severi reſcripto ſubjungit in *d. verſ. ſed divus.* citra diſtinctionem temporis ante aut poſt litem motam fructus dumtaxat deferri, non etiam uſuras eorum, intelligendus neceſſario eſt de fructibus venditis ab herede, non autem de illis, quos in uſu habuit, in quibus illud ipſum proxime jam & ante reſcriptum aſſeruerat.

§. XXXVIII. Quare ut res explicetur, qua nulla forſitan in hoc tractatu & juris arte implicatior obſcurior nulla, utendum nunc eſt maxime eſt illa indignorum diſtinctione, quam a nobis ſæpius quoad alias juris quæſtiones ſupra firmatam adhibitamque tentat quoad hanc præſentem Ant. Fab. in *Rat. ad l. heres* 51. *§. 1. ff. de her. petit.* & *de error. Pragm. dec.* 38. *error.* 16. quem immerito in hac re notat Amaya *d. cap. 2. num.* 83. igitur quoad uſuras fructuum præſtandas diſtinguendus eſt heres indignus ex cauſſa taciti fideicommiſſi, & indignus ob omiſſam vindictam defuncti. Namque in priore, cum indignus non ſit teſtantis reſpectu, ſed ſola & ſtricta juris cenſura, & quidem ex caducariis legibus Julia & Papia, quibus pœna ereptitii ob fidem tacitam inducta eſt, ut probavimus ſupra §. 9. quæque ſcilicet caducariæ leges ſemper odioſæ. *l. un. in pr. C. de caduc. toll.* major utique ratio fuit benignitatis, indulgentiæque erga eum exercendæ. *d. l. cum qui* 18. *verſ. ſed divus.* In poſteriore autem, quia non ſolum indignus jure, ſed etiam erga teſtatorem ingratus inofficioſuſque, cui debitum officium pietatis ſciens negavit, duplex graviorque indignitas graviorem coërcitionem meretur. *d. l. 1. C. de his quib. ut ind.* Unde & effectum eſt, ut quamvis Imperator Severus in epiſtola ad Celerem reſcripſiſſet ab eo, qui defuncti vindictam ſciens neglexit, uſuras inferri debere poſt litem motam fructuum ante venditorum, ſive inveniſſet in hereditate, ſive percepiſſet. *d. l. 1.* eoque exemplo Papinianus uteretur & reſponderet in herede, qui ex cauſſa taciti fideicommiſſi hereditas evincitur. *d. l. cum qui* 18. *in pr.* poſtea tamen ab hoc herede idem Severus fructus dumtaxat præſtari, non etiam uſuras eorum, ſine diſtinctione temporis ante aut poſt litem motam, benigne decrevit ſtatuitque in *d. verſ. ſed divus.* carpens nimirum corrigenſque in hac parte, ſicut & in *l. Imperator* 24. *ff. de his qui not. infam.* Juliæ, Papiæque legum invidioſum vigorem, ut Juſtinianus loquitur in *l. un. in pr. C. de cad. toll.* quemadmodum & in aliis juris cauſſis excluſiſſe eaſdem leges Severum teſtatur Tertull. in *Apologetico adverſus gentes cap.* 4. cujus ſenſum in hac re captat potius quam capit Cerda in *annotat.*

§. XXXIX. Neque diſtinctione hac admiſſa urgent nimis, quæ in contrarium expendimus ſupra §. 37. ſi animadvertas, heredem indignum ex cauſſa taciti fideicommiſſi aliave ſimili non eſſe vere aut proprie poſſeſſorem malæ fidei, immo plus juris in hereditate habet; eſt enim verus heres poſt aditionem, & conſequenter dominus rerum hereditariarum, manetque heres, etiam poſtquam ei ut indigno bona eripiuntur. *l. ex facto* 43. *§. Julius ff. de vulg. l. ſi quis* 33. *ff. de relig.* juncto *§. ult. inſt. de her. qual. & differentia.* & ideo mirum non eſt, in adminiſtratore tacitæ fidei, quia & obſequii defuncto dati excuſatio leviorem indignitatem & caducorum odium facit locum benignitati, exerceri cum, in eo ſaltem, ne fructuum uſuras reſtituat. *d. l. cum qui* 18. *verſ. ſed divus.* non tamen ne reſtituat uſuras pretii rerum venditarum; quas & bonæ fidei poſſeſſor præſtat poſt litem conteſtatam & ante illam, quatenus locupletior factus. *l. 1. in fine C. de her. petit.* & in his nihil nove aut benigne decretum a Severo in *d. verſ. ſed divus.* Neque ad rem pertinet, quod & in *pr. d. l.* 18. & in *d. l. 1. C. de his quibus ut ind.* indignum hunc ex cauſſa taciti fideicommiſſi, & eum qui in vindicta defuncti negligens fuit, negatur bonæ fidei poſſeſſorem eſſe, quia præterquam quod in ea re juris auctores in *d. locis* non utuntur verbo veritatem exprimente, ſed fictionem improprietatemque, nempe *videri*, quia neque vere eſt malæ fidei poſſeſſor aut prædo, ſed intelligitur prædonis loco. *l. prædonis* 46. *ff. de her. petit.* reſpicit proprie id ipſum, & referendum eſt ad emolumentum fructuum, quos omnes integroſque reddere indignus heres cogitur. *d. l. cum qui* 18. *d. l. 1. C. de his quibus ut ind. l. cum quidam* 17. *§. in tacito ff. de uſuris.* cum tamen bonæ fidei poſſeſſor non præſtet fructus ante litem conteſtatam, niſi quatenus locupletior factus eſt. *d. l. 1. C. de her. pet. l. item veniunt* 20. *§. præter verſ. item non. l. illud* 40. *§. prædo ff. de her. petit.* junctis traditis ad rem ab Amaya *d. lib. 3. obſ. cap. 2. num.* 75. & in *l. 1. C. de delat. num.* 53. & *ſeqq.* eſt autem fidei tacitæ ſuſceptor melioris conditionis quoad fructuum uſuras, quas nunquam præſtat. *d. verſ. ſed divus.* quam quoad fructus ipſos, quos integros reſtituit. *d. l. cum qui* 18. *in pr.* quia quamvis uſuræ obtinere ſoleant vicem fructuum. *l. uſuræ* 34. *ff. de uſuris.* ſemper tamen durior cenſetur odioſiorque præſtatio uſurarum, & favorabilior reſtitutio fructuum, quoniam fructus ſunt acceſſiones naturales ex hereditate perceptæ, quibus indigno ereptis non fit ille pauperior, ſed tantum non locupletior, dum reſtituere cogitur id, quod percepit ex hereditate, qua indignus eſt, & emolumentum omne ei aufertur, ut ſcriptum eſt in *d. l. cum quidam* 17. *§. in tacito.* e contrario autem uſuræ non tam ex hereditate aut re ipſa nempe pecunia ſui natura ſterili, quam ex negotiatione & induſtria poſſeſſoris percipi jure intelliguntur. *l. uſura* 121. *ff. de V. S. l. ſi navis* 62. *ff. de rei vindicat.* & ideo quamvis fidei tacitæ ſuſceptor uſuras non reſtituat, nihil ex hereditate retinere creditur, ut notat in propoſito Fab. *de error. dec.* 38. *err.* 10. *num.* 9. neque rurſus obſtat jam traditis, quod tandem expendimus *d. §.* 37. nempe indigno ex cauſſa inultæ mortis defuncti tribui interdum defenſionem, & jus bonæ fidei poſſeſſoris quoad fructus & actiones confuſas. *l. heredem* 17. *ff. de his quæ ut ind.* quæ tamen defenſio negatur indigno ex cauſſa taciti fideicommiſſi. *d. l. cum qui* 18. *§. bonis.* quippe meminiſſe oportebit, eam defenſionem bonæ fidei dari ei ſoli, qui ignoratione facti deceptus omiſit vindictam defuncti, quem ſua naturalique non violenta morte functum putabat. *d. l. heredem* 17. *l. propter* 21. *§. 1. ff. de S. C. Syllan.* diximus ſupra §. 36. quo ſane caſu neque fructuum uſuras præſtare cogetur indignus, qui ignorans omiſit vindictam defuncti, nam quod traditum eſt de uſu-

uſuris præſtandis, pertinet dumtaxat ad eos, *qui debitum officium pietatis ſcientes omiſerunt*, ut ſignanter ſcriptum eſt in *d. l. 1. C. de his quibus ut ind.* proinde indignus ob fidem tacitam non eſt melioris conditionis, quam indignus ob omiſſam vindictam, quo caſu huic bonæ fidei defenſio ſuffragatur, ſed quoties ea in hoc deficiente, quia ſciens in vindicta defuncti negligens fuit, duplex graviorque indignitas in hoc concurrit.

§. XL. Ex quibus jam pro auctario & veluti coronide noſtræ commentationis explicanda quæſtio in foro numinis, an ſcilicet heres tacitæ fidei ſuſceptor teneatur in conſcientia, ut ajunt, ea bona de quibus tacite rogatus eſt reſtituere. In qua quæſtione quamvis teneri eum reddere fiſco etiam ante condemnationem cenſuerint poſt Bart in *l. ult. num. 9. ff. de his quæ ut ind.* plures relati a Meneſes in. *rubr. C. de fideicommiſſ. num.* 12. Farinac. in *criminal: parte 1. verbo fiſcus num.* 109. verius tamen eſt, poſſe heredem conſcientia illæſa retinere ea bona, neque interiore jure cœli obligari, ut incapaci aut alii reſtituat, vel fiſco ante condemnationem, tum quia, ut diximus, dominus potius eſt quam malæ fidei poſſeſſor, tum etiam quia voluntas defuncti & gravamen reſtituendi incapaci, cum contra formam legum & ſententiam ſit, pro non ſcriptis habentur, manetque inſtitutio ſine onere reſtituendi. *l. 1. l. conditiones* 14. *ff. de cond. inſt.* neque reſtituendi fides defuncto data ab herede obligat eum naturaliter, ſive in conſcientia, pro qua re expendo ſingularem Pomponii locum in *l. ſi quis ſub conditione* 7. *ff. de cond. inſt.* ubi cum quis heredes inſtituiſſet ſub conditione, ſi caviſſent ſeu promiſiſſent, ſe legata eo teſtamento relicta reddituros, reſpondetur, in primis remitti eis conditionem, ut tanquam ſine illa pure inſtituti adire poſſint, quia in fraudem legum fortaſſe Juliæ & Papiæ, quæ a perſonis quibusdam veluti cœlibe & orbo legata capi prohibent, præſumitur adſcripta conditio, ut tanquam promiſſa caperent, quæ tanquam legata non poterant, ut in *l. qui teſtamentum* 27. *ff. de probat.* ſubjungitur autem in fine *d. l. ſi quis* 7. Quod ſi quis non petita remiſſione conditionis eam promittendo impleverit, moxque adierit, tenetur quidem ſtricto meroque jure civili, quia leges, quæ ex teſtamento capere prohibent, non ſtatim prohibent capere ex promiſſione, *arg. l. ita fidei* 40. *§. ult. ff. de jure fiſci.* junctis traditis ſupra §. 14. *& ſeqq.* & tamen, quia promiſſio in fraudem legum reſpicit contra actionem ex promiſſione, tuendus heres eſt exceptione ſcilicet doli, quæ generaliter tribui ſolet, quoties in re vel facto petendi dolus verſatur. *l. 2. §. & generaliter ff. de doli except.* quapropter cum & ea exceptio contra actionem civili jure competentem detur heredi in ſpecie *d. l. ſi quis* 7. ex naturali æquitate. *princ. inſtitut. de except. l. 1. §. 1. l. qui æquitate* 10. *ff. de doli except.* & heres ne incapaci reſtituat, naturali æquitate adjuvetur, conſequens eſt, poſſe eum retinere naturali jure ea bona, & conſequenter in conſcientia, quomodo hoc ipſum argumentis aliis firmantes docent poſt multos Covarr. *de ſponſalibus parte* 2. *cap.* 8. §. 5. *num.* 9. & ex eo Plaza in *epitome delictorum lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 25. Amaya in *l. 1. C. de delatoribus num.* 49.

F I N I S.

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

AD

TITULOS DIG. DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS PRIMO, SECUNDO, ET TERTIO,

PRÆLECTIONES.

PUBLICE RECITATÆ A. MDCXLII ET MDCXLIII.

AMPLISSIMAM de legatis, & fideicommiſſis materiam, quam quia teſtamentariæ voluntatis optima & utiliſſima portio eſt, ſtatim poſt tractationem de teſtamentis, codicillis, & hereditatibus Tribonianus inſeruit. *l.* 2. §. *Quintus*, & *l.* 3. §. *de teſtamentis C. de veteri jure enuclean. princ. inſt. de leg.* & quia amplitudo ejus uno titulo aut libro capi non poterat, non modo in libros tres tituloſque diviſit, ſed & deinceps uſque ad *lib.* 37. *ff.* varie ſingularibus titulis diſpoſuit continuavitque, aggredimur ex Academico præſcripto explicandam Deo auſpice veſtroque plauſu: faciat ille, ut quemadmodum nos commentationem hanc ſerio & cum cura elaboratam prælegentes, & quaſi prælegantes fidei dextræque veſtræ ex animo & ex affectu committimus, ita & vos, Auditores Nobiliſſimi, in rem uſumque veſtrum vertatis, *ſolidumque capiatis hoc noſtræ admonitionis fideicommiſſum*, ut Tertullianus loquitur *lib.* 1. *ad uxorem cap.* 1. plane ut ſolemne illud noſtrum ſervemus, vulgata aut faciliora breviter, electa aut utiliora plenius, & utraque perſpicue tractandi, præmittimus in primis ad *rubricam* & *l.* 1. alioſque hujus tractatus compendiarias recitationes.

PARS PRIMA.

Ad Rubricam, & Legem 1, *L. legatum* 116. *ff. de legatis* 1. *L. legatum* 36. *ff. de legat.* 2.

De Legatorum & Fideicommiſſorum origine, definitione, exæquatione, & differentiis prima potioraque elementa.

§. I. Quæ ſingula & quo ordine pollicemur, ut exponamus, in primis quod ad originem legatorum, & priorem rubricæ noſtræ partem pertinet, ſciendum eſt verbi *legare* ſignificationem & generalem eſſe, & ſpecialem. Generaliter *legandi* verbo omnis directa ultima diſpoſitio ſignificatur; quia *legare* dictum eſt quaſi *legis modo, id eſt, imperative decernere*, & *conſtituere*, teſte Ulpiano in *fragm. tit.* 24. *de leg. in princ.* eoque ſenſu apud Ulpianum vulgo in hac re non animadverſum in *l. Julianus* 13. §. *idem Julianus* 6. *de act. empt.* vectigalia, quæ municipiis quibuſdam debere fundus dicitur, appellantur *legata* quaſi imperata, & indicta fundo. *l. Imperatores* 7. *ff. de publican.* & *vectig.* ſive quia dominus teſtamento ea onera fundo ſuo impoſuit reliquitque, ut in *l. uſufructu* 7. §. *quoniam verſ. hactenus in fine. l. ſi pendentes* 27. §. *ſi quid* 3. *ff. de uſufr.* ſentit Cujac in *d. l. Julianus* 13. §. *idem Julianus* 6. quamvis minus recte idem *lib.* 5. *obſervat. cap.* 40. pro verbo *legata* reponat *vectigalia* ex auctoritate ſynopſis juris Baſilicōn *lib.* 19. *tit.* 8. *cap.* 13. ubi ita legitur.

§. II. Plane juxta eam verbi *legare* pro eo, quod eſt legis modo diſponere, uſurpationem Lex duodecim Tabularum, cum teſtatoribus facultatem diſponendi de rebus ſuis etiam in id tempus, quo morte eorum voluntas intercidit, præſtare vellet ad inſtar legis, cujus auctoritas etiam mortuo legislatore permanet, legandi nomine uſa eſt in illo *cap. Paterfam. uti quiſque legaſſit ſuper pecunia tutelave ſuæ rei ita jus eſto:* quibus verbis non ſolum ſpecialia relicta, quæ *legata* nunc dicimus, ſed etiam heredum inſtitutiones, libertatum dationes, & tu-

torum

Digitized by Google

torum conſtitutiones comprehendit, & confirmari certum eſt. l. verbis legis 120. juncta l. ſæpe 53. in pr. ff. de V. S. princ. inſtit. de l. Falcidia. Novella 22. de nuptiis cap. 2. Ulpianus in fragmentis tit. 11. de tutelis §. teſtamento 11. Auctor Rhetoricorum ad Herenalum lib. 1. Cicero lib. 2. de invent. ſubtiliter & ad rem Faber de error. Pragm. dec. 44. errore 7. num. 3. quamvis aliter & a verbo legere ſive eligere deducant verbum legare poſt alios noſter Pich. ad hunc tit. cap. 1. num. 12. Valentia illuſtr. lib. 3. tractatu 5. num. 7. qua ratione teſtamentariam hereditatem Leg. XII. Tabb. confirmari ſcilicet ſub appellatione legandi, ideoque non improprie lege obvenire ſcriptum eſt in l. lege 130. ff. de V. S. l. 1. ff. de hered. pet. quamvis quoties non de omni ſed ſpecialiter de aliqua juſta aut legitima hereditate ſenſiſſe contrahentes apparet, continetur eo nomine ſola ab inteſtato hereditas, quæ ſola proprie & immediate a lege defertur ſine voluntate defuncti. l. 3. §. de illo ff. pro ſocio. non autem teſtamentaria, quæ etſi lege confirmatur, non tamen niſi præcedente defuncti voluntate. d. l. lege 130. cui conciliandæ cum d. l. 3. §. de illo. ita docent & diſtinguunt Pinellus in l. 2. num. 7. C. de bon. mat. Donellus lib. 9. comm. cap. 1. ubi Hillig. lit. C. Pich. in §. quædam 20. inſtit. de act. in appendicibus ad l. 1. num. 31. ff. fam. erciſc. quamvis aliter Aleiatus lib. 4. paradoxorum cap. 7. diſtinguens inter hereditatem juſtam & legitimam contra d. l. 3. §. de illo. l. 1. ff. de hered. petit.

§. III. Sed generalis ea verbi legare ſignificatio, quamvis nec ſit impropria neque reſtricta legibus, de quibus in d. l. verbis 120. ut expoſito eo textu ſimulque lege in generali 80. ff. de V. S. probat ante noſtrates nuper laudatos Pereira in l. ſi curatorem, verbo ſine curatore num. 12. & 13. C. de in integr. reſtit. poſtea tamen paulatim in deſuetudinem abiit contrario & communi uſu noviorum JCtorum, apud quos legatorum appellatio ad ſingularia relicta teſtamento diſpoſita verbis imperativis legitimisque referri ſolet, & ab inſtitutione heredis ſive diſpoſitione de univerſo jure hereditatis diſtinguitur. l. filium 5. §. ſed etſi portio 6. ff. de leg. præſt. l. 1. §. qui neque 3. ff. de her. inſt. §. ſed neque 10. & §. legatariis 11. inſt. de teſtam. ordinandis. adeoque hodie communi uſu attento ex verbo lego adjecto univerſitati bonorum, veluti ſi teſtator nullo alio herede inſtituto ita ſcripſerit: lego Titio bona mea, non induci inſtitutionem heredis docet Bart. in l. centurio num. 19. Jaſo num. 37. ff. de vulg. quorum ſententiam communiorem vocat Pereira ubi proximo num. 15. Hillig. ad Don. lib. 8. cap. 1. lit. D. & laudati a Zevallos communium contra comm. quæſt. 314. & apud nos inſpecta Lege Regia 1. tit. 4. lib. 5. Compilat. juxta quam teſtamentum ſine heredis inſtitutione conſiſtit, ideoque non eſt neceſſe, ut verbum lego ad inſtitutionem trahatur. Eſt procul dubio ſententia ea Bartoli certior receptiorque, ut monent Covarr. in cap. Rainaldus num. 6. de teſtam. Padilla in l. eam quam 14. num. 78. C. de fideicommiſſ. Menchaca de ſucceſſ. progreſſu lib. 1. §. 3. num. 13. Matienzo in d. l. 1. gloſſa 14. num. 85. ubi Azevedo num. 167. tit. 4. lib. 5. niſi verbo legandi accedat alia conjectura, veluti appellatio heredis, in d. cap. Rainaldus 18. verſ. porro, & verſ. adjiciens de teſtamentis. quem ita interpretatur poſt alios Alciatus in d. l. centurio n. 63.

§. IV. Jam vero legatum ſpecialiter acceptum definitur a Modeſtino in noſtra l. legatum 36. de leg. 2. donatio teſtamento relicta. & a Florentino in noſtra l. legatum 116. de leg. 1. delibatio hereditatis, qua teſtator ex eo, quod univerſum heredis foret, alicui quid collatum velit. & in Synopſi Baſilicôn. lib. 44. tit. 1. cap. 105. hereditatis deminutio. & a Juſtiniano in §. 1. inſt. hoc tit. donatio quædam a defuncto relicta ab herede præſtanda; nec diſſimiliter noſtrati Regio jure in l. 1. tit. 9. Part. 6. & apud Conſtantinum Harmenopulum in Promptuario juris lib. 5. tit. 12. in princ. ſed cum definitiones iſtæ quamvis diverſis verbis in eandem ſententiam conſpirent, breviorque & elegantior Modeſtini definitio ſit, pretium operæ erit, ea præcipue expoſita reliquas obiter illuſtrare. Eſt itaque legatum donatio, in eoque veluti genere cum donatione inter vivos & cauſſa mortis convenit, nec tamen eadem cum illis eſt, ſed ut Juſtinianus loquitur, donatio quædam, & ut Regia Partitæ lex jam laudata una manera de donacion, id eſt, propria certaque ſpecies diſtincta ab aliis, quæ deſignatur verbo quædam ex more JCtorum in aliis definitionibus. l. 1. §. dolum ff. de dolo. Ulpianus in fragm. tit. 19. §. mancipatio, & tit. 22. §. pretio. Ælius Gallus de V. S. apud Pompejum Feſtum verbo poſſeſſio. diſtinguitur autem, quatenus donatio eſt legatum, ab hereditate, quæ non ſimpliciter aut ſemper donatio, quia nec gratis donatur, ſed cum oneribus, quibus obnoxia & ſæpe damnoſa. l. hereditatis 119. ff. de V. S. l. 1. 2. & 3. ff. de bon. poſſ. cum e contra legatum nunquam damnoſum legatario eſſe poſſit. l. ſi hereditatem 32. ff. mandati. diſtinguitur etiam a libertatis datione, quæ donatio non eſt, vel ex ea inter alias ratione, quia libertas etiam invito datur. l. ult. §. ſin vero quidam verſ. licet enim C. de teſtam. manumiſſ. donatio autem non etiam. l. hoc jure 19. §. non poteſt ff. de donat. l. invito 69. ff. de R. J. diſtinguitur denique a tutoris datione, quæ nulla conſideratione donatio eſt, quia tutoris reſpectu tutela eſt onus, & pupilli reſpectu diminutio adminiſtrationis, quæ alioquin pupilli utpote domini erat: nullo autem reſpectu lucrum ſeu donum eſt. l. tutor 27. l. qui negotiationem 58. in fine princ. ff. de adminiſtr. tut.

§. V. Adjicitur deinde a Modeſtino in definitione teſtamento relicta, quibus verbis definitio perficitur, propriaque nota & differentia legati a fideicommiſſo, quod proinde donatio eſt, ſeu liberalitas. l. unum ex familia 67. §. ſi Falcidia ff. de leg. 2. juncta l. non facile 6. ff. ſi cui plus quam per leg. Falcidiam. & a reliquis donationibus diſtinguitur. Namque in primis proprium legati, ut non niſi teſtamento relinqui poſſit. §. præterea 10. inſt. de fideicomm. hered. l. illud 13. §. 1. in fine ff. de jure codicill. l. ſi filius 20. §. 1. in fine ff. de leg. præſt. Ulpianus tit. 24. de leg. in princ. vel codicillis teſtamento confirmatis, quia tales codicilli pro parte teſtamenti habentur. l. quidem 14. ff. de jure codicill. l. impuberem 22. §. qui codicillos 6. ff. de l. Corn. de falſis. E contra autem fideicommiſſum non ſolum teſtamento ſed etiam codicillis ab inteſtato & per epiſtolam vel ſine ſcriptura relinqui poteſt. d. §. præterea 10. §. non tantum, & §. codicillis inſt. de codicillis. l. & in epiſtola 22. C. de fideicommiſſ. l. 2. C. de codicillis. Paulus lib. 4. ſent. tit. 1. §. codicillis 10. eamque differentiam exprimunt Ulpianus tit. 25. de fideicommiſſ. §. fideicommiſſum 8. Cajus lib. 2. inſt. tit. 7. §. præterea verſ. item legatum. & in re ſimili Modeſtinus in l. libertates 43. ff. de man. teſtam. juncta eleganti ſpecie l. 1. C. de teſtam. manum. differentiæ ratio ea forſitan, quia verba illa Legis XII. Tabb. uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſuæ rei, accipiuntur pro conjunctis, ita ut niſi diſponat Paterfam. de pecunia ſua, id eſt de hereditate. l. cum pater 77. §. mando 24. ff. de leg. 2. l. teſtandi 13. C. de teſtamentis. non poſſit legare res ſingulas aut tutorem dare. l. ſæpe 53. in princ. ff. de V. S. cui poſt Cujac. ibi lib. 59. Pauli ad Edictum jungendus Hotmanus lib. 6. obſervat. cap. 5. Petrus Fab. lib. 2. ſemeſtr. cap. 24. de hereditate autem directo nun niſi teſtamento diſponitur. §. codicillis inſt. de codicillis. & ideo ſi teſtamentum deficiat, in quo de hereditate diſpoſitum ſit, facultas legandi res ſingulas ex illis verbis pendens exerceri non poteſt: hæc autem ratio ceſſat in fideicommiſſo, quod non ex Lege XII. Tabb. ut poſtea dicemus,

c-mus, ſed ex voluntate relinquentis pendet, & ideo qualitercumque relinquitur.

§. VI. Diſtinguitur etiam legatum, quatenus teſtamento relinquitur, non ſolum a donatione inter vivos, nt patet, ſed etiam a donatione cauſſa mortis, quia hæc & ab inteſtato valet. *l. ſi filius* 20. §. 1. *ff. de leg. præſt. l. tam is* 25. *in princ.* & §. 1. *ff. de mort. cauſſa donat. l.* 2. *C. eod. tit.* cui differentiæ inter legatum & mortis cauſſa donationem & aliis, 'quarum meminit noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 1. *ad hunc tit. cap.* 3. *num.* 9. & præter Don. Giphan. Petrum, & Antonium Fabrum ab eo laudatos, Covarr. in *rubr. de teſtamentis parte* 3. *num.* 1. & *ſeqq.* Tiraq. *poſt leges connubiales gloſſa* 5. *num.* 64. Gutierrez *de juram. confirmatorio parte* 1. *cap.* 13. *num.* 7. Petr. Gregor. *lib.* 28. *Syntagm. cap.* 14. & *lib.* 41. *cap.* 2. Schifordegh. *ad Fabr. lib.* 3. *tractatu* 26. *quæſtione* 8. & *ſequenti.* Tres ignotiores neque ignobiles differentias licet adjicere. Prima eſt in legatis, ut pote ex teſtamento pendentibus, capacitatem legatarii requiri in primis tempore teſtamenti. *l.* 1. *ff. de reg. Cat.* at in mortis cauſſa donationibus non niſi tempore mortis donantis. *l. in mortis* 22. ubi Giphanius & Cujac. *tractatu* 2. *ad Africanum, ff. de mort. cauſſa don.* Faber *de error. Pragm. decade* 44. *errore* 7. *num.* 10. Secunda differentia eſt, legatum purum vel in diem certum relictum ex legibus Julia & Papia vel SCtis ad eas factis non cedere ante apertas tabulas teſtamenti. *l. un.* §. *cum igitur* 1. *C. de caduc. tollendis.* Ulp. *tit.* 24. *de legatis* §. *legatorum* 31. & ideo ſi ſervo legatum ſit, isque poſt mortem teſtatoris ante aperias tabulas teſtamenti manumittatur, ipſi potius quam domino adquirit. *l. ſi poſt diem* 5. §. *ult. ff. quando dies leg. ced.* At donatio cauſſa mortis a morte donatoris cedit, & ſi ſervo donatum ſit, isque poſt mortem donatoris ante apertas tabulas manumittatur, non ad eum ſed ad dominum pertinet. *d. l. in mortis* 22. *l. ult. ff. de mort. cauſſa donat.* notat Cujacius *tractatu* 2. *ad Africanum*, in *d. l. in mortis* 22. Hillig. ad Don. *lib.* 14. *cap.* 33. *lit. E.* Secundum quæ accipiendus eſt textus in *l. ſed interim* 11. §. *conſequenter* 6. juncto §. *quando* 2. *ff. de donat. inter virum* & *uxorem.*

§. VII. Tertia denique differentia eſt maritum, qui legare ſibi volentem rogavit, ut uxori ſuæ legaret, non cenſeri donare uxori contra prohibitionem juris, quia legatum ex teſtamento legantis capitur, & non niſi poſt mortem teſtatoris defertur, ideoque antequam deferatur, veluti vivo teſtatore non poteſt agnoſci aut adquiri. *l. ſi ita* 45. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l.* 1. §. *decretalis ff. de ſucceſſ. edicto.* proinde eo tempore, quo maritus teſtatorem ſibi legaturum rogavit, ut uxori legaret, non potuit intelligi legatum agnoſcere, vel adquirere, atque ita uxori donare, & conſequenter neque pauperior fieri aut amittere id, quod nondum ſibi delatum erat, neque uxor ex donatione mariti, ſed ex teſtamento legantis legatum capit. *l. ſed ſi vir* 31. §. *quod legaturus* 7. *ff. de donat. inter virum* & *uxorem.* diverſum eſt, ſi mortis cauſſa ſibi donaturum maritus jubeat uxori tradere, nam cum mortis cauſſa donatio, quamvis ante mortem donatis non perficiatur, firmeturve. *d. l. in mortis* 22. *l. non videtur* 32. *ff. de mort. cauſſa donat.* ſtatim tamen incipiat fiatque per ſtipulationem, vel traditionem a præſente præſenti, & interdum non ſolum agnoſcatur, ſed etiam adquiratur vivo donatore ſaltem revocabiliter. *l.* 2. *l. ſi mortis* 29. *cum l. ſeq. l. inter* 38. *ff. de mort. cauſſa donat.* cenſetur maritus eo ipſo, quod uxori tradi jubet, agnoſcere in primis donatum, atque ita poſtea uxori donare, ſimulque fieri pauperior creditur, dum quod jam agnovit, amittit contra rationem prohibitionis donationum inter conjuges. *l. idemque* 4. juncta *l.* 3. §. *penult.* & *ult. l. ſi quod mihi* 56. *ff. de donat. inter vir.* & *ux.* quas ita dextre exponit componitque cum *d. l. ſed ſi vir* 31. § *quod legaturus.* Cujacius *lib.* 17. *Dig. Juliani*, in *d. l. idemque* 4. quamvis aliter poſt plures Sanchez *de matr. lib.* 6. *diſp.* 4. *num.* 2.

§. VIII. Neque re vel effectu diſcrepant a Modeſtino definitiones Florentini & Juſtiniani, namque Florentinus in primis legatum eſſe donationem expreſſit verbis illis definitionis, *alicui quid collatum velit. noſtra l. legatum* 116. eſſe autem teſtamento relictam & a fideicommiſſo & mortis cauſſa donatione diſtingui ſatis demonſtrat, dum legatum definit *delibationem hereditatis*, & *ex eo, quod univerſum heredis foret*, ſive, ut in Synopſi juris laudata ſupra §. 4. exponitur, *deminutionem hereditatis.* tum quia cum hereditas non niſi teſtamento dari vel adimi poſſit. §. *codicillis inſtit. de codicillis.* ita nec delibari aut deminui legatum, niſi teſtamento relictis vel codicillis confirmatis, qui pro parte teſtamenti ſunt: in quo jam diximus, a fideicommiſſis & mortis cauſſa donationibus legata diſtare; tum etiam, quia hereditas apud Florentinum uſurpatur pro *eo, quod univerſum heredis foret*, ut ipſe loquitur, ſive pro univerſitate bonorum defuncti ante aditionem heredis, poſt quam jam non hereditas ſed patrimonium heredis dicitur. *l.* 1. *ff. de ſeparat.* eoque ſenſu proprie & ſimpliciter legatum eſt delibatio hereditatis, quia a ſolo herede relinqui poteſt. *pr. inſtit. de ſingulis reb. per fideicommiſſum rel.* atque ita ſolum id, quod futurum heredis erat, deminuit, fideicommiſſa autem etiam a legatario & aliis relinquuntur, & eorum jus delibant, non hereditatis heredisve. *d. princ. inſtit. de ſingulis rebus. l. ſi fuerit* 5. §. 1. *ff. de leg.* 3. *l. ſi pecunia* 77. *ff. de leg.* 1. Cajus *lib.* 2. *inſtit. tit.* 7. §. *præterea* 9. *verſ. item per legatum.* Ulp. *tit.* 25. *de fideicommiſſis* §. *filis* 10. Reſpexit autem in definitione Florentinus, ut probabiliter poſt Cujacium noviores ſuſpicantur, ad legem Falcidiam, quam exponebat *lib.* 11. *inſtitut.* in *d. l. legatum* 116. & in *l. ſi heres* 90. *ff. ad l. Falcidiam.* & qua attenta legatum eſt *delibatio hereditatis*, quia eam delibare & minuere usque ad quadrantem poteſt, non autem totam exhaurire, ſed ita ut ex eo, quod univerſum heredis foret, ſaltem pars quarta apud eum remaneat. *l.* 1. *verſ. ſecundo capite ff. ad l. Falcid.*

§. IX. Sed & Juſtinianus in *princ. inſtit. hoc tit.* quamvis diverſis verbis eamdem rei ſubſtantiam complectitur. Nam dum legatum definit *donationem a defuncto relictam*, diſtinguit eo ipſo a donatione cauſſa mortis, quæ vivo donatore incipit, fitque per traditionem vel ſtipulationem, ſtatimque vel dominium, vel poſſeſſio, vel actio donatario adquiritur; quamvis ante mortem donatoris non perficiatur. *l.* 2. *l. ſi mortis* 29. *l. non videtur* 32. *l. inter* 38. *ff. de mort. cauſſa don.* non autem relinquitur, quia *relinquendi* verbum proprie convenit illis ſolis, quæ ex morientis judicio, aut bonis poſt mortem ejus capiuntur. *l.* 1. §. *penult. ff. de tab. exhib.* Martialis *lib.* 10. *epigram.* 47.

— — Res non parta labore ſed relicta.

Virgilius *lib.* 4. *Georg.*

— — Cui pauca relicti
Jugera ruris erant.

Ideoque in *l.* 2. *C. de natural. lib. largiendi*, & *relinquendi* verba ſeparantur, primumque ad donationes viventis, ſecundum ad morientis legata refertur. Deinde, dum Juſtinianus ſubjungit, eſſe hanc donationem, quam *legatum* dicimus, *ab herede præſtandam*, diſtinguit eam a fideicommiſſo; quia hoc etiam ab alio quam herede, legatum autem ab herede ſolo præſtatur. *d. princ. inſtitut. de ſingul. rebus per fid.* cum ſupra laudatis. Ex quo apparet, nihil minus magisve in definitione Juſtiniani contineri, neque in ea vitioſa otioſeve adjici illa verba, *ab herede præſtanda*, ut contendunt

dunt poſt plures noſter Valentia *d. lib.* 3. *tractatu* 2. *ad hunc tit. cap.* 3. *num.* 11. Guibertus Coſtanus *quæſt. Juris cap.* 14. *num.* 4. Pereira in *l. ſi curatorem, verbo ſine curatore num.* 18. *C. de in integrum reſtit.* defendit autem contra impugnatores præceptor noſter Pichardus in *princ. inſtit. num.* 18. *hoc tit.* Radulphus Fornerius *lib.* 1. *rer. quotid. cap.* 11.

§. X. Origini, & definitioni legati jam expoſitæ proxima inſpectio eſt de origine, & definitione *fideicommiſſi.* Plane *fideicommiſſum*, quod ad verbi originem pertinet, dictum eſt quaſi commiſſum fidei illius, qui id a defuncto relictum præſtare rogatur. Nominis autem ratio deducta ex eo, quia prima fideicommiſſa primo civili jure Romano ex ſola fide, & pudore ejus, cui, ut præſtaret, committebatur, pendebant, cui fidei, ſeu pudori ſi rogatus non obtemperaret, nulla juris neceſſitate, aut vinculo ad præſtandum fideicommiſſum compelli poterat. *princ. inſtitut.* & §. *& quia prima* 12. *de fideicomm. hered.* Ejusque rei ratio rurſus ea erat; quia Lex XII. Tabb. de qua ſupra §. 1. eam ſolam voluntatem morientis confirmavit ſub *legandi* verbo, quæ legis modo, ſive imperative, & directe diſponeret, & conſequenter non fideicommiſſum, in quo precariis verbis, obliquisque rogat potius, commendatque aut committit fidei rogati teſtator, quam vel imperat vel pro imperio diſponit, ut notat Don. *lib.* 7. *comm. cap.* 15. & *lib.* 8. *cap.* 2. Faber *de error. Pragm. dec.* 44. *errore* 7. *num.* 4. quibus jam, quod ad originem rei pertinet, conſequens eſt, fideicommiſſorum primum uſum, vim, & auctoritatem referendam eſſe ad jus gentium, cujus vincula ſunt fidei obſervantia, pietatisque, æquitatis, & pudoris ratio, quibus ſolis fideicommiſſa ſuſtinebantur deſtituta auxilio juris civilis. *d. princ. inſtitut. de fideicomm. hered. l. unum ex familia* 67. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. Pamphilo* 39. *ff. de leg.* 3. juncta *l. ſi cujus* 84. §. *is natura ff. de R. J. l.* 1. *ff. de conſtituta pecun. l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de ſolut. l. adoptivus* 14. §. *ſerviles ff. de ritu nuptiar.* Unde quamvis poſtea primum Auguſtus, & deinde ſecuti Cæſares paulatim fideicommiſſis veluti approbationem dederint juris civilis, inſtituto proprio Prætore tandem, qui de fideicommiſſis jus diceret, & rogatos ad præſtandam fidem compelleret. *d. princ. inſtitut. de fideicomm. hered.* & *princ. inſt. de codicillis. l.* 2. §. *capta* 32. *verſ. poſt deinde ff. de orig. juris.* ſemper tamen obtinuit origine & ſubſtantia inſpecta, ut fideicommiſſa cenſerentur eſſe juris gentium, ſicut contractus plerique juris gentium ſunt, quamvis jure civili approbati. *l. juris gentium* 7. *ff. de pactis. l. ex hoc jure* 5. *ff. de juſt. & jure. l.* 1. §. *ult. ff. de contrah. empt.* & ſtipulatio juris civilis eſt, quamvis gentium jure approbata. §. *de conſtituta inſt. de act. l. ea quæ* 53. *ff. de adquir. rer. dom.* juncta *l. an inutilis* 8. §. *ult. ff. de acceptilat.* docte noſter Valentia *d lib.* 3. *tractatu* 2. *cap.* 1. *num.* 31. Hillig. ad Don. *d. lib.* 7. *cap.* 15. *lit. D.*

§. XI. Definitur fideicommiſſum ab Ulpiano *titulo* 25. *de fideicommiſſ. in princ.* ut ſit, *quod non civilibus verbis, ſed precative relinquitur, neque ex rigore juris civilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis*, ex qua definitione, ſeu deſcriptione, ut jam breviter ipſam illuſtremus, ſimulque nobiliores inter legata & fideicommiſſa juris antiqui differentias explicemus, prima illa & primaria naſcitur; nempe legatum relinqui debuiſſe civilibus, legitimis, directis, imperativis verbis, & quidem certis, ſolemnibusque, qualia Ulpianus proponit *d. titulo* 24. *de legatis*, & §. 1., *cum ſeqq.* fideicommiſſa autem verbis precariis relinqui ſolita, qualia referuntur in §. *ult. inſtit. de ſingulis rebus per fideicommiſſum. l.* 2. *C. comm. de leg.* & ab Ulpiano *d. titulo* 25. §. 1. Paulu *lib.* 4. *ſentent. titulo* 1. §. *fideicommittere.* & quibuscumque obliquis, inflexis, ſeu non ſolemnibus. *l. etiam* 115. *l. & eo modo* 118. *ff. de leg.* 1. *l. unum ex familia* 67. §. *ult. l. peto* 69. *ff. de leg.* 2. *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi quis ita* 4. & §. *hæc verba* 9. *l. Pamphilo* 39. *ff. de leg.* 3. Paulus *d. lib.* 4. *titulo* 1. §. *qui fideicommiſſum.* Secunda differentia fuit, in legatis verba omnino requiri. §. *ſed olim* 2. *inſtit. hoc tit. l. in legatis* 21. *C. hoc tit.* juncta *l. quoniam* 15. *C. de teſtam. l. ult. C. qui admitti.* fideicommiſſa autem etiam ſine verbis ſolo nutu relinqui. *l. nutu* 21. *ff. de leg.* 3. *l. & in epiſtola* 22. *C. de fideicommiſſ.* Ulpianus *d. titulo* 25. §. *etiam* 3. vel ex conjecturis induci poſſe. *l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *l. cum virum* 16. *C. de fideicommiſſis.* Tertia differentia eſt, in legatis ſtrictum civilis juris rigorem, in fideicommiſſis autem benignitatem juris gentium, & voluntatem relinquentis prævalere. §. *ſed non usque inſtit. hoc tit.* Ulpianus *d. titulo* 25. *in princ. l. penult. ff. de leg.* 1. *l. heredes* 57. §. 1. *ff. ad S. C. Trebell. d. l. unum ex familia* 67. §. *ult.* ex quibus conſtat aberraſſe temere Ant. Fabrum *lib.* 14. *conject. cap.* 2. & *de error. Pragm. dec.* 26. *errore* 3. & *ſeqq.* contendentem in fideicommiſſis ſemper certa, & ſolemnia verba neceſſaria fuiſſe, neque ex conjecturis induci, quem refutat Hilliger. ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 3. *lit. B.*

§. XII. Quarta ſuperioribus proxima differentia eſt, legatum ut pote juris civilis non niſi civem Romanum. *l.* 1. *ff. ad l. Falcid.* & conſequenter Latinum Junianum capere non potuiſſe: hunc tamen fideicommiſſum tanquam juris gentium capere poſſe docent Ulpianus *d. titulo* 25. §. *latini.* Cajus *lib.* 1. *inſtit. titulo* 1. §. *ſed inter* 5. niſi ſcilicet aut mortis teſtatoris tempore, aut inter centum dies cretionis, ſive aditionis latinus, cui legatum relictum eſt, fiat civis Romanus: tunc enim etiam legatum capere poteſt, teſte Ulpiano *titulo* 17. *in princ.* & *titulo* 22. §. *latinus.* notat Hotmanus *lib.* 2. *obſervat. cap.* 17. eoque referre, & inde interpretari ſoleo textum in *l. non oportet* 52. *ff. de leg.* 2. ubi regulam illam *non oportet prius de conditione cujusquam quæri, quam hereditas vel legatum ad eum pertineat.* interpretor non de cœlibe, aut orbo, ut Cujac. in *l. ſi cognatis* 19. *ff. de rebus dubiis*, & *tractatu* 1. *ad Afric.* in *l. ſi id quod* 10. *ff. ſi quid in fr. patr.* Balduinus *de lege Papia pag.* 99. ſed de latino, tum ex voce *conditione*, quæ proprie ad ſtatum latinitatis potius quam cœlibatum vel orbitatem refertur. §. *ult. inſt. de libertinis*, & §. *ult. inſt. de ſucceſſ. libert. l.* 1. *C. de latina lib.* tum etiam, quia verba *hereditas vel legatum* apprime conveniunt latino, qui eorum incapax, quamdiu latinus, non tamen fideicommiſſi, ut jam diximus; non autem cœlibi aut orbo, quia hi non ſolum hereditatem legatumve, ſed etiam fideicommiſſum & bonorum poſſeſſionem, & donationem cauſſa mortis capere prohibentur, ut ad *leges Juliam & Papiam lib.* 4. & 6. notat Paulus in *l. & fideicommiſſum* 87. *ff. de leg.* 3. *l. hereditatis* 138. *ff. de V. S. l. Senatus* 35. *ff. de mort. cauſſa donat.* quas ita vulgo exponunt poſt Balduinum Cujac. in *d. l. hereditatis* 138. & noſtrates Pichardus in *rubr. inſtit. de fideicomm. hered. num.* 7. & in *rubr. de bon. poſſ. num.* 8. Pareja in *otio quadrimeſtri part.* 2. *num.* 12. & *ſeqq.* tum denique, quia de latinis & modis, quibus cives Romani fiunt, tractaſſe Terentium Clementem *lib.* 3. *ad leges Jul. & Pap.* ex quo deducta eſt *d. l. non oportet* 52. conſtat ex *l. qui in continentibus* 147. juncta *l. ædificia* 139. *ff. de V. S.* Ulpiano *titulo* 3. *in princ.* & §. *liberis.*

§. XIII. Subſiſtamus tamen parumper, namque propoſitis de capacitate fideicommiſſi tanquam juris gentium in latino præter diſſimile jus in ea re cœlibis & orbi, de quo ſupra, obſtat graviter exemplum deportati, qui quamvis capax maneat eorum, quæ juris gentium ſunt. *l. ſunt quidam* 17. *ff. de pœnis. l. deportatus* 15. *ff. de interdictis & releg.* fideicommiſſum tamen capere non poteſt, ut col-

ligitur vel intelligitur ex *l.* 1. *§. hi quibus* 2. *l. ſi deportati* 7. *§. ſimiles ff. de leg.* 3. & expreſſim didici in *l. cum Ulpianus* 16. *ff. de interd. & releg.* in quo diverſum meliusque jus fideicommiſſi relicti ſervo deportati, quam ſi ipſi deportato relictum ſit, nempe quia in deportato ipſo præſens certaque incapacitas facit fideicommiſſum pro non ſcripto. *l.* 1. *C. de hered. inſtit.* At in ſervo deportati ſcilicet poſt deportationem ex cauſſa juris gentium adquiſitu fideicommiſſum omnino valiturum eſt, ſervusque capax futurus vel ex perſona deportati, ſi reſtitutus ſit, vel ex perſona fiſci, ſi deportato citra reſtitutionem mortuo ſervus ille ex vi veteris publicatinnis fiſco vindicetur. *l.* 2. *C. de bon. proſcript. l. eum ratio* 7. *§. ult. ff. de bon. damn.* ideoque fideicommiſſum interim valere ſupponitur, & pertinere vel ad fiſcum, deportato non reſtituto mortuo, vel ad deportatum reſtitutum. *d. l. ſi deportati* 7. *ff. de leg.* 3. quam ita probabiliter explicat Fab. *de error. Pragm. dec.* 74. *errore* 8. *&* 9. quamvis aliter idem Fab. *de error. Pragm. dec.* 46. *errore* 4. *num.* 6. *& lib.* 12. *conject. cap. ult.* Donell. *lib.* 6. *comm. cap.* 17. & minus recte deportatum eſſe capacem fideicommiſſi agnoſcant, decepti verbis Theophili in *princ. inſtit. de fideicommiſſar. hered.* (quæ ad peregrinum tamen non ad deportatum pertinent.) Duarenus in *l.* 1. *hoc tit.* Petrus Fab. *lib.* 2. *ſemeſtr. c.* 13. *pag. mihi* 195. Donellus in *l.* 1. *num.* 13. *verſ. alter locus C. de her. inſt.* noſter Pareja in *otio quadrimeſtri part.* 2. *num.* 65. Pichardus in *§. ſervus* 6. *num.* 20. *& ſeqq. inſt. de hered. inſt.* Ergo & fideicommiſſum non eſt juris gentium, & quemadmodum deportatus, cœlebs, orbus capax non eſt fideicommiſſi, ita neque latinus.

§. XIV. Difficultatis propoſitæ & differentiæ inter latinum & cœlibem, orbum, deportatumque ratio nondum, quod ſciam, expenſa aut expoſita ut intelligatur, obſervandum in primis eſt, incapacitatem hereditatis & legati in latino non in pœnam ejusdem, aut ex prohibitione ſpecialis legis deſcendere, neque introductam fuiſſe lege Junia Norbana, de qua Ulpianus *d. titulo* 22. *§. latinus.* ſed ante eam etiam obtinuiſſe ex conditione & ſtatu perſonæ ejusdem latini, qui cum civis Romanus non ſit, non habet communionem juris civilis, ex quo capiendi ex teſtamento jus pendet. *d. l.* 1. *ff. ad l. Falcid.* juncto Ulpiano *titulo* 5. *§. ex cive, & princ. inſtit. de nuptiis.* E contrario autem in cœlibe, orboque in pœnam cœlibatus, & orbitatis, & ex prohibitione ſpeciali legum Juliæ & Papiæ, ante quas ipſi ex ſtatu perſonæ ut pote cives Romani omnino ex teſtamento capere poterant, incapacitatem hereditatis & legati introductam fuiſſe. *l.* 1. *C. de infirmandis pœnis cœlibatus.* ſicut & in deportato ſimiliter in pœnam delicti digni deportatione, & adjuncta ei pœna incapacitatis juris civilis. *l. inter pœnas* 6. *ff. de interd. & releg.* Secundo obſervandum eſt, quamvis cœlibes orbisque non ſint incapaces fideicommiſſi, neque ex ſtatu perſonæ, neque ex verbis legum Juliæ & Papiæ; quia hæ, ſicut & Junia Norbana, non ſunt loquutæ de fideicommiſſis, ut pote latæ ſub Auguſto, teſte Dione Caſſio *lib.* 54. 56. *&* 57. quo tempore nondum fideicommiſſa juris vinculo continebantur. *princ. inſtit. de fideicomm. hered.* tamen poſtea interpretatione JCtorum prohibitionem legati capiendi in cœlibe, & orbo ex legibus Julia, & Papia extenſam fuiſſe ad fideicommiſſum. *d. l. & fideicommiſſum* 87. *ff. de leg.* 3. quoniam alioquin deriſoria, & inutilis quoad legatum prohibitio eſſet, ſi in fraudem ejus & pœnæ liceret fideicommiſſum capere; quemadmodum eadem ratione in deportato, quamvis quatenus liber, & capax juris gentium eſt, ad quod fideicommiſſum refertur, eſſet etiam capax fideicommiſſi, tamen incapacitas legati *jure publico*, ex quo jus capiendi legati pendet. *d. l.* 1. *ad l. Falcidiam.* in pœnam deportati inducta, poſtea *moribus*, quibus fideicommiſſa ad juris neceſſitatem redacta ſunt. *d. princ. inſtit de fideicomm. hered.* producta, & prorogata eſt ad fideicommiſſum, ne alioquin pœna incapacitatis illuſoria eſſet. *d. l. cum Ulpianus* 16. ubi ita verba *contra mores*, *& jus publicum* diſtinguo, & expono, *ff. de interd. & releg.* juncta *l. bona fides* 31. *ff. depoſiti.* diverſum autem in latino, quia ille ut pote non civis fuit incapax legati, & ante legem Juniam Norbanam, & per eam non nova prohibitio, aut pœna in fideicommiſſis, de quibus loquuta non eſt, neque in legatis major incapacitas introducta; quin potius minor, dum ſtatuit, ut latinus, qui ante eam legem omnino incapax legati, poſſit id capere, ſi intra dies cretionis fiat civis Romanus. Ulpianus *d. titulo* 17. *&* 22. *§. latinus.* quo conſtituto cœpit quodammodo ſub conditione cum latino teſtamenti factio eſſe. Ulpianus *titulo* 11. *§. teſtamento* 16. *& titulo* 20. *§. latinus* 8. Proinde nulla ratio fuit, ob quam latinus non caperet fideicommiſſum, neque ex ſtatu perſonæ, ut pote liber, & capax juris gentium, neque ex prohibitione legis Juliæ in legatis; quia in eis magis eum capacem fecit, quam ante eſſet, & conſequenter non fraudatur, ſi ad fideicommiſſa non producitur, quin potius dura interpretatio eſſet, ſi, quia in legatis capacitatem, quem latinus non habuit, favorabiliter ampliavit, ideo in fideicommiſſis, quam ſemper habuit, reſtringeret. *l. nulla* 25. *ff. de legg. l. quod favore* 6. *C. eodem tit.*

§ XV. Sed ut ex digreſſione in viam: quinta jam & propoſitis proxima differentia eſt, legatum, ut pote juris civilis, non niſi latina, fideicommiſſum tanquam juris gentium etiam Græca vel alia lingua relinqui potuiſſe. Ulpianus *d. tit.* 25. *§. item Græce. l. fideicommiſſa* 11. *ff. de leg.* 3. juncta *l. an inutilis* 8. *§. ult. ff. de acceptil. l. decreta* 48. *ff. de re jud. l. judices* 12. *C. de ſentent. & interlocut. l. directas* 14. *C. de teſtam. man. l. ult. C. de teſtamentaria tut. l. hac conſultiſſima* 21. *§. ult. C. de teſtament.* quas illuſtrat poſt multos Hillig. ad Don. *lib.* 28. *cap.* 3. *lit. L. & ſeqq.* & ex noſtris Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 1. *num.* 46. eruditiſſimus Solorzano *tom.* 2. *de Indiarum jure lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 44. *& ſeqq.* noſter etiam nuperque cum jactura Hiſpanæ eruditionis ſublatus Thomas Tamayo de Vargas in *notis ad Luitprandum pag. mihi* 94. Sexta ſeptimaque differentiæ ſunt, legari non niſi teſtamento aut codicillis teſtamento confirmatis, fideicommitti autem etiam ab inteſtato, item legari ſemper ab herede debuiſſe, fideicommitti vero etiam a legatario aut alio quocumque, ut probavimus ſupra §. 5. *&* 9. ad quam poſtremam differentiam reſpiciens fortaſſe Marcellus in *l. ſi pars* 10. *§.* 1. *ff. de inoff. teſtam.* affirmat eum, qui legatum percepit ex teſtamento, in quo exheredatus eſt, non poſſe de inofficioſo agere, quia judicium defuncti approbavit, nec diſtinguit utrum ſciens acceperit vel non, ut diſtinguitur in eo, qui accipit conditionis implendæ cauſſa in *l. Papinianus* 8. *§. ſi conditioni*, ibi: *& ſciens ut accepit*, *ff. de inofficioſo teſtamento.* nimirum quia cum legatum non niſi ab herede debeatur, qui legatum accipit, non poteſt ignorare heredem eſſe eum, a quo accepit, & conſequenter non eſſe heredem ſe, quia ſi heres vel ex parte eſſet, legatum integrum jure legati non perciperet. *l. legatum* 116. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. quæ ratio ceſſat in accepto conditionis implendæ cauſſa, quia poteſt & a legatario vel ſtatulibero accipi, ut obſervat ad rem Cujacius in *d. l. ſi pars* 10. *§.* 1.

§. XVI. Pertinent ad eandem differentiam & ex ea non vulgariter exponendi, componendique ignoti in hoc tractatu & difficiles textus in *l. cum maritus* 29. *§. ult. ff. de pact. dot. l. Seja* 11. *ff. de dote prælég.* in quibus cum muliere dotem dante, eaque volente alter dotem ſibi reſtitui in caſum ſoluti matrimonii morte mulieris ſtipulatus eſſet,

dein-

Digitized by Google

deinde teſtamento mulier dotem, vel res dotales aliquas marito, & libertatem ſervis dotalibus reliquiſſet, quæſtio eſt, an muliere mortua ſtipulator dotem integram a marito petere poſſit. In qua quæſtione Scævola in d. l. cum maritus 29. §. ult. reſpondet, maritum ſtipulatori cum effectu teneri. Ex adverſo autem Paulus in d. l. Seja 11. diſtinguit, docetque, ſi ſtipulator tanquam mulieris mandatarius ſtipulatus fuit, repelli eum debere exceptione a marito, cui mulier dotem reliquit, quod & probatur in l. cum quis 37. §. nuptura ff. de leg. 3. juncta l. mulier 72. §. ult. ff. de jure dot. l. idemque 10. §. ſi cui 6. ff. mandati. Sin autem ſtipulator tanquam mulieris donatarius interpoſitus fuit, videri eum gravatum, ne a marito peteret, quod marito mulier reliquit, & ideo, ſi petat, repellendum ſimiliter eſſe. d. l. Seja 11. l. cum pater 77. §. mater 2. ff. de leg. 2. l. 2. l. cum patrem 19. C. de jure dotium. Proinde ſive mandatarius, ſive donatarius fuit ſtipulator in d. l. cum maritus 29. §. ult. pugnat acriter Scævola ibi cum Paulo in d. l. Seja 11. ut agnoſcit neque explicat Enantiophanes Græcus Scholiaſtes lib. 28. Baſilic. ſub tit. de pact. dot. in d. l. 29. §. ult. nec proponimus probamusve Accurſianorum diſtinctiones inter donatarium cauſſa mortis, de quo in d. l. Seja 11. in fine. & donatarium inter vivos, qualem fuiſſe ſtipulatorem in d. l. 29. §. ult. ſupponunt; probatque hoc ipſum ex eo, quia pactum dotis fratri reſtituendæ præceſſerat, Petrus Barboſa plura & poſt plures cumulans in l. quæ dotis num. 13. & 94. cum ſeqq. ff. ſolut. matr. Cui tamen & repugnat juris ratio, & ſi recte expendantur juris auctores in l. 2. l. cum patrem 19. C. de jure dot. l. debiter 59. §. ult. ff. ad S. C. Trebell.

§. XVII. Quare affirmandum potius breviter eſt, utrobique ſtipulatorem mortis cauſſa donatarium fuiſſe. l. mortis 31. §. ſive donatione in fine ff. de mort. cauſſa don. Ulpianus titulo 6. §. adventitia. & tamen conciliationem ex eo pendere, quia in d. l. 29. §. ult. proponitur, mulierem res dotales marito legaſſe, & quosdam ex ſervis dotalibus manumiſiſſe, directo ſcilicet: (tunc enim proprie dicimus teſtatorem manumittere, cum autem per fideicommiſſum libertas relinquitur, non tam proprie teſtator, quam rogatus manumittit, præſtatque libertatem. §. libertas 2. verſ. qui autem, & verſ. directis inſtit. de ſing. reb. per fid. rel. textus elegans in l. penult. §. 1. verſ. nam ibi ff. de fideicommiſſar. libertat.) proinde cum legatum, & multo minus directa libertas a donatario cauſſa mortis relinqui non poſſit. princ. inſtit. & §. ante heredis 34. hoc tit. non cenſetur mulier legando, aut directo manumittendo derogare, aut detrahere voluiſſe donatario cauſſa mortis, cui & ideo nihilominus maritus ex ſtipulatu tenetur; ſed obnoxios heredes ſuos reliquiſſe libertatibus, & ut legata præſtent marito. d. l. 29. §. ult. Diverſum autem in d. l. Seja 11. ubi verba illa dari volo uſitata in fideicommiſſis. §. ult. inſt. de ſing. rebus. ſuadent, ut, quo caſu ſtipulator donatarius fuit, intelligatur relictum fideicommiſſum ab eo, qui & alioquin dotem petiturus erat, & a quo tanquam donatario cauſſa mortis potuit fideicommiſſum relinqui. d. l. cum pater 77. §. mater 2. ff. de leg. 2. l. 3. l. cum quis 37. §. nuptura ff. de leg. 3. docent ſic Ant. Fab. de error. Pragm. dec. 45. errore 2. num. 10. Giphanius in l. ſi alienam 13. num. 29. & ſeqq. ff. de mort. cauſſa donat. ſenſitque aut præſenſit Cujacius lib. 2. reſp. Scævolæ, in d. l. 29. §. ult. & ante eum uterque Raphaël Fulgoſius in d. §. ult. & Cumanus in l. quæ dotis 34. num. 7. ff. ſoluto matr.

§. XVIII. Verum huic interpretationi obſtat valde valideque, quod in d. l. 29. §. ult. libertatem dotalibus ſervis a muliere relictam non directam, ſed fideicommiſſariam fuiſſe probatur, tum ex verbis poſtremis Scævolæ, quæ ſupponunt, heredes pariter libertatibus & legatis obnoxios eſſe, & tamen, ſi libertas directa fuiſſet, neque peti, neque præſtari ab herede poſſet. d. l. penult. §. 1. ff. de fideicomm. libert. tum ex juris ratione, qua attenta conſtat, maritum dotalibus ſervis directam libertatem teſtamento dare poſſe. l. 3. C. de jure dot. & proinde, cum manumittere directo non poſſit, niſi qui dominus ſervi eſt, teſtamenti & mortis tempore ex jure Quiritium, auctore Ulpiano titulo 1. §. juſta libertas 23. & titulo 22. §. cum ſervum 8. juncta l. Servius 35. ff. de manum. teſtam. l. ſervo 9. C. de teſtam. manum. d. §. libertas 2. verſ. neque alius inſtit. de ſingul. rebus. maritum eſſe dominum quiritarium ſervi dotalis, quod & aliis argumentis alibi oſtendimus, & rectiſſime probat noſter Suarez ad l. Aquiliam lib. 1. cap. 5. ſect. 3. num. 16. cum ſeqq. unde & coacte evincitur, mulierem non eſſe dominam quiritariam ſervi dotalis, quia non poteſt in ſolidum circa eandem rem & in eodem dominii genere cum marito concurrere. l. ſi ut certo 5. §. ult. ff. commodati. l. quod contra 141. §. ult. ff. de R. J. & conſequenter non potuiſſe directo manumittere in d. l. 29. §. ult. cui difficultati ut reſpondeamus, obſervandum eſt, in legatis per vindicationem, quamvis ſtricto jure perinde ac libertates directæ non valerent, niſi in his rebus, quæ teſtamenti & mortis tempore eſſent in dominio teſtatoris ex jure Quiritium, teſte Ulpiano titulo 24. §. per vindicationem 7. Cajo lib. 2. inſtit. titulo 5. §. cæterum 4. juncta l. Stichus 39. ff. de manum. teſtam. l. tantum 88. ff. de V. S. poſtea tamen SCto Neroniano cautum fuiſſe, ut quidquid minus pactis, id eſt, legitimis verbis legatum eſſet, perinde haberetur, ac ſi optimo jure legatum eſſet. Ulpianus d. titulo 24. §. per præceptionem 7. Unde & effectum fuit, ut legata per vindicationem re, quæ non utroque tempore teſtamenti & mortis teſtatoris fuit, legatum ſuſtineretur, quomodo jam pridem expoſuimus Paulum in l. filiæ 28. §. ult. ff. de condit. & dem. quo etiam jure exemploque credimus idem receptum fuiſſe in libertate directa relicta ſervo, qui aliquo reſpectu aut tempore, quamvis non utroque teſtatoris fuit, ut vel tanquam directa valeret in ſpecie l. verum 58. ff. de manum. teſtam. vel tanquam tacita fideicommiſſaria, arg. l. generaliter 24. §. ſi quis ſervo 10. ff. de fideicomm. libert. maxime in dotali ſervo manumiſſo a muliere, cui dominium in dote ſaltem bonitarium tribuitur. l. in rebus 30. C. de jure dot. & quidem ſimul cum marito diverſis reſpectibus, ut poſt Harmenopulum in Promptuario juris lib. 4. titulo 8. ad finem. docent poſt multos Hillig. ad Donell. lib. 14. cap. 4. lit. F. Fab. de error. Pragm. dec. 99. errore 1. Schifordegherus lib. 2. ad Fabrum tractatu 13. quæſtione 13. affirmamus itaque, mulierem in d. l. 29. §. ult. directam libertatem reliquiſſe, ut ſupra ex verbo manumiſit deduximus, nec tamen ut directam ſed jure tacitæ fideicommiſſariæ ſuſtineri, eoque reſpectu heres obnoxius libertati dicitur in d. §. ult. non autem donatarius ſtipulator, quia voluntas mulieris legantis vel directo manumittentis non ea fuit, ut derogaret vel detraheret donatario cauſſa mortis.

§. XIX. Rurſus, ut progrediamur, & nec moremur, nec numeremus differentias alias, quæ ſeptimæ propoſitæ ſupra appendices ſunt: nempe legatum, ſicut non niſi ab herede, ita neque relinqui poſſe a legatario, fideicommiſſario, donatario cauſſa mortis, debitore etiam poſt reſcriptum D. Pii herede heredis, & conſequenter neque poſt mortem heredis; denique neque a patre, vel domino, ſi eorum filius, ſervusve inſtituti ſint: fideicommiſſum autem recte ab iis ſingulis relinqui. Ulpianus titulo 24. §. a legatario 20. & §. poſt mortem 16. & titulo 25. §. filio 10. Cajus lib. 2. inſt. titulo 5. §. præterea verſ. item per legatarium, & verſ. item quamvis. Paulus lib. 3. ſententiarum titulo 6. §. poſt mortem 5. princ. inſt. de ſingulis rebus. §. poſt mortem 35. inſt. hoc tit. l. cum filio 11. l. ſi pecunia 77. ff. de leg. 1. d. l. Seja 11. ff. de dot. præleg.

l. 4. 5. & 6. *ff. de leg.* 3. *l. ſcrupuloſam* 11. *C. de contrab. ſtipulat. l. un. C. ut actiones ab heredibus.* Succedunt aliæ jam ex prima illa juris ſtricti in legatis, & voluntatis benignitatisque in fideicommiſſis ratione pendentes differentiæ, qualis octava eſt, ſcilicet legatum ante heredis inſtitutionem dari non potuiſſe, quamvis fideicommiſſum poſſet. §. *ante heredis* 34. *inſt. hoc tit. l. ambiguitates* 24. *C. de teſtam.* Ulp. *titulo* 24. §. *ante* 19. & *titulo* 25. §. *fideicommiſſum* 8. & *titulo* 1. §. *poſt mortem* 20. *cum ſeq.* Paulus *d. lib.* 3. *titulo* 6. §. *ante* 2. Nona eſt, poſthumo alicoo legatum relictum inutile fuiſſe, non tamen fideicommiſſum. §. *poſthumo* 26. *in fine hoc tit. l. penult. ff. de leg.* 1. *l. quidam* 5. *in fine cum l.* 6. & 7. *ff. de rebus dub.* Decima eſt, legatum adimi debere eo modo, quo datum eſt, & teſtamento aut codicillis teſtamento confirmatis. Ulpianus *titulo* 24. §. *legatum* 29. *l. ſi ita* 14. §. 1. *ff. de leg.* 1. alioquin nuda voluntate legatum non adimitur ipſo jute, ſed per doli exceptionem. *l.* 3. §. *ult. l. ex parte* 22. *ff. de adim. legatis. l. militis* 36. §. *veteranus ff. de teſtam. militis. princ. inſt. de adempt. leg.* fideicommiſſum autem, ſicut nuda voluntate etiam præſumpta relinquitur, ita & adimitur ipſo jure. *l. ſi jure* 18. *ff. de leg.* 3. *d. l.* 3. §. *ult. ff. de adim. leg.* Secundum quæ quamvis legatum teſtamento datum, ut ipſo jure adimatur, debeat alio teſtamento adimi. *l. heredes* 21. §. 1. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* tamen per exceptionem etiam codicillis perimitur. *l. ſi quis eum* 16. *ff. de vulgari.* Item quamvis deletio legati conſulto in teſtamento facta a teſtatore non perimat legatum ipſo jure, ſed per exceptionem, vel quia poſt conſummationem teſtamenti deletum fuit. *l.* 1. §. *ſed conſulto ff. de his quæ in teſtam. delent.* ubi ita poſt Acc. Cujacius ſupponit, & in *l. legato* 37. §. 1. *ad finem ff. de leg.* 1. vel quia voluntas adimendi, quæ ex deletione conſulto facta colligitur, non exprimitur eo modo, quo legatum datum fuit, nempe verbis, tamen aliud eſt, ubi ante teſtamentum perfectum, & expreſſis verbis legatum adimitur, ut in *d. l. ſi ita* 14. §. 1. *ff. de leg.* 1.

§. XX. Conſentaneæ propoſitis aut conſequentes ſunt, nondumque in hoc tractatu notæ aut notatæ, ideoque & breviter in numerum referendæ differentiæ, quæ ſequuntur. Ergo undecima ſit in legatis, quia poſt mortem heredis relicta non valent, ſi relinquantur in tempus, quo heres moriatur, tempus moriendi apud JCtos proprie & ſubtiliter accipi pro extremo vitæ momento, quod vitæ potius quam morti computatur; ideoque & legatum ſuſtinetur, quaſi vivente adhuc herede deberi incipiat, non poſt mortem. *l.* 1. §. *dies* 2. *l. heres* 79. *in princ.* & §. 1. *ff. de condit.* & *dem. l.* 4. *ff. quando dies leg. ced. l. Titio* 55. *ff. de uſufr.* Ulp. *titulo* 25. §. *poſt mortem* 16. Paulus *lib.* 3. *ſententiarum titulo* 6. §. *in mortis* 6. Quapropter ſi emancipato filio legatum ſit, *cum pater morietur*, quia emancipatus conferre debet, quidquid moriente patre & conſequenter eo adhuc vivo, non autem poſt mortem patris adquirit. *l. penult. ff. de collat. bonor. l. ea demum* 6. *l. nec emancipatis* 15. *C. eod. tit.* Ulpianus *titulo* 28. §. *emancipatis* 4. & legatum moriente patre ac proinde vivo cedit, conferre id cogitur. *l.* 1. §. *ſi emancipato* 18. *ff. de collat. bonor.* At in fideicommiſſis, cum poſt mortem etiam heredis valeant, ſi relinquantur, *cum heres morietur*, effectum potius quam ſubtile jus intuemur, nec diſtinguimus tempus moriendi a momento primo poſt mortem. *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi filio* 10. *ff. de leg.* 3. juncta *l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de man. teſtam.* Proinde cum heres per fideicommiſſum rogatus eſſet hereditatem reſtituere, *cum volet*, & Scævola reſpondeat, interim, quamdiu ſcilicet vivit, non eſſe heredem compellendum ad fideicommiſſum, Claudiusque pro ratione apud Scævolam notet hoc ita eſſe, *poſt mortem enim utique creditur datum. l. uxorem* 41. §. *Scævola ff. de leg.* 3. quamvis Emanuel Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap. ult. num.* 9. notam Claudii parum ſubtilem eſſe contendat, quia libertas voluntatis heredis non poſt mortem ejus, ſed moriente eo finitur, & conſequenter tuoc non poſt mortem fideicommiſſum deberi incipit. *l. ult. ff. quando dies leg. ced. l. ult. ff. qui ſine manum.* ideoque in ea ſpecie fideicommiſſum a legato, quod moriente herede cedit, &, ſi poſt mortem datum crederetur, non valeret, non diſtinguitur in *l. fideicommiſſa* 11. §. *hoc autem* 6. *ff. de leg.* 3. tamen omiſſis traditis a Sarmiento *lib.* 2. *ſelect. cap.* 6. *num.* 25. ſemper exiſtimavi, rectiſſimam Claudii notam eſſe; tum quia in fideicommiſſis effectu attento non diſtinguimus tempus moriendi & poſt mortem; tum & maxime, quia Claudii nota eſt ratio ſententiæ Scævolæ de herede interim, quamdiu vivit, non compellendo ad fideicommiſſum, cujus compulſionis reſpectu proprie dicitur, fideicommiſſum poſt mortem datum credi *utique*, id eſt, certe & indubitate, ut io *l. utique* 16. *ff. de rei vindicat.* quia quamvis ante mortem ſive moriente herede deberi incipiat cedatque, aut datum videatur reſpectu transmiſſionis. *d. l. fideicommiſſa* 11. §. *hoc autem* 6. cum nuper laudatis ſic exponendis, non tamen niſi poſt mortem certum ſit deberi, ut compulſioni locus ſit. *l. hereditarium* 7. *ff. de rebus auctorit. judic. poſ.* Quibus denique convenienter, ſi a patre herede inſtituto fideicommiſſum filio emancipato relictum ſit, cum *pater morietur*, & quæſtionis ſit, an filius id fideicommiſſum conferre debeat, ſicut legatum confert in *d. l.* 1. §. *ſi emancipato* 18. *ff. de collatione bonorum.* reſpondetur in *ſequenti* §. *ſi ab ipſo* 19. *ejuſdem l. quoniam*, etiamſi quaſi ut poſt mortem relictum intelligatur, *utile eſt hoc fideicommiſſum* oon conferri, quia in eo effectum mentemque teſtantis potius quam ſtrictam ſubtilitatem ſequimur, ideoque perinde accipimus, ac ſi poſt mortem patris relictum eſſet, *arg. d. l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi filio* 10. docet Cujacius in *d. l.* 1. §. *ſi emancipato*, & *lib.* 3. *obſervationum cap.* 34.

§. XXI. Duodecima differentia ſit, legatum, quia non niſi ab herede, ideo neque relinqui poſſe a filio exheredato; quamvis eidem pater legaverit, neque a ſubſtituto filii; quia non plus juris in eum pater habere debet, quam in filium, cui ſubſtituit. *l. qui fundum* 87. §. *qui filios* 7. *verſ. nec huic contrarium. l. in ratione* 11. §. *ult. ff. ad l. Falcid. l. miles* 41. §. *ſi miles* 3. *ff. de teſtamento militis. l. ab exheredati* 126. *ff. de leg.* 1. *l. ult. ff. de leg.* 3. Fideicommitti autem ab utroque poſſe uſque ad quantitatem filio relictam. *l. coheredi* 41. §. *quod ſi heredem verſ.* & *ideo ff. de vulgari.* hodie autem differentia ea ſublata neque legatum, neque fideicommiſſum a ſubſtituto exheredati relictum valet. *l. cum quidam* 24. *C. hoc tit. l. quidam* 31. *C. de fideicommiſſis.* Decima tertia ſit, legatum nullum univerſale eſſe; quia non legatur univerſitas bonorum hereditasve; ſed aut res ſingulares, aut bonorum, hereditatisve pars, quod *legatum partitionis* vocatur. §. *ſed quia heredes* 5. ubi Theophilus, *inſtitutionum de fideicomm. hered. l. nomen* 164. §. *partitionis ff. de V. S.* Ulpianus *tit.* 24. § *ſicut* 25. Et quamvis a principio de hoc legati genere admittendo dubitaretur ex regula *l. quædam* 9. §. 1. *ff. de edendo. l. ſi hereditatem* 32. *ff. mandati:* poſtea tamen receptum fuit utilitatis cauſſa ex auctoritate JCtorum. *l. mulier* 22. §. *ult. verſ. legari ff. ad S. C. Trebell. l. ſi quis bonorum* 23. *ff. de leg.* 1 ſic tamen, ut etiam in legato partis hereditatis legatarius, ut pote non heres, neque univerſalis, ſed ſingularis ſucceſſor non ipſo jure obligationibus hereditariis pro parte ſibi legata adſtringatur, ſed interpoſitis cautionibus, & ſtipulationibus, quibus pro ea parte obligationes hereditarias ſuſcipit, & indemnitatem heredi promittit. *d.* §. *ſed quia heredes* 5. *cum ſeqq. inſtitut. de fideicomm. heredit.* ſecundum quæ illam differentiam inter le-

gatum

gatum partis hereditatis, & partis bonorum propoſitam in *l. ſi quis ſervum* 8. *§. ult. cum l. ſeq. ff. de leg.* 2. accipit docte noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 1. *ad hunc tit. cap.* 1. *num.* 14. *&* 26. *cum ſeqq.* & præter laudatos ab eo, & Hilligero ad Donellum *lib.* 3. *cap.* 11. *lit. S. & cap.* 19. *lit. B.* videndus Balduinus in *Scævolis pag. mihi* 246. Marcus Antonius Muretus *obſervationum juris cap.* 13. Schifordegh. *lib.* 3. *ad Fabrum tractatu* 27. *quæſt.* 9. *& ſeqq.* E contrario fideicommiſſum ſuo jure naturaque cum non niſi ex voluntate relinquentis pendeat, tam ſingularum rerum, quam univerſitatis bonorum partiſve ejus, denique & totius hereditatis eſſe poteſt, ut conſtat ex *titulis inſtitutionum de fideicommiſſariis hereditatibus, & de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.* & in fideicommiſſarium totius hereditatis partiſve ejus ex SCto Trebelliano actiones utiles hereditariæ ipſo jure transferuntur. *§. reſtituta inſtitutionum de fideicomm. heredit. l. ubi pure* 19. *§.* 1. *l. ita tamen* 27. *§. Trebellianum* 8. *ff. ad S. C. Trebell.* Decima quinta differentia ſit, legata jure judicioque ordinario apud judicem ſpecialiter datum, & actionis formula rite propoſita peti debuiſſe. Ulpianus *tit.* 25. *§. fideicommiſſa* 12. *l. ſi quod ex Pamphila* 73. *ff. de leg.* 2. Fideicommiſſum autem extraordinaria perſecutione & cognitione ipſorum Magiſtratuum. *l. pecuniæ* 178. *§. perſecutionis ff. de V. S. l. Titiæ* 35. *ff. de auro & arg. leg.*

§. XXII. Poſtremo ut & jam differentias, quibus fideicommiſſa a præcipuis legatorum generibus ſpecialiter diſtinguuntur, ſuperioribus connumeremus, decima ſexta differentia ſit, per vindicationem & præceptionem non potuiſſe legari, niſi res teſtatoris proprias ex jure quiritium tempore teſtamenti & mortis. Ulpianus *tit.* 24. *§. per vindicationem* 7. *& §. per præceptionem* 11. cum laudatis ſupra §. 18. at per ſinendi modum res heredis, & per damnationem etiam res alienas legare, & per fideicommiſſum relinquere licuiſſe. Ulpianus *d. tit.* 24. *§. per damnationem* 8. *& §. ſinendi* 10. Cajus *lib.* 2. *inſtitut. tit.* 5. *§. per damnationem* 3. *cum ſequenti, & §. ſinendi* 7. Quapropter in *l. hereditatem*, alias *l. computationi* 68. *§. ult. ff. ad l. Falcidiam.* ubi heres contendebat, rem legatam non eſſe hereditariam, ſed propriam ipſius, dubitaturque, an, ſi convincatur eſſe hereditariam, verum ſit, ut Conſultus loquitur, *ejus quoque Falcidiam non poſſe retineri*, id eſt, non tantum deductionem viceſimæ, ad quam textus ille pertinet, ut ex epigraphe apparet, quamque heredes ex legatis retinebant, ut fiſco ſolverent, ſed etiam retentionem Falcidiæ heredi negari, quaſi id egerit, ut legatum intercideret, *arg. l. Falcidiæ* 24. *l. beneficio* 59. *ff. ad l. Falcidiam. l. reſcriptum* 6. *ff. de his quæ ut indignis.* jam pridem credidi, ſupponendum eſſe, ut dubitatio procedat, rem ibi legatam fuiſſe per vindicationem, ſive tanquam propriam teſtatoris, nam ſi per damnationem legata eſſet, non cenſeretur heres negare, rem eſſe hereditariam legati evertendi cauſſa; quia præterquam quod ipſa negatione obligaretur in duplum. *§. ex quibusdam inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contractu.* eſſet inepta comparatio inficiationis cum ſubtractione, quia inficiando, etiamſi non convinceretur rem eſſe hereditariam, non ideo legatum damnationis intercideret: ſubtrahendo autem, ſi de eo non conſtet, legatum tanquam re non extante evaneſceret. E contrario autem de legato damnationis accipiendi ſunt textus in *l. alienus* 61. *in fine ff. ad legem Falcidiam.* cum Cujacio *lib.* 14. *obſervationum cap.* 36. textus ſelectior in *l. Pomponius* 13 *§. ſed & legatario in fine ff. de adquir. poſſeſſione.* cum eodem Cujacio *lib.* 25. *obſervat. cap.* 33. cui adjicio rem alienam in *d. §. ſed & legatario*, *vere legari* dici, cum per damnationem legatur, quia tunc legatur valide utiliterque, quo ſenſu apud Ulpianum *d. tit.* 24. *§. per præceptionem* 11. *optimum jus legati per damnationem* dicitur, & in Marciani *Novella de teſtamentis clericorum, veræ voluntates teſtantium* pro validis legitimisque. Denique ita etiam ad legatum damnationis pertinet textus in *l. cum vero* 26. *§. ult. in fine ff. de fideicomm. libert.* ubi ignoratione hujus principii fluctuant Accurſius & Albericus.

§. XXIII. Decima ſeptima differentia, & ſuperioris veluti ſequela eſt, res futuras, quia ſicut in rerum natura nondum ſunt ita neque in teſtantis dominio, neque ſtatim ſemperve eo mortuo vindicari a legatario poſſunt, non potuiſſe legari per vindicationem, ſed vel per damnationem vel per fideicommiſſum relinqui. Cajus *lib.* 2. *tit.* 5. *§. cæterum* 4. Ulpianus *tit.* 25. *§. res per fideicommiſſum* 5. & ideo plerumque res tales per damnationem legatæ proponuntur. *l. quod in rerum* 24. ubi Cujacius, *ff. de leg.* 1. *l.* 1. *§. ult. ff. de conditionibus & demonſtr. l. legatum* 17. *§.* 1. *ff. de annuis leg. l. ex eo* 14. *ff. de trit. vino, vel oleo leg.* Qua etiam ratione dubitatum olim fuit, an res incorporales & jura, veluti liberationis & ſervitutis, quia antequam in legatarium transferantur, non ſunt in rerum natura, poſſent per vindicationem legari; ideoque per ſinendi modum relinqui ſolere inſinuat Paulus perperam a Cujacio emendatus *lib.* 3. *ſententiarum tit.* 6. *§. ſinendi* 11. vel per damnationem. *§. tam autem* 21. *in fine inſtitut. hoc tit. l. poteſt* 16. *ff. comm. prædiorum.* poſtea tamen obtinuit, ut per vindicationem etiam legaretur liberatio, quaſi res juris conſideratione jam exiſtens. *l.* 3. ibi: *jam certum eſt*; *ff. de liberat. leg.* juncta *l. ſi ſic* 75. *§.* 1. *verſ. quod ſi addiderit ff. de leg.* 1. & ſervitutes. *l. ſi partem* 19 *§.* 1. *ff. quemadm. ſervit. amitt. l.* 3. *l. ult. ff. de ſervit. leg.* quamvis dubitet Faber in *l. poteſt* 16. *ff. communia præd.*

§. XXIV. Decima octava differentia duarumque præcedentium ratio veluti & firmamentum eſt in legatis vindicationis & præceptionis ex vi, & verbis in legatarium directis, quibus vindicare aut præcipere legatum jubetur, dominium rei legatæ nunquam heredis factum tranſire intelligi recta via a morte teſtatoris in legatarium, etiam ignorantem ipſo jure, & ex legis auctoritate ſine traditione heredis tamen revocabiliter, quamdiu legatum non agnoſcitur. Ulpianus *tit.* 19. *§. lege* 17. *l. a Titio* 64. *ff. de furtis. l. cum pater* 77. *§. ſurdo* 3. *l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. *l. ſed ſi damnum* 9. *§. ſed & creditor ff. de peculio, cum ſimilibus. l.* 34. *tit.* 24. *Part.* 3. ſub conditione ſcilicet tacita, & veluti ſuppoſita legatarii agnitione poſtea ſecuta & hereditatis aditione, ejusque retrotractione juris intellectu ad tempus mortis, quo reſpectu legati adquiſitio incipere dicitur vel ab agnitione legatarii. *l. ei qui* 13. *de condit. inſtit.* vel ab aditione hereditatis. *l. ſervum* 44. *§.* 1. *l. ſervo* 69. *l. ſi tibi* 86. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. *l. perinde* 8. *ff. de rebus creditis. l. quædam* 15. *ff. de rebus dubiis.* cum qua tamen aditione ſimul retrotrahitur legati adquiſitio ad tempus mortis. *d. l. legatum* 80. *in princ. ff. de leg.* 2. juncta *l. heres* 54. *ff. de adquir. hered.* eaque certior in re incerta controverſaque, & receptior ſententia eſt, quam ne moremur pluribus non firmamus. At in legatis damnationis & ſinendi & fideicommiſſis ſine facto aut traditione ejus, qui dare aut ſinere damnatus rogatusve eſt, non dominium. Cajus *lib.* 2. *tit.* 5. *§. vindicationis, & §. cæterum* 4. Paulus *lib.* 3. *ſententiarum tit.* 6. *§. uſusfructus* 17. *d. l. cum vero* 26. *§. ult. ff. de fideicomm. hereditatibus.* ſed ſola perſonalis ex teſtamento actio ipſo jure adquiritur legatario, vel fideicommiſſario ignoranti. *l. ult. C. quando dies leg. cedat. l. ſi a furioſo* 24. *verſ. idemque ff. de O. & A. l. filius* 16. *§.* 1. *in fine ff. qui teſtamenta facere poſſunt.* juncta interpretatione Fabri *lib.* 8. *conject. cap.* 19. Hilligeri ad Donellum *lib.* 8. *cap.* 18. *lit. A.*

§ XXV. Decima nona differentia eſt, legatatio vindicationis competere vindicationem rei legatæ, ſive actionem in rem tanquam domino, & actionem perſonalem ex teſtamento propter quaſi contractum heredis cum legatariis. *l. cum filius* 76. *§. variis* 8. *ff. de leg.* 2. *l. hujuſmodi* 84. *§. ult. cum l. ſeq. l. ſi ſervus* 108. *§. cum homo* 2. *ff. de leg.* 1. *l. quod legatur* 38. *ff. de judiciis. l.* 3. *C. hoc tit.* Legatario autem damnationis ſolam actionem ex teſtamento. *l.* 1. *C. communia de legatis.* eandemque extra ordinem exercendam, & ideo perſecutionem vocatam, fideicommiſſario cum remedio miſſionis in rem. *d. l. filius* 16. *§.* 1. *d. l. ult. C. quando dies leg. ced. d. l.* 1. *& l.* 3. *§. ſed quia C. communia de legatis. l. Lucius* 88. *§. quisquis* 10. *ff. de leg.* 2. *l. ſi res* 20. *ff. de leg.* 3. Paulus *lib.* 4. *ſententiarum titulo* 1. *§. heres, & §. penult. & ult. Novella* 39. *de reſtitut.* Vigeſima differentia eſt, legatario vindicationis ipſo jure & ex auctoritate Legis XII. Tabularum adquiri dominium legitimum civile ſeu quiritarium, ſicut heredi poſt aditionem. *d. l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. juncta *l. ſi quis mihi* 25. *§. ſed quid ſi mandavit.* ubi Cumanus *num.* 15. *ff. de adquir. hered.* Ulp. *titulo* 19. *§. lege.* Marco Varrone *lib.* 2. *de re ruſtica cap.* 10. Cicerone in *topicis*, & in *oratione pro domo ſua.* In fideicommiſſis autem ut pote juris gentium non niſi juris gentium dominium ſeu bonitarium. *l. ſi quis uſumfructum* 29. *ff. de uſufr. leg. l.* 3. *ff. ſi uſusfr. pet. l. facta* 63. *ff. ad S. C. Trebell. l. Herennius* 42. *ff. de uſuris.* quas ita exponunt & componunt Goveanus *lib.* 1. *variarum cap.* 5. & poſt Cujacium Fabrumque contra plures Schifordegherus *lib.* 3. *tractatu* 24. *quæſtione* 1. *& ſequentibus.* noſter Suarez *lib.* 1. *ad l. Aquiliam cap.* 5. *ſect.* 2. *num.* 22. *& ſequentibus.* & conſentit fere Pinellus in *l.* 1. *parte* 3. *num.* 11. *C. de bonis maternis.*

§. XXVI. Eſt & alia minus vulgata & propoſitis proxima differentia, ſi Antonio Fabro credimus *lib.* 6. *conject. cap.* 1. *&* 2. affirmanti interdictum *quod legatorum*, quamvis heredi competat pro adipiſcenda poſſeſſione rei per damnationem vel fideicommiſſum relictæ, quam legatarius damnationis vel fideicommiſſarius ſine voluntate heredis occupavit. *l.* 1. *§.* 1. *& toto tit. ff. quod legatorum.* non tamen competere contra legatarium vindicationis, quoniam hic rem legatam, ut Cajus ſcribit *lib.* 2. *titulo* 5. *§. vindicationis* 2. *poſt mortem teſtatoris ſtatim non exſpectato herede ſibi præſumit. Quam ſi præſumpſerit, nec pro præſumpto legato ab herede poteſt calumniam ſuſtinere.* Proinde nec teneri interdicto *quod legatorum*, quia calumnioſe heres repeteret poſſeſſionem, quam legatarius ſuo jure ex vi & verbis legati vindicationis occupavit, quemadmodum & hodie, quoties teſtator tacite aut expreſſe legatario, ut rem legatam occuparet, permiſit, ceſſare interdictum *quod legatorum*, *arg. l. Titia* 34. *§.* 1. *ff. de leg.* 2. docent poſt Bartolum in *l. centurio* 15. *num.* 16. *ff. de vulgari.* Ripa in *l.* 1. *num.* 9. *ff. quod legatorum.* Menochius *de adipiſcenda remedio* 2. *num.* 42. Sarmiento in *d. l. Titia* 34. *§.* 1. Verior tamen omnino eſt contraria ſententia, differentiam hanc non agnoſcens, quam inſinuat Donellus *lib.* 9. *comment. cap.* 9. & ſequitur poſt multos Menochius *d. remedio* 2. *num.* 43. nempe ut etiam in legatis per vindicationem, ſicut in aliis omnibus & fideicommiſſis interdictum *quod legatorum* competat. Idque in primis probatur in *d. l.* 1. *§. qui vero ff. quod legatorum.* ubi etiam in legato præceptionis uni ex heredibus relicto locus eſt interdicto *quod legatorum* pro ea parte, quam heres jure legati habet, & tamen conſtat legata per præceptionem & per vindicationem ejuſdem prorſus naturæ fuiſſe ex Ulpiano *titulo* 24. *§. per præceptionem.* & agnoſcit Faber *d. lib.* 6. *conjectur. cap.* 1. quamvis contextum *d. §. qui vero* a Triboniano corruptum affirmet. Deinde hoc idem colligitur ex *l.* 2. *ff. quod legatorum.* ubi ſupponitur, competere interdictum *quod legatorum* etiam pro eo legato, in quo pars collegatario accreſcit, & conſequenter in quo jus accreſcendi locum habet; ergo & pro legato vindicationis, in quo proprie ſemperque jure vetere fuit locus juri accreſcendi; non autem in legato damnationis & fideicommiſſo, teſte Ulpiano *titulo* 24. *§. ſi duobus* 12. *cum §. ſeq.* Cajo *lib.* 2. *titulo* 5. *§. inter* 5. *&* 6. ut exponemus jam ad *legem re conjuncti* 89. *ff. de leg.* 3. Neque Fabro favet Cajus in *d. §. vindicationis.* cujus alia omnino mens eſt: ſcilicet ut legatarius vindicationis, qui rem ſibi legatam non expectato herede præſumit, non debeat ſuſtinere eo nomine calumniam ab herede, nempe eo prætextu, quaſi rem hereditariam ſubtraxerit, ideoque legatum amiſerit ex regula *l. non dubium* 5. *C. de legatis. l. Paulus* 48. *ff. ad S. C. Trebell.* illa enim regula ceſſat contra legatarium vindicationis, quia rem legatam occupando non hereditariam ſubtrahit, ſed propriam præſumit, cujus ipſo jure poſt mortem teſtantis dominus eſt. Regula autem obtinet contra legatarium damnationis & fideicommiſſarium, quibus relictæ res manent hereditariæ, & in dominio heredis, antequam ab herede eis tradantur, ut diximus §. 24. eaque vera nec vulgata vigeſima prima differentia eſt. Neque tandem pro Fabro movet ſententia Bartoli in *d. l. centurio* 15. *num.* 16. nam argumentum, quo ea nititur, ex *d. l. Titia* 34. *§.* 1. *ff. de leg.* 2. ad rem non pertinet, idcircoque contraria opinio communior eſt ex traditis a Ripa in *d. l. centurio num.* 69. Menoch. *d. remed.* 2. *num.* 49.

§. XXVII. Præterea ſuperiorum differentiarum effectus, ſimulque differentiæ totidem ſunt, legatario damnationis & fideicommiſſario, quia ante heredis traditionem domini non ſunt, non dari furti actionem rei relictæ ſubreptæ nomine. *l. is cujus* 85. *§. ult. ff. de furtis.* ſed in factum. *l. ſi heredis* 48. *ff. de leg.* 1. & eadem ratione fundo per damnationem vel fideicommiſſum relicto, qui heredis fundo ſervitutem debebat, vel cui debebatur, ſervitutem ipſo jure confundi & extingui aditione hereditatis, quia per eam dominium fundi per damnationem aut fideicommiſſum relicti adquiritur in primis heredi, & apud eum concurrit dominium fundi ſervientis & dominantis, quod cum contingit, ſervitus confuſione perimitur. *l. ſi ſervus* 70. *l. hujuſmodi* 84. *§. ædes* 4. *l. legatum* 116. *§. ult. de leg.* 1. *l. cum filius* 76. *§. dominus de leg.* 2. juncta *l.* 1. *ff. quemadm. ſervit. amitt.* Sicut eadem ratione actio furti, quæ propter furtum heredi ante aditam hereditatem factum a ſervo per damnationem vel fideicommiſſum relicto competere heredi cœperat, confunditur perimiturque aditione. *d. l. ſi ſervus* 70. *de leg.* 1. quamvis utroque poſteriore caſu confuſa ſervitus actiove reſtituenda ſit in traditione legati vel fideicommiſſi. *d. l. ſi ſervus* 70. cum ſupra laudatis. *l. ſi heredes* 73. *§. ult. ad S. C. Trebell.* At in eiſdem caſibus legatario vindicationis datur actio furti rei legatæ ſubreptæ nomine. *l. ſi dominium* 47. *l. is qui* 66. *§.* 1. *de furtis.* quamvis non condictio furtiva. *l. ſed nec legatarius* 12. *de condictione furt.* & non eſt locus confuſioni nec quoad actionem furti. *l. a Titio* 64. juncta *l. ſi juſſu* 45. *§. ult. de furtis.* nec quoad ſervitutes. *l. Papinianus* 18. *de ſervit.* ubi verba illa, *ſervitutibus, quæ aditione confuſæ ſunt*, quatenus ſignificant, non ſemper aditione ſervitutes confundi, ſic de legato vindicationis explicant contra Acc. & Claſſicos Cujacius tres propoſitas differentias agnoſcens in *l. legatarius* 38. *§.* 1. *de leg.* 1. *& lib.* 19. *Pauli ad Edictum*, in *d. l. ſed nec legatarius* 11. *de condict. furt.* Fab. *lib.* 20. *conject. cap.* 12. Auguſt. Morla in *emporio titulo* 8. *quæſtione* 3. *num.* 13. Caſtillo *de uſufr. cap.* 9. *num.* 23. *& cap.* 71. *num.* 9. Schifordegh. *ad Fabr. lib.* 3. *tractatu* 11. *quæſtione* 1. *in fine.*

§. XXVIII. Ex eiſdem principiis fieri, & ejuſdem notitiæ & numeri differentiam eſſe cenſet Ant.

Faber in *Juriſpr. Papin. titulo* 12. *principio* 8. *illatione* 59. Joannes Goeddæus in *l. alienationis* 28. *num.* 21. *de V. S.* ut repudiatio legati vindicationis ſit alienatio, ut pote ejus, quod jam ipſo jure acquiſitum ignoranti legatario eſt. *l. magis* §. *fundum* 8. (quam ita ex verbis illis, *cum res ſit pupilli*, de legato vindicationis cum Fabro Academici præceptores accipiunt) *ff. de rebus eorum.* Diverſum autem ſit in legatis damnationis & fideicommiſſis. *l. qui autem* 6. §. *ſed & illud* 4. *ff. quæ in fraud. cred. l. ſi ſponſus* 5. §. *ſimilis* 14. *ff. de donat. inter vir. & ux. l.* 5. §. *ſi pater* 5. *ff. de jure dotium.* Verum hæc differentia commentitia omnino eſt, tum quia repudiationem etiam legati vindicationis, ſicut & damnationis & fideicommiſſi non haberi pro alienatione probat ſignanter & in ſpecie Ulpianus in *l.* 1. §. *utrum* 6. *ff. ſi quid in fraud. patr.* Julianus in *l. ſi fundum* 8. §. *ſi Titius* 6. *de leg.* 1. Paulus in *l. alienationis* 28. *verſ. aut optionem de V. S.* juncta *l. mancipiorum* 6. *de optione leg.* tum deinde, quia inſpecta juris ratione eum legatum etiam vindicationis non ſit legatarii, niſi ex ſuppoſitione, ſi non repudietur, non videtur alienari, eum repudiatur, ſed non adquiri. *d. l.* 1. §. *utrum* 6. juncta *l. ſi tibi* 86. §. *cum ſervus* 2. *l. ſervum* 44. §. 1. *de leg.* 1. tum denique, quia eodem exemplo in ſuo herede, quamvis ipſo jure heres & dominus paternæ ſucceſſionis ſit. *l. in ſuis* 11. *de lib. & poſth.* abſtentio tamen non habetur pro alienatione. *l.* 8. *C. de revoc. his quæ in fraud. cred. l. ſi poſtulante* 67. §. *ſed etſi filius.* juncto §. *præcedente ad S. C. Trebell.* nec contrarium eſt, quod extat in *d. l. magis* 5. §. *fundum* 8. quia reſpondetur, ſingulari jure in pupillo, ne inconſulta repudiatio ei noceat, repudiationem fundi legati per vindicationem, de quo in *d.* §. *fundum.* quamvis proprie non alienatio ſed omiſſio lucri ſit, haberi pro alienatione, ne fiat ſine decreto Prætoris, ut conſiderat Petrus Faber in *l. generaliter* 78. *de R. J.* Hillig. ad Don. *lib.* 23. *cap. ult. lit. C.*

§. XXIX. Sit jam, ut progrediamur, inter primarias enumeratas vigeſima ſecunda & dignitate atque uſu non poſtrema differentia, in legatis alternativis aut genericis, ſi per vindicationem relinquantur, electionem legatarii eſſe. *l. plane* 34. §. *penult. l. legato* 37. *l. ſi domus* 71. *l. plane* 94. §. *ſi cui* 2. *l. ſi ſervus* 108. §. *eum homo* 2. *de leg.* 1. *l. Lucio* 23. *de leg.* 2. *l.* 2. §. 1. *de optione leg.* & e contrario heredis in legatis damnationis & fideicommiſſis. *l. ſi a ſubſtituto* 45. §. *ult. l. eum res* 47. §. *ſed ſi Stichus* 3. *de leg.* 1. *l. ſi quis duobus* 15. *l. ſi ita relictum* 43. §. *ult. de leg.* 2. proponit differentiam Ulpianus *d. titulo* 24. §. *optione* 14. & inſinuat aperte textus in *l. ſi is cui* 19. *de leg.* 2. & quamvis alii, qui non capiunt, carpant, agnoſcit eam Acc. in *d. l. Lucio* 23. *verbo vindicare.* ubi & Bart. Cujacius in *d. l. ſi is cui* 19. Merillius in 50. *deciſ. Juſtiniani* in *l.* 4. *num.* 17. *C. de verborum ſignificat.* Hillig. ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 19. *lit. K.* eamque jure vetere novoque communi & Regio ſervandam eſſe notat poſt alios Caſtillo *de uſufr. cap.* 9. *num.* 34. juxta quam differentiam accipiendus eſt de ſervitute relicta per vindicationem Celſus electionem legatario tribuens in *l. ſi cui* 9. *ff. de ſervit.* & e contra de relicta per damnationem Paulus in *l. ſi via* 26. *ff. de ſervit. præd. ruſtic.* quos ita conciliat ibi Cujacius *lib.* 47. *Pauli ad Edictum*, & in *l. legato* 37. *ff. de leg.* 1. Merillius *lib.* 1. *obſervat. cap.* 31. & ante eos Cæpolla *de ſervitut. præd. urban. cap.* 23. *num.* 4. quamvis aliter alii apud Hillig. ad Don. *lib.* 11. *cap.* 13. *lit. B.* Denique vigeſima tertia differentia eſt, in legatis vindicationis fructus emolumentaque rei legatæ pertinere ad legatarium, ut pote dominum a tempore mortis. *l. huic ſcripturæ* 15. *ff. ad l. Aquiliam. l. ſi dominium* 47. *l. ſi is qui* 66. §. 1. juncta *l. a Titio* 64. *ff. de furtis. l. Herennius* 42. *ff. de uſuris.* ſive, quod idem eſt, ex die aditæ hereditatis facta retrotractione ad tempus mortis. *l. ſi tibi* 86. §. *cum ſervus. l. nihil* 120. §. *ult. ff. de leg.* 1. atque ita ſenſit aut ſentire debuit Cujacius *de præſcript. cap.* 18. & in *l. cum ſervus* 39. §. 1. & *lib.* 36. *Dig. Juliani*, in *l. quæſitum* 91. §. *ult. de leg.* 1. eum tamen etiam in legatis vindicationis heres legatum ignorans fructus interim perceptos ſuos faciat, tanquam bonæ fidei poſſeſſor, juxta textum ſic intelligendum in *l. quæſitum* 40. ubi Cujacius *tract.* 7. *ad Africanum*, *ff. de adquir. rer. dom.* At in legatis damnationis & fideicommiſſis non niſi poſt litem conteſtatam, vel ſi ante illam mora facta ſit, ex die moræ fructus debentur. *l.* 3. *l. equis* 8. & 39. *l. reſpondit* 14. *ff. de uſurit. d. l. quæſitum* 91. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. quod ſervus* 38. *l. ſi quis ſervo* 84. *l. Titia* 87. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l. patronus* 35. *ff. de leg.* 3. *l.* 1. & 2. & *l. ult. C. de uſuris & fructibus legat* in qua *lege ult.* verba *ſive in rem agatur*, referenda ſunt non ad vindicationem, ſed ad remedium miſſionis in rem in fideicommiſſis. *l.* 1. *C. communia de leg.* Hodie autem convenienter differentiæ propoſitæ in legatis rei propriæ teſtatoris fructus ſunt legatarii ex die mortis ex veriori ſententia, quam poſt plures probat Fachin. *lib.* 12. *controverſ. cap.* 68. quamvis aliter alii apud Hillig. ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 36. *lit. C.* idemque Regio jure poſt Gregorium in *l.* 37. *gloſſa* 4. *titulo* 9. *Part.* 6. cum multis Zevallos *communium contra communes quæſtione* 79. *num.* 7.

§. XXX. Tandem omiſſa jam vigeſima quarta inter legata damnationis & fideicommiſſa differentia, quam proponit Cajus *lib.* 2. *titulo* 6. *in fine.* omiſſis & aliis, quoad jus accreſcendi, quas exponemus opportunius ad *l. re conjuncti de leg.* 3. ut de exæquatione legatorum & fideicommiſſorum, quæ ex Ulpiano in *noſtra l.* 1. refertur, paucis dicamus, apparet valde difficilem eſſe eam aſſertionem exæquationis per omnia, cum tot taleſque differentiæ Ulpiani & JCtorum tempore extarent. Quare ingenue & ex animi ſententia ſubſcribimus aſſerentibus, Ulpiani contextum in *præſenti* a Triboniano fuiſſe interpolatum, addito verbo *per omnia*, ut conſonaret exæquationi legatorum & fideicommiſſorum a Juſtiniano factæ in *l.* 1. & 2. *C. communia de leg.* ut poſt Duaren. Ant. Auguſtin. Viglium, Hotmanum, Eguinarium, Balduinum, Goveanum, & alios noſter Pichard. ad *hunc tit. cap.* 3. *num.* 56. & *ſeqq.* quamvis quoad interdictum *quod legatorum* & ſimiles caſus exæquationis accipiat non improbabiliter poſt Cujacium & alios noſter Valentia *lib.* 3. *tractatu* 1. *ad hunc tit. cap. ult. num.* 24. quos adi & audi, ut, quæ plenius ad majora properantes explicare non poſſumus, capias planius.

PARS SECUNDA

SIVE

Ad Nobiliſſimam Legem re conjuncti LXXXIX. Dig. de Legatis III.

De jure accreſcendi in legatis, & hereditatibus etiam,

COMMENTATIO METHODICA.

Properabat diſputatio noſtra jam inde a principio recitationis ad hos titulos, nuneque in eiſdem alias Anteceſſoribus noſtris leges prælectas conſulto omittit, quo magis ex profeſſo, & plene inſignem hanc *de jure accreſcendi* Jurisprudentiæ partem, Paulique in *præſenti* ſententiam primariis præceptoribus raro, aut nunquam ſaltem intra Academici curſus ſpatium pro dignitate expoſitam, vulgoque viſam adhuc potius quam tritam tractare, & explanare liceat, idque ut jam fiat, commentationem hanc complectemur *quinque capitibus*. Primum erit *de origine, ratione, definitione, & diviſione juris accreſcendi, & conjunctorum ſpeciebus*. Secundum *de conjunctis re tantum*. Tertium *de conjunctis dumtaxat verbis*. Quartum *de re & verbis conjunctis*. Quintum denique *de prælatione inter omnes ſpecies conjunctorum*.

CAPUT PRIMUM.

Ad Epigraphen & principium noſtræ legis 89. *de Legat.* III.

De origine, ratione, definitione, & diviſione juris accreſcendi, & conjunctorum ſpeciebus.

§. I. De origine juris accreſcendi in primis dicturi præmittimus originem notationemque nominis, qua attenta quamvis *accreſcere* nihil aliud ſit niſi accedere, ſive naturaliter, ut cum inſula in fundo nata ei accreſcit. *l. ergo* 30. *in princ. ff. de adquirendo rer. domin.* vel per alluvionem aliquid fundo adjicitur. *l. ſi Titio* 33. §. 1. *ff. de uſufr. l.* 1. *C. de alluv.* §. *præterea inſtit. de rer. diviſ.* ſive civiliter & quidem varie, vel cum perſona perſonæ accreſcit, ut olim filia præterita accreſcebat heredibus inſtitutis. *princ. inſtit. verſ. ſed non ita de exheredatione liber. l. maximum* 4. *C. de liberis præteritis.* vel cum rei accreſcit res alia, aut ejus pars, ut uſusfructus vel ejus pars proprietati vel ejus parti; quoties ei conſolidatur. *l. ſcimus* 36. *verſ. repletionem*, ubi Accurſius *verbo accreſcendi*, *C. de inoff. teſtam. l. idem* 6. §. 1. *ff. de uſufr. accreſcendo.* Proprie tamen in hac materia *accreſcere*, & *jus accreſcendi* dicitur, quoties unius rei duobus relictæ veluti hereditatis vel legati parti vel perſonæ, cui eadem res relicta fuit, accedit juris poteſtate, & accreſcit pars alia vacans ejusdem rei. *d. l. ſi Titio* 33. §. 1. *de uſufr. l. un.* §. *ſi is ita* 10. *cum ſequent. C. de caduc. toll.* de quo ſolo partis ad partem rei ejusdem civiliter accreſcendi jure diſputatio noſtra futura eſt.

§. II. Poſt originem notationemque nominis ſequitur jam origo rei, ſive inſpectio, a quo & quando introductum jus accreſcendi ſit. In quo in primis ſupponimus, inter omnes conſtare jus accreſcendi eſſe introductum jure civili, ut exprimitur apud Ulpianum *titulo* 24. §. *ſi duobus* 12. *cum* §. *ſequenti.* juncta *l. interdum* 13. §. *denique* 2. *l. ſi ita quis* 74. *ff. de hered. inſt. l. ſervus communis* 67. *ff. de adquirenda hered. l.* 2. §. *ſi duo ff. de bon. poſſ. ſecund. tab.* in eoque a naturali accretione alluvionis, quæ juris gentium eſt, diſtinguitur. §. *præterea* 20. *inſt. de rerum diviſione* qua autem ſpecie Juris civilis, & an ex ſolo jure vel etiam ex voluntate defuncti pendeat, introductumque ſit, digniſſima explicatu quæſtio eſt, in qua quoad primum Accurſius in *l. pater*, alias *l. Celſus* 29. §. *ult. verbo capit*, ubi & Bartolus *num.* 1. *ff. de leg.* 2. & in *l. ſi in teſtamento* 5. *verbo legem*, *ff. de vulgari.* & præter congeſtos noviſſime a Joanne Ant. Bellono *de jure accreſc. cap.* 2. *quæſt.* 1. *num.* 1. Bolognetus in *rubr num.* 27. *C. quando non potentium partes.* Coraſius in *l. teſtamento* 6. *num.* 1. *C. de impuber.* affirmant, jus accreſcendi inductum fuiſſe Lege XII. Tabb. probantque primo ex verbis *d. l. pater* 29. §. *ult.* ibi *jure antiquo*, ſic enim jus antiquum vocatur Legis XII. Tabul. in *l.* 1. §. *ſi nemo* 9. *l.* 2. §. *ſi mater* 20. *ff. ad. S. C. Tertyll.* juncto *princ. inſt. eodem tit.* & in *l.* 3. *C. de legit. tut.* juncto *princ. inſtitut. de leg. agn tut.* Ulpiano *tit.* 11. §. *quantum* 8. & in *l.* 1. *C. de except.* juncta *l. ea quæ* 6. *C. fam. erciſc.* Secundo ex verbo & mentione *legis* in *d. l. ſi in teſtamento* 5. *ff. de vulgari.* & in *l. ſi is qui duos* 29. *ff. de liberat. leg.* ſic enim quaſi per excellentiam *lex* vocatur Lex XII. Tabb. in *l. is cui* 18. *ff. qui teſtam. fac. poſ.* juncta *l.* 1. *ff. de curat. furioſo.* & in *l. certo* 13. §. *ult.* juncta *l. viæ* 8. *ff. de ſervit. præd. ruſt.* & in *l. miles* 6. §. 1. *ff. de re judic.* juncta *l.* 2. §. 1. *ff. de noxalibus.* Tertio denique ex verbis *jure civili* apud Ulpianum *d. tit.* 24. §. *ſi duobus* 12. namque & ſic jus civile dicitur, quod ex XII. Tabb. deſcendit in *l.* 1. *ff. de tutelis. l. cum ratio* 7. *ff. de bon. damn.* juncta *l. verbis* 120. *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* E contrario Duarenus *lib.* 1. *de jure accreſcendi cap.* 1. laudatus in hanc rem ab Hillig. ad Don. *lib.* 1. *cap.* 14. *lit. B.* ſentit ſere aut præſentit, lege Papia firmatum ſtabilitumque fuiſſe jus accreſcendi, *argum. d. l. ſi in teſtamento* 5. *ff. de vulgari.* ubi *legis* nomen ad legem Papiam referendum eſſe epigraphe ejus textus ſuadet. Accedit & epigraphe *noſtri textus*, & *legis triplici* 142. *ff. de V. S.* nam cum utriusque ex *lib.* 6. *Pauli ad leges Juliam & Papiam* inſcriptio ſit, & utrobique primariæ regulæ juris accreſcendi & conjunctorum proponantur, ſimulque in libris JCtorum ad easdem leges frequenter de accreſcendi & conjunctorum jure tractetur. *l. qui ex duabus* 53. §. *ult. l. ſi ſolus* 80. *l. ſi totam* 83 *ff. de adquir bered. l. mortuo* 49. §. *ult. l. ſi Titio* 11. *l. ſi Titio* 61. *ff. de leg.* 2. *l. ſi is qui* 29. *ff. de liberatione leg. l.* 4. *ff. de bon. poſſeſſ. l. ſi ſervo* 31. *ff. de ſtatulib.* Veriſimile ſit, jus accreſcendi ex legibus Julia aut Papia proficiſci.

§. III. Verum utraque ſententia propoſita nullo certo juris teſtimonio firmatur, ideoque nec defendi poteſt. Prima Bartoli Accurſiique commentitia eſt ex eo, quia Lex XII. Tabb. quæ de teſtamentis lata fuit, nihil omnino expreſſit de jure accreſcendi, ut conſtat ex ejusdem legis verbis, quæ retulimus ſupra §. 1. ad *l.* 1. *de legatis* quæ autem

autem fuit de ſucceſſionibus ab inteſtato, ſi ſuus heres non extaret, agnatum proximum ſingulari numero ad hereditatem vocavit. *l. pronuntiatio* 195. §. 1. *verſ. in res ff. de V. S. princ. inſt.* & §. *ſi plures* 5. *de leg. agn. ſucc.* Ulpianus *titulo* 26. Proinde tantum abeſt, ut jua accreſcendi induxerit, ut nee loquuta ſit, ſaltem expreſſe, de pluribus ejusdem gradus, inter quos ſolos ab inteſtato jus accreſcendi eſt. §. *ult. inſtit. de S. C. Orphitiano.* plura ad rem poſt alios Bellonus *d. cap.* 2. *quæſtione* 1. *num.* 8. Secunda autem Duareni falſa eſt, quia neque ipſe negare audet conſtatque, ante leges Juliam & Papiam in uſu fuiſſe jus accreſcoodi, ex Ulpiano *d. titulo* 24. §. *ſi duobus* 12. quare affirmandum potius eſt, incertam eſſe originem juris aecreſcendi, & ſi quid in re incerta ſimilius certi eſt, introductum fuiſſe ex auctoritate & interpretatione JCtorum poſt Leges XII. Tabb. & ante Juliam & Papiam, *arg. l. ſi ita quis* 74. *in ſine ff. de her. inſt.* juncta *l.* 2. §. *bis legibus* 5. *ff. de origine juris.* notant Hotmanus *lib.* 8. *obſervat. cap.* 5. & in *epitomatis ad tit. ff. de uſufr. accreſc. num.* 16. Joannes Suevius *de jure accreſc. lib.* 1. *cap.* 3. Bellonus *ubi ſupra num.* 17.

§. IV. Nec pro Accurſii ſententia pugnat primum argumentum ex *d. l. pater* 29. §. *ult. ff. de leg.* 2. quia quamvis verba illa, *non præſtabit legatum, quod jure antiquo capit*, varie exponat emendetque Faber *lib.* 4. *conject. eap.* 13. & *lib.* 18. *cap.* 15. cui in priore expoſitione conſentiunt Academici præceptores, *jus antiquum* ibi explicantes de jure accreſcendi, & ante eos Cujacius in *l. ſi duobus* 16. *ff. de leg.* 2. Sarmiento in *d. l. pater* 29. §. 1. Eduardus Caldera *lib.* 4. *variar. lectionum cap.* 3. *num.* 19. verius tamen & ſubtilius eſt, *jus antiquum* ibi appellari non tam jus accreſcendi ſimpliciter, quam jus capiendi legatum pro non ſcripto, ſive jus, quo liberi parentesque teſtatoris intra tertium gradum veluti filius, de quo in *d.* §. *ult.* ſi heredes inſtituti erant, portionem coheredis legatumve ita deficiens, ut poſt legem Papiam tanquam caducum fiſco deferendum eſſet, retinebant eapiebantque pro non ſcripto, & conſequenter ſine onere & ex jure antiquo. *l. un* §. *in primo C. de caducis toll.* quod jus antiquom liberis & parentibua lex Papia conſervavit. *d. l. un. verſ. & cum lex.* Ulpianus *titulo* 18. explicat docte & dextre noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 1. *cap.* 4. *num.* 5. & *ſeqq.* ſecundum quæ jam pridem obſervavi, explicandos eſſe unoque ſpiritu & unius §. contextu legendos §. *bodie*, & §. *caduca* apud Ulpianum *titulo* 17. nempe ut ſie conjunctim legantur: *ſed ſervato jure antiquo liberis & parentibus caduca cum ſuo onere fiunt*, &c. rejecta Cujacii *ibidem* emendatione. Proinde in *d. l. pater* 29. §. *ult.* non jus accreſcendi quaſi introductum Lege XII. Tabb. ſed jos retinendi legatum pro non ſcripto vocatur antiquum reſpectu caducorum, quæ noviora, & comparatione legum Juliæ & Papiæ, quæ dicuntur *leges novæ* in *l. ult. ff. de reg. Caton.* quam ita interpretantur Donellus *lib.* 8. *comm. cap.* 13. & præter laodatos ab Hillig *ibi lit. H.* Hotmanus *lib.* 2. *obſervat. cap.* 17. Joannes Robertus *lib.* 1. *animadverſionum cap.* 13. Radulphus Fornerius *lib.* 3. *rerum quotid. cap.* 24. noſter Pareja in *otio quadrimeſtri part.* 1. *num.* 6. quemadmodum eodem reſpectu antiqunm jus, pro quo maritum & uxorem ab inteſtato in ſolidum ſibi ſuccedere ſcriptum eſt in *l. un. C. unde vir & uxor.* intelligitur comparatione teſtamenti & legis Papiæ, poſt quam non in ſolidum ex teſtamento, ſed usque ad decimam ſibi ſuccedere poterant. *l.* 2. *C. de infirmandis pœnis cœlibatus.* Ulpianus *titulo* 15. & 16. quomodo *d. legem unicam* probabiliter poſt Thalelæum Græcum Scholiaſtem *lib.* 45. *Baſilic. titulo* 5. exponit Bellonos *d. cap.* 2. *quæſtione* 1. *num.* 30. quamvis renitatur Cujacius in *recitationibus ad titulum ff. & C. unde vir & uxor*, & *lib.* 3. *obſerv. cap.* 12.

§. V. Neque ad rem magis pertinet, aut Accurſianis vel Duareno favet ſecundum argumentum ex *d. l. ſi in teſtamento* 5. *ff. de vulgari. l. ſi is qui duos* 29. *ff. de liberat. leg.* quia quamvis certum ſit, *legis* nomine in his locis non XII. Tabb. ſed Juliam Papiamve intelligi, ut eruditi omnes agnoſcunt, eoque ſolo Accurſiani ſatis excluduntur, non tamen inde pro Duareno evincitur, introductum fuiſſe lege Papia jus accreſcendi, quod ut ſtultum notat juſte Cujacius in *recitat. ad titulum C. quando non petent. partes.* quia non de jure accreſcendi in *d. l.* 5. & in *d. l.* 29. Conſulti loquuntur, ſed de jure, quo coheres collegatariusve jus liberorum babens portionem hereditatis vel legati io perſona coheredis vel legatarii caducam factam vindicabat, capiebatque propter jus liberorum ex ſpeciali beneficio ſeu commodo legis Papiæ, ut ſignificat Ulpianus *titulo* 25. §. *ſi quis in fraudem* 17. textus in hac re ignotus, atque ita nove forſitan explicandus in *l. Plautius* 43. §. *item ſcinditur in fine ff. de condit. & dem.* Juvenalis *Satyra* 9. *verſu* 88. ibi:

Legatum omne capis nec non & dulce caducum.

Quæ verba a multis lecta, a paucis recte intellecta explicat in hunc ſenſum, quamvis non ſatis firmet, Marcus Vertranius Maurus *lib. ſingulari de jure libererum cap.* 22. quomodo etiam ſententiam *d. l.* 5. & *d. l.* 29. probabiliter explicant Goveanus in *d. l.* 5. Bellonus *d. quæſtione* 1. *num.* 23. & *cap.* 7. *quæſtione* 25. *num.* 27. quamvis aliter & varie vel de jure antiquo liberis & parentibus dato, de quo ſupra, *d. l.* 5. vel de fiſco *d. l.* 29. interpretentur Balduinus in *Juriſprudentia Muciana pag.* 149. & in *Juſtiniano pag.* 457. Eduardus Caldera *d. lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 21. Cujacius ad *titulum C. quando non petentium partes.* & in *l. un. C. de caduc. toll.* & ex noſtratibus Pichard. in §. *ſi eadem num.* 71. *inſt. hoc tit.* Poſtremo nee pro Accurſio morari nos debet tertium argumentum ex verbis *jure civili* apud Ulpianum *d. titulo* 24 §. *ſi duobus* 12. quia neque ſine exemplo, immo proprie & frequenter jus civile etiam dicitur, quod introductum eſt ex auctoritate JCtorum. *l.* 2. §. *bis legibus* 5. *ff. de origine juris.* juncta *d. l. ſi ita quis* 74. *ff de her. inſtit.* neqoe pro Duareno movere poteſt inſtituta ex profeſſo in *noſtro textu*, & repetita in aliis ad leges Juliam & Papiam diſputatio de jure accreſcendi, id enim factum fuit, non quia induxerunt, ſed potius, quia in pleriſque cauſſis introducto jure caducorum leges illæ derogarunt juri accreſcendi, & ideo conjuncta utriusque juris tractatio erat, ut ſuis locis exponemus.

§. VI. Jam vero ut progrediamur, quoad ſecundam partem quæſtionis propoſitæ ſupra §. 2. an ſcilicet ex ſolo jure, vel etiam ex voluntate defuncti, & ex quo principaliter jus accreſcendi pendeat proveniatque, ut rem in Schola & Foro magni momenti & uſus breviter & diſtincte explicemus, præmittendum eſt in primis, Accurſium in *l. ſi Titio* 61. §. *ult. verbo cum onere ff. de leg.* 2. Bart. in *l. quotiss* 9. §. *ſi duo ff. de her. inſtit.* & poſt eum communiter noviores veteresque congeſtos a Bellono *de jure accreſc. cap.* 2. *quæſtione* 2. *num.* 1. & *ſeqq.* Hillig. ad Donellum *lib.* 7. *cap.* 12. *lit. B.* affirmare, jus accreſcendi tam in hereditatibus quam in legatis jure quidem induci, ſed non ſine tacita & præſumpta voluntate defuncti, quæ ex conjunctiooe ſive vocatione ad eandem hereditatem vel legatum colligitur, *arg. l. ſub conditione* 16. *in fine ff. quibus modis uſufr. amitt.* conducunt textus in *l. interdum* 13. *ff.* §. *denique* 2. ibi: *hereditas ejus reſidua accedit, ut ex ſemiſſibus videantur ſcripti, ff. de hered. inſtit. d. l. ſi Titio* 61. §. *ult.* ibi: *& hic quaſi ſubſtitutus, ff. de leg.* 2. juncta *l. quia tacita* 25. *ff. de her. inſtit. l. qui ex duabus* 53. §. *ult. l. ſervus* 67. *ff. de adquir. hered.* quibus conſequenter poſt alios Jaſon in *d. l. ſi in* teſta-

teſtamento 5. *num.* 5. *ff. de vulgari.* Joannes Crotus in *præſenti num.* 97. *verſ. ſed neque iſta.* Menochius *de præſumpt. lib.* 4. *præſumptione* 86. *num.* 20. aſſerunt, quia in jure accreſcendi præſumptam præcedentemque ſaltem tacitam voluntatem defuncti jus ſubſequitur, eique veluti accedit & ſervit, ſi comparative loquamur, fatendum eſſe, pendere & proficiſci jus accreſcendi primo & principaliter ex voluntate, & ex ea judicandum, & ſecundario atque acceſſorie ex auctoritate juris, ejusque aſſertionis decretorium argumentum eſt, quia ad ſubſtitutionem factam his verbis: *quisquis mihi heres erit*, admittitur quis etiam pro ea parte, quæ jure accreſcendi ad eum pertinet. *d. l. ſi in teſtamento* 5. *ff. de vulgari.* & tamen non admittitur, niſi qui & pro qua parte principaliter ex judicio defuncti heres extitit, ideoque non admittitur pater aut dominus, qui per filium aut ſervum heres extitit. *l. qui liberis* 8. §. *hæc verba ff. de vulgari.* quamvis ex tacito judicio & juris diſpoſitione heredes extiterint. *l. cum filio* 11. *ff. de leg.* 1. *l. ſed & ſi* 6. §. 1. *ff. de leg.* 3.

§. VII. E contrario jus accreſcendi proprie abſolute & principaliter ea poteſtate juris pendere & proficiſci, & juxta eam cenſeri oportere, docet Bart. ſibi contrarius in *d. l. ſi in teſtamento* 5. *num.* 3. Decius in *rubr. num.* 3. *C. quando non pet. partes.* Duarenus *lib.* 1. *de jure accreſc. cap.* 1. & *lib.* 2. *cap.* 4. & 16. Mantica *de conjecturis ultim. volunt. lib.* 4. *titulo* 11. *num.* 8. & 11. Gutierrez in *l. nemo poteſt num.* 98. & *ſeqq. ff. de leg.* 1. & in *l. un. num.* 18. *C. quando non pet. partes.* & quod magis eſt, non ex voluntate defuncti, ſed ea ſola & mera juris auctoritate deſcendere tam in hereditatibus, quam in legatis eo præ cæteris argumento, quia quamvis ex edicto de legatis præſtandis conſerventur perſonis exceptis ea, quæ debentur ea voluntate teſtantis. *l.* 1. *ff. de leg. præſt.* non tamen conſervatur jus accreſcendi etiam inter conjunctos in legatis. *l.* 3. §. *ſed etſi conjunctim ff. de leg. præſt.* docent poſt antiquum repetentem Petrum de Beſutio in *præſenti num.* 33. Socinus Senior in *l. ſi mihi & tibi* 12. *num.* 1. *ff. de leg.* 1. Goveanus *de jure accreſcendi num.* 21. idque ipſum ſaltem quoad jus accreſcendi in hereditatibus, nempe ut ex ſola juris poteſtate & neceſſitate inductum ſit, probat poſt Cujacium, Donellum, Fabrum, & alios noſter Valentia *illuſtr. lib.* 1. *tractatu* 1. *cap.* 1. *num.* 2. & 8. & *lib.* 3. *tractatu* 1. *cap.* 4. *num.* 11. eo potiſſimo fundamento, quia in teſtamento militis non juris regula aut ratio, ſed voluntas militis ſola obſervatur. *princ. inſtit. de milit. teſtam.* & tamen in eo non eſt locus juri accreſcendi in hereditatibus. *l. ſi miles* 6. *l. ex militari* 11. §. *ult. cum duabus legibus ſequentibus. l. ſi certarum* 17. §. *Julianus. l. ſi duobus* 37. *ff. de teſtam. militis. l. heredes* 25. §. 1. *ff. fam. erciſc. l. filius* 42. §. *Papinianus ff. de bon. libert.* cui fundamento adjicio & illa non infirmiora, quia & inter omnino disjunctos locum habet jus accreſcendi in hereditatibus. *l. heredes* 63. *ff. de hered. inſt.* & contra expreſſam voluntatem defuncti. *l. ſi ita quis* 74. *ff. de hered. inſtit.* & inter eos, qui contra voluntatem ſuccedunt, veluti per querelam inofficioſi. *l. ſi ponas* 23. §. *ult. ff. de inoff. teſtam.* & per bon. poſſeſſionem contra tabulas. *l. ſi duobus* 12. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l.* 1. §. *ſi quis ex nepotibus* 12. *ff. de conjung. cum emancipato. l. ſive* 21. §. *ex duobus ff. de jure patr.* Denique ex diverſo in legatis jus accreſcendi ex tacita voluntate defuncti, quæ ex conjunctione colligitur, proprie principaliterque pendere, & ideo nec dari inter disjunctos. *l. ſi ſub conditione* 16. *ff. quib. modis uſusfr. amitt.* neque ei, qui contra voluntatem legarum capit. *l. mulieri* 74. *ff. de cond. & dem.* ſcribunt poſt Baldum in *d. l. mulieri* 74. Jaſon in *l. hujusmodi* 84. §. *ſi Titio num.* 8. *ff. de leg.* 1. & præter Duarenum, Hilligerum, Menoch. Manticam ſupra laudatos Gomezius *tom.* 1. *variar. cap.* 10. *num.* 38. & 39. Menchaca *de ſucceſſionum progreſſu lib.* 3. *in præfat. num.* 1. Cujacius in *l. un.* §. *his ita definitis C. de caduc. toll.* Faber *de error. Pragm. dec.* 49. *errore* 1. *num.* 8. noſter Pichard. in §. *ſi eadem res num* 28. & 30. *inſtit. hoc tit.* eique diſtinctioni inter hereditates & legata hactenus Academicos præceptures ſubſcripſiſſe video.

§. VIII. Nos jam in controverſia tam varie validequε agitata, quæque clauſtra & receſſus veluti materiæ noſtræ continet, affirmamus in primis, non poſſe generaliter & indiſtincte definiri, utrum ea jure an ex judicio defuncti, & ex quo principaliter jus accreſcendi pendeat, ut judicioſe agnoſcunt Guilh. Benedictus in *cap. Raynutius, verbo & uxorem num.* 105. *de teſtamentis.* Viglius in §. *hereditas num.* 5. *inſt. de her. inſt.* Bellonus *de jure accreſc. cap.* 2. *quæſtione* 2. *num.* 46. Menochius *d. lib.* 4. *præſumptione* 86. *num.* 4. quapropter diſtinctione caſuum, qui ſequuntur, res elucidanda eſt, ſimulque argumenta, quæ ſupra pro ſingulis ſententiis expendimus, exponenda. Primus caſus eſt in hereditatibus, quotiescumque juris neceſſitas, ob quam in eis jus accreſcendi inductum dicitur, ceſſat veluti inter heredes a teſtatore conjunctos reſpectu aliorum disjunctorum, veluti quando duo pluresve ad eandem hereditatis partem vocati ſunt: ita, *primus & ſecundus ex ſemiſſe heredes ſunto;* & alter ſeparatim ſive disjunctim inſtitutus: ita, *tertius ex ſemiſſe heres eſto.* quo caſu certum eſt, deficiente uno ex conjunctis veluti primo, portionem ejus ſoli conjuncto nempe ſecundo accreſcere, non autem tertio disjuncto. *l. un.* §. *his ita definitis* 10. *verſ. ſin vero quidam C. de caduc. toll. l. heredes* 63. *ff. de her. inſtit.* & tamen ſi conjunctio in eodem ſemiſſe inter primum & ſecundum a teſtatore facta non eſſet, & ex juris ratione & regula jus accreſcendi æſtimaretur, pars primi deficiens non ſoli ſecundo, ſed etiam tertio & aliis disjunctis accreſceret. *d. l. heredes* 63. *l. item* 17. §. 1. *l. liber* 59. §. *Titius cum* §. *ſequenti ff. de her. inſtit.* ergo jus accreſcendi inter coheredes conjunctos reſpectu disjuncturum pendet ex conjunctione, & conſequenter ex voluntate teſtantis, quæ conjunctionem induxit, ut ſignificatur in *d. l. item* 17. §. 1. *verſ. nam quantum.* & apertius in *d. l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie.* neque aſſertionis noſtræ & argumenti vim eludes, ſi reſpondeas, in propoſita ſpecie ex conjunctione inter primum & ſecundum non jus accreſcendi, quod etiam ſine conjunctione futurum erat, ſed prælationem in jure accreſcendi reſpectu disjunctorum conjunctis tribui, ut conſiderat argumenti vim præſentiens Ant. Faber *de erroribus Pragm. dec.* 49. *errore* 2. *num.* 8. quia quamvis id ita eſſe fateamur, negari tamen non poteſt, hanc prælationem vocari in hac re ipſa jus accreſcendi in *d. l. item* 17. §. 1. quia vel nihil aliud eſt, niſi fortius jus accreſcendi in conjunctis, vel qualitas ei juri adjuncta in conjunctis, per quam id jus præponderat derogatque juri accreſcendi disjunctorum, quod alioquin ex legis poteſtate haberent, quare cum certum ſit, teſtatorem non poſſe juris auctoritati & regulis derogare. *l. nemo poteſt* 55. *ff. de leg.* 1. *l. teſtandi* 13. *C. de teſtam.* & in propoſita ſpecie prælatione conjunctis data deroget detrahatque juri accreſcendi disjunctorum, neceſſario fatendum eſt, jus accreſcendi, quoties ſunt alii coheredes conjuncti, & alii disjuncti, pendere principaliter ex judicio defuncti, non ex jure.

§. IX. Deinde hæc eadem aſſertio firmatur, ampliaturque ex eo, quia cum juxta communem ſenſum ratio inducendi juris accreſcendi in hereditatibus fuerit neceſſitas juris deducta ex eo, ne ſcilicet, ſi pars vacans non accreſcat, defunctus pro parte teſtatus, & pro parte non accreſcente inteſtatus videatur, ut vulgo traditum eſt, vel ne individua repræſentatio perſonæ defuncti, quæ per heredem fit, dividatur, neque uniformis ſit, ut ſuo loco exponemus, eaque ratio & neceſſitas ceſſet,

ſet; quotieſcumque de jure accreſcendi inducendo inter conjunctos ſolos & disjunctis negando quærimus, non enim; ſi illis ſolis & non iſtis accreſcat, defunctus pro parte inteſtatus aut pro parte difformiter repræſentari intelligitur, conſequens eſt in propoſita ſpecie, & ubicumque illa juris neceſſitas non urget, jus accreſcendi non ex jure ſed ex voluntate teſtantis pendere, & æſtimari oportere, nam cum jus accreſcendi, quando ex juris neceſſitate inducitur, ſit proviſio & veluti auxilium legis in defectum voluntatis teſtantis, ut agnoſcunt Jaſon in *præſenti num.* 155. Ripa *num.* 7. Alciatus *num.* 44. *in præſenti.* Corasius in *l. poſt aditam* 5. *num.* 31. *C. de impuberum.* ſuccedit juris regula; quæ docet, per proviſionem teſtatoris, qualis in conjunctione apparet, ceſſare proviſionem legis. *l.* 2. *§. ſi duo ff. de bon. poſſeſſ. ſecundum tab. l. ult. C. de pact. convent.* Unde jam quoad primam hanc aſſertionem primum infertur, jus accreſcendi inter conjunctos coheredes reſpectu disjunctorum, cum ex voluntate teſtantis pendeat, poſſe ab eodem prohiberi, & caveri, ne pars conjuncti conjuncto accreſcat, ſed disjuncto, ut fatetur Hillig. ad Don. *lib.* 7. *cap.* 13. *lit. B.* ſicut ex eadem ratione prohiberi poteſt, quotieſcumque non inde ſequitur, fieri defunctum pro parte inteſtatum, aut repræſentationem perſonæ ſcindi; ut notat Duarenus *de jure accreſcendi lib.* 2. *cap.* 14. ſecundum quæ explicandus eſt Ulpianus in *l. quoties* 9. *§. ſi duo* 13. *ff. de her. inſt.* ubi uno ex parte tertia fundi, altero ex beſſe ejuſdem fundi inſtituto, quamvis ex ratione juris reſpondeatur, detracta fundi mentione; quaſi ſine partibus inſtitutos & conſequenter utrumque ex ſemiſſe heredem fore. *l.* 1. *§. ſi ex fundo* 4. *l. ſi alterius* 10. *l. ex facto* 35. *ff. de her. inſt.* ſubjungitur, id ita eſſe, *ſi modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſime non refragatur*, quibus ex verbis poſſe a teſtatore caveri, ut inſtitutus ex re certa non niſi ex ea re heres ſit; & generaliter prohiberi poſſe jus accreſcendi; docet deducitque Bart. in *d. §. ſi duo.* & poſt cum plures apud Zevallos *commun. contra communes quæſtione* 707. *num.* 1. E contrario autem Fab. *de error. Pragm. dec.* 15. *errore* 7. *num.* 14. Bartoli ſententiam convincens affirmat; Triboniani eſſe relata verba ex *d. §. ſi duo.* Sed uterque immerito; quia in *d. §. ſi duo.* ſenſus eorum verborum eſt, poſſe ex voluntate teſtantis fieri, ut non utrique ſupra partem inſtitutione deſignatam uſque ad ſemiſſem, ſed ad exemplum inſtitutionis uni uſque ad beſſem hereditatis, alteri uſque ad trientem accreſcat, quia neque ita pro parte inteſtatus defunctus, aut pro parte repræſentari intelligitur, quod cum non urget, ex voluntate teſtantis jus & diſtributio accretionis æſtimatur, ut explicat Duar. *d. lib.* 2. *cap.* 14. poſt multos Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 17. *num.* 46. *& ſeqq.*

§. X. Secundum ex eiſdem principiis infertur, jus accreſcendi inter coheredes conjunctos, quotieſcunque & quatenus ex tacita aut præſumpta voluntate defuncti inducitur, obtinere etiam in teſtamento militis, pro qua illatione in primis expendo & expono conſtitutionem Antonini in *l.* 3. *C. de teſtam. militis.* ubi cum miles filiam ex duabus unciis ſive ſextante, & uxorem ex uncia heredes ſcripſiſſet, nec de reſiduis unciis quidquam expreſſiſſet, reſcriptum eſt, videri eum hereditatem totam in tres partes diviſiſſe, ita ut filia duas ejus partes, & uxor tertiam habeat, in qua conſtitutione explicanda Ant. Fab. *de error. Pragm. dec.* 49. *errore* 6. contendit, quoad effectum quidem æqua ſuſtineri in *d. l.* 3. inſtitutionem ex paucioribus unciis factam a milite, atque ſi a pagano facta eſſet, & eo ſenſu accipere auctoritatem ex communi jure, ut ſcriptum eſt in *d. l.* 3. ſed tamen diverſa juris ratione & modo ſuſtineri, namque facta a milite non ſuſtinetur per jus accreſcendi, ſive ita ut inſtitutis ex paucioribus unciis teſtatore uſque ad duodecim accreſcant poteſtate juris, ſicut in pagano fieret. *l. interdum* 13. *§. denique* 2. *ff. de hered. inſtit.* ſed potius, quia miles dum teſtatur; cum legibus adſtrictus non ſit, neque legitimæ diſtributioni aſſis ſive hereditatis in duodecim uncias, de qua in *l. ſi ſervus* 50. *§. ult. ff. de her. inſtit.* quoties ex tribus unciis dumtaxat heredes inſtituit, intelligitur non in plures quam tres partes totam hereditatem diviſiſſe. *d. l.* 3. *in fine.* At in pagano, cum ipſe non poſſit legitimæ diſtributioni aſſis in duodecim uncias derogare, *arg. l. nemo poteſt* 55. *ff. de leg.* 1. ſuſtinetur inſtitutio ex paucioribus unciis per jus accreſcendi, quo redigitur ad duodecim, ita ut a teſtatore diſtributis reſiduæ accedant juris poteſtate. *d. l. interdum* 13. *§. denique.*

§. XI. Verius tamen omnino eſt, in ſpecie *d. l.* 3. ex præſumpta voluntate militis jus accreſcendi induci, & accreſcere filiæ ex ſextante inſtitutæ uſque ad beſſem, & uxori ex uncia uſque ad tertiam ſive trientem, idque ſuadetur, & ſuppoſita a Fabro refutantur in primis, quia inſtitutionem factam a milite in *d. l.* 3. non tantum effectu, ſed etiam juris ratione & modo perinde ſuſtineri, ſicut factam a pagano evincitur ex eo, quoniam in *d. l.* 3. ut probetur, eam inſtitutionem in milite accipere auctoritatem ex communi paganorum jure, ſubjungitur pro ratione in *verſ. nam cum militem.* in propoſita ſpecie, ſi effectum potius quam verba ſequimur, in tres partes hereditatem diviſiſſe intelligi. Ergo & hoc ipſum in pagano intelligitur jure communi, ſicut & expreſſum eſt in *l. quod non militabat* 78. *§.* 1. *ff. de hered. inſtit.* Et conſequenter, ſicut eo etiam ſuppoſito in ſpecie *d. l. qui non militabat* 78. *§.* 1. accreſcunt inſtitutis reſiduæ partes. *d. l. interdum* 13. *§. ſed ſi alter* 3. ita & in ſpecie *d. l.* 3. Secundo quia ſi, ut Faber ſupponit, inſtitutio in milite valeret ex eo, quia non eſt adſtrictus miles diſtributioni in duodecim uncias, falſum eſſet, quod dicitur inſtitutionem illam ex jure communi accipere auctoritatem. *d. l.* 3. Tertio quia proponitur in *d. l.* 3. filiam ex verbis inſtitutionis accepiſſe ſextantem & uxorem unciam, quæ ſunt nomina, ſextantis quidem duarum unciarum & unciæ unius partis reſpectu duodecim, quæ hereditatem ſive aſſem faciunt, ut explicat Voluſius Mæcianus in *libello de aſſe:* quare, dum in *d. l.* 3. ſcribitur, filiam duas partes ex tribus, & uxorem tertiam totius hereditatis habituram, quanto plus eſt in duabus partibus vel una reſpectu trium, quam in duabus unciis vel una reſpectu duodecim, fatendum neceſſario eſt, augeri & creſcere partes inſtitutione deſignatas, dum ad tres totius hereditatis rediguntur, ſive, quod effectu idem eſt, tribus unciis reſpectu duodecim accedunt reſiduæ jure accreſcendi, idque ex præſumpta voluntate militis, qui dum ſextantis & unciæ in inſtitutione meminit, præſumitur communi diſtributioni hereditatis in duodecim uncias ſe accommodare, totumque aſſem inter inſtitutos diſtribuere voluiſſe, quamvis per oblivionem vel imperitiam minus expreſſit, *arg. l. ſi ita ſcriptum* 47. *§. ult. d. l. qui non militabat* 78. *§. filiis* 2. *ff. de her. inſt.* Quarto denique, quia etiam paganum non eſſe adſtrictum diſtributioni in duodecim uncias conſtat ex *§. hereditas* 5. *verſ. non autem inſtit. de hered. inſtit. d. l. interdum* 13. *§.* 1. Paulo *lib.* 3. *ſententiarum titulo* 4. *§. in quot vult* 6. etſi ex paucioribus inſtituerit, videri quoad effectum in non plures partes totam hereditatem diviſiſſe. *d. l.* 78. *§.* 1. & tamen vere dicitur, reſpectu diſtributionis legitimæ in duodecim uncias accreſcere inſtitutis pro rata reliquas uſque ad aſſem, & quidem poteſtate juris. *d. l. interdum* 13. *§. denique* 2. juncta *l. ſi ita* 8. *ff. de bon. poſſ. ſecundum tab. §. videamus* 7. *inſt. de hered. inſtit.* ſed principaliter ex præſumta voluntate teſtantis, qui totam hereditatem inter inſtitutos ſub paucioribus unciis diſtribuendo cenſetur eos in reſiduis unciis

tuque ad aſſem tacite inſtituiſſe, ut ſignificant & exponenda ſunt in *d.* §. *deinque* verba illa, quæ ſupra expendimus §. 6. *hereditas ejus reſidua accedit, ut ex ſemiſſibus videantur ſcripti.*

§. XII. Deinde pro eadem illatione de accreſcendi jure in teſtamento militis ex præſumpta ejuſdem voluntate admittendo interpretor, quod traditum eſt in *l. ſi certarum* 17. *in princ. ff. de teſtam. militis.* nempe ſi miles alium urbanorum prædiorum, alium ruſticorum, alium denique cæterarum rerum heredes inſtituerit, valere inſtitutionem, & perinde haberi, ac ſi ſine partibus heredes eos inſtituiſſet, & deſignatas res inter eos per præceptionem ſive prælegando diſtribuiſſet, idque ipſum in eadem ſpecie in inſtitutione pagani obſervatur. *l. ex facto* 35. *in princ.* & §. 1. *l. qui non militabat* 78. *in princ. l. quoties* 9. §. *ſi duo* 13. *cum l. ſeq. ff. de her. inſtit.* Unde apparet, in ea ſpecie inſtitutis ſingulis ſupra rerum adſcriptarum partes, in quibus prælegatum jure prælegati conſiſtit ex regula *legis legatum* 116. §. 1. *ff. de leg.* 1. accedere & accreſcere jure inſtitutionis partes æquales hereditarias in univerſa hereditate, idque ex conjectura voluntatis militis, qui cum alios in certis rebus, aliumque in cæteris ſine diſtinctione caſtrenſis vel paganici patrimonii inſtituit, intelligitur in totum & de toto patrimonio teſtari voluiſſe, nullaque ex parte ab inteſtato decedere, ſed communi paganorum jure hereditatem ſuam cenſeri, ideoque pro partibus æqualibus hereditatis juxta legitimam ejus diſtributionem heredes inſtituiſſe præſumitur. *d. l. ex facto* 35. *in princ.* & §. 1. *d. l. ſi certarum* 17. *in princ.* cui ſic expoſitæ non obſtat Papiniani locus in *d. l. qui non militabat* 78. *in princ. ff. de hered. inſtit.* ubi ſimilis ſpecies proponitur in non militante, non quaſi in milite indiſtincte diverſum ſit, ut poſt Acc. ibi *gloſſa* 1. expendit Ant. Faber *d. dec.* 49. *err.* 1. *in fine.* ſed quia in milite aliud eſt, ſi non de omnibus bonis teſtatus ſit, vel ſi caſtrenſe & paganum patrimonium ſeparaverit, ut notat ad rem Jaſon in *l.* 1. *num.* 11. *C. de teſtamento milit.* vel quia aliud in milite quoad Falcidiam, de qua in *d. l.* 78. *in princ.* ubi ita Cujacius *lib.* 6. *reſponſ. Pap.*

§. XIII Diverſum autem eſt non contrarium, & diverſam juris rationem habet, quod in duabus ſimilibus ſpeciebus juris auctores docent. Prima extat in *l. ſimiles* 6. *ff. de teſtam. milit. l. cogi* 16. §. *ſed etſi miles* 6. *ff. ad S. C. Trebell.* ubi inſtitutio unius heredis facta a milite ex certo fundo, vel ex certis bonis veluti Italicis aut provincialibus ideo non trahitur, ſeu redigitur ad reliqua bona, neque quidquam ex eis accreſcit inſtituto ex fundo, aut certis bonis, quia non de toto patrimonio ſive cæteris rebus, ut in *d. l. ſi certarum* 17. teſtatus miles proponitur, & ideo nulla eſt conjectura voluntatis, quæ ſuadeat in cæteris bonis, de quibus teſtatus non eſt, voluiſſe eum teſtatum decedere, idcircoque ceſſat jus accreſcendi ex defectu voluntatis, neque inducitur ex juris diſpoſitione, cui miles adſtrictus non eſt, cum poſſit pro parte inteſtatus decedere. *d. l. ſi miles* 6. juncta *l. miles* 41. *ff. de teſtam. milit.* Secunda ſpecies extat in *l.* 1. & 2. *C. de teſtamento militis. l. filius* 42. §. *Papinianus ff. de bon. libert. d. l. ſi certarum* 17. §. 1. *l. ex militari* 11. §. *ult. cum l.* 12. & 13. *ff. de teſtamento militis.* juncta *l. de hereditate* 19. §. *filiusfam. ff. de caſtr. pec.* ubi ſive miles duntaxat de peculio aut patrimonio caſtrenſi teſtatus ſit, non accreſcunt inſtituto bona paganica, ſive de paganis etiam teſtatus in eis unum, & in caſtrenſibus alium inſtituerit, alterutro ex eis deficiente non accreſcunt alteri bona deficientia, ſed ab inteſtato deferuntur, nimirum ea ratione, quia ex conſtitutionibus Principum conceſſum militibus privilegium eſt ſeparandi patrimonia. *d. l. cogi* 16. §. *ſed etſi miles* 6. *l. heredes* 25. §. 1. *ff. fam. erciſc.* eoque privilegio uti militem apparet, quoties ſeparatim in caſtrenſibus inſtituit, ideoque tunc quaſi duorum hominum duæ diverſæ hereditates intelliguntur, caſtrenſis & pagana. *d. l. ſi certarum* 17. §. 1. & inter inſtitutum in caſtrenſibus, & inſtitutum in paganis non eſt judicium familiæ erciſcundæ, ut pote non coheredes ejuſdem hereditatis. *d. l. heredes* 25. §. 1. Unde etiam fit, ut nec jus accreſcendi ſit inter eos, neque unquam inſtituto in caſtrenſibus accedant paganica, vel e contra, quia ſeparatio patrimoniorum oſtendit, non accepiſſe eos partes ejuſdem hereditatis, quas ſi accepiſſent non diſtinctis patrimoniis, ut in *d. l. ſi certarum* 17. contra eſſet, ut ſignificatur in *d. l. filius* 42. §. *Papinianus verſ. verum.* ibi: *perinde Titio accreſcant, ac ſi partes ejuſdem hereditatis accepiſſent*, ſed eſſe omnino ut pote in diverſis hereditatibus disjunctos re & ex voluntate militis, qua deficiente in teſtamento ejus non inducitur jus accreſcendi, ut ſupra expoſuimus, & innuitur in *d. l.* 1. ibi: *ſpecialiter in bonis, quæ in paganico habebat*: & in *d. l.* 2. ibi: *caſtrenſium tantummodo bonorum, C. de teſtamento militis.*

§. XIV. Cæterum traditionem noſtram de admittendo jure accreſcendi ex præſumpta voluntate militis, qui de omnibus bonis indiſtincte teſtatus eſt, & diſtinctionem caſuum nuper propoſitam, explanationemque *d. l. ſi certarum* 17. *in princ.* & §. 1. impugnat acriter aperteque Paulus in *l. ſi duobus* 37. *ff. de teſtamento milit.* ubi cum miles libertus duos heredes ſcripſiſſet, nec de re certa tantum, ſive cum diſtinctione caſtrenſis & paganici patrimonii, ſed indiſtincte de omni hereditate teſtatus ſit, Paulus docet, ſi alter ex heredibus repudiaverit, partem ejus deferri ab inteſtato, neque accreſcere coheredi, niſi probetur militem voluiſſe, ut accreſceret. Ergo in re dubia ex ſola diſpoſitione de omni hereditate non præſumitur voluntas militis, ut inducatur jus accreſcendi, ut conſiderat Raphaël Cumanus in *d. l. ſi duobus* 37. neque utimur, ut rem explicemus, opinamento prima fronte arridenti Jaſonis in *l.* 1. *num.* 11. *verſ. quinto C. de teſtamento militis.* qui aliud agens affirmat, eo etiam caſu, quo miles indiſtincte de omnibus bonis teſtatus eſt, quamvis præſumatur voluiſſe eum omnibus inſtitutis adeuntibus omnino teſtatum decedere, & ideo a principio ſit inter eos jus accreſcendi juxta ſpeciem *d. l. ſi certarum* 17. *in princ.* non tamen ex poſtfacto, ſi unus repudiaverit, quia hoc præter intentionem militis accidit, ideoque ejus voluntas, ut in hoc etiam caſu in totum teſtatus decedat, & conſequenter jus accreſcendi ſit, non præſumitur niſi probetur. *d. l. ſi duobus* 37. non inquam utimur ea opinione, contra quam urget Papinianus in *d. l. filius* 42. §. *Papinianus verſ. verum.* ubi a contrario ſenſu ſignificat, ſi duo illi heredes militis partes ejuſdem hereditatis accepiſſent, partem unius repudiatam accreſcere debuiſſe alteri, & conſequenter fore inter eos etiam ex poſtfacto jus accreſcendi: urget etiam juris ratio, qua attenta inter conjunctos coheredes ex ſententia noſtra, & collegatarios ex communi ſenſu, quamvis unus repudiet præter intentionem teſtantis, non tamen præter eam accreſcendi jus inducitur, ſed potius ex voluntate militis, qui conjunxiſſe in hereditate aut legato præſumitur, ut altero repudiante alteri accreſceret. *d. l. unic.* §. *his ita verſ. hoc ita varie C. de caduc. tollendis.*

§. XV. Quare obſervandum potius eſt, Paulum *lib.* 7. *quæſt.* in *d. l. ſi duobus* 37. tractaſſe eandem quæſtionem ſpeciemque Papiniani, quæ ex ejus *lib.* 13. *quæſt.* extat in *d. l. filius* 42. §. *Papinianus.* nempe in milite liberto, qui duos heredes ſcripſit, alium caſtrenſium alium paganorum, ut & Acc. tentat in *d. l.* 37. *gloſſa* 1. quo caſu ſi repudiet inſtitutus in paganicis, deferuntur ea bona ab inteſtato, neque accreſcunt ſcripto in caſtrenſibus, quia non ſunt coheredes, neque conjuncti propter ſeparatio-

tio-

tionem patrimoniorum, ut jam diximus §. 13. & ideo nec præſumitur voluiſſe miles, ut accreſceret, niſi probetur. Quam interpretationem duabus conjecturis & veluti argumentis confirmo. Primum eſt, quia non ſine myſterio Paulus proponit quæſtionem in milite liberto, (cum tamen quoad ſolum jus accreſcendi nihil referret, an libertus eſſet qui militabat nec ne) & in eo ipſo non ſine cauſſa tribui præterito patrono ab inteſtato bonorum poſſeſſionem, quatenus ab inteſtato deceſſit miles, per repudiationem unius ex heredibus, non autem contra tabulas contra alterum inſtitutum, qui adiit, ſicut & hoc idem proponitur in *d. §. Papinianus.* quod tamen falſo ſupponeretur, ſi, qui adiit, inſtitutus etiam eſſet in bonis paganicis, aut eorum parte: tunc enim non ab inteſtato dumtaxat ſed & contra inſtitutum, qui adierat, daretur contra tabulas patrono. *l. 3. § patronus 6. ff. de bon. libert. l. ult. §. 1. verſ. ſi enim patronus C. de inoff. teſtam.* proinde neceſſario fatendum eſt, eum qui adiit inſtitutum fuiſſe in ſolis caſtrenſibus, & ideo ceſſante quoad eum contra tabulas non niſi de bonorum poſſeſſione ab inteſtato poſt repudiationem alterius Paulum tractare in *d. l.* 37. Secundum eſt, quia quemadmodum Papinianus in *d. §. Papinianus in fine.* jam tradita confirmans affirmat concluditque, non invitari ſeu vocari ad contra tabulas manumiſſorem ſcilicet patronum contra Titium inſtitutum in caſtrenſibus, quia ex eis nihil aufert patronus. *d. l. 3. §. patronus* 6. ita & Paulus *eodem lib. 7. quæſt.* ex quo deducta eſt *d. l.* 37. Papiniani ſententiam, quam ſine nota & reprehenſione omiſerat in *d. §. Papinianus.* nunc confirmans imitanſque in *l. nam in bona* 30. *ff. de teſtamento militis.* ſubjungit veluti pro confirmatione & appendice quæſtionis *d. l.* 37. in bona caſtrenſia filii emancipati militis non eſſe dandam contra tabulas bonorum poſſeſſionem patri manumiſſori, & conſequenter neque patrono contra inſtitutum a liberto in caſtrenſibus, in ſpecie *d. l.* 37. quia patris manumiſſoris & patroni in hac re par jus eſt. *l. 1. in princ. & §. eſt & alius ff. ſi a parente quis fuer. manum. l. ſi a milite 29. §. ult. ff. de teſtamento militis. d. l. ult. §. 1. verſ. ſi enim patronus.*

§. XVI. Nec repugnant huic interpretationi Pauli verba in *d. l.* 37. ibi: *pro ea parte inteſtatus*, & ibi: *totam redire hereditatem*, quibus ſignificatur, eum qui repudiavit fuiſſe inſtitutum in parte hereditatis, & unam eandemque hereditatem diſtributam inter inſtitutos, & conſequenter factam non fuiſſe ſeparationem caſtrenſis & pagani patrimonii, quippe reſpondendum eſt, bona paganica in *d. l.* 37. vocari partem naturali veroque ſenſu, & reſpectu totius omnium bonorum ante ſeparationem paganorum & caſtrenſium, ut in *l. idem* 13. *§. 1. in fine. l. ſi certarum* 17. *§. 1. verſ. quod ſi alterutra ff. de teſtamento militis.* quemadmodum eodem ſenſu tota hereditas dicitur ex caſtrenſibus & paganicis conſtans, maximè cum illa accreſcunt & conjunguntur ex voluntate aperta militis. *d. l.* 37. *in fine.* ſicut in *d. l. ſi certarum* 17. *§. 1. in fine.* ubi contra voluntatem militis etiam poſt ſeparationem patrimoniorum inducitur jus accreſcendi ſingulari ratione, ne privilegium militis ſit cum aliena injuria ſcilicet creditorom. *l. impuberi* 40. *ff. de admin. tutor. l. cum filius* 28. *ff. de teſtam. milit.* explicat Faber *de error. Pragm. dec.* 71. *err.* 9. & 10. & *decade* 72. *err.* 5. quamvis civiliter & ſtricte caſtrenſis & pagana hereditas utraque per ſe & abſolute vocetur hereditas. *d. l.* 37. *in princ.* illud quoad ſententiam *d. l.* 37. *in fine.* de non admittendo jure accreſcendi, niſi probetur militem voluiſſe, ut pagana caſtrenſibus accreſcerent, ne quidquam in hac re inexplicatum relinquamus, breviter admonemus, non obſtare ei ſententiæ reſcriptum Antonini in *l. 1. C. de teſtam. militis.* ubi in eadem ſpecie, ne caſtrenſia accreſcant paganis, requiritur, ut liquido probetur militem noluiſſe, ut accreſcerent, & proinde in re dubia ſupponitur, accreſcere debere etiam poſt ſeparationem patrimoniorum, contra *d. l.* 37. namque omiſſa emendatione Fabri *d. dec.* 72. *err.* 10. qui pro verbo *noluiſſe* in *d. l.* 1. reponit *voluiſſe*, quo modo & legit, ſibique in ſecreto conſcientiæ plus placere teſtatur ante Fabrum Raphaël Fulgoſius in *d. l.* 1. dicendum potius eſt, etiam facta ſeparatione patrimoniorum præſumi in *d. l.* 1. voluntatem militis, ut accreſcant caſtrenſia paganis, tum quia inſtitutus in paganis fuit frater teſtatoris, ut conſiderat poſt Donellum noſter Valentia *lib. 1. illuſtr. tractatu 1. cap. 1. num.* 11. tum etiam, quia commilito ſimulque miles fuit, ut ex epigraphe *d. l.* 1. conjectari licet, juncta *l. de hereditate* 19. *cum l. dotem* 16. *§. 1. ff. de caſtr. pec.* quæ tamen ſecunda conjectura priori adjuncta proficit, quamvis ſola non ſufficeret. *l. 2. C. de teſtamento militis.* ideoque ad conjecturas has excludendas exigitur in *d. l.* 1. liquida probatio voluntatis militis, qui noluit, ut caſtrenſia accreſcerent fratri commilitoni in paganicis inſtituto.

§. XVII. Sed ut in explananda principali controverſia noſtra propoſita ſupra §. 6. & 8. jam pergamus, primæ illi aſſertioni hucusque firmatæ de jure accreſcendi in hereditatibus inter conjunctos, non tam ex jure quam ex voluntate defuncti æſtimando, ſubjungimus ſecundam, affirmamusque, ubicumque jus accreſcendi inducitur, ne detur abſurditas concurſus teſtati & inteſtati, pendere id principaliter, inducique ex auctoritate juris, quæ aſſertio quamvis apud noviores & Academicos Anteceſſores indubitata ſit, quia & indiſtincte jus accreſcendi in hereditatibus tribuunt ſoli juris neceſſitati, ut notavimus ſupra §. 7. *in fine.* firmatur tamen illuſtraturque illationibus ſive exemplis, quæ ſequuntur. Primum eſt in heredibus omnino disjunctis, quales ſunt, qui diverſis orationibus ad diverſas hereditatis partes vocantur, & ideo neque re, neque verbis conjunguntur. *l. Lucius* 78. *§. quæ habebat ff. ad S. C. Trebell. l. hujusmodi* 84. *§. quibus ff. de leg.* 1. inter quos accreſcendi jus non ex voluntate teſtantis deſcendit, ſed ex juris poteſtate & ratione, quæ facit, ut unius pars deficiens accreſcat alteri, qui adiit, etiamſi disjunctus ſit. *l. item quia Sabinus* 17. *§. 1. l. heredes* 63. *ff. de her. inſt.* ne alioquin pro parte deficiente defunctus inteſtatus decederet, aut repræſentatio ejus extingui intelligatur: idque probatur evidenter ex eo, quia cum voluntas defuncti ad inducendum jus accreſcendi colligi ſoleat ex conjunctione. *l. unic. §. his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie C. de caduc. toll. l. ſub conditione* 16. *ff. quibus mod. uſusfr. amit.* ideoque inter disjunctos deficiente conjunctione non poſſit ex ea, & conſequenter neque ex voluntate defuncti jus accreſcendi induci, neceſſario fatendum eſt, induci id ex ſola poteſtate juris, cui & conſequens eſt, quod ſupra docuimus, inter heredes inſtitutos a milite ſeparatis patrimoniis unum in caſtrenſibus, aliumque in paganicis, ceſſare jus accreſcendi, quia cum heredes ſint omnino disjuncti, non inducitur id ex voluntate militis, & neceſſitas juris ratioque abſurditatis concurſus teſtati & inteſtati non ſufficit ad inducendum jus accreſcendi in teſtamento militis. *d. l. ſi duobus* 37. *ff. de teſtamento mil. l. filius* 42. *§ Papinianus ff. de bon. lib.* cum expoſitis ſupra §. 13. Secundum ſive exemplum ſive illatio ſit, quoties heredi ex re certa inſtituto tota hereditas accedit accreſcitque. *l. 1. §. ſi ex fundo* 4. *ff. de her. inſt. l. coheredi* 41. *§. ult. ff. de vulgari. l. ſi quis priore* 29. *ff. ad S. C. Trebell.* induci qualequale id accreſcendi jus ex juris neceſſitate, ne ſcilicet ſequatur abſurditas concurſus teſtati & inteſtati, ut expreſſum eſt in *l. de hereditate* 19. *§. filiusfam. ff. de caſtr. pec. l. idem* 13. *§. 1. verſ. neque enim ff. de teſtamento milit.* ideoque heredi inſtituto a milite ex fundo nihil accreſcit. *l. ſi miles* 6. *ff. de teſtam. mil.* & heredi inſtituto a pagano

no excepta certa re accreſcit ea etiam contra expreſſam voluntatem defuncti, & quidem jure civili, ut ſcriptum eſt in *l. ſi ita quis* 74. *ff. de her. inſt.*

§. XVIII. Tertium & ſane dextra & dilucida explicatione digniſſimum, & ad utramque primam ſecundamque aſſertionem pertinens infertur, quando & quatenus hodie apud nos jus accreſcendi inter heredes inſtitutos, ſive in hereditatibus teſtamentariis locum habeat, vel prohiberi a teſtatore poſſit, attenta Regia *l.* 1. *verſ. y mandamos titulo* 4. *lib.* 5. *Compilat.* qua cavetur, teſtamentum in quo aut nemo heres inſtitutus fuit, aut inſtitutus heres nun extitit, valere tamen quoad legata, & reliqua teſtamento contenta, & in hereditate legitimos heredes ab inteſtato ſuccedere. Quo argumento hodie etiam non militem, ſive paganum poſſe decedere pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum, docent deducuntque ex *d. l.* 1. Menchaca *de ſucceſſionum creatione lib.* 2. §. 20. *num.* 149. *verſ. ex quo patet*, & *num.* 245. Tellius Fernandez in *l.* 3. *Tauri parte* 3. *num.* 2. noſter Pich. in §. *hereditas num.* 36. *inſt. de hered. inſtit.* Zevallos *comm. contra communes quæſtione* 707. *num.* 5. Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 17. *num.* 140. Unde & ſequi videtur, ceſſante principali ratione inducendi juris accreſcendi in hereditatibus, nempe abſurditate concurſus teſtati & inteſtati, ceſſare etiam accreſcendi jus, ut in ſimili ſtatuto admittente concurſum teſtati & inteſtati reſolvit Cagnolus in *rubr. num.* 13. *C. quando non petent. partes.* qua itidem ratione Zevallos *comm. contra communes quæſtione* 214. *num.* 12. Pich. *ubi proxime.* affirmant, inſtitutum in re certa nullo coherede dato non ſucceſſurum, niſi in ea re, neque ei reliqua bona accreſcere Regio jure, ut & firmat, quamvis aliter ratiocinetur, Joannes Matienzo in *d. l.* 1. *gloſſa* 10. *num.* 47. *titulo* 4. *lib.* 5. *Compilat.* Denique ex eodem principio idem Zevallos *d. quæſtione* 707. *num.* 5. in controverſia vexatiſſima jure communi, an ſcilicet jus accreſcendi poſſit a teſtatore inter inſtitutos prohiberi, ſcribit inſpecta Regia lege, cujus meminimus, ſuſtinendam eſſe ſententiam Bartoli in *l. quoties* 9. §. *ſi duo ff. de her. inſt.* docentis prohibitionem juris accreſcendi valere, eamque ipſam valere in inſtituto re certa, quoties teſtator prohibuit ei aliquid accreſcere, aſſerit Matienzo in *d. l.* 1. *gloſſa* 10. *num.* 48. Caſtillo *d. cap.* 17. *num.* 150. E contrario autem non fuiſſe inductum generaliter, ut quis poſſit pro parte teſtatus & inteſtatus decedere, neque ſublatum lege Regia jus accreſcendi, *arg. l. ſi quando* 35. *C. de inoffic. teſtam.* quin potius etiam hodie juri accreſcendi in hereditatibus, ſive inter inſtitutos locum eſſe, indiſtincte docet Padilla in *l. eam quam* 14. *num.* 95. *C. de fideicomm.* & pro indubitato ſupponit Caſtillo *d. cap* 17. *num.* 146. quibus conſequenter inſtituto ex re certa totum accreſcere, neque ſententiam *d. l.* 1. §. *ſi ex fundo ff. de her. inſtit. l.* 14. *titulo* 3. *Partita* 6. abrogari in *d. l.* 1. *Compilat* quin potius caſum hunc ibi omiſſum remanere ſub diſpoſitione juris communis, *arg. l. præcipimus* 32. § *ult. C. de appell.* probant late Burgos de Paz in *l.* 3. *Tauri parte* 3. *concluſ.* 6. Molina *de primogen. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 23. & poſt Padillam & alios Caſtillo *d. cap.* 17. *num.* 127. tandemque ut hodie etiam jus accreſcendi prohiberi a teſtatore non poſſit, & ſententiis nuper relatis convenit, & abſolute ſentit Gutierrez in *l. un. num.* 19. *verſ. ego vero C. quando non pet. partes.* & in *l. nemo* 55. *num.* 102. *in fine de leg.* 1.

§. XIX. Verum tot tantæque concertationes noſtratium, quibus aut ignorata vulgo, aut nondum ſatis dextre explanata juris accreſcendi in hereditatibus origo cauſſam fortaſſe dedit, ſunt ex duabus propoſitis aſſertionibus conciliandæ breviter vereque, ſi in primis tamen ſupponamus, non repugnare Regio attento jure concurſum teſtati & inteſtati, neque id ſolum in ſpecie *d. l.* 1. *Compilat.* quando aut nemo inſtitutus, aut inſtitutus non adiit, in qua ſpecie teſtamentum valet quoad legata, & reliqua omnia eo contenta, atque ita pro ea parte bonorum & diſpoſitionis teſtatus quis decedit, & inteſtatus quoad inſtitutionem ſive hereditatem, ſed etiam extra eam ſpeciem in aliis ejusdem generis idem evincit coacta juris ratio. Primo quia cum in ſpecie *d. l.* 1. teſtamentum valeat quoad omnia eo contenta ſine ulla omnino heredis inſtitutione, quod difficilius utique eſt, ut ſignificant in *d. l.* 1. illa verba: *aunque el teſtador no aya hecho heredero alguno.* & hereditas tota ab inteſtato deferatur, abrogata regula §. *ante heredis* 34. *inſtit. hoc tit. l. ſi nemo* 9. *ff. de teſtam. tutela.* recte & ex vi argumenti a majori ad minus (quod argumentum etiam in declarando jure novo ad correctionem juris antiqui valet ex traditis a Flaminio Pariſio *de confidentiis quæſtione* 20. *num.* 6.) infertur, multo magis valiturum teſtamentum ex ſententia comprehenſiva *d. l.* 1. quoties aliquis ex parte aut re certa inſtitutus heres extitit, quamvis reliqua hereditas ejusve pars ab inteſtato deferatur, ne teſtatori, cui, quod plus eſt, licet, non liceat quod eſt minus, contra regulam *l. in ſuis* 11. *ff. de liber. & poſth.* quin potius argumentemur a tota hereditate ad partem ejus, ſicut in eadem re & in materia privilegiaria, ideoque ſtricta. *l. quod vero* 14. *ff. de legg.* argumentatur a portione bonorum ad portionem temporis, Triphoninus in *l. miles* 41. *ff. de teſtam. militis.* Secundo quia cum præfatæ Regiæ legis ratio & æquitas tota in eo ſit, ut voluntas defuncti, quatenus qualiterque teſtamento continetur, etiam ſine inſtitutione obſervetur, ut poſt alios notat Matienzo in *d. l.* 1. *gloſſa* 10. *num.* 2. & ex forma privilegii militibus dati, ut voluntas eorum, quoquo modo teſtati fuerint, rata ſit. *l.* 1. *ff. de teſtam. militis.* JCti deduxerint, poſſe eos partim teſtatos & inteſtatos decedere. *l. ſi miles* 6. *l. ſi duobus de teſtam. milit.* recte & ſimiliter deducitur ex *d. l. Regia.* poſſe hodie etiam non militem ſicut quoad totam hereditatem & inſtitutionem inteſtatum, & quoad reliqua teſtatum decedere, ita & teſtatum pro parte unius inſtituti, & inteſtatum pro parte alterius non inſtituti, aut non adeuntis, *arg. l. Lucius* 88 §. *ult. ff. de leg.* 2. quo ſuppoſito breviter jam quo ad ſuperiores controverſias diſtinguimus, affirmamusque, quoties jus accreſcendi in hereditatibus ex voluntate defuncti inducitur, veluti inter inſtitutos conjunctos juxta primam aſſertionem, de qua ſupra §. 8. induci etiam id poſt Regiam legem, quæ voluntatem defuncti ſubſequitur potius, quam impedit; & e contrario in inſtitutis disjunctis, aut unico inſtituto ex re certa, in quibus accreſcendi jus deficiente voluntate, aut contra eam ex neceſſitate juris induci diximus in ſecunda aſſertione §. 17. ceſſare ex Regia Lege qualecumque jus accreſcendi, quoniam & ex ea ceſſat ratio illius inducendi, nempe repugnantia concurſus teſtati & inteſtati. Quibus conſequenter adjicimus, prohiberi ſemper poſſe regio jure attento a teſtatore jus accreſcendi, quia id neceſſitate Regii juris nunquam inducitur, & quando ex tacita voluntate teſtantis futurum erat, veluti inter conjunctos, poteſt contraria aperta voluntate tolli. *d. l. quoties* 9. §. *ſi duo* 13. *ff. de her. inſtit.* cum traditis ſupra §. 9. eamque diſtinctionem juris rationi & defunctorum voluntati conſentaneam, ideoque in diſputando veriſſimam, & in judicando & conſulendo expoſitis compoſitisque, ita noſtratium opinionibus admittendam eſſe arbitramur.

§. XX. Obſtat tamen graviter adhuc ſecundæ aſſertioni propoſitæ de jure accreſcendi inter inſtitutos disjunctos ſine voluntate teſtantis & principaliter ex juris neceſſitate inducendo argumentum adductum ſupra §. 6. *in fine* ex *l. ſi in teſtamento* 5. juncta *l. qui liberis* 8. §. *hæc verba ff. de vulg.* namque ut res explicetur, obſervandum eſt, patrem

Digitized by Google

trem vel dominum, qui per filium ſervumve heredes extiterunt, non admitti ad ſubſtitutionem factam per verba, *quisquis mihi heres erit*, in *d. l. qui liberis* 8. §. *hæc verba.* (nempe ſi ex ſua perſona admitti velint, namque admittuntur ex perſona filii vel ſervi, ſi eos in poteſtate retineant exiſtente caſu ſubſtitutionis. *l.* 3. *ff. de vulgari.*) quia quamvis ex juris diſpoſitione effectu heredes ſint, & ex tacito judicio defuncti, ideoque & fideicommiſſis onerari poſſint. *l. cum filiofam.* 11. *ff. de leg.* 1. *l. ſed etſi* 6. §. 1. *ff. de leg.* 3. tamen *non ex judicio veniunt*, ut ſcriptum eſt in *d.* §. *hæc verba.* quæ ratio ſic explicanda eſt, ut ſignificet, patrem vel dominum non venire ex judicio, neque expreſſo neque tacito ad ſubſtitutionem, de qua Ulpianus loquitur in *d.* §. *hæc verba.* Nam cum ex vi ſubſtitutionis vocati ſint dumtaxat, qui heredes ex teſtamento teſtatoris extiterunt, ut ſignificat formula, *quisquis mihi heres erit. d.* §. *hæc verba* ſive qui ſcripti & inſtituti ſunt. *d. l.* 3. *d. l. qui liberis* 8. *verſ. ſub conditione. l. ex facto* 43. §. *Julius ff. de vulgari. l. ita tamen* 27. §. *qui ſuſpectam ff. ad S. C. Trebell.* certum autem ſit, filium aut ſervum fuiſſe inſtitutos, eosque proprie ex teſtamento heredes extitiſſe, & permanere quoad titulum honoremque inſtitutionis. *l.* 3. §. *hoc autem* 2. *ff. de leg. præſtandis. l. legatum* 21. *ff. de adim. leg.* & conſequenter non patrem vel dominum, ex regula *l. quod contra* 141. §. *ult. ff de R. J.* & quia neque inſtituti ipſi pater vel dominus, neque proprie heredes, ſed quoad effectum & emolumentum loco heredis, & quaſi heredis heredes. *l. ſi ſtatulibera* §. *ſi filius* 4. *ff de ſtatulib.* quapropter neque a ſervo inſtituto, ut pote herede legari ipſi ſervo poteſt. *l. legatum* 116. §. *alienus ff. de leg.* 1. neque legari poterat a patre aut domino, ut pote non heredibus, ſed fideicommitti ante Juſtinianum. *d. l. cum filio* 11. *ff. de leg.* 1. juncto *pr. inſtit. hoc tit.* diximus ſupra §. 19. ad *l.* 1. conſequens eſt, patrem vel dominum omnino non venire ex judicio ad ſubſtitutionem, quia neque expreſſe neque tacite ſub appellatione heredis vocati ſunt. *d.* §. *hæc verba.*

§. XXI. Diverſum eſt in ſpecie *d. l. ſi in teſtamento* 5. ubi ad eandem ſubſtitutionem admittitur unus ex heredibus, non ſolum pro parte, in qua inſtitutus, ſed etiam pro ea, quæ jure accreſcendi ad eum pervenit, quia quamvis verum ſit, eum in parte accreſcente non fuiſſe inſtitutum, & obveniſſe et illam partem in *d. l.* 5. ut mox dicemus, ex tacita voluntate defuncti, ſicut patri vel domino in inſtitutione filii vel ſervi, tamen negari non poteſt, coherede in *d. l.* 5. etiam in portione accreſcente, ut pote in ea inſtituto non exiſtente, ſolum vere proprieque heredem extitiſſe, & quidem teſtatori ex teſtamento, neque enim ea portio ab inteſtato defertur, ſed ex vi ſuæ inſtitutionis teſtamento factæ, quam portio accreſcens ſecuta eſt, idque ſuadetur magis ex eo, quod inſinuatur in *d. l.* 5. *in fine.* hunc heredem ex beneficio legis Papiæ & jure liberorum, ut explicuimus ſupra §. 5. vindicare accreſcentem partem alicujus, ſcilicet coheredis, nec partem partis, ſed partem ut vocatur integram, ex qua ille inſtitutus: & tamen ſi conjuncti a teſtatore duo iſti heredes non fuiſſent, non vindicaret etiam ex beneficio legis Papiæ partem integram, ſed ejus partis partes, quæ coheredibus accreſcere non poſſunt, ex perſona eorum in fiſcum caderent. *l. un. in princ. C. de caduc. tollend.* Proinde ſupponendum videtur, illum heredem, cui accreſcit, fuiſſe a teſtatore conjunctum cum coherede, qui defecit, & ideo ei ſoli, non autem coheredibus, neque ex eorum perſona fiſco accreſcere integram partem conjuncti. *l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. ſin vero quidam C. de caduc. toll. l. heredes* 63. *ff. de her. inſtit.* Unde & jam conſtat, multo magis quam patrem vel dominum, qui neque heres neque in inſtitutione heredi conjunctus, quin potius proprie heres filius aut ſervus, eſſe heredem proprie eum, cui accreſcit in *d. l.* 5. & pro inſtituto haberi etiam in portione accreſcente, atque ita pro ea quoque ex judicio defuncti venire ad ſubſtitutionem, nec tamen inde inferri poſſe, jus accreſcendi inter inſtitutos ſemper ex voluntate teſtatoris deſcendere, quamvis id verum ſit inter inſtitutos conjunctos, ut in *d. l.* 5. quam ita exponimus conciliamusque cum *d.* §. *hæc verba.* quamvis aliter vulgo hactenus & poſt Jaſonem in *d. l. cum filio* 11. *num.* 35. & 38. ubi & Duat. *ff. de leg.* 1. noſter Pich. ad *eundem tit. cap.* 6. *num.* 57. Hillig. ad Don. *lib.* 8. *cap.* 10. *lit. A.*

§. XXII. Succedit jam tertia aſſertio, in qua proponimus, in hereditatibus inter non inſtitutos, ſive inter eos, qui non ex teſtamento, ſed vel contra id & contra voluntatem defuncti, vel ab inteſtato ad hereditatem vocantur, jus accreſcendi non ex defuncti voluntate, ſed ex juris auctoritate induci, ut poſt alios cenſuit recte Menoch. *de præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 86. *num.* 6. & 9. Mantica *de conjecturis lib.* 4. *titulo* 10. *num.* 3. & 9. Bellonus *de jure accreſc. cap.* 2. *quæſtione* 2. *num.* 61. & 66. idque ex eo apparet, quia in primis quoad ſuccedentes contra teſtamentum non poteſt dici, accreſcere uni partem alterius ex voluntate defuncti, cum & ſinguli ſuas partes contra voluntatem defuncti vindicent, deinde inter ſuccedentes ab inteſtato, quamvis verum ſit eum, qui & quando cum teſtari poſſet noluit, præſumi reliquiſſe ei hereditatem, dum non ademit, & ideo eos ſuccedere ex tacita voluntate defuncti. *l.* 3. *l. conficiuntur* 11. §. 1. *ff. de jure codicill. l.* 1. §. *ſciendum* 6. *ff. de leg.* 3. quapropter & ab inteſtato jus accreſcendi ex tacita voluntate defuncti pendere docent poſt Accurſ. in *l. ſi Titio* 61. §. *Julianus*, *verbo cum ſuo onere*, *ff. de leg.* 2. Gomez. *tom.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 26. Gutierrez in *l. un. num.* 8. & 9. *C. quando non petent. partes.* verius tamen eſt, in ſucceſſione ab inteſtato voluntatem defuncti, quando & quatenus adeſt, acceſſoriam eſſe, quia per eam non tam datur ſucceſſio, quam non adimitur. *d. l.* 1. §. *ſciendum* 6. & principaliter proprieque datur & defertur ſucceſſio ex legis auctoritate, unde & legitima ſeu juſta dicitur. *l.* 3. §. *de illo ff. pro ſocio.* proinde & principaliter proprieque jus accreſcendi inter ſuccedentes ab inteſtato, vel contra teſtamentum inducitur ex auctoritate legis, conjectura ex eo deducta, quia dum lex plures ejusdem gradus veluti liberos aut agnatos ſimul ad ſucceſſionem vocat, & quidem ſub appellatione unius, ut lex XII. Tabb. de ſucceſſione agnati proximi. *l. pronuntiatio* 195. §. 1. *verſ. in res ff. de V. S.* §. *ſi plures* 5. *inſtit. de leg. agn. ſucceſſ.* cenſetur eos conjungere in ſucceſſione, & in unum veluti corpus redigere, *arg. l. un.* §. *his ita* 10. *verſ hoc ita tam varie C. de caduc. toll.* ideoque quemadmodum inter conjunctos a teſtatore ex mente ejus, & vi conjunctionis teſtamentariæ jus accreſcendi eſt, ita inter eos, quos in ſucceſſione lex jungit, ex mente ejusdem legis, & vi legalis conjunctionis, ut ſentit & appellat Bart. in *præſenti num.* 17. & 61. Jaſon *num.* 51. Alciatus *lib.* 4. *paradoxorum cap.* 8. *num.* 3. Duarenus *de jure accreſc. lib.* 1. *cap.* 1. Hotmanus *illuſtr. quæſtione* 44. quibus conſequens eſt, inter ſuccedentes contra teſtamentum vel ab inteſtato jus accreſcendi prohiberi a teſtatore non poſſe, ſicut nec derogari legi, qua id jus inducitur. *l. nemo* 55. *ff. de leg.* 1.

§. XXIII. Plane ex hac aſſertione jam liquet, verum eſſe, & qua ratione nitatur, quod ſupra pro argumento expendimus §. 7. nempe jus accreſcendi non deſcendere ex voluntate defuncti, quando datur inter ſuccedentes contra voluntatem, veluti inter vocatos ad querelam inofficioſi teſtamenti. *l. qui repudiantis* 17. *in princ. l. ſi ponas* 23. §. *ult. ff. de inoff.* vel ad bon. poſſeſſionem contra tabulas parentis aut liberti. *l. ſi poſt mortem* 10. §.

liberi 4. *l. ſi duobus* 12. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l.* 1. *§. ſi quis ex nepotibus* 12. *ff. de conjung. cum emancipats. l. ſive libertus* 21. *§. ex duobus ff. de jure patron. l. ex tribus* 21. *ff. de bon. lib.* ſicut & quando datur inter ſuccedentes ab inteſtato, vel ex jure civili. *l. ſi ex pluribus* 9. *ff. de ſuis & legit. l.* 1. *§ ſi nemo* 9. *ff. ad S. C. Tertull. §. ult. inſtit. de S. C. Orphit.* Ulpianus *titulo* 26. *§. ſi plures.* Paulus *lib.* 4. *ſentent. titulo* 8. *§. ult.* vel ex jure Prætorio. *l.* 3. *§. ult. ff. de bonor. poſſeſſ. l. un. C. quando non pet. partes. l. ſi quis ex his* 5. *§. ult. ff. ſi tab teſtam. nullæ ext. §. etſi interdum inſt. de bon. poſſeſſ.* Nec refragatur huic aſſertioni textus, cujus ſupra §. 6. meminimus in *d.* l. *ſi Titis* 61. §. *Julianus in fine ff. de leg.* 2. ubi ſignificatur, ſuccedentem ab inteſtato, cui coheredis portio accreſcit, conſequi eam quaſi ſubſtitutum, & proinde eſſe ibi jus accreſcendi ex tacita voluntate defuncti, ex qua & tacitæ ſubſtitutiones inducuntur. *l. quin tacita* 25. *ff. de her. inſt.* Namque reſpondendum eſt, coheredem ab inteſtato in *d. §. Julinnus* ſubſtitutum vocari improprie, ut indicat vox *quaſi* frequens improprietatis nota. *l.* 2. *§. voluntatem ff. ſol. matr.* & comparative, quia quemadmodum poſt reſcriptum Severi Cæſaris ſubſtitutus conſequitur portionem inſtituti cum onere præſtandi legata ab inſtituto relicta. *l. licet Imperator* 74. *ff. de leg.* 1. *l. non juſtam* 4. *C. ad S. C. Trebell.* ita & ad ſimilitudinem ſubſtituti coheres ab inteſtato, cui coheredis portio accreſcit, debet eam conſequi cum onere fideicommiſſorum, quæ ab illo coherede, qui defecit, relicta erant, ut explicat poſt multos Bellonus *d. cap.* 2. *quæſtione* 2. *num.* 69. ſentitque ultra ab eo laudatus Coraſius in *l. poſt aditum num.* 30. *C. de impuber.* Goveanus *de jure accreſc. num.* 22. Duarenus *eod. tractatu lib.* 1. *cap.* 1.

§. XXIV. Quarta & poſtrema aſſertio ſit & expeditior, quia in ea nobis & cum Anteceſſoribus Academicis convenit, & cum laudatis ſupra §. 7. *in fine.* nempe in legatis & fideicommiſſis etiam univerſalibus (excepta tamen ſingulari cauſſa caſuque *l. cogi* 16. *§. ſi quis heres* 4. *ff. ad S. C. Trebell.*) jus accreſcendi omnino & principaliter ex tacita voluntate defuncti deſcendere non ex juris neceſſitate, namque & in legatis fideicommiſſiſque cauſſa juris accreſcendi eſt ſola conjunctio. *l. & Proculo* 20. *ff. de leg.* 2. *l.* 1. *in princ. ff. de uſufr. accreſc.* ac proinde tacita voluntas defuncti, quæ ex conjunctione colligitur. *l. un. §. his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie C. de cad. toll.* Unde & *jus conjunctionis* dicitur in *l.* 16. *ff. quibus mod. uſusfr. am.* ceſſatque inter omnimodo disjunctos. *d. l. & Proculo* 20. *l. Lucius* 18. *§. quæ habebat ff. ad S. C. Trebell.* & inducendi juris accreſcendi in legatis non poteſt cauſſa eſſe juris neceſſitas, ratioque illa repugnantiæ concurſus teſtati & inteſtati, quia, etiamſi portio legati non accreſcat collegatario, non fiet defunctus partim teſtatus & inteſtatus, cum ſuperſit heres, qui adiit, & teſtamenti cauſſam in totum ſuſtinet. *d. l. un. §. in prima cum §. ſequenti C. de cad. toll.* Quibus & conſentaneum eſt, jus accreſcendi in legatis & fideicommiſſis, ut pote ex voluntate defuncti pendens, etiam in teſtamento militis locum habere, ut docet Marcellus vulgo in hanc rem ignotus in *l. ſi miles* 31. *ff. de teſtam. mil.* quam illuſtrabis ex *l.* 1. *in princ. C. de communi ſervo manum.* & poſſe teſtatoris etiam non militis prohibitione impediri, ut *arg. d. l. Lucius* 78. *§. quæ habebat.* firmat poſt Baldum & Caſtrenſem ibi cum pluribus Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 17. *num.* 71.

§. XXV. Sed repugnat & quidem acriter primo aſpectu huic aſſertioni Ulpiani ſententia in *l.* 3. *§. ſed etſi conjunctim* 3. *ff. de leg. præſt.* quam ſupra §. 7. expendimus, ut evinceremus, etiam in legatis jus accreſcendi non ex voluntate defuncti deſcendere, quandoquidem in *d. §. ſed etſi conjunctim.* liberis & parentibus, quibus ex edicto illius tituli conſervatur, quod ex voluntate defuncti eis defertur, non tamen conſervatur pars conjuncti, quæ accreſceret, quaſi ſcilicet non accreſcat ex voluntate, augeturque difficultas ex *l. filium* 5. *§. ult. verſ. id quod, & verſ. ult. ff. de leg. præſt.* ubi ex eodem edicto affirmatur, liberis & parentibus quibus legata conſervantur, dari communicari & prodeſſe id, quod ex eis legatis non præſtatur extraneis, & conſequenter conſervari & accreſcere portionem conjuncti contra *d. §. ſed etſi conjunctim* 3. quare ut rem explicemus, omiſſis variis antiquiorum opinationibus affirmandum breviter eſt, idcirco in *d. § ſed etſi conjunctim* non conſervari liberis & parentibus portionem conjuncti, cui non præſtatur, quoniam jure ſingulari ex edicto de legatis præſtandis admittuntur liberi & parentes ad legata petenda, quæ alioquin reſciſſo ſaltem Prætorio jure per bon. poſſeſſionem contra tabulas teſtamento intercidereut, niſi ex æquitate illius edicti conſervarentur exceptis perſonis, data eis actione in emancipatum, quia contra tabulas accepit, & contra voluntatem ſucceſſit. *l.* 1. *ff. de leg. præſt.* proinde cum ſingulare jus ſtricte interpretemur. *l. quod vero* 14. *ff. de legibus.* ſicut ex eo fit, ut non niſi quæ ipſis liberis vel parentibus ſpecialiter relicta ſunt, conſerventur, ideoque legatum ſervo eorum relicto eis non conſervatur, quia quamvis eis ex tacita voluntate defuncti deferretur, tamen proprie & aperte non ipſi, ſed ſervus legatarius eſt honore affectuque defuncti. *d. l.* 3. *§. hoc autem* 2. l. *legatum* 21. *ff. de adim. leg.* ita neque conſervatur portio conjuncti, quia quamvis ex tacita voluntate, ſi legatum non intercidiſſet, accreſcere deberet, proprie tamen ſpecialiterque non ipſis, ſed conjuncto relicta eſt, ut ratiocinari Ulpianus videtur, continuata per verba *ſed etſi* ſententia *d. §. ſed etſi conjunctim.* cum præcedente *§. hoc autem.* Unde apparet, non ideo in illa ſpecie recte inſerri, non eſſe ibi jus accreſcendi in legato, quia non ex voluntate deſcendit, ſed quia id ex tacita voluntate futurum erat, & ex edicto illius tituli non conſervantur, niſi aperte & ſpecialiter relicta, ut pote jure ſingulari & in eum, qui contra voluntatem ſucceſſit, ut ex eo textu docent deducuntque Bart. in *l. mulieri* 74. *num.* 1. *ff. de condit. & dem.* & in *præſenti num.* 34. Jaſon *num.* 184. *& ſeqq.* Ripa *num.* 194. Mantica *de conjecturis lib.* 10. *titulo* 3. *nnm.* 30. Menochius *lib.* 4. *præſumpt.* 86. *num.* 19. Duarenus *de jure accreſc. lib.* 2. *cap.* 20.

§. XXVI. Neque contrarium eſt, quod extat in *d. l. filium* 5. *§. ult.* nempe proficere liberis & parentibus communicarique, quod extraneis non præſtatur, quippe cum Socino ſeniore in *d. l. mulieri* 74. *num.* 14. intelligendum id eſt non de commodo juris accreſcendi, ſed de incremento quartæ Falcidiæ non deducendæ, quod liberi & parentes ſentiunt, quorum legata augentur, & integra vel minus per Falcidiam reſciſſa præſtantur ex eo, quod legata extraneis non conſervantur, atque ita quod ex eis manet apud eum, cui portio hereditatis conſervatur in *d. §. ult.* & imputatur ei in quartam Falcidiam, & proficit liberis parentibusque ad ſolida vel integriora legata conſequenda, ut in *l. ex aſſe* 52. *ff. ad l. Falcid.* quam interpretationem ſuadent in *d. §. ult.* verba illa, *nam ſi legatis fuerunt ſiu portio tam liberorum parentumve quam extraneorum.* & confirmat Ulpianus ipſe in *d. l. filium* 5. *§. ſi legata* 5. ibi: *tamen nunc ob hoc, quod extraneis non præſtantur, legata liberorum augentur.* quomodo ibi legendum, ut in Florentinis codicibus & poſt Haloandrum notat ibi Cujac. & deducitur ex *l. etſi contra* 35. *ff. de vulgari. l. ult. §. ult. ff. de leg.* 3. non ut depravate in vulgatis, *tamen non ob hoc,* in qua tamen lectione explicanda laborant anxie Acc. *verbo profuturum.* & Bart. in *d. §. ult.* ſed omnino turpius poſt Bart. & alios Ripa in *præſenti num.* 148. Gotofredus in *d. §. ult.* qui ſpeciem ejus

ejus accipiunt de jure accreſcendi, fluctuantque poſtea, ut concilient cum *d. §. ſed etſi conjunctim* 3. Proinde conſtat jam non prodeſſe in *d. §. ult.* liberis & parentibus, quod extraneis non præſtatur, ut accreſcat aliquid amplius, quam quod ipſis relictum eſt; ſed ut illud ipſum relictum minus deminutum conſequantur.

§. XXVII. Obſtat tamen ſuperioribus, ne diſſimulem, pungitque non leviter Pauli locus in *l. ſi extraneo* 46. *ff. de uſufr.* ubi cum inſtituto extraneo & emancipato præterito proprietas fundi deducto uſufructu legata matri defuncti eſſet, ſcriptum eſt; petita contra tabulas bonorum poſſeſſione præſtandam eſſe matri pietatis reſpectu plenam proprietatem, atque ita cum uſufructu, qui neque expreſſim neque tacite matri relictus eſt, quin imo aperte denegatus, dum proprietas deducto uſufructu legata fuit. Sed omiſſis traditis poſt Fulgoſium & alios a Fabro in *Rat. d. l. ſi extraneo* 46. reſpondendum breviter eſt, uſumfructum ibi ab emancipato præterito deduci & retineri non potuiſſe, quia ſicut uſusfructus jam conſtitutus perſonæ fructuarii cohæret, eaque deficiente proprietati conſolidatur, ita & deductio ejusdem nondum conſtituti cohæret ex præſumpta voluntate defuncti perſonæ ejus heredis, a quo proprietas deducto uſufructu legata eſt, ideoque neque ab herede heredis fieri ea deductio & ſeparatio a proprietate poteſt. *l. qui uſumfructum* 36. *§. ſtipulatus verſ. hoc ita ff. de uſufr. l. Sempronius* 22. *verſ. ſed his caſibus ff. de uſufr. leg. l. antiquitas* 14. *C. de uſufr.* neque ab emancipato præterito, cum teſtator de deductione in perſona inſtituti extranei ſenſerit. *d. l. ſi extraneo* 46. *d. l. Sempronius* 22. *verſ. ſed his caſibus.* Unde non ſolum conſequens, ſed & neceſſe videbatur, uſufructu non deducto, nec ſeparato a proprietate, quia nec poteſt, plenam proprietatem matri præſtari, ut interpretatur ex mente Acc. & Alberici *ibidem*, Cujacius *tractatu* 5. *ad Afric.* in *d. l. qui uſumfructum* 36. *§. ſtipulatur.* ubi & hoc argumento adjectionem illam pietatis reſpectu in *d. l.* 46. falſam & coloratam rationem vocat, nec neceſſariam, cum vera ſuppetat; ſed immerito, quia quamvis, ut uſusfructus a proprietate non ſeparetur, ſive ut non deducatur ex ratione jam tradita, neceſſe ſit tamen, ut proprietas legata & conſequenter cum ea uſusfructus matri præſtetur, ſit pietatis reſpectu, de quo in edicto, & *d. l.* 1. *ff. de leg. præſt.* & ſine quo proprietas ipſa, & proinde uſusfructus ab ea non ſeparatus apud emancipatum maneret, atque ita ratio illa & pietatis reſpectus non ſolum juris colorem habet, ut agnoſcit Modeſtinus, quamvis non explicet Cujac. in *l.* 1. *in fine ff. de leg. præſt.* ſed & neceſſaria veraque eſt: præſtatur itaque uſusfructus matri, quamvis ei non relictus, quia cum deduci ab emancipato non poſſit, ſequitur neceſſario, proprietatem aliudque in portione conjuncti, quæ ut pote non perſonalis manet apud emancipatum, quia heredis loco eſt. *l. is qui* 15. *§. ult. l. ſi emancipata* 17. *ff. de leg. præſt.* ideoque non accreſcit conjuncto. *d. §. ſed etſi conjunctim.*

§. XXVIII. Abſoluta diſputatione jam de origine juris accreſcendi, & an ex jure vel ex voluntate deſcendat, non morabitur nos inſpectio de ratione ejusdem juris, pro qua præmittimus, vulgatam receptiſſimamque rationem juris accreſcendi eam reddi ſolere, ne defunctus pro parte teſtatus ſit & pro parte inteſtatus, contra regulam *l. jus noſtrum* 7. *ff. de R. J.* ut poſt gloſſam in *l. ſervus communis* 67. *verbo accreſcunt ff. de adquir. hered.* Bart. in *præſenti num.* 25. & 59. probant veteres novioresque Scholaſticæ & Forenſis notæ innumeri congeſti a Bellono *de jure accreſc. cap.* 3. *quæſt.* 1. *num.* 1. a qua tamen ratione poſt Jaſonem in *præſenti num.* 112. noviores & noſtrates diſcedunt, quia generalis non eſt, neque convenit legatis, fideicommiſſis, ſucceſſionibus ab inteſtato, & contra teſtamentum. Denique inſtitutis conjunctis reſpectu disjunctorum in teſtamento pagani vel militis, juxta tradita ſupra §. 9. & *ſeqq.* in quibus ſingulis accreſcendi juri locus eſt, & tamen ea ratio ceſſat, quia quamvis pars deficiens non accreſcat collegatario aut coheredi contra teſtamentum vel ab inteſtato, aut etiamſi non ſolis inſtitutis conjunctis accreſcat, non magis fiet defunctus pro parte teſtatus & inteſtatus, quapropter poſt Ant. Fabrum *de erroribus Pragm. decade* 49. *err.* 1. præceptores noſtri interque alios Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 1. *cap.* 1. *num:* 6. & *ſequentibus*, & *lib.* 9. *tractatu* 1. *cap.* 4. *num.* 11. & ante omnes Bart in *l. mulieri* 74. *num.* 3. *ff. de condit. & dem.* docent, rationem juris accreſcendi in hereditatibus eſſe, quia hereditas individua eſt, & defunctus pro parte repræſentari ab herede non poteſt, ſicut neque pro parte vivere, aut in rerum natura eſſe, ideoque non licet heredi parte ſua agnita partem ejusdem hereditatis accreſcentem repudiare, & pro ea parte repræſentationem defuncti, quam ſemel ſuſcepit, reſpuere, ut explicat Hillig. ad Don. *lib.* 6. *cap.* 12. *lit. C.* ſed & hæc ratio (quod modice & modeſte dicere liceat) quamvis vera in ſe ſit, magis tamen probat; quare ſuppoſito accreſcendi jure non poſſit coheres, qui ſemel adiit portionem accreſcentem, rejicere, ſive quare invito accreſcat, cui effectui applicatur hæc ratio in *l. unic. §. his ita* 10. *verſ. in his itaque.* ibi: *& hoc nolentibus &c. C. de caducis tollendis.* quam quare accreſcat. Idque ex eo apparet, quia ſi, ut accreſceret, efficeret individuitas hereditatis aut repræſentationis, neque inter eos, qui adierint, hereditas dividi & a ſingulis pro ſua parte repræſentari defunctus poſſet, quod tamen falſum eſt. *l. debitori* 50. *ff. de fidejuſſoribus. l.* 1. & *l. penult. C. de her. act.* proinde & quoties repudiante uno ex inſtitutis disjunctis coheredi disjuncto accreſcit, non fit ne hereditas aut repræſentatio dividatur, quæ etiam illo adeunte divideretur, ſed ne dividatur inter diverſo jure ſuccedentes, veluti eum, qui adiit ex teſtamento, & alium ab inteſtato, atque ita in hoc hæc ratio eſt, veluti ratio prioris illius de concurſu teſtati & inteſtati, & in illam fere incidit. Deinde diſplicet hæc ratio ex eo, quia neque in hereditatibus generalis eſt, namque ut pars inſtituti conjuncti accreſcat conjuncto, & non disjuncto. *l. heredes* 63. *ff. de her. inſt.* & ut in bonorum poſſeſſione contra tabulas pars unius ex nepotibus accreſcat alteri nepoti, non autem patri aut patruo. *l.* 1. *§. ſi quis ex nepotibus* 12. *ff. de conjung. cum em.* & e contrario pars patris emancipati accreſcat nepotibus ex eo, non autem fratri. *l. ſi quis ex his* 5. *§. ult. ff. ſi tab. teſtamenti nullæ ext.* non fit ex individuitate hereditatis & repræſentationis; quoniam etſi non conjuncto ſoli, ſed etiam disjunctis inſtitutis accreſceret, vel non ſoli nepoti, ſed etiam patri & patruo, aut e contra non divideretur hereditas aut repræſentatio difformiter, ſive inter diverſo jure ſuccedentes, ſed ſemper vel inter inſtitutos omnes, vel inter ſuccedentes pariter contra teſtamentum, ut circa inſtitutos notavimus ſupra §. 9.

§. XXIX. Ergo his, & ſi quæ ſunt ſimiles aliæ, omiſſis affirmandum breviter eſt, juris accreſcendi cauſſam rationemque diverſam eſſe pro diverſitate ſpecierum, in quibus locum habet, quamvis ſemper una ex duabus cauſſis ſit, aut conjunctio facta a teſtatore vel lege, aut ne ſequatur repugnantia concurſus teſtati & inteſtati, ut agnoſcunt Baldus in *l. quidam edagio* 20. *num.* 20. *C. de jure delib.* Duar. *lib.* 1. *de jure accreſc. cap.* 4. Bellonus *eodem tractatu cap.* 3. *quæſt.* 1. *num.* 16. quocirca in hereditatibus inter inſtitutos conjunctos, & in legatis fideicommiſſisque ratio juris accreſcendi eſt conjunctio facta a teſtatore, tacitaque voluntas ejus inde deducta. *l. unic. §. his ita* 10. *verſ. hoc ita tam variis C. de caduc. tollendis. l. item*

1. §. 1. *verſ. nam quantum ff. de her. inſt. l. & Proculo* 20. *ff. de leg.* 2. junctis traditis ſupra §. 8. & 24. ſimiliterque inter ſuccedentes contra teſtamentum & ab inteſtato ratio juris accreſcendi eſt conjunctio legalis, ut expoſuimus §. 22. E contrario inter inſtitutos disjunctos, aut quoties inſtituto ex re parteve certa accreſcit reliquum contra voluntatem defuncti, ratio accreſcendi eſt, ne, ſi non accreſcat, deferatur ab inteſtato, atque ita pro ea parte fiat defunctus inteſtatus, & pro alia teſtatus, ſive, quod idem eſt, dividatur hereditas & repræſentatio defuncti diverſimode, tanquam teſtati & inteſtati, contra regulam *l. jus noſtrum* 7. *ff. de R. J.* eamque rationem accreſcendi, quoties accreſcit contra voluntatem, veluti inter inſtitutos disjunctos, reddunt JCti in *l. de hereditate* 19. *§. filiusfam. ff. de caſtr. pec. l. idem* 13. §. 1. *l. ſi miles* 6. *l. ſi duobus* 37. *ff. de teſtamento militis. §. hereditas* 5. *verſ. non autem inſt. de her. inſt.*

§. XXX. Originem rationemque juris accreſcendi ſequitur definitio ejusdem diviſioque ſimul ſummatimque exponendæ, & quoad definitionem omiſſa tradita a Ripa in *præſenti num.* 7. Coraſio in *l. ſi teſtamento num.* 1. *C. de impub.* alia Bologneti in *præſenti num.* 23. alia Cagnoli in *l. unic. num.* 6. & 7. *C. quando non pet. partes.* alia Zaſii ad *tit. de uſufr. accreſc.* alia Menchacæ *lib.* 3. *de ſucc. progreſſu in præfatione num.* 1. alia Coſtani *lib.* 1. *var. ambiguit. cap.* 10. alia Hotmani in *epitome ad tit. de uſufr. accreſc. num.* 2. & 14. aliis denique congeſtis ab Hilligero ad Don. *lib.* 7. *cap.* 12. *lit. A.* placuiſſe video Academicis Præceptoribus, & præ cæteris noſtro Pich. in *§. ſi eadem res num.* 27. *inſt. hoc tit.* definitionem Cujacii in *paratitlis ad tit. de uſufr. accreſc.* & *lib.* 17. *quæſt. Papiniani* in *l.* 2. *ff. quibus mod. uſusfr. amitt.* & *tractatu* 5. *ad Afric.* in *l. qui uſumfructum* 36. *§. uſusfructus ff. de uſufr.* ut *jus accreſcendi ſit jus retinendæ, nanciſcendæve portionis ejus, qui non concurrit, vel concurrere deſiit.* in qua definitione in primis pro verbis illis *ejus qui non concurrit, vel concurrere deſiit.* velim ſubſtitui non verbum *conjunctim*, ut Pichardus noſter ſubſtituit, quia id juri accreſcendi inter inſtitutos disjunctos non convenit, ſed unicum verbum *deficientis*, quo ſuppoſito totam rem continent, & explicatum deſiderant verba illa *jus retinendæ nanciſcendæve*, quorum ſenſus eſt, quoties duo ab initio ad ſolidam hereditatem vel legatum ſeparatis orationibus vocati ſunt, ſi uterque concurrat, partes inter eos concurſu fieri *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. *l.* 1. *§. interdum ff. de uſufr. accreſ.* ſi autem alter deficiat, ſolidum ad alterum pertinere, non quidem quaſi augeatur, adquiraturve pars ei a teſtatore non relicta, ſed quaſi retineatur illud ipſum ſolidum, quod ab initio ei relictum eſt, nec deminutum alterius concurſu: idque in definitione dicitur *retinendæ portionis jus*, & ex Juſtiniani & communi ſenſu *jus non decreſcendi*, quia ex vi ejus juris non tam accreſcit augeturve, quam non decreſcit, ſive non minuitur ſolidum a principio relictum. *d. l. unic. §. ubi autem* 11. *verſ. ſin vero nemo C. de caduc. toll.* eique juri non decreſcendi tam in proprietate, quam in uſusfructus parte conjuncto non quæſita locus eſt. *l.* 1. *§. interdum ff. de uſufr. accreſ.* E contrario jus nanciſcendæ portionis, ſive, quod idem eſt, proprium ſpecialeque jus accreſcendi locum habet præcipue in uſufructu, ut mox dicemus, non tamen in eo ſolo, ut inconſpecte Cujacius *ubi proxime*, & cum eo noſtrates ſupponunt, ſed etiam in hereditatibus inter inſtitutos omnino disjunctos & ad diverſas partes hereditatis diverſis orationibus vocatos, quo caſu cum ab initio ſingulis ſua tantum pars data ſit, ille, cui vacans pars coheredis accreſcit, non poteſt dici eam retinere jure non decreſcendi, quia eam nunquam habuit, neque a principio ei data aut delata eſt, ſed nanciſcitur ibi a principio non relictam, & adquirit proprio & ſpeciali accreſcendi jure, obtinetque idem jus nempe accreſcendi ſeu nanciſcendæ inter legatarios re & verbis conjunctos, ut ex veriore ſententia ſuo loco dicemus, conſtatque ex *d. l. unic. §. ubi autem* 11. *verſ. ſi vero pars.* Et præcipue in uſufructu, in quo non ſolum eo caſu, quo in legato proprietatis juri accreſcendi locus eſt, nempe in portione deficiente in conjuncto, quia non concurrit, ſive quia non adquirit, ſed etiam, ſi deficiat pars uſusfructus, quia eam poſt adquiſitionem conjunctus amiſit, atque ita concurrere deſiit, non conſolidatur proprietati, ſed accreſcit collegatario. *d. l.* 1. *§. interdum.*

§. XXXI. Ex qua definitione licet & paucis primarias duas juris accreſcendi diviſiones colligere & intelligere. Prima eſt in ſpeciem illam, quam communi nomine ad ſpeciem contracto, ut in *pr. inſt. de adopt.* dicimus ſpecialiter *jus accreſcendi*, ſive nanciſcendæ portionis deficientis, & in jus, quod vocamus *non decreſcendi*, quomodo eas ſpecies a veteribus JCtis non diſtinctas diviſit & diſtinxit primus Juſtinianus in *d. l. un. §. ubi autem* 11. *verſ. ſi vero pars*, & *verſ. ſin vero nemo.* notantque poſt alios Duarenus *de jure accreſc. lib.* 1. *cap.* 11. Cujac. Giphanius, & alii in *d. l. un. §. ubi autem* 11. Secunda diviſio præmonente Goveano *de jure accreſc. num.* 2. eſt in *jus accreſcendi reale*, quale eſt quod in proprietate exerceri conjuncto non concurrente diximus, & *jus accreſcendi perſonale*, quod proprie in uſufructu obtinet etiam poſt concurſum collegatarii, & *perſonale* nuncupamus, quia in uſufructu portio deficiens accreſcit perſonæ conjuncti, etiamſi ſuam portionem amiſerit. *l. ſi Titio* 33. *§. ult. ff. de uſufr. l. interdum* 10. *ff. de uſufr. accreſc. l. & an eadem* 14. *§. qui cum partem ff. de except. rei jud.* cum e contrario in proprietate & reali jure accreſcendi res rei, ſive portio portioni ut alluvio accreſcat; non autem ei perſonæ, quæ portionem ſuam amiſit. *d. l. ſi Titio* 33. *§. ult. l. ſi totam* 83. *ff. de adquir. hered.*

§. XXXII. Illud utique ex traditis & ex *d. §. ubi autem* 11. *verſ. ſin vero nemo.* vitium definitioni ſupra propoſitæ objicitur, quod cum jus retinendæ ſeu non decreſcendi diverſum prorſus ſit a jure accreſcendi, quia quod retinetur non accreſcit ſed non decreſcit, non niſi inepte, perperamque definitioni juris accreſcendi inſeri videtur verbum *retinendæ*, quo jus non decreſcendi ſignificatur, quodque juri accreſcendi non convenit. Sed ut res explicatu digniſſima digne explicetur, obſervandum breviter nec vulgariter eſt, ſub genere ſeu generali appellatione juris accreſcendi & jus non decreſcendi tanquam ſpeciem contineri, & a JCtis partem etiam non decreſcentem, ſive quæ tanquam ſolido ab initio dato retinetur, accreſcere dici. *d. l.* 1. *§. interdum ff. de uſufr. accr. l. hæc ſcriptura* 26. *§. ult. l. ſi ſeparatim* 30. ubi Acc. *verbo accreſcat, ff. de condit. & dem.* neque impropric immeritove, quia quamvis reſpectu verborum & voluntatis defuncti in re tantum conjunctis ſolidum ab initio ſingulis datum eſſe, ideoque repudiante uno non tam alteri accreſcere, quam non decreſcere ſolidum a defuncto relictum Juſtinianus doceat in *d. §. ubi autem* 11. *verſ. ſin vero nemo.* tamen reſpectu temporis poſt mortem teſtatoris, & antequam unus ex conjunctis repudiet ſeu deficiat in legato & hereditate, non niſi pars ad ſingulos pertinet, atque eo ſenſu poſtea repudiante uno partem illius alteri accreſcere proprie affirmant JCti, idque in hereditatibus evidentius apparet, quia ex duobus heredibus uno deliberante alter non niſi pro parte hereditatem, aut bonorum poſſeſſionem agnoſcere, & petere poteſt. *l.* 2. *ff. ſi pars hered. pet. l.* 1. *§. ſi ex tribus* 3. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. l.* 2. *§. pro qua quisque* 2. *ff. de bon. poſſeſſ. ſecundum tab. l. ſervum* 67. *ff. de adquir. hered.* in legatis autem vindicationis, in quibus ſolis juri ac-

accreſcendi locum fuiſſe *cap. ſequente* oſtendemus, & in quibus dominium ipſo jure, & ante agnitionem revocabiliter in legatarium tranſire. *l. cum pater* 77. *§. ſurde ff. de leg.* 2. diximus ſupra §. 24. ad *l.* 1. *de leg.* 1. non adquiritur interim ſive ante repudiationem unius dominium illud revocabile alteri legatario in ſolidum; id enim eſſet contra juris rationem regulamque *legis ſi ut certo* 5. *§. ult. ff. commodati.* ſed pro parte unicuique, quamdiu alter non repudiat. *l. ſi domino* 99. *l. ſi pluribus* 33. *verſ. ſin autem. l. plane* 34. *§. ſi conjunctim. l. quid ergo* 53. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. *l. cum quæſtio* 24. *§.* 1. *in fine C. hoc tit.* notant ad rem contra alios Faber *de error. Pragm. dec.* 49. *errore* 9. *num.* 4. Goveanus *animadverſ. cap.* 6. Menchaca *lib.* 3. *de ſucceſ. progreſſu §.* 21. *num.* 35. Politus in *præſenti num.* 38. & ante alios Bartolus in *d. l. plane* 34. *§. ſi conjunctim.* Ea itaque ratione & reſpectu poſt repudiationem ſeu defectum unius partem ejus collegatario accreſcere, ſive retro accreviſſe intelligi ſcriptum eſt in *l. ſi dominus* 17. *§.* 1. *l. Titio* 34. *ff. ad l. Aquiliam. l. ſi miles* 31. *ff. de teſtam. militis. l.* 3. *verſ. & ſi prius ff. de ſervit. leg. l.* 3. *ff. de man. vind.*

§. XXXIII. Supereſt ex propoſitis in fronte *hujus cap.* inſpectio *de ſpeciebus conjunctorum*, quas ut parce & perſpicue difficiliora pleraque propriis capitibus relinquentes explicemus, ſupponimus in primis, conjunctos generaliter in hoc tractatu dici, quicumque ad eandem rem veluti hereditatem aut legatum ex eadem diſpoſitione vocantur, ita ut vel partes a principio non habeant, vel habeant ex vocatione conjuncta, alioquin, ſi ad diverſas res vel ex diverſis teſtamentis vocentur, ſunt omnino disjuncti, quoad jus accreſcendi. *l. hujuſmodi* 84. *§. quibus* 12. *ff. de leg.* 1. *l.* 2. *l. ſi ſub conditione* 16. *ff. quibus mod. uſusfr. amitt.* notant Duar. *de jure accreſc. lib.* 1. *cap.* 4. Don. *lib.* 7. *comm. cap.* 13. Deinde admonemus generaliter, conjunctionum conjunctorumque duo genera primaria veluti eſſe, *legis* aut *hominis*. Et quidem *legaliter* ſive *legis conjunctione* conjunctos dicimus eos, qui ad eandem hereditatem ſimul & in unius gradus quaſi corpus redacti ex legis auctoritate vocantur, ut in ſucceſſionibus ab inteſtato & contra teſtamentum. *l. ſi ex pluribus* 9. *ff. de ſuis & legitimis. l. un. C. quando non pet. partes. l. ſi ponas* 23. *§. ult. ff. de inoffic.* cum laudatis ſupra §. 22. & 23. docet poſt alios late Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſtione* 26. *hominis* autem *conjunctio* ſive *teſtamentaria* triplex eſt, *realis*, quam inter re tantum conjunctos, & *verbalis*, quam inter verbis tantum, & denique *mixta*, ſive *realis verbaliſque* ſimul, quam inter re & verbis conjunctos agnoſcimus, ut in *noſtra l. re conjuncti* 89. *l. triplici* 142. *ff. de V. S.* explicant late poſt Claſſicos & poſt alios Jaſon in *præſenti num.* 1. *uſque ad* 7. & *num.* 49. Gomezius *tom.* 1. *variarum cap.* 10. *num.* 24. Duar. *de jure accreſc. d. lib.* 1. *cap.* 6. Donellus *lib.* 7. *cap.* 13. Faber *de error. Pragm. dec.* 49. *errore* 3. noſter Pichardus in *§. ſi eadem res num.* 20. *inſtitutionum hoc tit.* Bellonus *d. cap.* 5. *quæſtione* 1. & *ſequentibus*. Sunt itaque *re tantum conjuncti hi, quibus eadem res in ſolidum ex verbis teſtatoris, & ſeparatim ſive diverſis orationibus relinquitur*, veluti ſi primum ita ſcripſerit. *Titio hominem Stichum do lego*, deinde ita: *Sejo eundem Stichum do lego*; vel in hereditatibus ita: *Titius ex ſemiſſe heres eſto, Sejus ex eodem ſemiſſe heres eſto:* quibus in exemplis Titius Sejuſque ſunt in eadem re, nempe Sticho aut ſemiſſe conjuncti, ſuntque iidem disjuncti verbis, ut pote diverſis orationibus vocati, idque ipſum Paulus noſter exprimit in *præſenti*, dum ſcribit: *re conjuncti videntur non etiam verbis, cum duobus ſeparatim eadem res legatur.* Plane ut ſint re conjuncti, tria veluti propria & præcipua requiſita obſervanda ſunt, ſine quibus conjunctio realis non contingit. Primum eſt, ut ſeparatim ſive diverſis orationibus ad eamdem rem vocentur, in quo a re & verbis ſimul conjunctis diſtinguuntur, qui conjuncta oratione ad eamdem rem vocantur, unde & quia conjunctorum ſpecialis nuncupatio ad verbalem conjunctionem referri ſolet. *l. un. §. his ita* 10. *verſ. hoc ita C. de caducis toll.* & conjuncti re tantum ſunt verborum reſpectu disjuncti, idcirco non ſimpliciter *conjuncti*, ſed cum adjuncto nempe *re conjuncti* plerumque dicuntur, ut in *præſenti*, & in *d. l. triplici* 142. frequentius autem vocantur *disjuncti* & *ſeparati* ſcilicet verbis. *d. l. un. §. ubi autem* 11. *verſ. ſin autem disjuncti. §. ſi eadem res verſ. disjunctim inſt. hoc tit. l. heredes* 63. *ff. de her. inſt. l.* 1. *§. interdum ff. de uſufr. accreſc. l. ſi ſeparatim* 30. *ff. de cond. & dem. l. ſi pluribus* 33. *ff. de leg.* 1. *l. Mævio* 42. *ff. de leg.* 2. Ulp. *titulo* 24. *de leg. §. ſi duobus* 12. *cum §. ſeq.* Cajus *lib.* 2. *inſt. titulo* 5. *§. inter* 5. *cum §. ſeq.* Secundum requiſitum eſt, ut ſint vocati non modo ad eandem rem, quod in omnibus conjunctis ſuo ſenſu contingit, ſed etiam in eadem re ad ſolidum ſine deſignatione partium, in quo & præcipue a verbis tantum conjunctis diſtinguuntur, quibus partes a principio adſignantur, cum e contrario re tantum conjunctis ſolidum ſingulis a principio relinquatur, ita ut eo tempore partes non habeant, eaſque tantum faciant poſtea concurrendo. *d. l.* 1. *§ interdum. l.* 3. *ff. de uſufr. accreſc. d. §. ſi eadem res. d. l. un. §. ubi autem* 11. *verſ. ſin vero non omnes. l. plane* 34. *§. ſed ſi in pupillari* 10. *ff. de leg.* 1. *l. ſi Fortidianum* 7. *C. hoc tit.* Tertium denique eſt, ut id ſolidum, quod ſingulis a principio adſignatum dicimus, adſignetur ex verbis defuncti. *d. §. ubi autem verſ. ſin vero non omnes.* ibi: *quia ſermo teſtatoris omnibus prima facie ſolidum aſſignare videtur.*

§. XXXIV. Ei autem tertio requiſito conſequens eſt, & omnino interprete dignum, quod Ulpianus ſcribit in *l. item* 17. *§.* 1. *ff. de her. inſt.* nempe eos heredes, qui ſine parte inſtituuntur, non eſſe conjunctos quantum ad jus accreſcendi, reſpectu aliorum disjunctorum, veluti ſi fingamus duos inſtitutos ex undecim unciis, & præterea alios duos ſine parte, ita: *Titius heres eſto, Sejus heres eſto:* quo caſu hi duo Titius Sejuſque, quamvis ad unciam reliquam, eamque ſolidam ſine deſignatione partium ex juris diſpoſitione, & tacita quodammodo voluntate defuncti vocentur, & in ea concurrant. *§. ſi plures* 6. *verſ. partibus inſt. de her. inſt. d. l. item* 17. *in princ.* tamen quia non vocantur, ſeu concurrunt ad eam unciam ex verbis teſtantis, qui eam illis non adſignavit, non cenſentur re conjuncti, parſque unius eorum deficiens non alii ſoli, ut conjuncto, ſed ei reliquiſque heredibus omnibus, ut æque disjunctis accreſcit. *d. l. item* 17. *§. ult.* cui tamen in hac re aperte & acriter refragatur Paulus in *d. l. triplici* 142. *ff. de V. S.* ubi in primis in *verſ. nec dubium* docet, dubium non eſſe, quin ſint nominis & rei complexu, ſive quod idem eſt, re & verbis conjuncti hi etiam, qui ſine parte in eadem tamen oratione inſtituuntur, nempe ita: *Titius Mæviuſque heredes ſunto.* Deinde hoc ipſum confirmat in *verſ. videamus.* ubi & aperte magis exprimit, re & verbis conjunctos eſſe Titium & Mævium, etiam cum ſine parte in eadem oratione inſtituuntur; ſicut ibi proponitur in *verſ. vel ita: Publius Mævius, Lucius Titius heredes ſunto.* Unde & ita argumentum decretorium conficitur contra ſententiam *d. l. item* 17. *§.* 1. ſi in diverſa oratione ſine parte inſtituti non eſſent re conjuncti, neque eſſent iidem re, & verbis conjuncti, ſi eadem oratione ſine parte inſtituantur, quia *mixta*, ut vocamus, *conjunctio* conſtat ex reali & verbali, & *orationis* ſeu *verborum conjunctio* operatur adjicitque ſolam verbalem conjunctionem, non autem realem inter eos, qui re conjuncti non eſſent, ſi disjunctis verbis inſtituerentur, ut in *præſenti*, & in *§. ſi eadem res inſtitut. hoc tit.* at conjuncta oratione ſine parte inſtituti ſunt re & verbis conjuncti. *d. l. triplici* 142. ergo & di

diverſis orationibus ſine parte inſtituti ſunt ſaltem conjuncti re, contra *d. l. item* 17. §. 1.

§. XXXV. Fluctuant in re explicanda & conciliandis Paulo Ulpianoque veteres & noviores, jurisque in hac parte rationem captant potius quam capiunt. Omittimus autem in primis conciliationem Fabri *de error. Pragm. dec.* 100. *errore* 10. affirmantis in *d. l. triplici* 142. ſicut pars dimidia expreſſa fuit in inſtitutione Sempronii in *verſ. videamus*, ita & ſupponi etiam debere expreſſam a teſtatore fuiſſe aliam dimidiam in inſtitutione Titii & Mævii, atque ita non fuiſſe eos inſtitutos ſine parte, ſicut in *d. l. item* 17. §. 1. quam conciliationem ex eodem Fabro proponit probatque noſter Valentia in *exercitat. epiſtola* 2. *reſponſo* 2. & *epiſt.* 3. *in princ.* & ante eos docuerunt Alciatus in *præſenti num.* 15. Zaſius in *d. l. triplici* 142. *verbo heredes ſunto*, & *verbo in partem dimidiam.* ſed eam conciliationem, præterquam quod divinatoria eſt, ideoque eandem improbat Jaſon in *præſenti num.* 65. repudiat & ſententia *d. l.* 142. *verſ. nec dubium.* ubi quamvis nulla Sempronii ſive tertii in dimidia inſtitutio exprimatur, ſupponitur perinde Titium Mæviumque ſine parte ſcriptos eſſe re & verbis conjunctos. Deinde eamdem refutat contextus *verſ. videamus d. l.* 142. in quo ſi ſupponatur etiam, cum non exprimitur, fuiſſe expreſſam dimidiam in inſtitutione Titii & Mævii, repeterentur diſtinguerenturque inſulſe & inepte a Paulo duo illa exempla ibi: *Lucius Titius, Publius Mævius heredes ſunto ex parte dimidia*; vel ita: *Publius Mævius, Lucius Titius heredes ſunto.* Denique reſpuunt verba & ſententia *d. l. item* 17. §. 1. ubi quamvis undecim unciæ expreſſæ in duobus inſtitutis, non tamen ex eo infertur aut ſupponitur, expreſſam fuiſſe aut pro expreſſa haberi debere unciam in duobus aliis ſine parte inſtitutis. Neque fingendum eſt, fuiſſe unum ſeparatum ſine parte, & deinde alios duos ſine parte conjunctim inſtitutos in *d. l.* 17. §. 1. ut falſo Faber comminiſcitur; ſic enim pars unius ex conjunctis ſine parte accreſceret ſoli conjuncto non omnibus. *l. heredes* 63. *ff. de hered. inſtit.* & præterea repugnant Fabri figmento verba & ſpecies *d. l.* 17. §. 1. ubi non tres ſed duo ſine parte inſtituti proponuntur, nec quæritur, an pars repudiantis pertineat ad alios duos ſine parte; ſed *an ad ſolum ſine parte ſcriptum*, & quod apertius eſt, illa pars repudiata ab uno, ſi tres ut ſine parte ſcripti ad eandem unciam vocarentur, non eſſet dimidia unciæ ſive ſemuncia, ut vocatur in *d. l.* 17. §. 1. ſed tertia pars unciæ.

§. XXXVI. Omittimus & aliam conciliationem diſtinctionemque, quam ante nuper refutatam idem Faber ſcripſerat *de error Pragm. tom.* 2. *dec.* 49. *errore* 2. & noviſſime probat late Fabri tacito nomine eidem patria & præſidiali dignitate potius quam affectu conjunctus Joannes Antonius Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſtione* 22. *num.* 18. nempe inter conjunctos quoad jus accreſcendi ſeu prælationis, de quo in *d. l.* 17. §. 1. vel quoad effectum, ut in unam partem veniant concurrantque, tanquam pariter ſine parte ex conjuncta oratione ad eam partem vocati, atque eo ſenſu re & verbis conjuncti. *d. l.* 142. *verſ. videamus.* juncto §. *ult. ejuſdem l.* ubi hæc interpretatio confirmari aperte videtur, juncto etiam §. *ſi plures* 6. *verſ. partibus inſtit. de her. inſt. d. l. item* 17. §. *ſed ſi expleto in fine. l. liber* 59. §. *Titius ff. de her. inſtit.* quomodo & ante Fabrum Bellonumque docent & diſtinguunt Duarenus *l.* 2. *de jure accreſc. cap.* 12. Cujacius in *d. l. triplici* 142. quæ tamen conciliatio præterquam quod & auctori ſuo Fabro diſplicuit tandem *d. dec.* 100. *errore* 10. & ejus ſectatori noſtro Valentiæ *epiſt.* 1. *exercitatione* 2. nobis ex eo improbabilis eſt, quia cum in *d. l.* 142. ſicut & in *noſtra l. re conjuncti* 89. quæ ex eodem auctore, & *lib.* 6. *ad leges Juliam & Papiam* ſunt, tota diſputatio ex profeſſo ſit de ſpeciebus conjunctorum, quoad jus accreſcendi & prælationis, & in *præſenti* expreſſum ſit, re & verbis conjunctum cæteris in jure accreſcendi præferri: videtur ſane præter rem & mentem ejusdem Pauli, ſi, quod ſcriptum eſt in *d. l.* 142. inſtitutos ſine parte in illis exemplis eſſe re & verbis conjunctos, non referatur ſimiliter ad jus accreſcendi, etſi ex eo non inferatur, unum ex eis præferri cæteris in parte conjuncti. Secundo ea conciliatio convincitur, & quidem fortiter ex *l. heredes* 63. *ff. de her. inſt.* ubi Javolenus aſſerit, duobus pluribusve inſtitutis ſine partibus conjunctim, ſi unius ex eis portio deficiat, non omnibus heredibus, ſed ſolis reliquis conjunctim ſine parte inſtitutis accreſcere. Quæ aſſertio cum non poſſit intelligi de ſeparatim inſtitutis ſine parte, quia pugnaret cum *d. l. item* 17. §. 1. & cum diſtinctione ipſius Javoleni inter inſtitutos conjunctim & ſeparatim in *d. l. heredes* 63. neceſſario intelligenda eſt de inſtitutis ſine parte in eadem oratione, atque ita conjunctim, ut in *d. l.* 142. *verſ. nec dubium*, & *verſ. videamus.* Ergo inſtituti ſine parte in conjuncta oratione ſunt re & verbis conjuncti, etiam quoad jus accreſcendi & prælationis.

§. XXXVII. Plane argumento, quo utimur ex *d. l. heredes* 63. cum obſtare id conciliationi ſuæ agnuſcerent Bellonus & Faber *ubi proxime.* ut removeant, reſpondent, aliud eſſe heredes inſtitui ſine parte, id eſt, nulla omnino corpori conjunctorum parte deſignata, neque expreſſa in inſtitutione, veluti *Titius, Mæviusque heredes ſunto. d. l.* 142. aliud inſtitui ſine partibus, veluti quando, quamvis ex parte certa conjunctim inſtituantur, non tamen in ea parte ſingulis deſignantur partes, veluti *Titius Mæviusque ex ſemiſſe heredes ſunto:* quo caſu proprie dicuntur inſtituti ſine partibus, quamvis cum parte, & ideo ut inter proprie re & verbis, quoad jus accreſcendi, conjunctos pars unius accreſcit conjuncto non cæteris. *d. l. heredes* 63. quam in hac ſpecie exponit diſtinguitque ita primus Ant. Goveanus *animadverſ. cap.* 6. ſed ſubtiliter potius quam vere. Primo quia inſtitutos ſine partibus non diſtingui ab inſtitutis ſine parte probatur proprie in *d. l. item* 17. §. *ſed ſi expleto* 4. & utroſque ita vocari, & pleruмque ſine partibus inſtitutos dici eos, quibus neque pars neque partes aſſignatæ ſunt. *d.* §. *ſed ſi expleto.* aut qui perinde habentur, acſi adſignatæ partes non eſſent. *l. quoties* 9. §. *ſi duo. l. ſi alterius* 10. *l. ex facto* 35. *l. ſi ita* 47. §. *ult. ff. de her. inſt. l. ſi certarum* 17. *ff. de teſtam. militis.* Secundo quia ſi admittamus in *d. l. heredes* 63. Titium Mæviumque ex parte certa, quamvis ſine partium diſtributione, inſtitutos fuiſſe conjunctim, ideoque eſſe re & verbis conjunctos, quoad jus accreſcendi, eſt etiam neceſſario admittendum, eosdem ſimiliter nempe ex parte certa & ſine partium diſtributione ſeparatim ſive diverſis orationibus inſtitutos fuiſſe, veluti *Titius ex ſemiſſe heres eſto, Mævius ex eodem ſemiſſe heres eſto.* proinde & fatendum eſt, eos eſſe ſaltem conjunctos re, & quidem quoad jus accreſcendi ex vi conjunctionis & voluntatis defuncti, in eoque præferri aliis heredibus omnino disjunctis, quorum reſpectu non niſi ex juris neceſſitate, & deficiente conjunctione jus accreſcendi inducitur, juxta tradita ſupra §. 8. 9. & 29. idque non obſcure a contrario ſenſu exprimitur in *d. l. item* 17. §. 1. *in fine.* quamvis reſpectu aliorum verbis conjunctorum non præferrentur, ut in *noſtra l. re conjuncti verſ. quod ſi re.* ubi dicemus, & tamen Javolenus in *d. l. heredes* 63. aperte negat ſeparatis jus prælationis reſpectu disjunctorum: ergo quia non tractat de ſeparatim inſtitutis cum parte, & conſequenter neque de conjunctim inſtitutis cum parte.

§. XXXVIII. Ergo ut omiſſa alia *d. l. heredes* 63. improbabili interpretatione Goveani *de jure accreſc. num.* 19. Cujacii in *d. l. triplici* 142. rejectiſque relatis, & ſi quæ ſimiles ſunt *d. l.* 142. &

d.

d. l. 17. §. 1. conciliationibus, jam in re lubrica; & in qua facilius falſa refellere, quam vera aſſerere, non novam nove tamen exponendam propugnandamque diſtinctionem proponimus, quam ex mente Accurſ. in *l.* 1. §. *idem ait, verbo ex ſociis ff. de uſufr. accreſc.* & in *l.* an. §. *his ita* 10. *verbo ad ſolos conjunctos C. de caducis toll.* probant Bart. *num.* 3. & Cujacius *ibidem*, idem Bartolus in *præſenti num.* 32. *verſ. tertia.* & poſt Baldum in *d. l. item* 17. §. 1. egregie præ cæteris Caſtrenſis *num.* 6. & Goſredus *num.* 1. & 2. *ibidem.* Alciatus in *d. l.* 142. *num.* 10. affirmantes, eos, qui ſine parte ſeparatis orationibus inſtituuntur, non eſſe re conjunctos quoad jus accreſcendi, ut in *d. l.* 17. §. 1. quam in hac ſpecie accipimus, quamvis ad inſtitutos conjunctim ſine parte referendam eſſe levibus conjecturis motus contendat Bellonus *d. cap.* 5. *quæſtione* 22. *num.* 5. & *ſequentibus.* & tamen eoſdem ſine parte inſtitutos conjuncta oratione eſſe re & verbis conjunctos, etiam quoad jus accreſcendi. *d. l.* 142. Quæ diſtinctio quamvis auctorem veluti habeat Javolenum, a quo aperte proponitur, eique ſimul lucem dat & debet in *d. l. heredes* 63. impugnatur tamen in primis valde valideque decretorio illo argumento expenſo ſupra §. 34. ut evinceremus, eos, qui non ſunt re conjuncti in diverſis orationibus, non poſſe eſſe re & verbis conjunctos in eadem oratione, quia conjunctio hæc mixta conſtat ex reali & verbali, & orationis unitas non adjicit, neque operatur niſi verbalem. Deinde ex ſententia Pomponii in *l. ſi ita quis* 66. *ff. de her. inſtit.* ubi duobus ſine parte inſtitutis hac formula: *Cajus & Mævius ex æquis partibus heredes ſunto*, docet partem unius ex eis non alteri ſoli, ſed omnibus heredibus accreſcere, & conſequenter non eſſe ſaltem verbis conjunctos, ut & Pomponius exprimit, & probatur, quia ſi conjuncti eſſent ſaltem verbis, in parte deficientis præferretur conjunctus cæteris, & maxime omnino disjunctis, ut in *noſtra l.* 89. in *fine.* juxta receptam interpretationem; & tamen, ſi detractis verbis, *ex æquis partibus* in illa formula *Cajus & Mævius heredes ſunto*, eſſent re & verbis conjuncti quoad jus accreſcendi, ut in *d. l.* 142. utique & adjectis verbis *ex æquis partibus* eſſent iidem ſaltem verbis conjuncti, quia ea verba ſive diſtributio partium tollit ſolam conjunctionem realem, & diſtinguit verbis conjunctos a conjunctis re & verbis, ut in *noſtra l. re conjuncti* 89. Igitur ſicut non ſunt re & verbis conjuncti, quoad jus accreſcendi, inſtituti ſine parte additis verbis illis *ex æquis partibus*, ita neque re & verbis conjuncti, ſi illa verba non adjiciantur, quibus argumentis diſtinctionem, quam ſequimur, impugnat improbatque Bellonus *num.* 5. & *ſeqq.*

§ XXXIX. His argumentis primoque in primis removendis, & conciliationi propoſitæ defendendæ obſervanda eſt electa & elegans differentia inter conjunctionem realem, quando eam per ſe & ſimpliciter ſeparatimque in re tantum conjunctis conſideramus, & quando jungitur verbali, ineſtque mixtæ in conjunctis re & verbis. Neque primo caſu certum eſt, non eſſe re conjunctos, niſi eos, quibus ſingulis a teſtatore expreſſe, verbiſque ejus prima facie inſpectis ſolidum adſignari videtur, ut ſcriptum eſt in *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero non omnes.* & apparet in exemplo illo, *Titius ex ſemiſſe heres eſto, Mævius ex eodem ſemiſſe heres eſto:* quo caſu inſpectis verbis uniuſcujuſque inſtitutionis ſeparatim poteſt tam Titius, quam Mævius prima facie, ſive palam aperteque contendere, totum ſemiſſem ſibi adſignatum ſua inſtitutione, quia ea verbis teſtatoris ſinguli ſeparatim ad ſolidum ſemiſſem vocantur, quamvis poſtea concurſu partes faciant. *l.* 1. §. *certum. l.* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* At in mixta conjunctione non adſignatur ſingulis ſolidum ex verbis teſtatoris prima facie, namque in illa formula: *Titius Mæviuſque ex ſemiſſe heredes ſunto*, nemo ex iis poteſt dicere, totum ſemiſſem ſibi ſeparatim adſignatum ſua inſtitutione, quia uterque unica & conjuncta inſtitutione ad ſemiſſem vocatur, quin potius ex tacita mente defuncti in eum caſum, quo concurrant, & ex enumeratione perſonarum videtur ſic datus ſemis, ut partes in eo haberent, & inter utrumque divideretur, argumento textus ad rem invulgati in *l. cui fundus* 56. *verſ. nec diſſimilis ff. de conditionib. & dem.* juncta *l. ſi duobus* 16. §. *ult.* ibi: *viriles partes dari voluerit, vel etiam id expreſſerit, ff. de leg.* 1. & tamen quia verum eſt, neque partes in eo ſemiſſe expreſſe ſingulis datas fuiſſe, aut verbis adſignatas, & quamvis ſeparatim ſingulis ſolidum ut ſingulis ex verbis non detur, tamen ut univerſi conjunctaque oratione quaſi in unum corpus redacti ad totum ſemiſſem vocantur, dicitur juris interpretatione ſingulis ut conjunctis ſolidum a principio deferri. *l. conjunctim* 78. *ff. de leg.* 3. ſed ut diximus, non tam ex verbis, & ut ſingulis ſeparatim, ut in re conjunctis, quam ex interpretatione juris, & ut univerſis conjunctiſque, quo ſenſu legare ſingulis, & legare conjunctim diſtinguitur apud Cajum *lib.* 2. *inſtit. titulo* 5. §. *inter* 5. & 6. & in *l.* 2. §. *ult. ff. quibus mod. uſuſfr. amitt.* præſenſit fere Bartolus in *d. l. cui fundus* 56. *num.* 1. & apertius Cujacius in *d. l. an.* §. *his ita* 10. & §. *ubi autem.* & in *d. l. ſi duobus* 16. *quæſtione* 6. *ff. de leg.* 1. Unde ut jam primo illi argumento reſpondeamus, inſtituti ſine parte, quamvis in diverſis orationibus non ſint re conjuncti, quoad jus accreſcendi. *d. l. item* 17. §. 1. quia nulla pars eis expreſſe deſignatur, ſunt tamen in conjuncta oratione re & verbis conjuncti, quia juris interpretatione ad ſolidum unius partis vocantur. *d. l. triplici* 142. §. *ſi plures* 6. *verſ. partibus inſtit. de hered. inſtit.*

§. XL. Deinde ut dimiſſis in opportuniorem locum potius, quam omiſſis illi nuper expoſitæ inter re tantum & re & verbis conjunctos conſequentibus differentiis, quas diſcere & deducere interim licet ex *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. ut jam ſecundo argumento ex *d. l. ſi ita quis* 66. *ff. de her. inſt.* breviter faciamus ſatis, ſepoſita nunc controverſia, an inter verbis conjunctos ſit jus accreſcendi, de qua *ſuo capite*, obſervandum non vulgariter eſt, ideo in *d. l.* 66. Cajum & Mævium non eſſe verbis ſaltem conjunctos quoad effectum, de quo ibi, nempe prælationem in jure accreſcendi reſpectu Titii, quia diſtributio partium facta per verba *ex æquis partibus* inter verbis conjunctos operatur, ut ſint vocati ad partes diverſas, & conſequenter quodammodo ad res diverſas, ut in *noſtra l.* 89. ibi: *quoniam ſemper partes habent legatarii.* juncta *l.* 1. in *pr. ff. de uſufr. accreſc.* inter eos autem, qui ad res diverſas vocantur, quamvis in oratione conjuncta, non eſt jus accreſcendi. *l. hujuſmodi* 84. §. *quibus ff. de leg.* 1. & ideo ut conjuncti verbis cenſeantur conjuncti quoad jus accreſcendi, neceſſe eſt eandem rem vel partem verbis defuncti eiſdem deſignari, in qua partium diſtributio fiat. Unde cum dicimus, verbis tantum conjunctum præferri cæteris in jure accreſcendi, ut Paulus noſter in *præſenti* docet *in fine*, id ex eo fit, quia ſupponimus, eis, qui verbis conjunguntur, eamdem rem aut partem a teſtatore adſignatam, in qua partes haberent, & præterea alium tertium, cum quo de prælatione contenditur, vocatum fuiſſe ſeparatum, & expreſſe ad eandem rem partemve ejus, ut in hereditatibus, ita: *Titius ex ſemiſſe heres eſto, Cajus Mæviuſque ex æquis partibus heredes ſunto*, & in legatis ita: *Titio fundum Sempronianum do lego, Cajo & Mævio eumdem fundum ex æquis partibus do lego*, in quibus exemplis propter expreſſionem ſolidi aut partis in Titio, vel fundi in Cajo & Mævio in formula legati Cajus & Mævius, quamvis alioquin propter verba *ex æquis partibus* quodammodo ad diverſas res vocentur, cenſentur tamen vocati & conjuncti in aliam dimidiam legati vel hereditatis,

arg. d. l. triplici 142. §. *ult. l. Mævio* 41. *ff. de leg.* 2. & ideo ut inter ſe magis conjuncti in parte ejus dimidiæ deficientis præferuntur Titio, quomodo Paulum noſtrum in *verſ. ult. l. noſtræ* explicant recte Goveanus *de jure accreſc. num.* 17. & *animadverſ. cap.* 6. Cujacius in *l. ſi duobus* 16. *ff. de leg.* 1. & *lib.* 17. *quæſt. Papin.* in *l.* 2. §. *hæc autem ff. quibus modis uſuſfr. amitt.* Faber *de error. Pragm. dec.* 49. *err.* 7. Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſt.* 38. *num.* 77. Inde itaque conſequenter deduco, in *d. l. ſi quis ita* 66. quia Cajus Mæviusque ſine parte inſtituti, & cum adjectione *ex æquis partibus* propter diſtributionem partium non tam ad eandem rem vel partem, quam ad diverſas vocati intelliguntur, & Titius ſine parte ſimiliter inſtitutus eſt, ideoque ex ejus adjectione non poteſt colligi, Cajum & Mævium in unam dimidiam conjunctos fuiſſe, non videri eos verbis conjunctos quoad prælationem in jure accreſcendi reſpectu Titii, quin potius conjunctionem orationis magis celeritatis ſtudio, quam quoad jus accreſcendi ſactam præſumi. *d. l.* 66. Diverſum autem eſt, quoties ſine clauſula *ex æquis partibus* inſtituti ſine parte ſunt in oratione conjuncta; tunc enim cum nulla diſtributio partium ſit, quæ ſuadeat eos ad res ſeu partes diverſas vocatas fuiſſe, non eſt neceſſe, ut eis expreſſe a teſtatore eadem res vel pars, in qua concurrant, deſignetur, ſatisque eſt vocari juris interpretatione ad ſolidum ejusdem partis, ut re & verbis conjuncti ſint, ut ea Celſo *lib.* 16. *Dig.* proponitur in *d. l. item* 17. §. *ſed ſi expleto in fine. l. liber* §. *Titius cum* §. *ſeq. de her. inſt. d. l. triplici* 142. Quocirca, ut jam rem totam complectamur, quamvis ſine parte inſtituti diverſis orationibus non ſint re conjuncti, quia ſolidum eis expreſſe non datur, & in eadem oratione cum adjectione *ex æquis partibus* non ſint verbis conjuncti, quia eadem res eis expreſſe non deſignatur, tamen iidem in conjuncta oratione ſine verbis *ex æquis partibus* ſunt re & verbis conjuncti, quia, ut tales ſint, ſufficit, ut juris interpretatione ad ſolidum ejusdem rei vocentur.

§. XLI. Sed ut a re tantum conjunctis ad conjunctos dumtaxat verbis jam progrediamur, ſic eos breviter definimus, *qui una eademque oratione expreſſe ad eamdem rem diſtributis a teſtatore partibus vocantur*, ut in exemplo Pauli noſtri in *præſenti*, *Titio & Sejo fundum æquis partibus do lego*, & in hereditatibus, ita: *Titius, & Sejus æquis partibus ex ſemiſſe heredes ſunto. d. l. ſi ita* 66. *l. interdum* 13. *ff. de her. inſt.* Sunt itaque, ut verbalis conjunctio intercedat, neceſſaria præ cæteris, quæ ſequuntur. Primum ut ſint vocati una eademque oratione, ſive conjuncta per particulas conjunctivas &, *que*, *cum. d. l. triplici* 142. *l. ſi ſervo* 31. §. 1. *ff. de ſtatulib. l. Titiæ* 36. §. *nihil. l. ſi quis inquilinos* 112. §. *ſi ita ff. de leg.* 1. *l. illi* 40. *ff. de uſufr. leg. l. ſi quis Attio* 7. *ff. de uſufr. accreſc.* ſive ſine conjunctivis & ſoluta oratione, quæ tamen vocatorum nomina uno verbo regat & jungat, veluti *lego Titio, Sejo fundum ex æquis partibus. d. l. triplici* 142. *l. cum in teſtamenta* 37. §. 1. *ff. de her. inſt.* ſive etiam disjunctiva poſita inter perſonas vocatas, quæ tamen eadem oratione vocantur, veluti *illi aut illi lego*, & deinceps. *l. cum quidam* 4. *C. de V. S. l. ſæpe* 53. *ff. eodem tit.* ſive denique ſub collectivo nomine plurium perſonarum, veluti *lego filiis, vel lego agnatis. d. l. interdum* 13. *ff. de her. inſtit. d. l. ſi quis Attio* 7. *ff. de uſufr. accreſ. l. qui quartam* 15. §. *ult. ff. de leg.* 1. namque in his & ſimilibus exemplis verbalem conjunctionem inducit ſermonis ſive orationis unitas, quæ quaſi in unum corpus vocatos redigit, ut ſcriptum in *l. unic.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie C. de caducis toll.* in eoque & a conjunctis re tantum, qui diverſis orationibus vocantur, diſtinguuntur verbis conjuncti, & conveniunt cum re & verbis conjunctis. Secundum eſt, ut verbis conjuncti vocentur ad eandem rem expreſſe, nam præterquam quod in omnibus conjunctis, ut tales ſint quoad jus accreſcendi, neceſſe eſt, ut ad eandem rem vocentur. *d. l. hujusmodi* 84. §. *quibus ff. de leg.* 1. hoc amplius in verbis tantum conjunctis requiritur, ut expreſſe ad eandem rem vocentur, ſive, quod idem eſt, ut ſit eis expreſſe a teſtatore deſignata res, ſivo pars, in qua partes habeant, ne alioquin propter diſtributionem partium factam per verba *ex æquis partibus* videantur vocati ad res diverſas. *l.* 2. *ff. quibus mod. uſuſfr. amitt. d. l. ſi ita* 66. *ff. de her. inſtit.* quam ita nuper expoſuimus, in eoque ſimiliter verbis tantum conjuncti a re & verbis conjunctis diſtinguuntur. Tertium denique eſt, ut inter verbis tantum conjunctos in re eis expreſſe deſignata partes a teſtatore diſtribuantur, & quidem pro indiviſo, ſive incertæ intellectualesque, ut æquæ in clauſula *ex æquis partibus*, ut in *præſenti*. vel viriles, ut in *l. ſi duobus* 16. §. *alt. ff. de leg.* 1. alioquin ſi partes certæ, & regionibus diviſæ eis deſignentur, non erunt verbis tantum conjuncti, quoniam ea partium diviſio diverſitatem rei quodammodo inter vocatos inducit, ut latius explicat poſt antiquiores Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſt.* 17. *num.* 22. qui in hac re verbis potius quam effectu discrepat a communi ſententia, quam confirmare licet ex *l. ſi quis duas* 6. §. *ſi quis partem ff. communia prædiorum. l. recte* 25. §. *ult. ff. de V. S.* & poſt Bartolum in *præſenti num.* 23. Jaſonem *num.* 79. & 103. ex traditis a Mantica *de conjecturis lib.* 10. *tit.* 3. *num.* 7. Duareno *de jure accreſc. lib.* 1. *cap.* 4. In hac autem deſignatione partium verbis conjuncti proprie præcipueque dignoſcuntur & a conjunctis re tantum, quibus ſolidum expreſſe a teſtatore, & a conjunctis re & verbis, quibus juris interpretatione ſolidum ſine partium deſignatione defertur, ut Paulus in *præſenti* ſignificat in *verſ. item verbis.*

§. XLII. Tertia poſtremaque re & verbis conjunctorum ſpecies, quam *mixtam conjunctionem* Claſſici vocant, quia ea verbali & reali conſtat, brevioris & levioris explicationis eſt, quia cognitis ſeparatim ſimplicibus facilior eſt mixtorum explanatio, ut Juſtinianus docet in §. *ſed non aſque* 3. *in fine inſt. hoc tit.* Sunt itaque *re & verbis conjuncti, quos & nominum & rei complexus jungit*, ut Paulus definit in *d. l. triplici* 142. nominum ſcilicet, dum eadem oratione ſimulque, & rei, dum ad eamdem rem ſine diſtributione partium vocantur, veluti *Titio & Sejo fundum do lego*, vel *Titius & Sejus ex ſemiſſe heredes ſunto.* Quibus in formulis Titium & Sejum eſſe re & verbis conjunctos conſtat ex *d. l. triplici* 142. & ex §. *ſi eadem res inſtit. hoc tit.* junctis verbis Pauli in *præſenti.* probatque aperta juris ratio, eique conſentanea & communis veterum & noviorum ſententia, quam præter congeſtos a Bellono *d. cap.* 5. *quæſt.* 25. *num.* 21. ſequuntur Menchaca *de ſucceſſ. progreſſu lib.* 3. §. 21. *num.* 43. & *ſeqq.* Faber *de error. Pragm. dec.* 49. *err.* 2. quamvis perperam repugnet Alciatus *num.* 33. ſane quamvis, quod attinet ad unitatem orationis, cum verbali conjunctione, & quoad identitatem rei, cum reali hæc mixta conveniat, & ideo proprie *mixta* appelletur; nec ſit neceſſe, quæ ſingula in *verbali* & *reali* expoſuimus, nunc inculcare; diſtat tamen ab eis diſtinguiturque in eo, quod in reali neceſſe eſt, rem eamdem expreſſe a teſtatore ſingulis adſignari in ſolidum prima facie, quia cum verbis non conjungantur, eſſent disjuncti omnino, niſi eos expreſſæ vocationis ad eamdem rem complexus jungeret; & in verbali ſimiliter oportet unam eamdemque rem exprimi, in qua partes habeant, ne deſignatio partium disjunctionem tanquam inter vocatos ad res diverſas inducat, quorum neutrum in mixta conjunctione requiritur, quia eum & verbis conjungantur, & ſine partium deſignatione, ſatis eſt juris interpretatione vocari eos ad ſoli-

dum

dum ejuſdem rei, ut vocantur re & verbis conjuncti. *d. §. ſi eadem res. l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. *l. quidam* 6. *§. ult. cum legg. ſequent. ff. de rebus dubiis. l. idem* 3. *cum l.* 1. *in princ. & §. idem aut verſ. idem ff. de uſufr. accreſc. l. Titio* 34. *cum legg. ſequentibus ff. ad leg. Aquiliam. l. unic. §. his ita* 10. *verſ. hæc ita tam varie C. de cad. tollend.*

CAPUT SECUNDUM.

De re tantum conjunctis, atque inter eos jure accreſcendi,

Ad Paulum in *Principio Legis noſtræ* 89. *de Legat. III.*

§. I. R*e conjonctus videri non etiam verbis, cum duobus ſeparatim eadem res legatur,* Paulus in *præſenti* definit, eosque, qui ita re conjunguntur, vocari ſingulos ad ſolidum ejusdem rei a principio, & quidem ex verbis defuncti. *l. unic. §. ubi autem* 11. *verſ. ſin vero non omnes C. de caducis tollendis. l.* 1. *§. interdum. l.* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* eaque ratione & reſpectu verborum defuncti inter re tantum conjunctos, quoties uno non concurrente ſolidum ad alterum pertinet, non tam ei accreſcere quam non decreſcere, ſive retineri per jus non decreſcendi ſolidum ei a defuncto relictum. *d. l. unic. §. ubi autem* 11. *verſo ſin vero nemo.* quamvis reſpectu juris & temporis poſt mortem teſtatoris, & antequam alter deficiat, quia tunc ſingulis non niſi pars jure defertur vel adquiritur. *l.* 2. *ff. ſi pars hered. pet. l. ſi domino* 99. *ff. de leg.* 1. non improprie dicatur accreſcere pars poſtea deficiens. *d. l.* 1. *§. interdum. l.* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* atque ita diverſis reſpectibus inter re conjunctos jus accreſcendi, & non decreſcendi conſiderari docuimus ſuperiore *cap.* §. 32. & 33. Quibus principiis proxima eſt, ideoque prima examinanda nobilis diſputatin, an inter re conjunctos, quorum uterque admitti ſperatur, poſſit unus, quamdiu alter non concurrit, tntum petere, an potius partem dumtaxat, quam altero concurrente habiturus eſt. In qua quæſtione, ut totum interim petere liceat, ſuadetur in primis ex verbis Juſtiniani in *d. l. unic. §. ubi autem verſ. ſin vero non omnes.* ubi probatur, primum ex re conjunctis venientem ſolidam rem accipere, & ſupervenientes alios conjunctos abſtrahere partes a priore. Secundo ex *l. ſi Fortidianum* 7. *C. hoc tit.* ibi: *concurſu dominium ejus tibi quoque quæritur.* Ergo quamdiu ad petendum non concurris, dominium ſolis collegatariis in ſolidum quæſitum eſt. Tertio ex *l. ſi heres* 7. *ff. fam. erciſc. l. plane* 34. *§. ſed ſi in pupillari verſ. interim ff. de leg.* 1. *l. ſub conditione* 10. *§.* 1. *ff. de adſign. libertis. l.* 1. *§. ſed & quoties. l. ex aſſe* 28. *ff. ad S. C. Trebell. l. idem* 6. *§. ult. ff. de uſufr. accreſc.* ubi in hereditatibus, legatis, fideicommiſſis, uſufructu, & liberti adſignatione ſcriptum eſt, pendente conditione conjuncti totum ab alin peti, capique poſſe. Quarto denique ex juris ratione; quia cum ex re conjunctis unusquisque ſeparatim ſua nratione ad ſolidum vocatus ſit, non eſt cur ei, qui petit, quamdiu alter non concurrit, denegetur conſequutio ſolidi, argumento textus in *l. fideicommiſſa* 11. *§. ſic evenit* 21. *in fine ff. de leg.* 3. quibus argumentis ita docent poſt Azonem & Hugolinum apud Accurſium in *d. l. plane* 34. *§. ſi conjunctim, verbo partem.* Baldus, Caſtrenſis, & Jaſon *num.* 12. & 17. *ibidem*, ubi & Duarenus, Cujacius ad Ulpianum *tit.* 24. *§. ſi per damnationem in fine.* noviſſime Bellonus *de jure accreſc. cap.* 7. *quæſt.* 37. *num.* 47. & *ſequentibus.*

§. II. Sed e contrario Bart. in *d. l. plane* 34. *§. ſi conjunctim num.* 1. poſt Joannem apud Accurſium *ibi, verbo partem.* Baldus ſibi contrarius in *d. l. un. §. ſin autem ad deficientis num.* 1. *C. de caducis toll.* Goveanus *animadverſ. cap.* 6. Faber *de error. Pragm. decade* 49. *errore* 9: affirmant, unum ex re conjunctis primo accedentem non niſi partem petere, aut conſequi poſſe, quamdiu admitti alter poteſt: idque probatur primo in hereditatibus ex *l.* 2. *ff. ſi pars hered. pet. l.* 1. *§. ſi ex tribus* 3. *ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l.* 2. *§. pro qua quisque* 2. *ff. de bonor. poſſ. ſecundum tab.* juncta *l. ſervus* 67. *ff. de adquir. hered.* Secundo in legatis ex *l. ſi domino* 99. *l. ſi pluribus* 33. *verſ. ſin autem. l. quid ergo* 53. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. *l. cum quæſtio* 24. *§.* 1. *in fine C. hoc tit.* Tertin inter conjunctos vocatos, unum pure & alium ſub conditione tam in hereditatibus quam in legatis, ex *l. hæc ſcriptura* 26. *§. ult.* juncta *l. ſi ſeparatim* 30. *ff. de cond & dem. d. l. plane* 34. *§. ſed ſi in pupillari verſ. interim.* juxta intellectum Joannis apud Acc. *ibi, verbo partem. d. l. ſi domino* 99. *ff. de leg.* 1. juxta communem ſenſum, quo legatum optionis conditionale eſſe ſupponitur. *§. optionis inſt. hoc tit.* conducunt, ſi recte expendantur, electi ad hanc rem textus in *l. verbis* 7. *in fine ff. de vulgari. l. cum heres* 52. *§. ult. ff. de adquir. hered. l. liber* 59. *§. ſi ita ſcriptam* 6. *ff. de her. inſt.* Quarto tandem ex juris ratione multiplici, tum quia in hereditatibus, ſi unus interim etiam prn parte conjuncti nondum concurrentis heres fieret, ſemper pro ea parte heres permaneret ipſo jure. *§. reſtituta inſt. de fideicommiſſar. heredit.* ideoque coheres poſtea veniens non fieret pro ea parte heres directo, ſive ipſo jure, cum uni dun in ſolidum heredes non poſſint exiſtere. *l. quod contra* 141. *§. ult. ff. de R. J.* idque ipſum in legatis ſequeretur, quia ſi primus ut dominus interim etiam partem conjuncti vindicaret, non poſſet poſtea recta via ab eo, qui legavit, in alterum poſtea venientem tranſire ejus partis dominium nunquam factum alterius, contra *l. a Titio* 62. *ff. de furtis. l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. tum etiam in legatis, quia neque actione perſonali ex teſtamento poteſt interim legatarius totum ut debitum conſequi, cum heres ea actione & obligatione, quam adeundo enntraxit, non niſi partem ſingulis debeat. *l. ſi Titio* 7. *ff. de leg.* 2. *l. ſi duobus* 16. *ff. de leg.* 1. *§. heres* 5. *inſt. de obligat. quæ ex quaſi contractu.* neque vindicare in rem actione totum ut ſuum, quoniam non niſi prn parte eidem interim juris auctoritate dominium quæſitum eſt. *d. l. ſi domino* 99. & abſurdum inſolensque eſſet, ſingulis in ſolidum interim ejusdem rei dominium adquiſitum intelligi. *l. ſi ut certo* 5. *§. ult. ff. commodati.* tum denique tam in hereditatibus, quam in legatis, quia eorum adquiſitio & petitio pendet ex delatione legis defuncti voluntatem confirmantis, quæ præcedere debet. *l. delata* 151. *ff. de V. S. l. ei qui* 13. *ff. de condition. inſt.* lex autem non defert niſi ſemel. *§. placebat Inſt. de legit. agn. ſucceſſ.* & iden, ſicut non poteſt deferre dominium in ſolidum ſingulis, quoniam id abſurdum, ut diximus, ita neque in ſolidum primo venienti, quia ſi id ei interim totum delatum & adquiſitum eſſet, non poſſet ejusdem pars alii poſtea accedenti deferri, neque adquiri ei, ſi non delata, ut conſiderat Faber *d. decade* 49. *errore* 9. *num.* 4.

§. III. Hæc ut componat exponatque, varios caſus inter hereditates legata & fideicommiſſa univerſalia & ſingularia, rurſusque inter eadem utrique pere, vel uni pure & alii ſub conditione relicta proprietatis aut uſusfructus, diſtinguit poſt multos Bellonus *d. cap.* 7. *quæſtione* 37. *per totam.* Sed quamvis in Academia magno primario Anteceſſori priorem illam ſententiam, de admittendo interim conjuncto ad petitionem ſolidi indiſtincte tam in hereditatibus quam legatis utrique vel uni pure & alii ſub conditione relictis, placuiſſe non ignoremus, nos tamen vel invitos & perinde indiſtincte,

ut contrariam poſteriorem ſententiam cogit præcipue juris illa multiplex ratio, pro quarta poſterioris ſententiæ fundamento ſupra perpenſa, cujus vim eludit potius quam eludit Bellonus *d. quæſtione* 37. *num.* 60. *& ſeq.* nam ſi, ut ipſe agnoſcit *num.* 69. in ſuſpenſo interim eſt, utrum ſolidum vel pars ſola conjuncto primo venienti deferatur vel adquiratur, denegari eo ipſo debet petitio ſolidi. *l. bovem* 43. §. *ult. ff. de Ædilitio Edicto.* Movet & nos præterea pro eadem ſententia expenſum nondum argumentum ex *l. ſi dominus* 17. §. 1. *l. Titio* 34. *cum ll. ſeqq. ff. ad l. Aquiliam.* ubi ſignanter ſcriptum eſt, Titium collegatarium ſervi, qui Sejo deliberante legatum vindicavit, non poſſe ſolum actione legis Aquiliæ experiri ob legatum ſervum occiſum, niſi Sejus collegatarius repudiaverit, quia tunc retro accreviſſe ei dominium intelligitur, ergo non quamdiu Sejus deliberat, neque antequam ejus repudiatione ſolidum Titio accreſcat. *l. liber* 13. §. *ſi ſervus* 2. *&* 3. *l. ob id* 43. *ff. ad l. Aquiliam.* ex quibus apparet, ſi Titius ut ſolus interim dominus vindicare totum legatum poſſet, permittendum ei etiam fuiſſe, ut ſoli interim domino, Aquilia experiri. Deinde & confirmatur noſtra aſſertio in inſtitutis uno pure & alio ſub conditione *Regia l.* 12. *titulo* 4. *Partita* 6. cujus auctoritate ſententiam, quam ſequimur, hodie approbari agnoſcit Gomezius *tom.* 1. *variar. cap.* 2. *num.* 15. & poſt Joannem & Irnerium apud Acc. in *l.* 1. §. *ſed & quoties verbo univerſum ff. ad S. C. Trebell.* firmat intra eam ſpeciem *Regiæ legis* Faber *de error. Pragm. dec.* 49. *errore* 10. Donellus *lib.* 19. *comm. cap. ult.* & ante eos Caſtrenſis in *d. l.* 2. *ff. ſi pars hered. pet.*

§. IV. Nec nos ab hac ſententia movet aut mutat primum præcipuumque contrariæ momentum ex *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero non omnes C. de caduc. toll.* cui quamvis tentata & repudiata interpretatione, quam refert & refellit Bellonus *d. quæſtione* 37. *num.* 49. manus dare cogantur Lancellotus, Politus in *præſenti num.* 39. *verſ. at vero contra.* Faber *d. dec.* 49. *errore* 9. *num.* 5. fateanturque, ex mente Juſtiniani novoque jure, ſed contra ſtricti veteriſque rationem, conjunctum primo venientem totum interim habiturum, reſponderi tamen probabiliter poteſt, ſi obſervemus in primis, non tribui a Juſtiniano jus conſequendi ſolidi primo venienti, neque ab eo ſupponi aut conſtitui, ut tale jus habeat, ſed ſententiam *d. verſ. ſin vero.* referri in eum caſum, quo unus primo veniens rem ſibi ſeparatim legatam totam, ſicut legata eſt, petens eam fortaſſe ab herede acceperit, ut indicant verba illa conditionalia & in caſum relata, *ſed unus forte eam accipiat*, quæ minus propria eſſent, ſi ſuo jure & ſemper totum non tam accipere quam exigere primo veniens poſſet. Plane eum caſum ſolidi ab uno fortaſſe accepti Juſtinianus ſupponit, ut eo ſuppoſito jus non decreſcendi clarius oſtendat, ideoque ait, ejus, qui primus accepit, ſolidam rem eſſe non tam jure exactionis, quam ex vi vocationis & ſermonis defuncti ſolidum prima facie adſignantis, ideoque alios, ſi ſuperveniant, partes priori abſtrahere, eorumque concurſu legatum prioris minui ſive decreſcere, & e contrario eis non venientibus ſolidum apud eum, qui habet, remanere, nec tam accreſcere aliquid, quam non deminui, ſeu non decreſcere, quæ ſingula, quamvis quoad petitionis ſolidi effectum nec diſcutiantur a Juſtiniano, nec decidantur, proponuntur tamen ſerviuntque differentiis, quæ *ibi* ſequuntur, inter re tantum conjunctos, qui *disjuncti* vocantur, aliosque conjunctos. Neque ad rem magis pertinet ſecundum argumentum ex *d. l. ſi Fortidianum* 7. *in fine C. hoc tit.* quia etiamſi admittas ejus loci intellectum de concurſu ad petitionem adquiſitionemque dominii irrevocabilis fundi legati, ut exponit & contra nos expendit Bellonus *d. quæſtione* 37. *num.* 52. reſpondendum eſt, conſequentiam deductam a contrario ſenſu ex verbis ejus textus relatis ſupra §. 1. proprie & ſolum evincere, ante concurſum unius fratris ad agnitionem ſive petitionem legati non adquiri ei dominium irrevocabile ſuæ partis, & tamen eſſe id jam quæſitum fratribus aliis, quibus per præceptionem legatum fuit. At non evincitur quæſitum illis fuiſſe in ſolidum, in quo tota argumenti vis aut vitium, immo partes ſuas dumtaxat fratribus quæſitas fuiſſe intelligi debet.

§. V. Opera & arte graviore eget explanatio tertii argumenti ex *d. l. ſi heres* 7. *ff. fam. erciſc.* eum ſupra laudatis, quibus moti Azo & Pileus relati ab Accurſio in *d. l.* 2. *verbo ad eos*, *ff. ſi pars hered. pet.* quorum ſententiam vocat communem Gomezius *tom.* 1. *var. cap.* 2. *num.* 15. quin & Bartolus opinionis noſtræ auctor in *d. l. plane* 34. §. *ſi conjunctim.* a ſe diſſentiens, & Azoni in hac re ſubſcribens fatetur, ſaltem in hereditatibus pure inſtitutum poſſe pendente coheredis conditione totum petere & conſequi; Hugolinus autem & ex eo Acc. in *d. l.* 2. recepti inter veteres novioresque communius, teſte & ſectatore Bellono *d. quæſtione* 37. *num.* 96. diſtinguunt inſtitutos ex partibus ſeparatis, veluti *Titius ex ſemiſſe Sempronius ex alio ſemiſſe heres eſto:* quo caſu Titium interim non niſi ad ſuum ſemiſſem juxta ſententiam noſtram admittunt. *l. liber* 59. §. *ſi ita ſcriptum* 6. *ff. de her. inſtit. l. cum heres* 52. §. *ult. ff. de adquir. hered.* & inſtitutos aut in eodem aſſe vel parte, aut ſimpliciter ſine adſignatione partium, quo caſu ex Azonis ſententia & contra noſtram cenſent, pure inſtitutum, quamdiu conditio coheredis pendet, admitti ad totum, non tamen ut heredem pro parte coheredis. *l. verbis* 7. *ff. de vulgar.* ſed ut legitimum interim adminiſtratorem. *d. l. ſi heres* 7. *ff. fam. erciſc.* Sed ſicut prior pars diſtinctionis veriſſima eſt, probaturque proprie non vulgari ad rem textu in *l. ſi ſolus* 80. §. *item ſi ſervus ff. de adquir. hered.* ita poſterior pars, dum inſtitutum pure ſaltem ut adminiſtratorem legitimum ad petitionem partis inſtituti ſub conditione interim admittit, commentitia eſt, nulloque juris teſtimonio quod ſciam fulcitur, & impugnari non male poteſt ex *l.* 1. §. *ult. l. antiqui* 3. *ff. ſi pars hered. petat.* & ex *l. ſi tamen* 25. *ff. de leg.* 2. & ex *l.* 2. *C. de conſortibus ejusdem litis. l.* 3. *ff. fam. erciſc.*

§. VI. Neque poſteriorem eam diſtinctionis partem fulcit aut firmat, quin potius, niſi fallimur, infirmat infringitque Venulejus, quo unico Bellonus nititur, in *d. l. ſi heres* 7. *ff. fam. erciſc.* namque obſervandum eſt, non exprimi aut definiri eo loci, pure inſtitutum adjecto coherede conditionali totum interim poſſe petere, aut ſuo jure aut adminiſtratorio nomine. Etenim ſpecies eſt de uno pure & ſimpliciter ſive ex aſſe, & alio ſub conditione, vel qui apud hoſtes erat, inſtituto etiam ſimpliciter, qui proprie adjectus coheres dicitur, quia priori ad hereditatem pure vocato veluti adjicitur, ut eam cum iſto in caſum conditionis aut reverſionis e captivitate prior communicet. *l. verbis* 7. *l. qui complures* 32. *ff. de vulgari. l. ei qui ſolvendo* 88. *ff. de her. inſtit.* In ea itaque ſpecie pure inſtitutus pendente conditione aut captivitate coheredis, ejusque adjectione diſſimulata, ſe ſolum heredem ſimulans ſupponenſque, ut ſignificant illa verba, *dixerit ſe heredem eſſe*, in *d. l. ſi heres* 7. contra debitorem hereditarium hereditaria actione in ſolidum egit, & actione expertus vicit in ſolidum, (alioquin nec de communicando commodo victoriæ adjecto coheredi quæſtio eſſet, ſi partem ſuam, qui egit, ſolam exegiſſet. *l. ult. C. depoſiti.*) ſed egit & exegit non tam jure quam facto, & propter ignoratam coheredis adjectionem, ut recte Accurſ. & Fulgoſius, Faberque *in Rat. ibidem* agnoſcunt. Non potuiſſe autem pure inſtitutum agere in ſolidum, neque ſuo neque adminiſtratorio jure, ſuadetur primo ex eo, quia Venulejus ſignanter ſcribit, indubitate judicati actionem

nem ei ſolum, qui egit, in ſolidum competere, ut pote natam ex quaſi contractu ab eo geſto judicii accepti, ſive litis conteſtationis. *l. 3. §. idem ſcribit ff. de peculio. l. ſi procurator 28. ff. de procuratoribus.* proinde non obſcure ſignificat, priorem hereditariam actionem, qua expertus eſt, non ei in ſolidum competiiſſe. Secundo id ipſum peremptorie probatur, quia ſi pure inſtitutus agere & exigere in ſolidum ſuo jure, aut tanquam legitimus adminiſtrator potuiſſet, iniquum eſſet, teneri debitorem hereditarium ei ſolidum ſolvere, & non liberari a coherede adjecto, *arg. l. ſi rem 31. §. 1. ff. de novat. l. ex duobus 16. ff. de duobus reis.* & tamen non fuiſſe liberatum debitorem, niſi pro parte, apparet, quia coheredi adjecto datur electio facultasque, vel experiundi contra debitorem, vel exigendi victoriæ partem a coherede, quomodo hanc electionem adjecto tribuit recte Fulgoſius in *d. l. ſi heres 7.* potius quam ei qui egit, ut cum Accurſio Faber & alii *ibidem*. Tertio denique hoc idem evincit juris ratio, quæ docet, actiones hereditarias inter heredes pro hereditariis portionibus jure ipſo dividi. *l. ea quæ 6. C. fam. erciſc.* & ideo ſingulis contra debitores hereditarios non niſi pro ſua parte competere. *l. ult. C. depoſiti. l. 2. C. ſi unus ex pluribus heredibus credit. l. ex parte 23. ff. de ſolut.* & quidem etiamſi unus pure & alter ſub conditione aut in caſum futurus heres ſperetur, ut ego didici, & doceri vulgo non ſolet, ex *l. ſi marito 31. §. cum patri ff. ſoluto matr. l. ſed etſi 28. §. ult. ff. de judiciis. l. ſi pater 36. ff. de ſolut.*

§. VII. Sunt autem, ut pergamus, expeditiores reliqui loci pro tertio fundamento ſupra expenſi §. 1. Nam in primis, quod attinet ad fideicommiſſa univerſalia, ex *l. 1. §. ſed & quoties 9. l. ex aſſe 28. ff. ad S. C. Trebell.* reſpondetur, ex duobus fideicommiſſariis uno pure & alio ſub conditione, ſi pure vocato petente heres coactus adierit, totam hereditatem reſtitui pure vocato, non quia ille petere potuerit ſuo aut adminiſtratorio jure, neque ejus favore aut reſpectu, ſed ut exoneretur heres coactus, nihilque retineat, & actiones ab eo in ſolidum tranſeant in fideicommiſſarium purum, idque ex SCto Pegaſiano, quo ita cautum in hac ſpecie *d. l. 1. §. ſed & quoties 9. l. cogi 16. §. ſi quis heres 4. & §. idem Mæcianus 9. ff. ad S. C. Treboll.* ideoque etiamſi ſint fideicommiſſarii cum adſignatione partium, totum pure vocato reſtituitur contra priorem partem diſtinctionis propoſitæ ſupra §. 5. & fructus interim ex parte ſocii perceptos ei reſtituere non tenetur. *d. l. ex aſſe 28.* quos tamen reſtituere deberet, ſi ut adminiſtrator percepiſſet. *l. ſed ſi 5. §. ult. ff. de Carbon. Edicto.* Deinde quoad *l. ſub conditione 10. §. ult. ff. de aſſign. libertis.* quia aſſignatio liberti verſatur circa jus patronatus, quod eſt individuum ſua natura, ſicut libertus ipſe, & ejus conditio ſeu libertinitas, & ex duobus patronis unicuique in ſolidum competit. *l. quædam 41. ff. fam. erciſc. l. ult. ff. de jure patron.* juncta *l. duobus 30. ff. de liberali cauſſa.* & quamvis effectus ejus juris, veluti ſucceſſio liberti, ſi patroni duo concurrant, inter eos dividatur. *l. ex tribus 21. l. communi 24. ff. de bon. libert. l. 3. §. ſi plures. l. 4. §. 1. ff. ſi quid in fraud. patr.* tamen quamdiu unus non concurrit, veluti dum pendet conditio, ſub qua illi uni aſſignatus libertus eſt, neceſſe eſt jus patroni, ut pote individuum, competere omni reſpectu ei ſoli, & in ſolidum, cui pure aſſignatus eſt. *d. l. ſub conditione 10. §. ult.* Duarenus *de jure accreſc. lib. 1. cap. 16.* Tiraquellus *de jure primogeniorum quæſtione 40. num. 152.*

§. VIII. Rurſus in legatis quoad ſpeciem *d. l. plane 34. §. ſed ſi in pupillari ff. de leg. 1.* reſpondendum eſt, verba illa, *interim igitur partem habebit is, cui in ſuo teſtamento legavit*, non eſſe referenda ad partem collegatarii ex teſtamento pupilli, quaſi ſenſus ſit, ut quia in illa ſpecie ſcriptum fuerat, legatarios concurſu partes habituros, conſequenter inferatur, interim ſive quamdiu alter non concurrit, quia conditio pupillaris teſtamenti & legati in eo relicti pendet, legatarium ex teſtamento patris ut pote pure vocatum habiturum etiam partem collegatarii pupillaris ſimul cum ſua, & conſequenter totum interim, quamvis concurrente poſtea collegatario non niſi partem ſuam retineat, ut verbo *interim* tacite inſinuatur, quómodo exponunt, & contra nos expendunt contrariæ ſententiæ aſſertores, & poſt Azonem apud Accurſium *verbo partem ibidem* Baldus, Caſtrenſis & Imola *num. 2.* quibus ſubſcripſit olim Ant. Faber *lib. 6. conject. cap. 1.* quem etiam ſenſum ut exprimeret, pro voce *partem* legendum eſſe *totum* tentavit Cujacius ad *Ulpianum titulo 24. §. ſi per damnationem in fine*. ſed potius referenda ſunt ea verba ad partem propriam ipſius legatarii ex teſtamento patris, & proinde ſignificant, eum interim habere ſuam partem non totum, id enim ſentiunt juris auctores, quoties deberi partem dicunt. *l. ſi Titio 7. l. ult. §. Seio ff. de leg. 2. l. hujusmodi 84. §. ſi Titio & Mævio 8. l. ſi domino 99. ff. de leg. 1.* Neque inconſequens, aut ſine dubitandi ratione aut ſubaudito in voce *interim* ſenſu inepta eſt ſic accepta ſententia Conſulti, quin potius ei, quod præmittitur, utrumque concurrentem habiturum partem, quia ſingulis lex ſuam partem defert, conſequens eſt, interim ſive quamdiu alter non concurrit, alterum ſolam ſuam partem habere debere, quia lex ei interim partem aliam non defert, quam alii, ſi poſtea concurrat & conditio exiſtat, delatura eſt; quamvis ſi conditio deficiat, & alia ex cauſſa alter poſtea non concurrat, totum primus ſit habiturus, idque ſubaudito ſenſu in voce *interim* ſignificatur, ut explicat ſententia in melius mutata Ant. Faber *dec. 49. errore 9. num. 4.* & dubitandi ratio quoad partem propriam, quamvis in eo an illam ſaltem interim haberet nulla ſit, erat tamen graviſſima in eo, an illam partem ſolam, an potius totum interim habiturus eſſet, ut neque adverſarii negare poſſunt, & ex eorum argumentis conſtat. Neque ulterius huic interpretationi obſtat præcipua adverſariorum ratio deducta ex eo, quia ſi in *d. §. ſed ſi in pupillari* ſupponimus, primum legatarium interim ſolam ſuam partem habiturum, nulla erit differentia inter eos, qui concurſu partes habent, de quibus in *d. §. ſed ſi in pupillari.* & eos, inter quos fiunt partes initio, ex quibus etiam interim unus ſolam ſuam partem habet, ut in ſpecie immediate præcedente legati relicti Titio & ſervo proprio ſine libertate. *§. ſi conjunctim d. l. plane 34.* a qua tamen diſtingui ſpeciem ſententiamque *d. §. ſed ſi in pupillari.* ſuadet juris ratio & adverſativa illa *ſed ſi*. Quippe reſpondendum eſt, differentiam in eo eſſe, quod in *d. §. ſed ſi in pupillari.* legatarius ex teſtamento patris, quamvis interim, quamdiu alter non concurrit, & ut concurrat ſperatur, non niſi partem ſuam habeat, tamen ſi poſtea alter concurrere poſſe deſinat, totum habiturus eſt; at in *d. §. ſi conjunctim.* Titius legatarius, in cujus perſona legatum conſtitit, nunquam habiturus eſt totum, ſed ab initio & ex poſtfacto ſolam ſuam partem, ceſſante omnino in illa ſpecie jure accreſcendi, ut agnoſcunt conſentiuntque in eo, quamvis in ratione diſſentiant, excepto Bellono jus accreſcendi in ea etiam ſpecie admittente *cap. 7. quæſtione 32. num. 20.* veteres novioresque omnes, & poſt Accurſium *verbo proprio*, Bartolus, Baldus, Caſtrenſis, & alii communiter in *d. §. ſi conjunctim.* Cujacius ad *Paulum lib. 3. ſententiarum titulo 6. §. communi*, & in *l. ſi duobus 16. ff. de leg. 1.* Duaren. *lib. 1. de jure accreſc. cap. 18.* pleniusque ſuo loco explicabimus.

§. IX. Tandem quoad ſpeciem *d. l. idem 6. §. ult. ff. de uſuf. accreſc.* reſpondent Bartolus in *d. l. plane 34. §. ſi conjunctim num. 2.* & in *l. 1. §. ſi decem num. 3. ff. ut legat. nom. caveatur.* Faber *d. dec. 49. errore 10. num. 6.* in legato uſus-

Digitized by Google

fructus ad legatarium purum, quamdiu conditio alterius pendet, pertinere totius fundi uſumfructum ſingulari jure & ratione, quæ in hereditatibus & legatis proprietatis locum non habet; nempe quia, cum uſusfructus in facto perſonali fruendi conſiſtat, quotidie conſtitui, finiri, & legari intelligitur, & uſusfructus temporis, dum conditio pendet, cenſetur alius diverſusque ab eo, qui poſt conditionem exiſtentem collegatario deferendus adquirendusque eſt. *l. 1. §. interdum ff. de uſufr. accreſc. l. ſi uſusfructus 6. ff. de uſufr. leg.* cum tamen proprietas temporis ante conditionem & poſt conditionem ſemper una eademque ſit & cenſeatur. Ideoque quamvis totus uſusfructus interim apud legatarium purum ſit, non tamen ei adquiri aut deferri cenſetur ille idem uſusfructus, qui poſtea conditione exiſtente alteri deferendus & adquirendus eſt, & proinde in hac ſpecie non militat juris illa multiplex ratio, quam pro ſententia noſtra expendimus ſupra §. 2. ſecundum quæ etiam explicandus eſt textus alioquin obſcurus in *l. 1. §. ſi decem verſ. ſed ſi ſub conditione ff. ut legator. nom. caveatur.*

§. X. Poſtremo & quartum argumentum ex ratione juris propoſita ſupra §. 1. *in fine* facile diſſolvetur, ſi meminerimus, quod dicitur, inter re conjunctos ſingulis ſolidum adſignatum eſſe, non affirmari, quaſi id omnino ita ſit veritate & voluntate teſtatoris attenta, quoad effectum ſolidi ab unoquoque exigendi, ut inconſpecte ſcripſit Faber *lib. 6. conjectur. cap.* 1. id enim ſi ita eſſet, conſequeretur unus rem, & alter æſtimationem ex judicio teſtatoris. Neque in eandem rem concurrerent, aut accreſcendi jus haberent. *l. ſi pluribus 33. verſ. ſcilicet niſi ff. de leg.* 1. quod tamen Juſtinianus negat in *d. l. un. §. ubi autem 11. verſ. ſin autem disjunctim C. de caducis tollendis.* notatque poſt alios Duarenus *de jure accreſcendi lib. 2. cap. 7.* ſed ſolidum adſignari dicitur, quia ita *videtur* inſpecto *ſermone teſtatoris & prima facie*, ut Juſtinianus loquitur in *d. §. ubi autem 11. verſ. ſin vero non omnes.* Unde fit, ut cum attendi potius debeat defuncti voluntas, quam verborum prima facies aut frons. *l. fideicommiſſa 11. §. plerumque 20. ff. de leg. 3. l. Labeo 7. §. Servius ff. de ſupellect. legata.* & ex voluntate defuncti legeque illam confirmante non deferatur niſi pars ſingulis, quamdiu concurrere omnes poſſunt, neque permittatur interim uni ſolidum petere. Neque ad rem pertinet exemplum ex *d. l. fideicommiſſa 11. §. ſic evenit 21. ff. de leg. 3.* ubi enim poteſt unus ex pluribus fideicommiſſariis agendo totum conſequi, quia teſtator per fideicommiſſum reliquit pluribus reis ſtipulandi id, quod eidem a promittendi reo debebatur, & ideo voluiſſe cenſetur, ut quemadmodum jure obligationis correorum unusquisque agendo ſolidum occupare, & exigere a reo poterat. *l. 2. l. ex duobus 16. ff. de duobus reis. l. ſi rem 31. §. 1. ff. de novationibus.* ita & jure fideicommiſſi exigat ab herede data ei cautione indemnitatis, ſeu defenſionis adverſus cæteros fideicommiſſarios, atque ita ut duos in ſolidum ejusdem debiti reos haberent, primum reum promittendi & heredem. *l. 3. §. ult. l. quid ergo 4. ff. de liberat. legata.* videndus Cujacius *lib. 14. obſervationum cap. 26. & lib. 17. quæſt. Papiniani, in l. Titio 71. §. Titis genero ff. de conditionib. & demonſtr.*

§. XI. Enimvero primariæ huic diſputationi, & ſuppoſitæ in *princ. hujus cap.* aſſertioni de ſolido ſingulis prima facie adſignato, & partibus concurſu faciendis, jureque accreſcendi aut non decreſcendi diverſis reſpectibus inter re conjunctos recepto, ſuccedit jam nobilis inſpectio, an ſcilicet id jus accreſcendi aut non decreſcendi, & concurſus ad eamdem rem inter re conjunctos ſemper obſervetur, an potius aliquando & quatenus uni res & alteri æſtimatio danda ſit. Quod ut intelligatur, & in lucem gratiamque veteris Jurisprudentiæ ſupponimus in primis, inſignem in hac re differentiam fuiſſe inter legata vindicationis, & damnationis, quibus eadem res duobus ſeparatim relicta erat. Namque in legatis vindicationis cenſebantur re conjuncti in propoſita ſpecie, ita ut concurſu partes facerent, & uno deficiente alter totum jure accreſcendi nanciſceretur, ſive jure non decreſcendi retineret. *l. 1. §. interdum. l. 3. ff. de uſufr. accreſc. §. ſi eadem res inſtit. hoc tit.* At in legatis damnationis neque erant re conjuncti, neque ut tales in eamdem rem concurrebant, ſed unus rem alter æſtimationem conſequebatur, auctore Cajo *lib. 2. inſtitut. tit. 5. §. inter 6. & §. ult.* Ulpiano *tit. 24. de legatis §. ſi duobus 12. cum §. ſeq. in fine.* ubi Cujacius. Paulo *lib. 3. ſentent. tit. 6. §. interdum* eamque differentiam inſinuat Juſtinianus in *d. l. unic. §. ubi autem 11. verſ. ſin autem disjunctim C. de caducis tollend.* & juxta eamdem de legato damnationis loquitur, explicandusque eſt Julianus in *l. non quocumque 82. §. qui Gajum 5. ff. de leg. 1.* Pomponius in *l. qui duos 13. §. ult. ff. de leg. 2.* ubi legatum damnationis fuiſſe conjectamur, quia legatum fuit nominis ſive actionis jurisque incorporalis, quod plerumque per damnationem relinquebatur, ut in *d. l. qui duos 13. in principio. l. nomen 84. ff. de leg. 3.* junctis his quæ in hac re tradidimus ſupra *parte 1. §. 24. in fine.* agnoſcunt & illuſtrant hanc differentiam Duarenus *de jure accreſc. lib. 2. cap. 7.* Goveanus *de jure accreſc. num. 11.* Hotmanus in *epitomatis ad tit. de uſufr. accreſc. num. 12. & illuſtrium quæſt. 44. & lib. 6. obſervationum cap. 12.* Donellus *lib. 8. comm. in l. quidam 5. §. ult. ff. de rebus dubiis.* Fab. *lib. 6. conjectur. cap. 1. & de error. Pragm. dec. 50. err. 2.* Cujacius *lib. 26. obſervat. cap. 29.* & in *l. unic. §. his ita definitis C. de caducis tollendis*, & alibi ſæpe, Eguinarius Baro in *§. ſi eadem res inſt. hoc tit.* Bellonus *de jure accreſc. cap. 5. quæſt. 12. num. 37.* qui omnes & in fideicommiſſis ejusdem rei duobus ſeparatim relictis idem jus, ſcilicet præſtationis rei ſolidæ uni & æſtimationis alteri, fuiſſe cenſent, ut in legatis damnationis, quibus potius quam vindicationis fideicommiſſa ſimilia fuerunt, ut conſtat ex notatis ad *l. 1. de leg. 1. §. 22. & ſeqq.* Differentiæ autem propoſitæ ratio ex eo deducitur, tum quia in legatis damnationis & fideicommiſſis teſtatoris verba diriguntur ad heredem, cumque diverſis orationibus eamdem rem in ſolidum duobus dare damnant onerantque, quocirca, cum ejusdem rei utrique dominium in ſolidum adquiri jus non patiatur. *l. ſi ut certo 5. §. ult. ff. commodati.* neceſſe habet heres, ut teſtatoris voluntati, qua oneratus eſt, qualiter poteſt obtemperet, alteri rem præſtare, & alteri æſtimationem; quæ rei vice fungatur. *l. quia 39. ff. de uſufr.* tum etiam, quia cum per damnationem aut fideicommiſſum plerumque res alienæ relinquerentur, ut notavimus *parte 1. §. 22.* & in legato rei alienæ, quoties res ipſa præſtari non poteſt, æſtimatio legatario debeatur. *l. non dubium 14. §. ult. ff. de leg. 3. l. alienus 61. ff. ad L. Falcidiam.* teſtator per damnationem aut fideicommiſſum eamdem rem duobus relinquens, cum utrique in ſolidum præſtari impoſſibile ſit, reſpexiſſe cenſetur ad exitum ſive effectum relicti rei alienæ, & voluiſſe, ut cui res dari non poſſet, æſtimatio ejus præſtaretur. Quorum tamen utrumque in legatis vindicationis diverſum eſt, quia neque eorum verba ad heredem conferuntur, & proinde onerandus non eſt, ut uni rem alteri æſtimationem præſtet, neque res aliena eo genere legati relinquitur, ſed teſtatoris propria, cujus dominium non æſtimatio transferri ſolet. *l. legatum 80. ff. de leg. 2.* Atque ita neceſſario illud ſupereſt, ut in rem ipſam concurrant legatarii, & quia in ſolidum eam habere uterque non poteſt, habeant partes concurſu.

§. XII. Sed obnituntur primo aſpectu non levi-

ter

ter huic differentiæ, ſi recte expendantur, Conſulti in *l. duos* 14. ibi: *ſi teſtator utrumque ſolidum habere voluit, ff. de uſufr. leg. l. ſi res* 20. ibi: *non communicandi animo ſed utrique in ſolidum, ff. de leg.* 3. *d. l. qui duos* 13. §. *ult.* ibi: *duobus in ſolidum, ff. de leg.* 2. quibus locis ſignanter inſinuatur, re duobus ſeparatim relicta rem uni, alteri æſtimationem dari oportere non aliter, ſive non niſi eo caſu, quo ita defunctum voluiſſe conſtiterit etiam in legatis damnationis & fideicommiſſis: ergo non regulariter & ex eorum regulis rationeque ſupra expoſita. Cui difficultati ſuccumbens Cujacius in *l. ſi pluribus* 33. *ff. de leg.* 1. & in *d. l. unic.* §. *his ita definitis* 10. *C. de caduc. toll.* reſpondet, Tribonianum in *d. locis* adjeciſſe illa verba, quæ modo adduximus, ut JCtorum reſponſa veteſque jus adaptaret Juſtiniani conſtitutioni novæ in *d. l. unic.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin autem diſtinctioni.* poſtquam antiqua differentia legatorum vindicationis & damnationis ac fideicommiſſorum ſublata in omnibus etiam damnationis legatis & fideicommiſſis non licet uni rem, & alteri æſtimationem exigere, niſi hoc ipſum teſtator apertiſſime expreſſimque diſpoſuerit. *d.* §. *ubi autem* 11. *verſ. hoc autem ita.* ad quem reſpiciunt, & Triboniani ſtilum redolent ſimilia verba in *d. l. ſi pluribus* 33. *verſ. ſcilicet niſi*, uſque ad finem textus, *ff. de leg.* 1. ubi & ita agnoſcit Ant. Faber *lib.* 6. *conjectur. cap.* 1. Itemque in *l. filiusfamilias* 114. §. *ult.* ibi: *pluribus tamen ſeparatim ita relictus, ut unusquisque in ſolidum capiat, ff. de leg.* 1. in qua ea etiam verba Triboniano adſcribit Cujacius in *d. l. duos* 14. *ff. de uſufr. leg.* ſed quamvis non tam religioſum quam vulgariter ſuperſtitioſum & contra bonam fidem ſit, adjectiones Triboniani in JCtis nunquam agnoſcere, etiam ubi jus vetus ad conſonantiam novi redigere potuit, debuitque ille ex præcepto Juſtiniani in *l.* 1. §. *ſed & hoc ſtudium* 7. *C. de veteri jure enucl.* tamen in ſuperioribus locis ſignata verba etiam ex manu & mente JCtorum defendi poſſunt, ſi obſervemus in primis, in pleriſque ex his locis non exprimi, fuiſſe legatum damnationis, ut in *d. l. ſi pluribus* 33. *d. l. qui duos* 13. §. *ult.* aut non de illo vel de fideicommiſſo ſolo tractari, ſed etiam ſimul generaliterque de legatis, ut in *d. l. filiusfamilias* 114. §. *ult. d. l. ſi res* 20. Unde efficitur, ut quamvis in legatis damnationis & fideicommiſſis ſuo jure & natura daretur uni rei petitio, & alteri æſtimationis; neque in hanc rem eſſet neceſſaria expreſſio voluntatis defuncti, tamen eam requirant JCti in *dictis locis:* quia vel de legatis ſimpliciter, vel ſaltem ſimul cum fideicommiſſis tractabant de legatis, quo nomine comprehendebantur etiam legata vindicationis, in quibus non permiſſa illa rei & æſtimationis petitio, niſi in ſolidum utrique ſe relinquere teſtator expreſſiſſet.

§. XIII. Sane cum expoſitio hæc convenire non poſſit *d. l. duos* 14. *ff. de uſufr. leg.* ubi de ſolo legato damnationis quæſtio eſt, & tamen Celſus rei & æſtimationis petitionem non aliter admittit, quam ſi teſtator utrumque ſolidum habere voluit, obſervandum potius eſt, quod ad eum textum attinet, Celſum ibi non proponere ſeparatis ſive diverſis orationibus uſumfructum relictum duobus fuiſſe, ſed damnatum fuiſſe heredem, ut fineret duos ſeparatim uti frui, ut exprimunt prima illa verba, *duos ſeparatim uti frui ſinere damnatus heres*, ubi vox *ſeparatim*, cum non jungatur verbo *damnatur*, ſed verbis *uti frui*, non probat damnationem heredis ſeparatis orationibus factam, ſed potius uſumfructum ipſum ita relictum fuiſſe duobus, ut uterentur fruerenturque ſeparatim. Idque ipſum confirmant verba quæ ſequuntur ibi, *communiter uti frui paſſus eſt*, ubi illud *communiter uti frui*, opponitur veluti ex adverſo, reſpondetque ei, quod præceſſerat *ſeparatim uti frui*, & proinde utrumque non ad ſeparationem in damnando ſed in fruendo refertur. Eo itaque in primis ſuppoſito duo adjicimus, primum illud *ſeparatim uti frui* potuiſſe non uno ſenſu dici & intelligi, vel ſeparatim reſpectu temporis, id eſt, ita ut ſeparatis ſeu diverſis temporibus fruerentur, veluti alternis annis, menſibus, diebus. *l.* 2. *ff. quibus mod. uſusfr. amitt.* vel ſeparatim reſpectu partium rei, cujus uſusfructus relinquitur ita, ut ſeparatas ſive diviſas partes uſusfructus haberent. *l. penult. ff. de uſufr. accreſc.* vel denique ſeparatim reſpectu ſolidi ſine concurſu alterius unicuique adſignati, ita ut uterque ſeparatim ſive per ſe in ſolidum fruatur, tanquam ſi ſolus fructuarius eſſet ſine concurſu alterius in parte aut tempore. Secundum, quod adjicimus, eſt in *d. l. duos* 14. legatum, quod ſeparatis orationibus relictum fuiſſe ibi non proponitur, ut jam diximus, ſi proponatur relictum fuiſſe duobus conjuncta oratione, non potuiſſe ex jure regulisque legati damnationis, de quo ibi, ſingulos legatarios petere ſolidum, quin potius a principio vocari ad partes, adeo ut nec jus accreſcendi inter ſe haberent, & multo minus jus exigendæ rei & æſtimationis, teſte Ulpiano *d. tit.* 24. §. *ſi per damnationem.* de quo & ſuo loco plenius dicemus. Ex quibus ſingulis jam apparet, ideo Celſum in *d. l. duos* 14. in uſufructu duobus per damnationem legato, ut heres utrique ex teſtamento teneatur, ad æſtimationem partis uſusfructus, quæ propter concurſum collegatarii utrique deeſt, requirere, ut teſtator utrique ſolidum præſtari voluerit, tum quia non proponebatur ſeparatis orationibus heredem damnatum fuiſſe, quo ſolo caſu obtinuit jus illud petitionis rei & æſtimationis, & ſi conjunctim damnatus eſſet, haberent potius a principio partes ipſius uſusfructus ſine jure accreſcendi aut petendæ æſtimationis, niſi conſtaret teſtatorem voluiſſe ſolidum utrique relinquere; tum etiam quia illa verba, *ſeparatim uti frui*, non omnino evincebant, voluiſſe ut in ſolidum uterque frueretur, cum & admittant ſenſum fruendi cum ſeparatione partium aut temporis, ut prænotavimus.

§. XIV. Hanc interpretationem ſententiæ Celſi ex *lib.* 18. *Dig.* propoſitæ in d. *l. duos* 14. impugnat quidem prima ſpecie, ſed ſi introſpiciatur, illuſtrat & ex eo illuſtratur alia ejuſdem Celſi ex *eodem lib.* 18. ſupra relata ab Ulpiano in *l.* 1. §. *interdum ff. de uſufr. accreſc.* ubi in ea ſpecie, in qua ut ibi ſcriptum eſt mihi fundi uſusfructus ſeparatim totius, & tibi ſimiliter fuerit relictus, Ulpianus refert Celſum *lib.* 18. *Dig.* ſcribere, concurſu partes nos habituros, ſicut in proprietate ſimiliter legata, & conſequenter non licere unicuique æſtimationem uſusfructus partis illius, quam propter collegatarium non habet, ex teſtamento ab herede petere, quamvis voluntas ſolidum utrique relinquendi ſatis expreſſa videatur, dum ſingulis reliquiſſe proponitur ſeparatim uſumfructum fundi totius, ſicut & cum proponitur legaſſe utrique in ſolidum. *d. l. qui duos* 13. §. *ult. ff. de leg.* 2. in quo propria Celſi in *d.* §. *interdum*, & in *d. l. duos* 14. repugnantia eſt, cui tamen explicandæ pretium operæ erit, animadvertere differentias, quibus ſpecies ſententiaque *d.* §. *interdum*, & *d. l. duos* 14. quamvis *ejuſdem lib.* & auctoris inter ſe diſtinguntur. Prima obſervata a Cujacio in *d. l. duos* 14. & *lib.* 35. *Dig. Juliani* in *d. l.* 1. §. *interdum*, & in *d. l.* 14. tractari de legato damnationis, ut patet: at in *d.* §. *interdum* de legato vindicationis, ut in proprietate, cum qua uſusfructus confertur comparaturque, conſtat ex verbis illis, *non ut proprietas eo ſolo tempore, quo vindicatur*, & evinco confirmoque ex eo, quia jus illud de partibus per concurſum, & jure accreſcendi in illa ſpecie obtinere dicitur, ita ut non interſit, ſive non referat, *conjunctim an ſeparatim relinquatur*, ut ſcriptum eſt in *fine d.* §. *interdum.* quod falſum eſſet, ſi non per vindicationem relictum fuiſſet, ſed conjunctim per damnationem, quia tunc neque partibus per concurſum, neque juri accreſ-

cendi locus foret, ut ſupra diximus ex Ulpiano *d. titulo* 24. §. *ſi per damnationem* 13. Secunda differentia eſt in *d. l. duos* 14. non proponi legatum ſeparatim relictum, verbumque *ſeparatim* potius ad ſeparationem fruendi quam legandi referri, ut ſupra expoſuimus. E contrario in *d. §. interdum a princ.* proponitur, uſumfructum ſeparatis orationibus & eo ſenſu ſeparatim legatum duobus fuiſſe, quamvis in extremo affirmetur idem jus eſſe, etiamſi conjunctim relinquatur. Tertia denique ex prioribus pendens, & quæ difficultatem explicat, differentia eſt in *d. l. duos* 14. petitionem uſusfructus & æſtimationis contra heredem concedi eo caſu, quo teſtator utrumque legatarium habere ſolidum voluit, atque ita voluiſſe legatarii oſtenderint, quibus incumbit probatio. *l. Julianus* 40. §. 1. *in fine ff. de man. teſtam.* idque in legato damnationis, in quo ex ea teſtatoris voluntate ſolidi utrique relinquendi facilior heredis onerandi præſumptio eſt, quia cum legati verba ad heredem conferantur, isque duobus dare damnetur, etiamſi non ſeparatis orationibus, ſi tamen utrique in ſolidum præſtari teſtator voluit, neceſſe habet heres, ut voluntatem teſtatoris, a quo damnatus oneratusque eſt, impleat qualiter poteſt, uni rem & alteri æſtimationem præſtare, *arg. l. quid ergo* 53. §. *ſi quis duos ff. de leg.* 1. eoque reſpicit in *d. l. duos* 14. illa ratio propria legati damnationis, *nam ipſius onus eſt, ut ſolidum ſingulis legatum præſtaret.* At in *d. §. interdum* non proponitur reſpondeturve eo caſu, quo teſtatorem utrique in ſolidum dari voluiſſe conſtat, & in verbis illis, *fundi uſusfructus ſeparatim totius*, vox illa *totius* adjicitur, ne ex vario ſenſu verbi *ſeparatim* aliquis intelligeret, ſeparatas a principio partes ſingulis adſignatas fuiſſe, ut in *d. l. penult. ff. de uſufr. accreſc.* ſed indefinite fundi uſumfructum ſingulis relictum fuiſſe intelligamus, & proinde non recte ex eo verbo deduceretur, teſtatorem voluiſſe utrumque concurrentem habere totum, maxime in legato vindicationis, de quo in *d. §. interdum.* cujus verba cum in heredem non conferantur, non facile onerandus heres eſt uni rem & alii æſtimationem præſtare, niſi manifeſtiſſima teſtatoris voluntas ſit, ut ſolidum uterque acciperet, ut ſcriptum eſt in *d. l. ſi pluribus* 33. *in fine ff. de leg.* 1.

§. XV. Præterea ut progrediamur, eam veteris juris partem jam expoſitam de legatariis damnationis, uno ad rem alio ad æſtimationem ſeparatim vocatis, & proinde non in eandem rem concurrentibus, neque quoad accreſcendi jus re conjunctis, ſequitur non diſſimilis frequensque hodie juris noſtri quæſtio de his, qui diverſis orationibus ad eandem ſummam ſeu quantitatem vocantur, an ſcilicet re conjuncti ſint, in qua quæſtione diſtinguendi duo caſus breviter ſunt. Primus eſt, quoties certa ſumma uni relicta poſtea eadem alii relinquitur verbis relatis, ſive relative concepta ad ſummam priori relictam, veluti *Titio mille do lego, Sempronio eadem mille do lego*; quo caſu certum eſt, legatarios eſſe re conjunctos, & in eandem rem ſive ſummam concurſuros; quia relatio illa *eadem*, & quæcumque alia ſimilis efficit, ut non multiplicata in ſingulis ſumma, ſed eadem, in qua concurrant partesque habeant, adſignata videatur, ut *arg. l. Julianus* 15. *ff. de her. inſt. l. triplici* 142. §. *ult. ff. de V. S. l. Mævio* 41. *ff. de leg.* 2. §. *ſi eadem res inſtit. hoc tit.* notant poſt alios in *præſenti* Alciatus *num.* 11. Ferretus *num.* 12. poſt plures Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſtione* 5. *num.* 6. conducit optimus ad rem textus in *princ. inſtitut. de duobus reis.* Secundus & celebrior caſus eſt, quoties ſine relatione aliqua ad prius legatum diverſis orationibus eadem quantitas duobus relinquitur, veluti *Titio decem do lego, Sempronio decem do lego*; quo caſu in dubia re, & quando aliud alterve ſenſiſſe teſtatorem non conſtat, certius receptiusque eſt, cenſeri quantitatem multiplicatam, & unumquemque ex legatariis ſummam ſibi relictam in ſolidum exigere poſſe, etiamſi alter prior exegerit, & proinde non eſſe re conjunctos, quæ ſententia in primis probatur in *l. quingenta* 12. *ff. de probationibus.* juncta *l. plane* 34. §. *ſi eadem* 1. *cum ſeqq. ff. de leg.* 1. ex quibus ita Bartolus in *præſenti num.* 7. argumentatur, ut quemadmodum ex diverſitate ſcripturarum, quibus eadem ſumma relinquitur, præſumitur multiplicatio ſummæ etiam in uno legatario. *d. l. quingenta* 12. *d. §. ſi eadem* 1. *cum ſeq.* junctis traditis a Cujacio *lib.* 14. *obſervat. cap.* 19. ita & multo magis præſumatur multiplicatio ſummæ ex diverſitate legatariorum, quibus ſeparatim relinquitur, quamvis in eadem ſcriptura, cum facilior ſit ea præſumptio in diverſis perſonis quam in unica, *arg. l. omnes* 17. *cum l. ſeq. ff. de O. & A. l. hujusmodi* 84. §. *ſi Sempronius* 2. *ff. de leg.* 1. Secundo eadem ſententia fulcitur ex *l. ſi pluribus* 44. §. 1. *ff. de leg.* 2. ubi ex pluralitate heredum, a quibus ſeparatim eadem quantitas relinquitur, præſumitur multiplicatio ſummæ in uno legatario, & conſequenter præſumetur etiam ex pluralitate legatariorum, quibus ſeparatim relinquitur, quamvis ab uno herede, quam argumentationem ſimulque primam confirmat proprie textus in *l. quid ergo* 53. §. *ſi quis duos ff. de leg.* 1. Tertio denique ſuadetur exemplo ſtipulationum, in quibus ſi duo ſeparatis interrogationibus eamdem ſummam ſtipulentur, cenſentur ſinguli diverſam ſtipulari, eamque integram, & tanquam in ſingulis multiplicatam, etiamſi unus in ſolidum exegerit, poteſt ſecundus exigere, quia neque duo rei ſunt ejusdem ſummæ, niſi poſteriori interrogationi adjecta ſit relativa dictio *eadem. d. principio inſtitut. de duobus reis. l. ſi ex re* 28. §. *ſi ipſi ff. de ſtipulat. ſervorum.* docet ita his rationibus in poſteriori hoc caſu quæſtionis noſtræ poſt Bartolum *num.* 7. Duarenus *lib.* 1. *de jure accreſc. cap.* 7. & præter laudatos a Bellono *d. quæſtione* 5. *num.* 20. & 33. Connanus *lib.* 6. *comm. cap.* 4. *num.* 10. Cujac. in *l. ſtipulatio* 38. §. *in ſtipulationibus ff. de V. O.* qui & hoc ipſum jus multiplicationis quantitatis admittunt, quoties in ſingulis legatariis quantitas exprimitur, & conſequenter bis exprimitur, quamvis in unica & conjuncta oratione, veluti *Titio decem & Sempronio decem do lego.*

§. XVI. Sed refragatur huic ſententiæ præſertim in poſtrema hac parte ſecundi caſus obſcurum Ulpiani teſtimonium in *l. ſtipulatio* 38. §. *eum qui* 19. *ff. de V. O.* ubi docemur, eum qui ita ſtipulatus ſit, *mihi decem & Titio decem*, credendum eſſe eadem decem dicere, & ſtipulatori utrique, non alia decem ſibi & alia Titio; & conſequenter etiamſi eadem ſumma bis in eadem ſtipulatione, & circa diverſas perſonas exprimatur, non induci aut præſumi multiplicationem, proinde neque inducetur in legatis, ad quæ a ſtipulationibus regulariter valet argumentum. *l. uſumfructum* 5. *de uſufr. legato. l. cum ſervum* 39. §. 1. *verſ. ipſius ff. de leg.* 1. ſane in hac re explicanda omittimus in primis ſolutionem Bartoli in *præſenti num.* 7. Azonis *num.* 10. & aliorum in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *eum qui.* affirmantium ibi in promiſſoris reſponſione ſemel dumtaxat decem expreſſa fuiſſe; id enim ut divinatorium in primis, deinde ut inveriſimile, quia reſponſio promiſſoris etiam ſimplex cenſetur facta juxta interrogata. §. *præter* 5. *inſt. de inut. ſtipulat.* denique ut repugnans ſententiæ Ulpiani in *d. §. eum qui.* ubi ex verbis interrogationis ſive ſtipulationis decidendi rationem petit, nulla addita reſponſionis ratione mentioneve, improbant merito Politus in *præſenti num.* 5. Crotus *num.* 22. omittimus & aliam diſtinctionem inter ſtipulationes, in quibus multiplicationem non præſumi, quia ſtricte & plerumque contra ſtipulatorem interpretandæ. *d. l. ſtipulatio* 38. §. *in ſtipulationibus* 18. *l. quidquid* 99. *ff. de V. O.* & inter legata, in quibus eandem præſumi, quia benignius pleniusque interpretamur. *l. in teſtamentis* 12. *ff. de R. J.* docent

ita

ſta diſtinguentes Joannes de Imola in *l. ſi quis teſtamento* 79. ubi & Jaſon, *num.* 5. *de leg.* 1. Ripa *num.* 28. & Politus *num.* 8. in *præſenti.* Alexander in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *in ſtipulationibus num.* 4. poſt alios Mantica *de conjecturis ultim. volunt. lib.* 7. *titulo* 1. *num.* 27. Stephanus Gratianus *diſcept. forenſ. tom.* 1. *cap.* 7. *num.* 29. & 30. repugnant enim huic diſtinctioni, & in hac ipſa re & tractatu de præſumptione duplicationis quantitatis argumentatur a ſtipulationibus ad legata Julianus in *l. eum qui* 56. *ff. de V. O.* juncta *l. ſi quis teſtamento* 79. *de leg.* 1. & præterea etiam in ſtipulationibus, niſi relativa dictio *eadem* adjiciatur, inducitur ex diverſitate interrogationis, & repetitione ſummæ in diverſis perſonis ſtipulatorum multiplicatio ejusdem ſummæ. *d. principio inſtitut. de duobus reis.*

§. XVII. Quare & exploſa etiam needum omiſſa emendatione, quam poſt Eraſmum probant Coraſius in *d.* §. *eum qui*, Balduinus in §. *quod ſi quis ſibi* 5. *inſtitut. de inutilibus ſtipulationibus.* & tueri conatur, affectata etiam in juris arte novatoris Eraſmi ſecta aut conſortio, Hotmanus *lib.* 12. *obſerv.* qui & 1. *amicabilium cap.* 23. contenditque, detracta poſteriore voce *decem* in *d.* §. *eum qui* ſic eſſe legendum: *eum qui ita dicat mihi & Titio decem.* ſubſcribo potius Irnerio veteri gloſſographo apud Accurſ. in *d.* §. *eum qui.* Donello *ibidem num.* 2. Giphanio *num.* 84. Alciato in *præſenti num.* 9. Bellono *d. cap.* 5. *quæſtione* 5. *num.* 44. affirmantibus, idcirco in *d.* §. *eum qui*, quamvis ſumma decem bis in diverſis perſonis expreſſa ſit, non tamen niſi una decem dicere, & in ſtipulationem deducere ſtipulatorem credendum eſſe, quia ſi eam ſummam duplicaſſe, & alia decem Titio ſtipulari crederetur, eſſet omnino inutilis adjectio illa, ſive ſtipulationis pars, quæ Titium reſpicit, quia neque potuit ſtipulator alia decem ſtipulari Titio, ita ut Titio debeantur, cum non liceat alteri ſtipulari. *d. l. ſtipulatio* 38. § *alteri.* Neque videtur ſtipulari ut adjecto ſolutionis gratia, ſi diverſam quantitatem, nempe alia decem, in perſona Titii exprimi credimus, ita ut decem etiam Titio ſolutis debeat adhuc promiſſor alia decem ſtipulatori, quippe repugnat juri adjecti ſolutionis gratia diverſitas rei in perſona ejus & ſtipulatoris. *l. ult.* §. *cum mihi* 5. *ff. de V. O. l. qui res* 98. §. *mihi Romæ ff. de ſolutionib.* elegans ad rem textus in *l. ſervus* 10. §. *ult. cum l. quia* 12. *ff. de oper. libert.* repugnat & apertius multo Titium adjectum eſſe, & promiſſorem ei ſolvendo a ſtipulatore non liberari. §. *ſi quis alii* 4. *verſ. plane inſt. de inut. ſtipulat.* E contrario ſi ſtipulator præſumatur una decem dumtaxat ſibi & Titio ſtipulari, non erit omnino inutilis Titii adjectio, quia quamvis ei ut pote alteri pars ſtipulationis ſive obligatio ad partem ejus, nempe quinque, adquiri non poſſit. *d. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* cenſebitur tamen adjectus ſolutionis gratia, ita ut decem ei ſolutis liberetur promiſſor a ſtipulatore, proinde cum in re dubia ſit ea præſumptio & interpretatio capienda, per quam quatenus poteſt ſtipulatio in tuto ſit, neque otioſe aut vitioſe ſaltem quoad Titium facta videatur. *l. quoties* 80. *ff. de V. O. l. ſi quando* 109. *ff. de leg.* 1. creditur ſtipulator una eademque decem ſtipulari ſibi, ut debeantur, & Titio ut adjecto ſolutionis gratia. Quæ ratio cum in legatis ceſſet, quoniam etiamſi duplicatam in duobus legatariis ſummam, quando in eisdem ſeparatim expreſſa eſt, admittamus, non tamen ideo minus legata in ſingulis valebunt, mirum non eſt, duplicatam ſummam intelligi: ceſſat etiam eadem ratio & in ſtipulationibus, ſi duos veluti Titium & Sejum ſtipulatos unumquemque ſibi decem proponas ſine relativa illa *eadem*, quæ duos reos conſtituit, & promiſſorem ita utrique reſpondiſſe; *Titio decem & Sejo decem*, quo caſu non utrique eadem decem, ſed diverſa ſingulis decem promiſſa intelliguntur, quæ & ſeparatim ſinguli in ſolidum poſſunt exigere, ut legatarii ejusdem generis. *d. principio inſtitut. de duobus reis. l. ſi ex re* 28. §. *ſi ipſi ff. de ſtipulat. ſervor.*

§. XVIII. Turbant tamen deturbaruntque poſt Accurſium alios veteres & noviores a ſuperiore Irnerii ſolutione argumenta duo digna explicatu. Primum ex eo, quod & notiſſimum vulgo eſt, adjectum ſolutionis gratia eum eſſe, cujus perſona & ſtipulatoris exprimitur disjunctive in ſtipulatione, veluti *mihi aut Titio:* cæterum ſi conjunctim exprimatur, veluti *mihi & Titio*, ut in *d.* §. *eum qui*, non cenſetur Titius adjici ſolutioni, ſed obligationi applicari pari vi conjunctionis cum ſtipulatore, & ideo, cum Titio ut pote alteri ſtipulari & adquirere obligationem non liceat, eſt omnino quoad Titium ſtipulatio inutilis. *d.* §. *ſi quis alii* 4. *verſ. plane, & verſ. quod ſi quis ſibi inſt. de inut. ſtip.* Secundum eſt, quia in eadem ſpecie *d.* §. *eum qui* Titium non eſſe adjectum ſolutioni, ſed conjunctum obligationi, & quidem inutiliter, quia ſtipulari illi non licuit, ſed tamen ita ut, quia quamvis inutiliter conjunctus partem fecit, non debeantur ex ſtipulatione tota decem, ſed pars eorum, ſive quinque ſtipulatori, probatur palam in *l. ſi mihi & Titio* 110. *ff. de V. O.* Ergo neque Titius eſt adjectus ſolutioni, neque una integra decem ex ſtipulatione debentur in *d.* § *eum qui.* ut poſt Accurſ. *ibi*, & alios contra Irnerium cenſuit Duarenus: ſed ut argumentis his ſatisfiat, diſtinguendum eſt inter formulas illas ſtipulationis, in quibus una eademque ſumma conjunctim ſemelque in perſona ſtipulatoris & Titii exprimitur, veluti *mihi & Titio decem*, ut in *d. l. ſi mihi* 110. *d. l. eum qui* 56. *ff. de V. O. d.* §. *ſi quis alii* 4. *verſ. quod ſi quis ſibi.* & inter formulas, in quibus ſumma in ſtipulatione bis & per ſe in ſtipulatore & in Titio proponitur, veluti *mihi decem & Titio decem*, ut in *d.* §. *eum qui.* Namque in priore formula illa *mihi & Titio decem* præſumi non poteſt, Titium adjici ſolutioni, quia adjecti qualitas ſupponit, totam obligationem totius ſummæ ſtipulatori adquiri debere. *d. l. eum qui* 56. §. *qui ſibi. l. ult.* § *ſi ita* 3. *ff. de V. O.* At ex vi & forma ſtipulationis non poſſunt tota decem deberi ſtipulatori, quia ille non ſibi ſoli decem ſtipulatus eſt, ſed conjunctim & ſemel decem ſibi & Titio; unde etiam veriſimile fuit, voluiſſe eum communiter decem ſtipulari ſibi quinque, & Titio quinque, ut Julianus ſcribit in *d. l. eum qui* 56. *in princ. d. l. ſi quis teſtamento* 79. *ff. de leg.* 2. nempe quia ſe & Titium applicuit ſtipulationi æqualiter, & pari vi conjunctivæ dictionis &, quæ ſolet dividere in partes æquales viriles. *l. reos* 11. §. *cum tabulis ff. de duobus reis.* Ergo cum obligatio ad tota decem non poſſit adquiri ſtipulatori, coacta juris ratio efficit, ut ſola quinque ſtipulatori debeantur, & ſit omnino inutilis ſtipulatio quoad Titium in aliis quinque, in quibus neque conſiderari poteſt ut adjectus ſolutioni, quia eorum obligatio non eſt quæſita ſtipulatori, neque ut utiliter conjunctus obligationi, quia ei ut pote alteri ex ſtipulatione alterius obligatio adquiri non poteſt. *d. l. ſi mihi* 110. juxta quam intelligenda eſt *dicta l. eum qui* 56. & in his formulis ſtipulationum, in quibus ſemel dumtaxat res in ſtipulationem deducta exprimitur, verum eſt vulgare illud, quod pro primo argumento expendimus, nempe ut adjectus ſolutioni quis intelligatur, debere ejus & ſtipulatoris perſonam exprimi disjunctive, veluti *mihi aut Titio decem*, ne ſi conjunctim exprimantur, ita, *mihi & Titio decem*, intelligatur Titius quamvis inutiliter ad partem obligationis ſummæ ſemel expreſſæ æqualiter ex vi conjunctionis applicari. *d.* §. *ſi quis alii* 4. *verſ. plane, & verſ. quod ſi quis ſibi.* Diverſum eſt in ſecunda forma ſtipulationis, qua bis & ſigillatim in ſtipulatore & Titio quantitas exprimitur, veluti *mihi decem & Titio decem*, quia cum tunc ſtipulator ſibi inprimis integra decem ſtipulatus ſit, eique eorum obligatio ex vi ſtipulationis adquiratur, nihil prohibet Titium præſumi adjectum ſolutioni eo-

eorum decem, quæ ſtipulatori debentur, & ideo ut ſtipulatio, quatenus poteſt, ſuſtineatur, interpretamur ſtipulatorem bis in ſtipulatione decem exprimere, non ut alia ſibi & alia Titio debeantur, ſed ut illa eadem decem ſibi quidem debeantur, & Titio poſſint ſolvi ut adjecto, *d. §. eum qui.* atque ita conjunctiva illa *mihi & Titio* ex interpretatione juris reſolvitur in disjunctivam, ut in *l. ſæpe* 53. *ff. de V. S.*

§ XIX. Claudat *capitis hujus* rivos proxima ſuperioribus poſtremaque ordine non dignitate & uſu diſputatio, an ſcilicet & quando hereditate vel legato ſeparatim duobus relictis, intelligatur teſtator a prima diſpoſitione recedere, & hereditas legatumve priori adimatur, dum poſteriori relinquitur, ita ut ſolus poſterior admitti poſſit, & conſequenter neque ſint re conjuncti, neque inter eos locus juri accreſcendi. In qua quæſtione ut in primis indubitata a dubiis ſeparemus, præmittendum eſt, extra controverſiam eſſe, per ſecundam diſpoſitionem inſtitutionis aut legati non induci ademptionem primæ, quoties ſecunda fit aut ſimpliciter ſeparatimque ſine commemoratione prioris, veluti cum teſtator ita ſcripſit: *Titio fundum ſempronianum do lego*: deinde ita, *Sejo fundum ſempronianum do lego*, aut quoties ſecunda diſpoſitio fit cum commemoratione, ut loquuntur, repetitiva, ſcilicet quæ priorem diſpoſitionem repetit, & quaſi confirmat, per verba *etiam*, *eadem*, aut ſimilia; veluti *fundum quem Titio legavi lego etiam Sempronio*; vel in hereditatibus ita; *ex qua parte Sejum inſtitui ex eadem parte Sempronius heres eſto*: quibus caſibus indubitatum eſt, non adimi priori neque transferri in ſecundum totam hereditatem legatumve, ſed induci inter primum & ſecundum conjunctionem realem, & ex ea concurſum in eodem legato aut parte hereditatis, & proinde etiam jus accreſcendi. *§. ſi eadem res* 9. *inſt. hoc tit. l. Mævio* 42. *ff. de leg.* 2. *l. ſi ſic* 15. *ff. de leg.* 3. *l. Julianus* 15. *ff. de her. inſt.* ex quibus ita docent deducuntque poſt Bart. in *præſenti num.* 2. communiter veteres novioresque infra laudandi. Status itaque quæſtionis eſt, quoties ſub commemoratione prioris relicti non repetitiva ſed demonſtrativa relinquitur poſteriori, veluti *fundum, quem Titio legavi, Sejo do lego*: in qua ſpecie Dinus relatus a Claſſeis in *præſenti* affirmat, induci ademptionem prioris legati, & totum transferri ad ſecundum, idque probat primò ex *l.* 3. *l. ſicut* 5. *l. tranſlatio* 6. *ff. de adim. leg. §. ult. inſt. de adempt. legatorum.* Secundo ex *l. non ad ea* 89. *verſ. niſi commemoratione ff. de condit. & dem. l. ſi quis eum* 16. *ff. de vulgari.* Sequunturque eam Dini ſententiam poſt Petrum dè Beſutio *num.* 18. Politus & Alciatus *num.* 9. Crotus *num.* 10. in *præſenti.* Fulgoſius in *l. ſi Fortidianum* 7. *C. hoc tit.* Mantica *de conjectur. ultim. volunt. lib.* 12. *titulo* 4. *num.* 7. *&* 10. Menoch. *de præſumpt. lib.* 4. *præſumptione* 173. *num.* 9. *& ſeqq.* Covarr. in *rubr. de teſtamentis parte* 2. *num.* 12. Duarenus *de jure accreſc. lib.* 1. *cap.* 7. noſter Pich. in *d. §. ſi eadem res num.* 49. noviſſime & late Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſtione* 13. *num.* 16. E contrario Acc. in *d. l. ſicut* 5. *verbo ademptionem ff. de adim. legat.* Azo in *ſumma rubricæ C. de caduc. toll. num.* 11. docent etiam in propoſita ſpecie, non præſumi in dubio, aut induci ademptionem prioris legati vel tranſlationem, ſed conjunctionem realem & concurſum primi & ſecundi, niſi adimere voluiſſe defunctum probetur, quæ ſententia firmatur in *l. ſi pluribus* 33. *verſ. quod ſi ſeparatim ff. de leg.* 1. ubi ut per poſterius legatum inducatur prioris legati ademptio, requiritur teſtatoris voluntas evidens, quæ tamen non apparet, quoties ſub commemoratione prioris poſteriori relinquitur. Secundo ſuadetur exemplo inſtitutionis, quæ quamvis fiat in parte, in qua alius inſtitutus eſt, & ſub demonſtrativa commemoratione prioris inſtitutionis ſine repetitiva voce *eadem*, aut *etiam*, non tamen operatur ademptionem in primo inſtituto, ſed conjunctionem & concurſum ejus & ſecundi. *l. triplici* 142. *§. ult. ff. de V. S.* ſubſcribuntque in hac re Accurſio & Azoni Bart. in *d. l. ſicut* 5. & in *præſenti num.* 2. ubi Jaſon *num.* 24. Ferretus *num.* 43. Caſtr. in *d. l. ſi pluribus* 33. *num.* 3. *ff. de leg.* 1. nec diſſentit Ant. Fab. *de error. Pragm. dec.* 97. *errore* 3. *ad finem.*

§. XX. Sed priori ſententia Dini, ut communiore & probabiliore retenta, ut ſecundæ argumentis faciamus ſatis, quoad primum ex *d. l. ſi pluribus* 33. *verſ. quod ſi ſeparatim.* omiſſa conjectura Anton. Fabri varie totam eam *legem* a Triboniano interpolatam fuiſſe affirmantis *lib.* 6. *conject. cap.* 1. & *de error. Pragm. dec.* 50. *errore* 3. *num.* 13. reſpondendum breviter eſt, evidentiſſime apparere, dici, voluiſſe teſtatorem priori legatario adimere, dum poſteriori relinquit ſub commemoratione demonſtrativa prioris legati, quia cum commemoratio hæc ex vi verborum totam prioris legati ſubſtantiam referat transfundatque in poſterius, & ea commemoratio inutilis ſit, ſive non neceſſaria ad inducendam inter legatarios conjunctionem realem, quoniam hæc etiam ſine commemoratione legato ſeparatim & ſimpliciter utrique relicto induceretur, ut jam præmiſimus, apparet ideo fieri commemorationem, ut ademptionem prioris legati inducat, idque evidenter apparere dicitur, quia evidens cenſetur, quodcumque ex vi verborum colligitur aut intelligitur. *l. Labeo* 7. *§. ult. ff. de ſupellect. leg. l. licet* 74. *ff. de leg.* 1. & e contrario non apparet evidenter de voluntate adimendi, quoties ſine mentione prioris legati ſeparatim poſteriori relinquitur, & ideo tunc non ademptionem ſed conjunctionem & concurſum admittimus juxta regulam *d. l. ſi pluribus* 33. quam ita ad rem exponit poſt Crotum in *præſenti num.* 13. Menoch. *d. lib.* 4. *præſumptione* 173. *num.* 17. Deinde quoad ſecundum ex *d. l. triplici* 142. *§. ult.* omiſſa diſtinctione Jaſonis in *d. l. ſi pluribus* 33. *num.* 5. Menochii, Manticæ, & aliorum, quos ſupra laudavimus, inter legata, de quibus in *d. l. ſicut* 5. & hereditates, quas non tacite nec tam facile adimi cenſent, *arg. l. ex parte* 22. *ff. de adim. leg. l.* 1. *§. ſed conſulto* 3. *cum §. ſequenti ff. de his quæ in teſtamento delentur. l. ſi te ſolum* 27. *§.* 1. *ff. de hered. inſt.* juncta *l. non ad ea* 89. *verſ. quod ſi pure ff. de condit. & dem.* quam tamen diſtinctionem quoad effectum, de quo nunc quærimus, refutant textus in *l. ſi ita ſcriptum* 47. *ff. de her. inſt. l. cum quæſtio* 23. *C. de legatis.* & poſt Alciatum *lib.* 7. *parerg. cap.* 8. noſter Pich. in *d. §. ſi eadem res num.* 51. Bellonus *d. quæſtione* 13. *num.* 56. dicendum potius ex eorum ſententia eſt, in *d. l. triplici* 142. *§. ult.* commemorationem prioris inſtitutionis, etiamſi ademptionem non inducat, non eſſe inutilem, ut in legato diximus, ſed neceſſariam, quia efficit, ut Sejus cenſeatur conjunctus in unam portionem cum Titio, neque minuat partem Sempronii, quam tamen pro rata minueret, ſi Sejus ſeparatim inſtitueretur ſine commemoratione inſtitutionis Titii, & ideo cum commemoratio hunc effectum operetur, non eſt producenda, ut inducat ademptionem, quæ odioſa eſt, præterquam quod in *d. l.* 142. *§. ult.* ſubaudienda eſt vox repetitiva *eadem* ex mente Juliani, cujus ſententia ibi refertur, & in *l. Julianus* 15. *ff. de her. inſt.* & quamvis non ſubaudiatur, tamen commemoratio ibi non eſt demonſtrativa, ſed repetitiva propter verba *ex qua parte*, ut poſt Duarenum *d. lib.* 1. *cap.* 7. poſtremum hoc explicat præceptor noſter Pich. *ubi ſupra.*

CAPUT TERTIUM.

De conjunctis dumtaxat verbis, & an inter eos jus accreſcendi.

Ad Paulum in *noſtra L. re conjuncti* 89. *verſ. item verbis de Legat.* III.

§. I. Quam ante proximas Academicas ferias fidem obſtrinximus, liberamus jam, & a *conjunctis re tantum* ad *conjunctos dumtaxat verbis* commentatio noſtra cum Paulo progreditur: eſſe autem *verbis tantum conjunctos* eos, *qui una eademque oratione in unum veluti corpus vocatos redigente expreſſe ad eamdem rem a teſtatore diſtributis pro indiviſo partibus vocantur*, ut in exemplo Pauli noſtri in *præſenti* docuimus ſupra *cap.* 1. §. 41. eoque nunc ſuppoſito ut propriam *hujus capitis* diſputationem, qua nulla in hoc tractatu obſcurior, celebrior nulla, ex profeſſo aggrediamur, proponimus in primis, non unius ſcholæ aut ſæculi controverſiam, & adhuc ſub judice litem eſſe, an inter verbis tantum conjunctos juri accreſcendi locus ſit, in qua quæſtione Accurſius in *l.* 1. *in præſenti verbo partis rei ff. de uſufr. accreſc.* & in *l. ſi duobus* 16. §. *ult. verbo expreſſiſſe ff. de leg.* 1. Bart. *ibidem*, & in *præſenti num.* 23. & poſt plures ex Claſſicis Jaſon *num.* 183. Mantica *de conjecturis lib.* 10. *titulo* 3. *num.* 8. Balduinus, Eguinarius Baro, & alii in §. *ſi eadem res* 9. *inſt. hoc tit.* Duarenus *lib.* 1. *de jure accreſc. cap.* 10. & *lib.* 2. *cap.* 7. Don. *lib.* 7. *comm. cap.* 13. ubi Hilligerus alios laudans *lit.* K. affirmant, inter verbis conjunctos jus accreſcendi eſſe, idque probatur primo ex juris ratione, qua attenta conjunctio facta a teſtatore inter inſtitutos conjunctos & generaliter in legatis & fideicommiſſis eſt cauſſa juris accreſcendi. *l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie C. de caduc. toll. l. item* 17. §. 1. *verſ. nam quantum ff. de her. inſtit. l.* & *Proculo* 20. *ff. de leg.* 2. *l.* 1. *ff. de uſufr. accreſc. l. ſi ſub conditione* 16. *ff. quibus mod. uſuſr. amitt.* diximus ſupra *cap.* 1. §. 8. 24. & 29. proinde cum verbalis conjunctio ſit una ex tribus ſpeciebus conjuncti, ut in *præſenti*, & in *l. triplici* 142. *ff. de V. S.* & in qua perinde atque in mixta conjunctione militat ratio illa; *quia juncti propter unitatem ſermonis quaſi in unum corpus redacti ſunt. d. l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie. l plane* 34. *in fine principii ff. de leg.* 1. fatendum eſt, præcedente conjunctione verbali, & poſita ea veluti cauſſa juris accreſcendi, effectum ejus ſequi debere, *argum. l. licet* 9. §. *ea obligatio ff. de procuratoribus.* nec reſponderi poteſt, propter diſtributionem partium factam a teſtatore inter verbis conjunctos non videri eos vocari ad eandem rem, & ideo nec cenſeri conjunctos quoad jus accreſcendi, *arg. l. hujusmodi* 84. §. *quibus* 12. *ff. de leg.* 1. *l.* 2. *ff. quibus mod. uſufr. amitt.* quia replicatur, eam diſtributionem partium inter verbis conjunctos, cum ſint partes pro indiviſo intellectuales incertæque, quæ cerni tangive non poſſunt, non conſtituere res ſive partes corporaliter diverſas diſcretasque. *l. Mævius* 65. §. *duorum verſ. ſed ſi pars in fine ff. de leg.* 2. *l. ſervus* 5. *ff. de ſtipulat. ſervor. l. recte* 25. §. *ult. ff. de V. S.* ideoque non impedire, quominus ſint vocati ad eamdem rem, & conſequenter ſint conjuncti quoad jus accreſcendi, ut conſiderat poſt Petrum de Beſutio Jaſon in *præſenti num.* 148.

§. II. Secundum ejusdem ſententiæ ab auctoritate argumentum eſt ex Pomponio in *l. ſi duobus* 16. §. *ult. ff. de leg.* 1. ubi cum Titio & poſthumis in eodem legato viriles partes a teſtatore adſignatæ ſint, & proinde verbis conjuncti facti juxta tradita ſupra *cap.* 1. §. 41. reſpondetur, non nato poſthumo totum legatum Titio deberi, atque ita accreſcere partem, quam poſthumus habuiſſet, ſi naſceretur. Tertium eſt ex *l. quidam* 5. §. *ult. cum l.* 6. & 7. *ff. de rebus dubiis.* ubi in legato ſimiliter relicto tibi & poſthumis cum diſtributione partium, ut conſtat ex *d. l.* 6. ibi *vel ex parte te*, admittitur jus accreſcendi non nato poſthumo, & quod eſt amplius, & rem non leviter confirmat, admittitur ea ratione, *quaſi ab initio tibi ſolida relicta. d. l.* 7. quæ ratio evincit etiam, verbis conjunctum ſuo reſpectu & in eum caſum, quo conjunctus non concurrat, habere ſolidum ab initio, & conſequenter habere etiam debere jus accreſcendi, quia id locum habet inter eos, qui ſolidum ab initio habent, & ſi concurrerent, partes haberent. *l. idem Neratius* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* Quartum eſt ex obſcuro textu in *l. Mævio* 41. *ff. de leg.* 2. ubi cum teſtator ita ſcripſiſſet, *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego: eumdem fundum Titio lego*; atque ita Mævius & Sejus ut pote vocati ad ejusdem fundi partes una eademque oratione, quæ unico verbo *lego* regitur, ſint verbis conjuncti, tamen Javolenus reſpondet, ſi Sejus deceſſerit, partem ejus utrique accreſcere, & proinde etiam Mævio, cum quo Sejus verbis dumtaxat conjunctus erat. Quintum denique & quidem fortiſſimum argumentum eſt ex ſententia Pauli noſtri in *præſenti in verſ. ult.* ubi quæſtio proponitur, deciditurque de prælatione quoad jus accreſcendi in portione deficiente inter conjunctum verbis tantum & re tantum, plane ſive juxta receptam interpretationem intelligas Paulum decidere doceteque, verbis conjunctum re conjuncto præferri, ſive juxta aliorum expoſitionem exiſtimes, Paulum dicere, re & verbis conjunctum præferri verbis tantum conjuncto, ſemper tam in quæſtione quam deciſione ſupponitur, verbis conjunctum habere jus accreſcendi, alioquin inepta de prælatione verbis conjuncti in jure accreſcendi reſpectu conjuncti re tantum aut re & verbis diſcuſſio & deciſio eſſet, ſi verbis conjuncti etiam ſine concurſu aliorum conjunctorum jus accreſcendi inter ſe non haberent.

§. III. Ex adverſo diverſoque novioris & politioris notæ interpretes plerique, & inter eos primus Ant. Goveanus *de jure accreſc. num.* 13. & 25. & *animadverſ. cap.* 6. *ad l. noſtram.* Cujacius in *l. ſi duobus* 16. *ff. de leg.* 1. & *lib.* 24. *obſervat. cap.* 34. atque alibi ſæpe, Hotmanus *lib.* 6. *obſervat. cap.* 12. & in *epitomat. ad tit. ff. de uſufr. accreſc. num.* 12. idem Hotman. Franc. Broëus, & alii in §. *ſi eadem res* 9. *inſt. hoc tit.* Joan. Rob. *lib.* 2. *ſententiarum cap.* 24. Faber *lib.* 6. *conject. cap.* 1. & *de error. Pragmat. dec.* 49. *errore* 3. & *ſeqq.* Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſtione* 38. *num.* 26. & *ſeqq.* conſtanter negant verbis tantum conjunctis jus accreſcendi ex vi conjunctionis tam in hereditatibus quam legatis, & in eam rem expendunt juris momenta, quæ ſequuntur. Primum præcipuumque ex ea ratione juris & regula, quæ docet jus accreſcendi non habere locum niſi inter eos, qui concurſu partes faciunt, & rem, quam ſi unus non concurreret alter in ſolidum haberet, concurſu dividunt, atque ita effectum illum concurſu dividendi, qui ex conjunctione proficiſcitur. *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. eſſe veluti cauſſam rationemque immediatam, qua jus accreſcendi nititur, & ſine qua non eſt. *l.* 1. §. *interdum verſ. nam ut & Celſus*, & §. *ult.* alias *l.* 2. *verſ. nam videri. l. idem* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* ubi notat Cujacius *lib.* 1. *reſponſor. Neratii*, & *tractatu* 5. *ad Afric.* in *l.* 2. *ff. de uſufr. accreſc.* & in *l. un.* §. *his ita definitis C. de caduc. toll.* Hotm. *ubi proxime*, & *illuſtr. quæſtione* 20. At inter verbis conjunctos non ſit diviſio per concurſum, ſed a principio facta ſunt partibus a teſtatore diſtributis. Ergo neque inter eos poteſt eſſe jus accreſcendi. Secundum eſt ex non diſſimili regula juris, quæ oſtendit, non eſſe locum juri accreſcendi inter eos, qui partes habent a principio. *l.* 1. *in princ. verſ. ceterum ff. de uſufr. accreſc. l.* & *Proculo* 20. *verſ.*

non enim ff. de leg. 2. eaque ratione olim inter legatarios damnationis etiam re & verbis conjunctos non erat jus accreſcendi, quia ſingulis a principio partes legari & deberi videbantur, ut Ulpianus docet *titulo* 24. *de legatis* §. *ſi per damnationem* 13. ut *cap. ſequente* exponemus, quapropter cum verbis conjuncti partes a teſtatore deſignatas a principio babeant, non poſſunt habere jus accreſcendi, ut expreſſum ex hac ratione quoad verbis conjunctos cenſetur in *l. plane* 34. §. *ſi conjunctim ff. de leg.* 1. *l. penult. ff. de uſufr. accr.* de quibus poſtea. Tertium ex eo, quod dici ſolet, abſurdum eſſe tribuere cuiquam quaſi ex voluntate teſtatoris plus, quam teſtator voluerit. *l. facta* 63. §. *ſi ſub conditione* 7. *ff. ad S. C. Treboll.* quocirca cum jus accreſcendi maxime in legatis ex tacita voluntate teſtantis, quam ex conjunctione præſumimus, inducatur, non debet induci inter verbis conjunctos, ne habeant totum ii, quos teſtator partes deſignatas habere voluit.

§. IV. Quartum jam ejuſdem opinionis argumentum primariumque ſumitur ab auctoritate Papiniani in *l. penult. ff. de uſufr. accreſc.* ubi aperte & diſerte docet, eos, quibus a ſingulis heredibus ejuſdem rei uſusfructus legatur, fructuarios ſeparatos eſſe non minus, quam ſi æquis portionibus ejuſdem rei uſusfructus duobus legatus fuiſſet. Unde infert, non eſſe inter eos jus accreſcendi; ergo neque eſt inter verbis conjunctos, quales ſunt illi, quibus ejuſdem rei uſusfructus pro æquis portionibus legatur. Quintum eſt ex *l. ſi ita quis* 66. *ff. de her. inſtit. d. l. plane* 34. §. *ſi conjunctim ff. de leg.* 1. ubi tam in hereditatibus quam in legatis probatur, non induci jus accreſcendi ex vi conjunctionis verbalis, quæ in eis juris locis proponitur ſupponiturve, alioquin ſi realis aut mixta ſcilicet re & verbis conjunctio in illis ſpeciebus ſupponeretur, eſſet in eis jus accreſcendi ex vi conjunctionis. *l. heredes* 63. *ff. de her. inſt. d. l. plane* 34. §. *ſi duobus* 11. Sextum eſt ex *verſ. item verbis noſtræ legis.* in quo Paulus ſignanter de verbis conjunctis ita ſcribit: *quoniam ſemper partes habent legatarii.* Proinde cum generalis perpetuaque illa vox *ſemper* omnem caſum tempusque comprehendat. *l.* 1. *ff. ſol. matr.* nunquam verbis conjuncti habebunt totum, nec quidem jure accreſcendi, quamvis conjunctus deficiat. Septimum denique eſt ex Juſtiniano in §. *ſi eadem* 9. *inſt. hoc tit.* & in *l. un.* §. *ubi autem legatarii* 11. *C. de caduc. toll.* Ulpiano *d. titulo* 24. §. *ſi duobus cum ſeq.* quibus locis in tractatu juris accreſcendi inter legatarios, primariiſque ejus regulis, quæ ibi traduntur, non ſit mentio aut diſtinctio niſi conjunctorum re & verbis & disjunctorum, quos re tantum conjunctos vocamus, eorumque exempla & proprium jus illud per concurſum dividendi ſeu ſcindendi proponitur, quæ ſingula cum non conveniant verbis tantum conjunctis, ipſorumque nec mentio nec exemplum in *d. locis* extet, fatendum eſt ideo ibi omitti, quia verbalis conjunctio non inducit jus accreſcendi, alioquin immerito inter alias, quibus id jus inducitur, omitteretur.

§. V. Sunt & inter pugnantes ſententias iſtas pacis veluti ſequeſtri & conciliatores ex primis Gloſſographis quidam apud Accurſ. in *l.* 1. *verbo partis rei ff. de uſufr. accreſc.* quos ſequuntur poſt Petr. de Belutio *num.* 30. Crotus *num.* 94. Politus *num.* 30. & 45. *cum ſeqq. in præſenti*, & ex noſtratibus Pichard. in *d.* §. *ſi eadem res num.* 112. *inſt. hoc tit.* affirmantes, diſtinguendum eſſe in hac re uſumfructum a proprietate & hereditate, in quibus quamvis etiam inter verbis conjunctos jus accreſcendi ſit, ut probant argumenta primæ ſententiæ, & præ cæteris textus in *d. l. ſi duobus* 16. §. *ult. ff. de leg.* 1. *d. l. quidam* 5. §. *ult. cum l.* 6. & 7. *ff. de rebus dubiis. l. Mævio* 41. *ff. de leg.* 2. juncto Paulo in *verſ. ult. legis noſtræ.* tamen in uſufructu non eſt, ut evincit *d. l. penult. ff. de uſufr. accreſc.* aliique juris loci pro primo & ſecundo argumento ſecundæ ſententiæ adducti ſupra, ſuadeturque hæc diſtinctio non leviter differentiæ ratione reddita inter uſumfructum & alias res. Quippe uſufructu duobus pro æquis portionibus relicto non poteſt unus ex his partem alterius deficientem vindicare, neque aut propriam, quia ſibi relicta non eſt, neque ut alienam & accreſcentem, quia ea ut pote pars uſusfructus & conſequenter perſonalis ita alterius perſonæ ſoli delata eſt, ut ei cohæreat, eaque deficiente evaneſcat, neque ab alio incipere aut vindicari poſſit. *l. qui uſumfructum* 36. §. *ſtipulatus* 1. *verſ. hoc ita ff. de uſufr. l. Sempronius* 22. *verſ. ſed his caſibus ff. de uſufr. leg. l. ſi ſervo* 15. *ff. fam. erciſc.* at in legato proprietatis & hereditatibus, cum neque ipſa perſonæ cohæreant, neque in eis jus accreſcendi ſit perſonale ſed reale, ut notavimus ſupra *cap.* 1. §. 31. quamvis conjunctus verbis non vindicet portionem deficientem conjuncti tanquam ſibi relictam; vindicat tamen ut accreſcentem portionem quam habet, eoque jure & ratione, qua dicitur in proprietate portionem ut alluvionem portioni accreſcere. *l. ſi Titio* §. *ult. ff. de uſufr. l. ſi tota* 83. *ff. de adquirenda heredit.*

§. VI. Sane in ancipiti hac contentione, quæ vel primarios Academiæ noſtræ viros in factiones diviſit, & in qua non immerito pronuntiare Prætori liceat, rem ſibi non liquere, ut ſcribit Joannes Suevus *lib.* 2. *de jure accreſcendi capite* 5. verior in diſputando & docendo ex ratione juris videtur ſecunda ſententia, quæ docet inter verbis conjunctos ex vi conjunctionis jus accreſcendi non eſſe, ut præter jam laudatos probat judicioſe & diſerte noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. ad tit. de adquiren. hered. tractatu* 1. *cap.* 5. *num.* 17. & *ſeqq.* Idque firmabimus non vulgariter, ſi, & quæ argumentis noſtræ ſententiæ reſponderi ſolent, refutemus, & contrariæ fundamentis reſpondeamus. Et in primis quoad primum, ſecundum, tertiumque deductum ex juris regulis, de quibus ſupra §. 3. nempe de accreſcendi jure recepto dumtaxat inter eos, qui concurſu partes faciunt, non autem inter eos, qui partes a principio habent, ne tribuamus eis plus, quam defunctus voluerit: non ſatisfaciunt, qui affirmant, regulas illas ſolum obtinere in jure accreſcendi, quod in uſufructu etiam poſt concurſum & quæſitam portionem conjuncto, ſi poſtea eam amittat, locum habet, de quo proprie loquitur textus in *d. l.* 1. §. *ult. cum l.* 2. & 3. *ff. de uſufr. accr.* namque pertinere etiam eaſdem regulas ad jus accreſcendi etiam ante adquiſitionem & in proprietate, conſtat ex *d. l.* 1. §. *interdum verſ. quod & in proprietate*, & *verſ. ſed in uſufructu ff. de uſufr. accr.* juncto Ulpiano *d. tit.* 24. §. *ſi duobus* 12. *cum* §. *ſequenti. d. l.* & *Proculo* 20. *verſ. non enim ff. de leg.* 2. *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. Nec felicior poſt Duarenum & alios ſolutio Hilligeri *lib.* 7. *comm. Don. cap.* 13. *lit. K.* reſpondentis, verbis conjunctos habere ex defuncti verbis partes a principio ſcilicet, quaſi ſub conditione concurrant: ſed ſi alter non concurrat, alterum ex conjectura voluntatis habere ſolidum, atque ita reſpectu tacitæ voluntatis defuncti dici poſſe, verbis conjunctos facere partes concurſu, & convenire eis regulam *d. l.* 3. *ff. de uſufr. accr.* Neque ſi uni non concurrente altero ſolidum detur, dari ei plus quam teſtator voluerit; quippe replicatur, eſſe hanc conjecturam voluntatis improbabilem, commentitiamque, quia ſi conjectura voluntatis contra verba defuncti induci probabiliter poſſet, ut hi qui ex verbis partes deſignatas habent, haberent ſolidum, multo magis induci deberet, ut in legato damnationis conjunctim duobus relicto, nulla ex defuncti verbis partium deſignatione facta, haberet unus ſolidum jure accreſcendi eo caſu, quo alter non concurreret: & tamen id nunquam admiſit Juriſprudentia vetus ea ſola ratione, quia in damnationis legato ſingulis a principio partes debentur juris interpretatione &

cenſu-

cenſura, ut ex Ulpiano diximus *d. tit.* 24. §. *ſi per damnationem* 13. Quo exemplo & argumento in hac quæſtione moveor vel maxime, ut alias interim in hac re omittam adverſariorum evaſiones, quas refert & refellit Bellonus *d. cap.* 5. *quæſt.* 38. *num.* 39. *& ſeqq.*

§. VII. Deinde quoad quartum ex *l. penult. ff. de uſufr. accr.* omiſſa communiter recepta ſolutione Acc. & Bartoli *ibidem* affirmantis ibi in *verſ. non minus* ſupponendum eſſe, uſumfructum pro æquis partibus relictum fuiſſe a ſingulis heredibus, ut ſignificatur in *ſeq. l. ult. ff. de uſufr. accr.* quam tamen ſolutionem improbant impugnantque ex eo, quia ſi ita eſſet, non diſtingueretur ſecundus caſus a primo. *d. l. penult.* & argumentum Papiniani eſſet ab eodem ad idem, & ex aliis, quæ expendunt Bellonus *ubi proxime num.* 30. Faber *de error Pragm. dec.* 49. *err.* 4. omiſſa & alia ſolutione Fachin. *lib.* 4. *controverſ. cap.* 50. & aliorum, quos ſupra laudavimus *num.* 5. intelligentium *d. l. penult.* in uſufructu, eumque a proprietate diſtinguentium, quos tamen omnia fere ſententiæ noſtræ argumenta convincunt: non reſpondet melius, quamvis primo aſpectu ſubtilius, Donellus *lib.* 7. *comm. cap.* 13. referens verba *æquis portionibus* in *d. l. penult.* non ad legatarios vel uſumfructum legatum, ſed ad heredes, ut Papiniani ſenſus ſit, non minus ſeparatos fructuarios eſſe eos, quibus a ſingulis heredibus veluti Titio ab uno herede & Sejo ab altero, atque ita diverſis orationibus legatur, quam eos, quibus unica oratione ſed pro æquis portionibus heredum, ita ut a ſingulis heredibus accipiant partes uſusfructus. Non inquam reſpondet melius, tum quia ſi verba *æquis portionibus* relata ad heredes, a quibus relinquitur, faciunt legatarios ſeparatos, debent multo magis id operari relata ad ipſos legatarios, quibus partes relinquuntur: tum etiam quia ſi in *d. l. penult.* fingamus uſumfructum legatum per vindicationem fuiſſe, non conveniunt ei verba *æquis portionibus* relata ad heredes, quia legatum vindicationis non accipitur præſtaturve ab heredibus proprie & directe, ſed a legatario capitur ſuo jure, teſte Cajo *lib.* 2. *inſtit. tit.* 5. §. *vindicationis* 2. junctis traditis ſupra *part.* 1. §. 26. ſi autem damnationis legatum fuiſſe ponamus, fruſtra exprimit Papinianus verba *æquis portionibus* relata ad heredes, quia etiam ſine his verbis in legato damnationis cenſentur legatarii ſeparati, neque habent jus accreſcendi, ut ſupra docuimus. Denique rem non expedit alia cogitatio Academica Anteceſſoris, aſſerentis eos, quibus a ſingulis heredibus, & quibus pro æquis partibus legatur, comparari in eo tantum, quod pariter ſunt re ſeparati ſive disjuncti; & ideo inter illos, quibus a ſingulis heredibus legatur, jus accreſcendi non eſſe, relato ita *verſ. ult. d. l. penult.* ad priorem caſum non ad ſecundum, in quo quamvis ſint re ſeparati, tamen quia verbis ſunt conjuncti, non negat Papinianus jus accreſcendi: non inquam rem expedit, quia minus recta eſſet aſſertio Papiniani, vocantis poſteriores ſeparatos non minus quam priores, & inepta indignaque comparatio & illatio inde facta, quoad jus accreſcendi, ſi poſteriores ſicut priores non eſſent quoad illud jus ſeparati; ergo ut concludamus, fatendum neceſſario eſt, in utroque caſu *d. l. penult.* legatarios ſeparatos pariter eſſe quoad jus accreſcendi, quia partes a principio habent, nec concurſu faciunt: primo caſu quoniam cum ſingulis ab heredibus ſingulis relinquatur, ſicut a principio ex voluntate defuncti diviſa eſt præſtatio inter heredes, ita & cenſetur diviſum legatum inter legatarios, & unicuique pars relicta, quam ab herede ſibi deſignato peteret: ſecundo autem caſu propter verba *æquis partibus*, quæ faciunt, ut ſint re ſeparati, ut pote non ad idem ſolidum ſed ad partes a principio vocati, quamvis verbis conjuncti, ut interpretatur Cujacius *lib.* 2. *definit. Papiniani*, in *d. l. penult.* Faber *d. dec.* 49. *err.* 4. *num.* 5.

§. VIII. Rurſus quoad quintum ejusque primum fulcrum ex *d. l. ſi ita quis* 66. *ff. de her. inſt.* ut ejus vim eludant, varie graviterque laborant, & labuntur contrariæ ſententiæ aſſertores, ut conſtat ex traditis ab Hillig. ad Don. *d. lib.* 7. *cap.* 13. *lit. R.* Bellono, qui ſingula proponit & impugnat *d. cap.* 5. *quæſt.* 46. *num.* 86. *& ſeqq.* Nos autem ingenue & bona fide fatemur, Pomponium in *d. l. ſi ita quis* 66. adeo pro ſententia noſtra non urgere, ut potius pro contraria & communi expendi poſſit, niſi explicetur. Quod ut intelligatur, meminiſſe oportebit interpretationis *d. l.* 66. traditæ ſupra *cap.* 1. §. 40. ubi docuimus, Cajum & Mævium inſtitutos ex æquis partibus ibi non eſſe proprie verbis conjunctos, quoad prælationem in jure accreſcendi reſpectu Titii, quia inſtituti ſunt ſine parte expreſſa, in qua partes æquas haberent, & ideo quamvis ſine adjectione ex æquis partibus conjunctim ſine parte inſtituti eſſent re & verbis conjuncti, quoad jus accreſcendi & prælationem. *d. l. heredes* 63. *ff. de her. inſtit. l. triplici* 142. *ff. de V. S.* tamen additis verbis *æquis partibus*, & non expreſſa parte, in qua partes habeant, non tam eos conjunxiſſe verbis, quoad jus accreſcendi, quam celeritatis ſtudio in unica oratione inſtituiſſe teſtator præſumitur, ut ſcriptum eſt in *d. l. ſi ita quis* 66. ex qua ratione & interpretatione deducitur, ideo in *d. l.* 66. Cajum & Mævium non præferri Titio in jure accreſcendi, quia non cenſentur verbis conjuncti, ut pote inſtituti ſine parte expreſſa, in qua partes habeant; & conſequenter recte infertur, ſi verbis conjuncti eſſent, nempe inſtituti cum parte, in qua partes haberent, admitti inter eos debuiſſe jus accreſcendi contra ſententiam, quam defendimus, & pro prima & communi, quam tamen objectionem, quia ejusdem generis & explicationis eſt cum quinto argumento contrariæ ſententiæ, infra ſimul cum eo diſſolvemus, ne ſæpius eadem inculcare oporteat.

§. IX. Alterum ſane fulcrum quinti argumenti noſtræ ſententiæ ex obſcuro textu in *l. plane* 34. §. *ſi conjunctim* 9. *ff. de leg.* 1. firmat eam fovetque fortius. Neque ei faciunt ſatis adverſarii poſt Imolam in *d.* §. *ſi conjunctim num.* 1. Jaſonem *num.* 4. *ibi*, & in *præſenti num.* 96. alioſque reſpondentes, in *d.* §. *ſi conjuncti* tractari de re & verbis conjunctis, ut ſignificat verbum *conjuncti* §. *ſi eadem res* 9. *inſtit. hoc tit.* & verba, *ut puta ſi Titio & ſervo proprio*, in quibus non exprimitur adjectio *ex æquis partibus*, quæ facit verbis conjunctos. Namque huic ſolutioni repugnant verba illa, *conſtat partes ab initio fieri*, quæ non conveniunt re & verbis conjunctis, quibus ſolidum ab initio datur, & partes non niſi concurſu & ex poſtfacto fiunt. *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. Neque rurſus ab hac replicatione ſe expediunt poſt Petrum de Belutio in *præſenti num.* 26. Menchaca *de ſucceſſionum progreſſu* §. 21. *num.* 35. & ex auctoribus etiam noſtræ ſententiæ Fab. *lib.* 6. *conject. cap.* 1. Goveanus *de jure accreſc. num.* 7. *& animadverſ. cap.* 6. Bellonus *d. cap.* 5. *quæſt.* 32. *num.* 28. *& ſeqq.* agnoſcentes, verba illa *partes ab initio fieri*, convenire etiam re & verbis conjunctis ſuo ſenſu, nempe reſpectu temporis mortis teſtatoris, & effectu ceſſionis legati delationisque, quo reſpectu non niſi partes ſingulis legatariis jure deferuntur & cedunt, atque eo ſenſu fiunt partes, initio ſcilicet etiam ante concurſum & agnitionem, quamvis reſpectu temporis teſtamenti re & verbis conjunctis ex juris interpretatione ſolidum datum cenſeatur, & eo reſpectu poſtea agnoſcentes faciant partes concurſu. *d. l. conjunctim* 80. diximus *d. cap.* 1. §. 22. *&* 39. non expediunt ſe, ut diximus, quippe quamvis ea temporum & effectuum diſtinctio vera ſit, non tamen poteſt convenire quæſtioni *d.* §. *ſi conjunctim*, nempe legati relicti Titio & ſervo proprio ſine libertate, quia ſervus non potuit facere partem ceſſione aut delatione, ut pote cum legatum omnino inutile pro parte ſervi,

neque lege deferatur pro ea parte neque cedat. §. an ſervo 32. inſtitut. hoc tit. l. ſervus 4. C. eod. tit. (in quo inſcite aberrat Bellonus cap. 7. quæſt. 32. num. 31.) neque ſuſtineri legatum pro parte ſervi poſſit prætextu pietatis ex conſtitutione Juſtiniani in l. quidam 5. §. illo videlicet C. de neceſſ. ſervis. ut inconſpecte etiam ſcripſit idem Bellonius d. cap. 5. quæſt. 32. num. 62. & ante eum Accurſ. Bart. & alii antiquiores in d. §. ſi conjunctim. eam enim Juſtiniani conſtitutionem prævidere Ulpianus non potuit, nec juxta eam reſpondere in d. §. ſi conjunctim. ut poſt Aretinum obſervat ad rem Jaſon in l. hujuſmodi 84. §. ſi Titio & Mævio num. 11. ff. de leg. 1. Crotus num. 69. & Politus num. 48. in præſenti. præterea nec dexterior in re explicanda Cujacius ad Ulp. tit. 24. §. ſi duobus 12. & in l. ſi duobus 16. ff. de leg. 1. & in l. unic. §. his ita definitis C. de caduc. toll. a quo ſaltem attenta JCtorum mente non diſſentit Donell. in l. quidam 5. §. ult. ff. de rebus dub. Fab. d. lib. 6. conject. cap. 1. & de error. Pragm. dec. 50. err. 1. affirmantes, accipiendum eſſe d. §. conjunctim de legato damnationis, in quo etiamſi re & verbis conjunctim relinquatur, tamen partes ab initio debeutur & fiunt, neque eſt locus juri accreſcendi teſte eodem Ulpiano d. tit. 24. §. ſi per damnationem. quoniam hæc expoſitio, quamvis non ſemel magnis in Academia præceptoribus arriſerit, & inter alios noſtro Pichardo in §. ſi eadem res 9. num. 78. inſt. hoc tit. non ſolum eſt divinatoria, ſed etiam inveriſimilis ex eo, quia in verſ. ſed ſi in pupillari ſubſequente ejuſdem §. ſi conjunctim neceſſario agnoſcendum eſt, tractari de legato vindicationis, ut evincit propoſitio illa, concurſu partes nos habere, quæ propria eſt legati vindicationis ex Ulpiano d. tit. 24. §. ſi duobus 12. & evincit etiam jus accreſcendi, quod in d. verſ. ſed ſi in pupillari admittitur caſu, quo alter non concurrat, & ſignificatur verbis illis interim igitur partem habebit, juxta veram interpretationem traditam ſupra cap. 2. §. 8. & tamen ſi legatum damnationis eſſet, non admitteretur jus accreſcendi. d. tit. 24. §. ſi per damnationem 13. quibus accedit, quod duæ illæ partes ejuſdem §. ſi conjunctim in principio. & in verſ. ſed ſi in pupillari diſtinguuntur, quoad jus accreſcendi in eo, quod in principio ſpecies eſt de legato conjunctim, & in verſ. ſed ſi in pupillari de legato disjunctim, ſive diverſis teſtamentis, in quo tamen perperam diſtinguerentur, ſi in principio fuiſſet legatum damnationis, quis in eo ſive conjunctim ſive disjunctim relinqueretur, ſemper ceſſaret jus accreſcendi. d. §. ſi per damnationem 13. ergo ſicut in d. verſ. ſed ſi in pupillari agitur de legato vindicationis, ita & fatendum eſt, de illo agi in principio d. §. ſi conjunctim. ut ſic conſiſtat differentia inter legatum conjunctim & disjunctim quoad jus accreſcendi.

§. X. Unde jam & omiſſa alia opinatione Donelli d. lib. 8. cap. 20. Hillig. ad Don. lib. 7. cap. 13. lit. K. & P. & aliorum aliis relatis a Pich. ubi proxime num. 77. relinquitur, neceſſe eſſe textum in d. §. ſi conjunctim. non de re & verbis conjunctis ſed intelligi debere de verbis tantum conjunctis, tum quia his proprie conveniunt & verbum conjunctim, quod verbali conjunctioni etiam ſimpliciter applicatur in l. re conjuncti in fine. ibi: an conjunctus potior ſit, & verba partes ab initio fieri, quæ conjunctionem realem excludunt, & verbalem ſolam ſupponunt. d. l. conjunctim 80. de leg. 3. tum etiam, quia ſicut ſpecies d. verſ. ſed ſi in pupillari eſt de ſimplici conjunctione reali, ita & ſpecies princ. d. §. ſi conjunctim referenda eſt ad ſimplicem conjunctionem verbalem non ad mixtam, quæ inter re & verbis conjunctos, ut ſic propriæ illæ ſpecies diſtinguantur opponanturque; tum denique ob rationem perpenſam ſupra §. 4. ex §. ſi duobus d. l. plane 34. Quibus aliiſque conjecturis ita de verbis tantum conjunctis interpretantur d. §. ſi conjunctim Caſtr. ibi num. 1. & 3. & 4. Balduinus in §. ſi eadem res num. 10. inſt. hoc tit. Hotmanus illuſtr. quæſt. 44. Robertus lib. 2. ſententiarum cap. 25. Faber in hac tandem expoſitione reſidens lib. 6. conject. cap. 1. & de err. Pragm. dec. 49. err. 4. num. 6. a qua interpretatione non diſſuademur ex eo, quia clauſula ex æquis partibus verbalis conjunctionis propria non exprimitur in d. §. ſi conjunctim. præſertim ibi: ut puta ſi Titio & ſervo proprio ſine libertate, ut contra nos poſt Suevum expendit Hillig ad Don. lib. 8. cap. 20. lit. B. Bellon. d. cap. 5. quæſt. 32. num. 4. Nam cum propoſitio & regula d. §. ſi conjunctim fuerit de verbis tantum conjunctis, ut demonſtrant verba partes ab initio fieri, non fuit neceſſe qualitatem verbalis conjunctionis repetere, aut exprimere in exemplo ejus regulæ, quod ſubjungitur in d. verſ. ut puta, & juxta regulam accipi debet, ut notat Facbin. lib. 4. controverſ. cap. 94.

§. XI. Verum adhuc admiſſa interpretatione d. §. ſi conjunctim de verbis tantum conjunctis reſpondent ſectatores contrariæ ſententiæ, ibi jus accreſcendi non eſſe, non quia id regulariter non ſit inter verbis conjunctos, ſed potius quia in ea ſpecie pars verbis conjuncti ab initio inutilis fuit, & pro non ſcripta, ut pote relicta ſervo proprio ſine libertate. d. §. an ſervo 32. inſt. hoc tit. & in his, quæ ab initio inutilia ſive pro non ſcriptis ſunt, ceſſat jus accreſcendi. l. ſi duobus 16. in pr. l. hujuſmodi 84. §. ſi Titio & Mævio 8. ff. de leg. 1. l. ſi Titio 7. ff. de leg. 2. ex quibus ita docent & deducunt abſolute & indiſtincte Duar. lib. 1. de jure accreſc. cap. 18. Eguinarius Baro & Balduinus in §. ſi eadem res 9. inſt. hoc tit. Bern. Waltherus lib. 2. miſcell. cap. 13. Cujacius in d. l. ſi duobus 16. in pr. ff. de leg. 1. & ante eos poſt Joannem Accurſius in d. l. ſi duobus, verbo deberi. Cæterum poſtrema hæc evaſio non ſecurior cæteris eſt, quia nec tutum effugium illud, in quo ſupponitur, ceſſare jus accreſcendi in parte, quæ pro non ſcripta habetur, cum contrarium omnino verius ſit, non ſolum jure novo Juſtinianeo, ut Duar. & alii admittunt, ſed etiam vetere, ut exprimit utrumque firmans Juſtinianus in l. un. §. in primo 3. C. de caduc. toll. & probatur propterea in re tantum conjunctis, vel in re & verbis, primo in l. quo loco 20. §. ult. ff. de her. inſt. Secundo apud Paulum lib. 3. ſententiarum titulo 6. §. ſi quis ſibi. juncta l. filius 14. §. ſequens, ubi Cujacius lib. 22. quæſtionum Pauli, ff. de l. Corn. de falſis. Tertio in l. plane 34. §. ſi duobus 11. l. legatum 116. §. 1. ff. de leg. 1. Quarto denique nec vulgariter in l. Plautius 49. verſ. Caſſius ff. ad l. Falcid. juncta l. verum 63. §. ſi ſervo ff. pro ſocio. l. ſi Eros 11. verſ. nam & cum ſervo ff. de opt. leg. quarum auctoritate ita jus accreſcendi eſſe inter re tantum conjunctos vel re & verbis, etiamſi pars unius pro non ſcripta habeatur, affirmant poſt Baldum in l. qui quartam 15. §. ult. ubi Caſtr. num. 3. ff. de leg. 1. Jaſon in d. l. hujuſmodi 84. §. ſi Titio, & §. Mævio 8. ff. eod. tit. Bellonus d. cap. 7. quæſtione 22. num. 6. Ergo & dicendum erat, accreſcere verbis conjuncto partem conjuncti, quæ pro non ſcripta habetur, ſi verbalis conjunctio poſſet inducere jus accreſcendi, neque hujus tandem conſequentiæ acrimoniam diluit poſt Duar. & alios magnus ex Academicis præceptoribus, conſiderans in verbis conjunctis ſpecialem cauſſam, ob quam portio unius habita pro non ſcripta non accreſcat, ſcilicet quia cum pro non ſcripta perinde ſit, acſi nec data nec relicta ei eſſet, non poteſt ex ejus perſona alii accreſcere, quia neque accreſcit, quod relictum non eſt, arg. d. l. plane 34. §. ult. ff. de leg. 1. quamvis diverſum ſit in re tantum vel in re & verbis conjunctis, quibus non tam accreſcit ex perſona deficientis, quaſi ei relictum, quam non decreſcit, quaſi ab initio ipſis in ſolidum datum, ut notavimus cap. 1. §. 31. non inquam diluit difficultatem hæc conſideratio, tum quia id, quod ſup-

ſupponit partem, quæ pro non ſcripta eſt, ex eo non accreſcere verbis conjuncto, quia nec data ei, cui relicta eſt, videtur, eſt utique contra mentem Ulpiani in *d. §. ſi conjunctim.* qui potius ex eo quod proponit præmittitque, inter verbis conjunctos partes ab initio fieri, & partem facere non ſolum eum, in quo legatum conſtitit, ſed etiam eum, in quo non conſtitit, veluti ſervum proprium ſine libertate, infert veluti & tacite indicat, non accreſcere verbis conjuncto partem ſervi, quia quoad hunc effectum perinde eſt, acſi data ei eſſet, ſeu partem faceret, quamvis vere pro non ſcripta ſit, atque ita non ex eo, quod data non ſit, non accreſcit ſed potius quia data; atque ſic ab initio partes factæ, ut ratiocinantur juris auctores in *l. penult. ff. de uſufr. accreſc. l. & Proculo* 20. *ff. de leg.* 2. Ulp. *d. titulo* 24. *§. ſi per damnationem.* tum etiam, quia ſi quando partes a principio utiliter in utroque ex verbis conjunctis conſtiterunt, & poſtea unius pars repudiatione aut alia ex cauſſa deficit, admittit contraria ſententia jus accreſcendi ex vi conjunctionis & conjectura voluntatis, quaſi partes non ſint factæ niſi in caſum, quo concurrerent, & uno non concurrente alteri ſolidum relictum præſumatur, ut ex Hilligero retulimus ſupra §. 6. *ad finem.* multo magis id debuit præſumi & admitti, quando pars a principio non conſtitit in perſona unius, atque ita neque a principio fuit ſeparata a parte alterius conjuncti, ut & tunc pars pro non ſcripta deficiens alteri cum ſolido data intelligatur, quaſi caſu quo alter non concurrit.

§. XII. Neque pro Duareni aſſertione de accreſcendi jure ceſſante in parte, quæ pro non ſcripta, repugnant propoſitis textus in *d. l. ſi duobus* 16. *in pr. l. hujusmodi* 84. *§. ſi Titio & Mævio* 8. *ff. de leg.* 1. *l. ſi Titio* 7. *ff. de leg.* 2. Quippe omiſſis variorum interpretationibus relatis ab Hilligero ad Don. *lib.* 8. *cap.* 20. *lit. F.* Pich. in *§. ſi eadem res num.* 55. & 80. & 88. *inſt. hoc tit.* Bellono *d. cap.* 7. *quæſtione* 24. *num.* 7. & *quæſtione* 25. *num.* 7. & *quæſtione* 28. *num.* 8. & *ſeqq.* reſpondendum eſt, in legato damnationis etiam conjunctim relicto, ſive pars unius ſit pro non ſcripta, ſive alia ex cauſſa deficiat, nunquam jure vetere locum fuiſſe juri accreſcendi, ut ex Ulpiano diſcimus *d. titulo* 24. *§. ſi per damnationem*, & de legato damnationis loqui juris auctores, in primis quoad *d. l. ſi Titio* 7. conſtat ex verbis ibi: *quia duobus heres dare damnatur*, & quoad *d. l. ſi duobus* 16. colligitur ex verbis *alteri deberi ſolam partem*, quia *deberi* proprie dicitur id, quod domini noſtri non eſt. *l. ſcribit* 34. *ff. de auro & arg. leg.* ſed ut alienum perſonali actione peti poteſt, quod legatario damnationis convenit, cui ante traditionem non dominium ſeu vindicatio rei legatæ, ſed ſola perſonalis actio ex teſtamento ad legatum ut debitum petendum competit, ut notavimus *part.* 1. §. 8. & 25. ideoque & plerumque *debendi* verbo in legatis damnationis utuntur JCti, ut in *d. l. ſi duobus* 16. §. 1. *d. l. hujusmodi* 84. *§. ſi Titio* 8. quamvis interdum etiam id applicetur legato vindicationis, quia pro eo etiam perſonalis actio competit ſimul cum vindicatione, ut in *d. l. ſi duobus* 16. *§. ult.* denique quoad *d. l. hujusmodi* 84. *§. ſi Titio.* fuiſſe ibi etiam damnationis legatum ultra conjecturam verbi *debebitur*, vel ex eo conſtat, quia legatum fuit rei alienæ, ſive non propriæ teſtatoris, quæ ſtricto jure non niſi per damnationem legari poterat & ſolebat, ut notavimus *part.* 1. §. 23. quomodo ex mente veteris Jurisprudentiæ interpretantur ſuperiores juris locos de legato damnationis Cujac. in *l. un. §. ubi autem legatarii C. de caduc. tollend.* & in *l. ſi poſt mortem* 10. *§. liberi ff. de bon. poſſ. contra tabulas.* Hotmanus in *epitomatis ad tit. de uſufr. accreſc. num.* 11. Alexander Scotus *de controverſis Cujacii ſententiis cap.* 21. Bellonus in *locis ſupra laudatis.* quibus quoad *d. legem ſi Titio* 7. conſentit Pichardus in *d. §. ſi eadem res n.* 69.

§. XIII. Plane ut jam a diverticulo interpretationis *d. §. ſi conjunctim* ad regiam rectamque viam diſputationis regrediamur, omiſſa recenſione ſolutionum ad reliqua argumenta ſententiæ noſtræ, quibus aut adverſarii non reſpondent, aut ita, ut facile ex propoſitis convinci poſſint, ut deinceps contrariæ ſententiæ argumentis faciamus ſatis, in primis quoad primum deductum ex ratione juris ſupra §. 1. reſpondendum eſt, conjunctionem non omnem, aut ſimpliciter ſolam conjunctionem eſſe cauſſam juris accreſcendi, ſed conjunctionem quæ operatur, ut concurſu partes fiant inter eos, qui ab initio ad ſolidum vocati ſunt, juxta regulam *l. idem* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* quales ſunt realis & mixta conjunctio; ad quas referri debent & reſpiciunt textus in *l. un. §. his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie*, *cum §. ſeq. C. de caduc. toll. l. ſi ſub conditione* 16. *ff. quibus mod. uſusfr. amit.* cum ſupra laudatis *d. §.* 1. non autem verbalis conjunctio, per quam partes ab initio fiunt non concurſu, & quamvis quoad verborum complexum & formam ſit conjunctio, & recenſeatur inter ſpecies conjunctionum in *præſenti*, & in *l. triplici* 142. *ff. de V. S.* non tamen recenſetur quoad effectum juris accreſcendi, ſed quoad prælationem, quam operatur eo caſu & modo, quem infra ad quintum argumentum exponemus: notat Cujac. *lib.* 17. *quæſtionum Papiniani* in *l.* 2. *§. hæc autem ff. quibus mod. uſusfr. amitt.* nec contra ſolutionem hanc rurſus urget conſideratio Petri de Beſutio relata ſupra §. 1 *in fine.* quia quamvis ex eo, quod dicitur eſſe partes pro indiviſo & intellectuales, quæ verbis conjunctis adſignantur, recte inferatur, non eſſe eos vocatos ad res ſive partes corporaliter diverſas, non tamen infertur, vocari eos ad ſolidum ejusdem rei, ſed potius ad partes diverſas ſaltem juris intellectu & ab initio ex teſtamento factas, non per concurſum, quæ ſingula ſufficiunt, ut non ſit inter verbis conjunctos jus accreſcendi ex regula *d. l. idem* 3. & ex ratione *l. penult. ff. de uſufr. accreſc.* juncto exemplo legati damnationis, de quo Ulpianus *d. titulo* 24. *§. ſi per damnationem* 13.

§. XIV. Præterea quoad ſecundum ex *d. l. ſi duobus* 16. *§. ult. ff. de leg.* 1. tertiumque ſimul explicandum ex *d. l. quidam* 5. *§. ult. cum l.* 6. & 7. *ff. de reb. dub.* quarum auctoritate Accurſ. in *l. conjunctim* 80. *verbo concurſu ff. de leg.* 3. Alciatus in *præſenti num.* 30. Duarenus *de jure accreſc. lib.* 1. *cap.* 18. Menochius *de præſumpt. lib.* 4. *præſumptione* 159. *num.* 17. affirmant, etiam verbis conjunctum habere ſolidum *ab initio*, ut exprimitur in *d. l.* 7. *verſ. quaſi.* ſaltem ex mente teſtatoris & in eum caſum, quo alter non concurrat, ut & ſentit Hilliger. ad Donell. *lib.* 7. *cap.* 13. *lit. K.* quos tamen manifeſte convincunt & verba teſtatoris adſignantis partes verbis conjunctis, & Pauli in *præſenti* docentis, habere eos partes ſemper, id eſt, initio & ex poſtfacto, ut poſt multos expendit Bellonus *d. cap.* 5. *quæſtione* 31. *num.* 2. omiſſis interpretationibus Goveani *de jure accreſc. num.* 15. Cujacii *lib.* 24. *obſerv. cap.* 34. & in *l. un. §. his ita* 10. *C. de caduc. toll.* Hotm. in *epitomatis ad titulum de uſufr. accreſc. num.* 9. & ex noſtris Pichardi in *§. ſi eadem res* 9. *num.* 92. *inſt. hoc tit.* reſpondendum eſt, in ſpecie *d. l.* 16. *§. ult.* & *d. l.* 7. in legato Titio & poſthumis relicto cum deſignatione partium virilium non tamen cenſeri partes factas ab initio jure ſingulari & ratione, nempe quia cum ab initio incertum ſit, an poſthumi naſcantur, & an unus vel plures. *l. antiqui* 3. *ff. ſi pars hered. pet. l. ſed etſi* 28. *§. ult. ff. de judiciis. l. ſi pater* 36. *ff. de ſolutionibus. d. l.* 7. & conſequenter in incerto etiam ſit, quantum Titio datum ſive relictum ſit jure virilis cum poſthumis portionis, cum virilis dicatur, & minor majorve ſit reſpectu eorum, qui concurrunt. *l. virilis* 8. *ff. de leg. præſt.* neque poſthumi fortaſſe poſtea non naſcituri poſſunt intelligi partem facere ab initio, neque Titius habere partem aliquam certam,

quæ & quota ſit, ex nativitate & numero poſthumorum pendet. *l. illud* 5. §. 1. *verſ. quod ſi forte ff. ſi pars hered. pet.* & proinde neque partes factæ ab initio inter Titium & poſthumos. Unde fit, ut illis non natis totum Titio debeatur, quaſi ea voluntas fuerit defuncti adſignantis Titio eum poſthumis virilem partem, quæ & quota eſſet, non niſi illis natis ſciri poterat, ut quo caſu illi non naſcerentur, perinde ac ſi nulla partium aſſignatio facta eſſet, totum Titio relictum videretur, ſive contineretur appellatione virilis, ut in *l. virilis* 145. *ff. de V. S.* eamque explicandi rationem inſinuat Cajus in *d. l.* 7. ibi: *Ego commodius dici puto, ſi quidem natus non eſt, minime eum partem facere, ſed totum ad te pertinere, quaſi ab initio tibi ſolido relicto.* & obſervant Fab. *de errore Pragm. dec.* 49. *errore* 5. Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſtione* 31. *num.* 10. & *quæſtione* 38. *num.* 75. noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractata* 1. *ad titulum de adquir. hered. cap.* 5. *num.* 19.

§. XV. Cui interpretationi confirmandæ magiſque elucidandæ pretium operæ eſt adjicere, quæ ſequuntur. Primum in *d. l.* 16. §. *ult.* & in *d. l.* 7. Titium cum poſthumis, quamvis quoad verborum formam propter partium aſſignationem verbis conjunctus videatur, tamen effectu atterto pro re & verbis conjuncto haberi debere, quia partes illæ a principio non fiunt, ſed ex poſtfacto & quodammodo per concurſum poſthumorum naſcentium; ideoque Titio a principio, cum pars nulla certa data ſit, quaſi ſolidum datum intelligitur; unde & non mirum, ſi accreſcendi jus ſive non decreſcendi habeat, ut pote qui a principio ſolidum & non niſi poſthumorum concurſu partem habiturus erat, ex regula *d. l. idem* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* Secundum eſt, & ex eadem ratione ſupra tradita fit, ut quamvis in *d. l.* 7. ut liquet ex præcedente *l.* 6. quæſtio ſit de fideicommiſſo relicto Titio & poſthumis, ſicut & in *d. l.* 16. §. *ult. verſ. ſed etſi.* de legato eiſdem per damnationem relicto juxta probabiliorem propriamque magis expoſitionem, quam omiſſa interim expoſitione de legato vindicationis inſinuata ſupra §. 12. ſuadent magis & verba illa *viriles partes dari voluiſſet*, quæ ad legandi formam relata heredis dationem potius, quam legatarii vindicationem reſpiciunt, ideoque damnationis legato aut fideicommiſſo magis conveniunt, teſte Ulpiano *titulo* 24. §. *per damnationem* 4. & *titulo* 25. §. *verba* 2. ſuadet etiam verbum *debetur* juxta tradita ſupra §. 12. & in legatis damnationis, & ad eorum ſimilitudinem in fideicommiſſis etiam conjunctim re & verbis, & multo magis cum aſſignatione partium relictis non fuerit jus accreſcendi, ut ex Ulpiano *d. titulo* 24. §. *ſi per damnationem* 13. ſæpius jam diximus, & *cap. ſequenti* dicemus, tamen in ſpecie *d. l.* 7. & *d. l.* 16. §. *ult.* admittatur jus accreſcendi, nimirum quia juris illa ratio, quæ in legatis damnationis & fideicommiſſis jus accreſcendi impediebat, ſcilicet quia ſingulis a principio partes debebantur. *d.* §. *ſi per damnationem* 13. ceſſat in eiſdem relictis Titio & poſthumis pro virilibus portionibus, quia non poſſunt cenſeri viriles partes factæ a principio propter incertitudinem nativitatis & numeri poſthumorum, & conſequenter ſicut & qua ratione ſingulari in ea ſpecie inducitur jus accreſcendi inter verbis conjunctos, ita eadem ratione in fideicommiſſo & damnationis legato.

§. XVI. Tertium & quidem explicatu dignius ex ſubtili rectaque juris cenſura eſt, multum intereſſe, an legatum ſit *Titio & poſthumo*, ut in *d. l.* 6. & 7. vel *Titio & poſthumis*, ut in *d. l.* 16. §. *ult.* quia primo caſu, etiamſi nihil de virilibus portionibus expreſſum ſit, tamen ſi plures poſthumi naſcantur, ſinguli ad viriles portiones cum Titio admittuntur, quoniam teſtator de poſthumo in ſingulari loquutus tantundem habere unum voluit, quantum Titium, cui *quemlibet poſthumum* in ſingulari æquavit, & conſequenter tantundem ſingulos poſthumos quantum Titium, quia alioquin cum ipſi poſthumi inter ſe æque admittendi ſint, nemo unus ex eis æquaretur Titio, niſi tantundem quilibet, quantum Titius haberet, *arg. l. qui filiabus* 17. §. 1. *ff. de legatis* 1. *l. ult. C. de impuberum & aliis. d. l.* 7. poſteriore autem caſu, in quo *poſthumis* plurali & collectivo nomine cum Titio legatum eſt, dimidia ad Titium pertinente, ſolam aliam dimidiam conſequuntur poſthumi, etiamſi plures naſcantur, quia collective & in plurali *poſthumos* vocans cum Titio, teſtator cenſetur eos in unum veluti corpus, perſonamque & portionem redigere, Titiumque illis æquare, ut tantumdem ille ſolus, quantum illi omnes haberent, ex regula *l. ſi quis Attio* 7. *ff. de uſufr. accreſc. l. Attius* 11. *l. interdum* 13. *l. item* 17. §. *ſed ſi expleto ff. de her. inſt. l. ſi pater* 9. *ff. de vulg.* notat ad rem poſt Petrum de Beſutio in *præſenti num.* 35. ex aliis Bellonus *d. cap.* 5. *quæſtione* 35. *num.* 41. Qua ſuppoſita differentia obſervare licet, ideo in *d. l.* 16. §. *ult. in princ.* de legato vindicationis quæſtionem proponi, quia cum proponatur relictum *Titio & poſthumis* in plurali ſine aſſignatione partium virilium, ſi legatum damnationis fuiſſet, non admitteretur in eo jus accreſcendi, neque eo jure non natis poſthumis totum ad Titium pertineret, cum a principio certum eſſet, dimidiam Titio dimidiam poſthumis, quando & quotcumque naſcerentur, debitum iri, atque ita partes certas deberi ſingulis in legato damnationis, ut apud Ulpianum *d. titulo* 24. §. *ſi per damnationem* 13. quod tamen non obſtat juri accreſcendi in legato vindicationis, in quo non reſpectu partium, quæ deberi poſſunt, ſed concurſu ad vindicandum legatum partes fiunt, ut in §. *ſi duobus* 12. *d. titulo* 24. Ulpiani. ſcilicet inter eos, quibus conjunctim legatum eſt ſine aſſignatione aliqua partium, ut *Titio & poſthumis in princ. d.* §. *ult. d. l.* 16. At vero in *verſ. ſed etſi d.* §. *ult.* tranſitus fit ad legatum damnationis, relictum *Titio & poſthumis* cum aſſignatione partium virilium tacita aut expreſſa, & in eo jus accreſcendi admittitur, quia viriles illæ partes non poſſunt cenſeri certæ & debitæ ſeu factæ ab initio propter incertitudinem numeri poſthumorum, ut ſupra diximus, & ideo ſupponitur, voluiſſe teſtatorem aut expreſſiſſe, ut Titius & poſthumi viriles partes haberent, quia ſi ea voluntas deficeret in legato *Titio & poſthumis* in plurali relicto, per damnationem cenſeretur data dimidia Titio & dimidia poſthumis, & accreſcendi jus ceſſaret. Denique in *d. l.* 5. §. *ult. cum l.* 6. & 7. *ff. de reb. dub.* ideo ſine expreſſione aſſignationis partium virilium admittitur jus accreſcendi in fideicommiſſo, quia proponitur relictum *Titio & poſthumo* in ſingulari, quo caſu poſthumi ad viriles cum Titio vocati cenſentur, atque ita ad partes incertas, quæ non impediunt jus accreſcendi juxta rationem & diſtinctionem propoſitam.

§. XVII. Quartum ſane, ut pergamus, contrariæ ſententiæ argumentum ex *l. Mævius* 41. *ff. de leg.* 2. terruit torſitque graviter interpretes veteres & noviores; ſed omiſſis traditis poſt Accurſ. & Claſſicos in *d. l.* 41. & in *præſenti* poſt alios a Jaſone *num.* 46. Alciato *lib.* 7. *parerg. cap.* 9. Coraſio in *l. teſtamento* 6. *num.* 6. *C. de impub.* affirmandum eſt, in ſpecie *d. l.* 41. Mævium & Sejum non eſſe verbis conjunctos, ut probant verba illa *d. l.* 41. *quia cum ſeparatim & partes fundi & totus legatus ſit*; namque *ſeparatim legari* dicitur, quod ſeparatis orationibus legatur, & conſequenter ſine conjunctione verbali. *l.* 1. §. *interdum ff. de uſufr. accreſc. l. ſi ſeparatim* 30. *ff. de condit. & dem. l. ſi pluribus* 33. *ff. de leg.* 1. Et evincit ratio verbis illis *d. l.* 41. contenta, quæ tota eo reſpicit, ut oſtendat, debere partem Seji deficientem accreſcere pro rata legati Mævio & Titio, quia uterque pariter ſeparatus eſt a Sejo, tam Mævius quoad partem, quam Titius quoad fundum, quæ tamen ratio nihil evinceret, ſi Mævius non eſſet ſepara-

tus

tus verbis a Sejo, quia ut verbis conjunctus præferretur Titio in portione Seji, ut in *verſ. ult. legis noſtræ.* Denique confirmat, quod dicimus, Mævium & Sejum non eſſe in *d. l.* 41. verbis conjunctos, deciſio ſimilis in formula ſimili in *l. Julianus* 15. *ff. de hered. inſt.* & fatentur hoc ipſum quoad *d. l.* 41. quamvis rationem non ſatis explicent, poſt Azonem in *ſumma C. de caduc. toll. num.* 11. & Accurſ. in *l.* 1. *§. idem ait, verbo ex ſociis, & §. ult. verbo ſeparatim ff. de uſufr. accreſc.* Gomezius *tom.* 1. *variar. cap.* 10. *num.* 25. Goveanus *animadverſ. cap.* 6. Hotmanus *lib.* 6. *obſerv. cap.* 12. Duarenus *lib.* 2. *de jure accreſc. cap.* 13. Ratio autem, ob quam in *d. l.* 41. Mævius & Sejus non ſunt verbis conjuncti, ea eſt, quia ut tales ſint requiritur, *ut eos nominum complexus jungat*, ut ſignificatur in *l. triplici* 142. *verſ. nec dubium ff. de V. S.* id eſt, ut nomina legatariorum in unam rem unica oratio complectatur, ſive quod idem eſt, unicum verbum regat, veluti cum ſic ſcribitur: *Titio & Sejo*, vel *Titio cum Sejo*, vel *Titio, Sejo fundum lego pro æquis partibus.* Cæterum cum inter res ipſas ſeu partes legatas, ad quas legatarii vocantur, diſtinctio verbis fit, ut in formula *d. l.* 41. *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego*, non inducitur verbalis conjunctio, quia verbum *lego*, quamvis ſemel exprimatur, intelligitur repetitum in ſingulis legatariis & partibus, ne imperfecta oratio ſit, *arg. l.* 1. *§. ſi autem* 5. *d. l. Julianus* 15. *ff. de her. inſt. l. cum pater* 77. *§. cum imperfecta* 22. *ff. de leg.* 2. & proinde duplici verbo reguntur nomina legatariorum, & cenſentur diverſæ orationes, perinde acſi ita ſcriptum eſſet: *Mævio partem dimidiam lego, Sejo partem dimidiam lego.* notant poſt Accurſ. in *d. l. Julianus* 15. *verbo ex parte dimidia*, Petrus de Belſutio in *præſenti num.* 4. Cujacius *lib.* 24. *obſervat. cap.* 35. & in *l. un. §. his ita C. de caduc. toll.* Bellonus *d. cap.* 5. *quæſtione* 16. *num.* 35. *& ſeqq. & quæſtione* 46. *num.* 130. Faber *de err. Pragm. dec.* 49. *errore* 7. & 8. Jam vero cur, cum Mævius & Sejus in *d. l.* 41. verbis disjuncti ſint, tamen accreſcat pars Seji etiam Mævio, dicemus jam ad quintum argumentum.

§. XVIII. Quintum denique poſtremumque argumentum ex *verſ. ult. l. noſtræ* nos non morabitur movebitve, quia ſuppoſita veriore interpretatione *ejus verſ.* de qua ex profeſſo infra *cap.* 5. nempe ut ſententia Pauli ſit, verbis conjunctum in portione verbis conjuncti præferri re tantum conjuncto, reſpondendum eſt, hoc ideo fieri, quia quamvis verbis conjuncti, quoties alium ad eamdem rem ſeparatim teſtator non vocavit, jus accreſcendi inter ſe non habeant, tamen cum quæritur de prælatione verbis conjuncti, neceſſario ſupponimus, eſſe alium tertium ſeparata oratione ad eamdem rem vocatum, cum quo de prælatione contenditur, & cujus adjectione efficitur, ut priores verbis conjuncti cenſeantur redacti ad unam portionem, quam inter ſe concurſu dividant, atque ita non ſolum verbis a teſtatore, ſed etiam ex ejus mente & juris intellectu habentur pro re conjunctis in portione, ad quam rediguntur; & ideo unus ex eis ut dupliciter conjunctus præfertur re tantum conjuncto, quomodo Paulum noſtrum explicant; & argumento reſpondent Goveanus, Cujacius, Faber, Bellonus, quos in hanc rem laudavimus ſupra *cap.* 1. §. 40. quamvis renitatur Hillig. ad Donell. *lib.* 7. *cap.* 13. *lit. M.* Unde & apparet, Mævium Sejumque in *d. l. Mævio* 41. *ff. de leg.* 2. cenſeri re conjunctos propter adjectionem Titii, ideoque partem Seji accreſcere tam Titio quam Mævio, ut pariter re conjunctis cum Sejo; nec tamen Mævium præferri Titio in *d. l.* 41. quia ibi Mævius & Sejus non erant verbis conjuncti, ut diximus §. *præcedenti*, & exponunt Cujacius, Faber, & Bellonus ibi laudati. Præterea & inde apparet, argumentum ex *l. ſi ita quis* 66. *ff. de her. inſt.* quod contra ſententiam noſtram retorſimus ſupra §. 8. ei non obſtare, quia ex eo ſolum infertur, quod ſi in *d. l.* 66. Cajus & Mævius eſſent verbis conjuncti, præferrentur Titio in portione unius illorum nempe Caji aut Mævii deficiente, quod & verum eſt, quia ſi verbis conjuncti eſſent, cenſerentur etiam re conjuncti, ut pote redacti ad unam portionem propter adjectionem Titii, ut explicat Bellonus *d. cap.* 5. *quæſtione* 46. *num.* 128.

§. XIX. Illud tandem adjicimus, quamvis in judicando & conſulendo communis contraria ſententia de admittendo regulariter jure accreſcendi inter verbis conjunctos plerumque obtinuerit, tamen in diſputando ſententiam noſtram non ſolum ex ratione juris veteris veriorem eſſe, ſed etiam novi Juſtinianei, quia quamvis Juſtinianus in *l. unica §. ubi autem* 11. *C. de caduc. toll.* indiſtincte & ſimpliciter tribuat jus accreſcendi conjunctis legatariis etiam in legatis damnationis, abrogato in *verſ. ſin autem d. §. ubi autem* 11. etiam in ea legatorum ſpecie juris antiqui diſcrimine, de quo ſupra *cap.* 2. §. 11. tamen & de conjunctis re & verbis duntaxat loquitur, ut in §. *ſi eadem res inſt. hoc tit.* & expendimus ſupra §. 4. *in fine.* & a recepto jam jure accreſcendi in legatis damnationis non recte argumentum deducitur, ut id admittatur inter verbis conjunctos, in quibus jus accreſcendi non tam ex natura legati, ut in legatis damnationis, ceſſat, quam ex voluntate defuncti partes a principio aſſignantis, & in quibus jus antiquum, cum ſpecialiter abrogatum non ſit, manere debet ex regula *l. præcipimus* 32. *in fine C. de appellationibus.*

CAPUT QUARTUM.

De re & verbis conjunctis, & inter eos jure accreſcendi, aut non decreſcendi.

Ad Paulum in *verſiculo præfertur Legis noſtræ* 89. *de Legat.* III.

§. I. Tertia poſtremaque conjunctorum ſpecies, ad quam jam ordine diſputatio noſtra progreditur, eſt ea, quam *mixtam* vulgo interpretes vocant, quia ex reali & verbali conſtat, extatque in re & verbis conjunctis, quorum exemplum formulamque proponit Juſtinianus in §. *ſi eadem res* 8. *verſ. conjunctim inſt. hoc tit.* & quamvis Paulus noſter in *præſenti* omittat, tractat tamen de re & verbis conjunctis, quoad prælationem in jure accreſcendi, in *verſ. præfertur.* ideoque & *hujus cap.* commentationem quaſi præmunitionem deſiderat. Enimvero, cum mixtæ conjunctionis primaria requiſita ſint, ut duo pluresve ſimul, & eadem oratione ad eandem rem ſine deſignatione partium vocentur, ut paucis prænotavimus ſupra *cap.* 1. §. 42. quædam in primis inde deducenda breviter ſunt. Primum eſt, ex eo, quod dicimus ad mixtam conjunctionem requiri vocationem in eadem oratione, recte inferri, non eſſe re & verbis conjunctos eos, qui vocantur diverſis orationibus ad eandem rem, quamvis poſterior vocetur cum relatione ad primum. Idque probatur, tum quia in *d. §. ſi eadem res* 8. *verſ. ſed & ſi.* etiamſi ita legatum ſit: *Titio hominem Stichum do lego, Sejo eundem hominem Stichum do lego*, affirmatur disjunctim legatum eſſe, nempe verbis non item re, cum ad eumdem Stichum vocentur, atque ita eſſe conjunctos re tantum, non autem re & verbis: tum etiam quia vocatis in diverſis orationibus non poteſt convenire deſcriptio conjunctorum re & verbis, nempe ut tales ſint, *quos & nominum & rei complexus jungit*, ut in *l. triplici* 142. *verſ. nec dubium ff. de V. S.* ſed potius convenit definitio re tantum conjunctorum, ut pote *quibus ſeparatim eadem res legatur*, ut de re conjunctis Paulus ſcribit in *pr. l. noſtræ.* quibus rationibus in illa formula,

Google

quæ proponitur in *l. Julianus* 15. *ff. de her. inſt. l. triplici* 142. §. *ult. de V. S. Titius ex dimidia heres eſto, Sejus ex parte, qua Titium inſtitui, heres eſto, Sempronius ex dimidia heres eſto*, & in ſimili legandi formula Titium & Sejum, quamvis ad eamdem dimidiam cum relatione prioris inſtitutionis vocentur, non tamen eſſe re & verbis conjunctos ſed re dumtaxat, docent poſt Acc. in *d. l. triplici* 142. *verbo per ſe*, Alciatus *ibi num.* 2. *&* 14.

§. II. Sed objiciuntur huic illationi quoad formulam inſtitutionis, de qua in *d. l. triplici* 142. §. *ult.* in primis Juliani ſententia propoſita *ibi*, & in *d. l. Julianus* 15. dum docet, Titium & illum inſtitutum, ex qua parte Titius inſtitutus erat, redigi in unam dimidiam, & conjunctim inſtitutos eſſe, & conſequenter re & verbis conjunctos, quia & de illis ſolis nempe re & verbis conjunctis Paulus in *d. l.* 142. proponit exempla formulaſque, quas idem & *eodem lib. in præſenti* omiſerat: & illis ſimplex verbum *conjunctim* applicari ſolet, ut in *d.* §. *ſi eadem res* 8. *verſ. conjunctim. d. l.* 142. *verſ. nec dubium.* Deinde & objicitur ratio abſurdi iniquitatiſque, quæ ſequeretur in ſpecie hujuſmodi: *Titius & Cajus ex dimidia pro æquis partibus heredes ſunto, Sejus ex qua parte Titium inſtitui heres eſto*; in qua formula ſi affirmemus, Titium & Sejum non re & verbis, ſed eſſe dumtaxat re conjunctos, ſi Titius deficiat, Cajus in portione Titii præferetur Sejo, ut pote verbis conjunctus re tantum conjuncto ex regula *verſ. ult. l. noſtræ.* quæ tamen prælatio iniqua, & inæqualis erit in ea ſpecie, quia Titius & Sejus, ut pote redacti ex voluntate defuncti ad unam dimidiam, unum corpus ſeu perſonam conſtituunt. *l. plane* 34. *in pr. ff. de leg.* 1. & proinde alter alterius deficientem portionem quaſi ſuam præoccupare debet. *l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie C. de caduc. toll.* quibus aliiſque argumentis levioribus Titium & Sejum in exemplo *d. l.* 142. §. *ult.* eſſe re & verbis conjunctos contendunt poſt Baldum in *d. l. Julianus* 15. Duar. *de jure accreſc. lib.* 2. *cap.* 8. Bellonus *eodem tractatu cap.* 5. *quæſtione* 24. *num.* 2. ſed retenta ut certiore & receptiore prima ſententia, in primis quoad *d. l.* 142. §. *ult.* reſpondendum eſt, non ibi exprimi, Titium & Sejum eſſe re & verbis conjunctos, neque id colligi ex eo, quia de conjunctis re & verbis in præcedentibus Paulus loquutus, non enim eo reſpectu, ſed ut ſpeciem ſimilem præcedenti in §. *videamus*, in qua ſimiliter Titius & Mævius in unam dimidiam rediguntur, ſubjunxit Paulus illam, quæ ſequitur in *d.* §. *ult.* neque rurſus illud ipſum colligitur ex verbo *conjunctim.* eo enim Julianus in *d. l. Julianus* 15. & Paulus in *d. l.* 142. §. *ult.* non affirmant, conjunctim inſtitutos proprie eſſe, ſed videri ea ratione & reſpectu, quia in unam portionem conjunguntur, ut ſcriptum eſt in *d. l. Julianus* 15. atque ita re conjuncti ſunt. Plane hæc conjunctio in unam portionem in illa ſpecie, cum ſeparatis orationibus fiat, non poteſt inducere verbalem conjunctionem, quia non niſi ex conjuncta oratione proficiſcitur, & tamen induet realem, quæ & in *d. l.* 15. & in *d. l.* 142. §. *ult.* ſufficiens eſt ad jus accreſcendi & prælationis, de quo Paulus in *præſenti* & ibi tractabat, quia cum Sempronius in *d.* §. *ult.* neque ſit verbis conjunctus cum Titio, ut pote ſeparata oratione, neque re ut pote ad aliam dimidiam vocatus, atque ita omnino disjunctus, neceſſe eſt ei præferri in portione Titii deficiente Sejum, qui re ſaltem conjunctus eſt, & in unum corpus & portionem redactus cum Titio. *d. l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie.* Præterea ad rationem illam abſurditatis, quam præcipue urget & conſiderat in formula ſupra propoſita Bellonus, reſpondendum eſt, id, quod ſupponit in illa formula, ſi Sejus cum Titio re tantum conjunctus cenſeatur, Cajum tanquam verbis conjunctum præferendum Sejo juxta regulam *l. noſtræ in fine.* omnino falſum eſſe, quoniam verbis conjunctus tunc dumtaxat præfertur, & habet jus accreſcendi, cum ob adjectionem tertii redigitur cum verbali conjuncto ad unam portionem, ideoque re & verbis conjunctus cum illo cenſetur, quomodo regulam *l. noſtræ in fine* expoſuimus *cap. præcedenti* §. 18. quod cum non contingat in formula Belloni, in qua Cajus Titio verbis conjunctus integram, ſeparatamque a Titio portionem obtinet, & e contrario Sejus in unam portionem cum Titio redigitur, conſequens eſt, Cajum ut pote verbis ſolis conjunctum, & re disjunctum non habere jus accreſcendi, nedum prælationis juxta ſententiam *ſuperiori cap.* ſtabilitam, & Sejum tanquam re conjunctum non ſolum eſſe potiorem, ſed & unicum, cui Titii portio ex vi conjunctionis poſſit accreſcere.

§. III. Secundo ex eo, quod inter requiſita mixtæ conjunctionis præmiſimus vocationem ad camdem rem ſine deſignatione partium, recte colligitur aut intelligitur, re & verbis conjunctis ſolidum a principio adſignari, parteſque inter eos non a principio ſed concurſu fieri, ut probatur proprie & præcipue in *l. conjunctim* 80. juxta communem intellectum, *ff. de leg.* 3. *d.* §. *ſi eadem res* 8. *inſt. hoc tit.* & apud Ulpianum *titulo* 24. §. *ſi duobus* 12. & apparet planius ex eo, quia ſi re & verbis conjuncti non haberent ab initio ſolidum, non poſſent dici capere portionem deficientem ut ſuam, aut ſibi relictam. *d. l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie. l. Titio* 34. *cum ll. ſeqq. ff. ad l. Aquil. l.* 3. *ff. de ſervit leg.* & ſi id ſolidum non eſſent concurſu diviſuri, non haberent jus accreſcendi. *l. idem* 3. juncta *l.* 1. *in princ. ff. de uſufr. accreſc.* Denique ſi partes a principio eis deferrentur, eſſent verbis tantum conjuncti, ut pote conjuncta oratione ad partes vocati, non autem re conjuncti, quorum proprium eſt vocari ad ſolidum. *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero non omnes.* & conſequenter non eſſent conjuncti re & verbis, ſive conjunctione mixta, ut argumentantur poſt Bart. in *præſenti num.* 16. *&* 24. Jaſonem *num.* 111. multiq & poſt multos receptiſſimam hanc ſententiam firmantes Fachinæus *lib.* 4. *controv. cap.* 94. Bellonus *cap.* 5. *quæſtione* 32. *num.* 9. quibus non refragantur textus in *l. plane* 34. §. *ſi conjunctim ff. de leg.* 1. & in *l. cui fundus* 54. *verſ. diſſimilis ff. de condit. & dem.* quarum auctoritate inter alia Alciatus in *præſenti num.* 32. *&* 58. Zaſius in *d. l. triplici* 142. *verbo conjunctim.* Duarenus *lib.* 1. *de jure accreſc. cap.* 11. non ſolidum ſed partes ab initio habere re & verbis conjunctos affirmant, ſed immerito, quoniam quod attinet ad *d. l. plane* 34. §. *ſi conjunctim.* fiet facile ſatis, ſi meminerimus, Ulpianum ibi loqui de conjunctis dumtaxat verbis, ut tradidimus *ſuperiore cap.* §. 10. Deinde ut ſatis fiat regulæ *d. l. cui fundus* 54. obſervanda eſt nobilis differentia, & aliarum in hoc tractatu fons & origo inter re tantum & re & verbis conjunctos circa modum vocationis ad ſolidum, nam quamvis utrumque genus conjunctorum a principio vocetur ad ſolidum; tamen re dumtaxat conjuncti vocantur ſinguli, ut ſinguli ad ſolidum ex verbis teſtatoris, prima facie ſolidum ſingulis adſignantis ſua & ſeparata formula, veluti *Titio Stichum lego Sejo Stichum lego*; quo caſu poteſt unuſquiſque ex vi ſuæ formulæ & prima facie ſolidum ſibi relictum contendere. *d.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero non omnes.* E contrario autem re & verbis conjuncti non poſſunt dicere, ut ſinguli ſolidum ſingulis adſignatum prima facie ex verbis teſtatoris, quia cum unica & conjuncta oratione ſimul vocati ſint, veluti *Titio & Sejo Stichum lego*, nemo ex eis totum Stichum recte vindicat ex vi formulæ, in qua ei ſimul cum altero relictus eſt, quin potius ut inter ſingulos & in eum caſum, quo concurrant ex voluntate defuncti, quæ in eum caſum ex vi formulæ, & enumeratione perſonarum ab eo facta deducitur, cenſetur ita relictum ſolidum, ut in eo partes habeant ut ſinguli, ſi concurrant, ſecundum quæ accipiendum

dum eſt, quod in hac re expenditur ex *d. l. cui fundus verſ. diſſimilis.* Cæterum ut univerſi & conjuncti in unum corpus, cui ſine deſignatione partium totum relictum eſt, cenſentur vocati ad ſolidum. *d. l. conjunctim* 80. non tam ex verbis & vi formulæ, quam ex voluntate defuncti tacita & juris interpretatione in caſum, quo alter non concurrat, ut docuimus ſupra *cap.* 4. §. 39.

§. IV. Ex qua differentia & principiis, ut jam alias ei connexas cohærentesque explicemus, & in primis effectum conjunctionis re & verbis, prænotandum eſt, extra controverſiam eſſe, in hereditatibus & in legatis vindicationis etiam antiquo jure, hodie autem in omnibus legatorum ſpeciebus & fideicommiſſis inter re & verbis conjunctos portionem unius deficientem ad alterum pertinere, ut probatur in *d. §. ſi eadem res* 8. *d. l. unica §. his ita* 10. *& §. ubi autem* 11. *l. ſi Titio* 34. *cum* 2. *legg. ſeqq. ff. ad legem Aquiliam. l. qui quartam §. ult. ff. de legatis* 1. *l. ſi duobus* 16. *§. ult. ff. de leg.* 1. *l. ſi duobus* 40. *ff. de leg.* 2. *l.* 1. *ff. de uſufr. accreſc. l. ſi ſervo* 31. *§.* 1. *verſ. Julianus ff. de ſtatulib. l.* 3. *ff. de ſervit. legata.* Ulp. *d. titulo* 24. *§. ſi duobus* 12. Cajus *lib.* 2. *inſt. titulo* 5. *§. iater* 5. Verum antiquo jure in legatis damnationis, etiamſi conjunctim, ſive, quod idem eſt, conjuncta oratione & partibus a teſtatore non deſignatis relinquerentur, non accreſcebat pars deficiens conjuncto, ut Ulpianus docet *d. titulo* 24. *§. ſi per damnationem* 13. ejusque differentiæ proximam ſive immediatam rationem idem inſinuat, nempe quia legatariis vindicationis re & verbis conjunctis ſolidum a principio debetur, & concurſu partes fiunt. *d. §. ſi duobus* 12. juncta *l.* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* legatariis autem damnationis partes a principio deberi cenſebantur. *d. §. ſi per damnationem* 13. cujus deinde rationis ratio ex eo pendet, quia in legatis vindicationis, cum teſtatoris verba non ad heredem, ut ille debeat præſtetve, ſed conferantur ad legatarios, ut ipſi vindicent, neque eis partes deſignentur, conſequens voluntati defuncti eſt, partes ab eis non fieri ante concurſum ad vindicationem. At in legatis damnationis, cum eorum verba referantur ad heredem, ut ille obligetur, ſicut & obligatur legatariis ex quaſi contractu aditionis hereditatis. *§. heres inſt. de obligationibus quæ ex quaſi contractu.* nec bis ſed ſemel rem, quam relinquit, unica & conjuncta oratione teſtator exprimat, cenſetur juris interpretatione voluiſſe partes fieri non per concurſum ad vindicationem, quæ legatariis damnationis non competit, ſed a principio reſpectu perſonalis obligationis heredis, quæ futura eſt, & dividi ſolet & debet, *arg. l.* 2. *§. ult. ff. de prætor ſtipulat.* ne alioquin, qui duobus conjunctim & ſemel dare damnatus eſt, compellatur bis dare uni rem & alteri æſtimationem, quod in hac ſpecie abſurdum eſſet, ut ſignificat huc reſpiciens textus in *l. ſi Titio* 7. *ff. de leg.* 2. quamvis diverſum ſit in legatis disjunctim per damnationem relictis, in quibus cum propria & ſeparata formula, nec ſemel ſed bis rem ſingulis teſtator relinquat, & heredem ſuum damnet, neceſſe habet heres, ut teſtatoris voluntatem, quatenus licet, impleat, cum utrique rem ipſam in ſolidum præſtare non poſſit, dare uni rem & alteri æſtimationem, ut expoſuimus ſupra *cap.* 2. §. 11. & ad rem explicant poſt alios Cujacius *tractatu* 5. *ad Africanum* in *l. qui uſumfructum* 36. *§. ult. ff. de uſufr. & lib.* 24. *obſervat. cap.* 34. & in *d. l. ua. §. his ita* 10. & alibi ſæpe, Hotmanus *lib.* 6. *obſervat. cap.* 12. & ad *tit. de uſufr. accreſc. num.* 10. Bellonus *cap.* 6. *quæſtione* 20. *num.* 25. Faber *de error. Pragm. dec.* 50. *errore* 2. & ex noſtratibus Pich. & alii in *d. §. ſi eadem res* 8. *num.* 34. *&* 69.

§. V. Plane ad hanc differentiam, antequam progrediamur, referendi ſunt, & de legato damnationis conjunctim relicto, ideoque accreſcendi jure ceſſante accipiendi ſunt juris auctores in *l. ſi duobus* 16. in *princ. l. hujusmodi* 84. *§. ſi Titio & Mævio* 8. *ff. de leg.* 1. *l. ſi Titio* 7. *ff. de leg.* 2. diximus ſupra *cap.* 3. §. 12. & præterea ſimiliter explicandus Scævola in *l. ult. §. Sejo ff. de leg.* 2. dum in legato certæ quantitatis Sejo, ſi heres non erit, & uxori ejus Marcellæ conjunctim, & ſine deſignatione partium relicto, conſultus in quæſtione & deciſione ſupponit, ſi Sejus heres exiſtat, atque ita in legato non concurrat, ſolam dimidiam pertinere ad Marcellam, cum tamen e contrario proditum ſit, ubi conjunctim heredi, & extraneo legatur, ſi in heredis perſona non conſiſtat, totum ad collegatarium pertinere. *l. plane* 34. *§. ſi duobus* 11. *l. legatum* 116. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. qua difficultate, & ut eam expediant, in tranſverſum acti veteres interpretes, & Alciatus *num.* 33. in *præſenti*, quoties ita legatur *Titio & Sejo Stichum lego*, affirmare auſi ſunt, non eſſe Titium & Sejum re & verbis conjunctos contra apertas juris regulas rationemque *d. l. triplici* 142. *ff. de V. S. d. §. ſi eadem res* 8. Nec feliciores poſt P. de Beſutio Politus in *præſenti num.* 33. & 48. Peregrinus *de fideicommiſſis art.* 9. *num.* 2. Duarenus *lib.* 1. *de jure accreſc. cap.* 7. Hotmanus *lib.* 12. *obſervat. cap.* 23. contendentes inter alia *arg. d. l. ult. §. Sejo.* in legato quantitatis duobus relicto non conſiderari realem conjunctionem, & conſequenter neque mixtam, quamvis conjunctim relinquatur, quod tamen falſum eſt. *l. qui quartam* 15. *§. ult. ff. de leg.* 1. *l. eum qui* 56. *ff. de V. O.* denique omiſſa & alia expoſitione Jaſonis in *præſenti num.* 97. cui conſentit effectu Duar. *lib.* 2. *de jure accreſc. cap.* 15. *in fine.* dicendum potius eſt, loqui Scævolam in *d. §. Sejo*, ſi *legandi* verbum, quo utitur, ſtricte proprieque accipimus, de legato damnationis propter legati verba ad dationem heredis directa, aut quod arridet magis de fideicommiſſo, ut ſuadent verba formulæ illa *dari volo* propria fideicommiſſorum. *§. ult. inſt. de ſing. reb. per fid. rel.* Ulpianus *tit.* 25. §. 1. & idcirco de dimidia ſolius Marcellæ dubitat, & decidit Scævola, eique partem Seji non accreſcere, ſed in hereditate remanere ſupponit, quia in legatis damnationis non fuit jus accreſcendi, ſicut ad eorum ſimilitudinem neque in fideicommiſſis conjunctim relictis, quæ æquiparantur legatis damnationis, ut in *l. non ad ea* 89. *verſ. quod ſi pure ff. de condit. & dem.* & apud Ulpianum *tit.* 25. *§. res per fideicommiſſum* 5. quemadmodum eisdem legatis damnationis comparantur fideicommiſſa disjunctim duobus relicta, quoad excluſionem juris accreſcendi, & præſtationem rei uni, & æſtimationis alteri, ut notavimus ſupra *cap.* 2. §. 11. & ad rem ita exponit Scævolam in *d. §. Sejo* Cujacius *lib.* 32. *quæſtionum Papiniani* in *l. mulieri* 73. *ff. de condit. & dem. & lib.* 26. *obſerv. cap.* 29. Bellonus *cap.* 5 *quæſt.* 25. *num.* 60. Pich. in *d. §. ſi eadem num.* 76.

§. VI. Deinde & ex eadem differentia interpretandus eſt idem Scævola in *l. uxorem* 41. *§. agri plagam ff. de leg.* 3. ubi ideo ſupponit, Publium ſolam dimidiam agri relicti petere poſſe, non autem partem collegatarii, quamvis ille eam repudiaverit, quia relictum utrique fuit per fideicommiſſum, ut ſignificant verba formulæ ibi, *tranſcribi volo*, & in fideicommiſſis jus accreſcendi non erat. Unde & ſi ſimilis ſpecies proponeretur in materia capace juris accreſcendi aut non decreſcendi, poſſet totum petere unus altero recuſante. *l. fundus ille* 64. *ff. de contrahen. empt.* quam ita cum *d. §. agri plagam* conciliat alios referens & refellens Bellonus *cap.* 6. *quæſt.* 33. *num.* 51. *&* 55. Denique & eadem ex cauſſa idem Scævola in *l. pater* 38. *§. filiam* 2. *ff. de leg.* 3. ædificio relicto libertis vernis teſtatoris cum prohibitione alienationis reſpondet, mortua herede & cæteris vernis, ad unum qui ſuperfuit pertinere virilem partem, & proinde non totum, ſive non accreſcere partes conjunctorum, quamvis hi defecerint, ni-

enirum quia quæſtio erat de fideicommiſſo, ut verba formulæ & Scævolæ evincunt, & idcirco in hujuſmodi fideicommiſſis; ut jus accreſcendi ſaltem ex voluntate expreſſa defuncti induci poſſet, adjici ſolebant illa verba: *donec ad unum perveniat. l. codicillis* 34. *ff. de uſufr. legats. l. libertis* 108. *ff. de cond. & dem. l. Lucius* 88. *§. Lucius* 6. *de leg.* 2. quæ verba cum adjuncta non fuerint in formula *d. l. pater* 38. *§. filiam.* mirum non eſt, ceſſare ibi jus accreſcendi, ut pote in fideicommiſſo, ut obſervant ſic explicantes Cujac. *lib.* 15. *obſervat. cap.* 4. Fab. *de error. Pragm. dec.* 49. *err.* 6. *& dec.* 50. *err.* 2. *&* 3. Bellonus *d. cap.* 6. *quæſt.* 21. *num.* 4. *&* 16. Nec repugnat differentiæ propoſitæ & ſententiæ *d. l. pater* 38. *§. filiam.* Mæciani locus in *l. vel ex parte* 6. *cum l. ſeq. ff. de rebus dub.* nam quod ibi in fideicommiſſo etiam eis deſignatione partium relicto, ſicut in legato damnationis in *l. ſi duobus* 16. *§. fin. in fine de leg.* 1. jus accreſcendi admittitur, eſt propter incertitudinem nativitatis & numeri poſthumorum operantem, ut non intelligantur partes factæ a principio, ut expoſuimus *cap.* 3. *§.* 15. quæ ratio incertitudinis ceſſat in libertis vernis, ut pote natis notisque tempore teſtamenti, & in eo nominatis, ut ſcriptum eſt in *d. §. filiam.*

§. VII. Illud ſane differentiæ & aſſertioni jam traditæ adverſatur valde valideque, quod deducitur ex *l. Plautius* 49. *verſ. nam & Divus ff. ad l. Falcidiam. l.* 4. *verſ. ſed etſi de alim. & cib. leg. l. cum pater* 77. *§. libertis* 27. *& §. hereditatem* 4. *l. unus ex familia* 67. *§. rogo. l. cum quidam* 24. *de leg.* 2. *l. filiusfam.* 114. *§. Divi* 11. *de leg.* 1. nempe etiam in fideicommiſſis, & ſine adjectione verborum, *donec ad unum perveniat*, locum eſſe Juri accreſcendi, ſed in primis quoad *d. l. Plautius* 49. *verſ. nam & Divus.* reſpondendum eſt, ibi in fideicommiſſo relicto ſervo communi Titii & teſtatoris, vel heredis totum ad Titium pertinere non jure accreſcendi, ut minus recte cenſuit poſt Bartolum in *præſenti num.* 59. noſter Peralta in *l. & Proculo* 20. *num.* 11. *de leg.* 2. quia de accreſcendi jure tractari non poteſt in eo, quod a principio relictum eſt uni tantum legatario ſcilicet ſervo, & a principio conſtitit reſpectu unius duntaxat domini, ſcilicet Titii, a quo ſolo in ea re capacitatem ſervus accipit, eumque repræſentat, acſi ſolus ejus eſſet. *l.* 1. *§. communis* 4. *de ſtipul. ſervor.* non autem a teſtatore aut herede; quia tanquam eorum ſervo inutiliter relinqueretur. *§. an ſervo* 32. *inſtit. hoc tit.* qua etiam ratione etſi de jure accreſcendi quæſtio eſſet in *d. l. Plautius* 49. neque partes a principio factæ intelligi poſſent, ut pote in relicto uni, & in unius perſona duntaxat conſiſtente, quamvis diverſum ſit eo caſu; quo uterque dominus potuit adquirere, & unus repudiavit, ut in *d. l. & Proculo* 20. *de leg.* 2. de qua ſuo loco; & diverſum eſt etiam, ſi quoties duobus a principio relictum, & in unius perſona non conſtitit, ut in *d. l. plane* 34. *§. ſi conjunctim, & §. ſi duobus* 11. *ff. de leg.* 1. Enimvero in *d. l. Plautius* 49. pertinet totum ad Titium jure poteſtatis & adquiſitionis dominicæ non ſolum in fideicommiſſis & legatis, ſed etiam in ſtipulationibus & aliis cauſſis receptæ, ut quod communis ſervus uni ex dominis adquirere non poteſt, adquirat ei ſoli & in ſolidum, cui poteſt. *l. ſi Eros* 11. *ff. de opt. vel elect. leg. l. verum* 63. *§. ſi ſervo* 9. *ff. pro ſocis.* juncta regula *d. l.* 1. *§. communis* 4. *l. proinde* 7. *§. ult. cum ll. ſeqq. ff. de ſtipul. ſervor.* explicant ita poſt alios Politus in *præſenti num.* 91. Bellonus *d. cap.* 6. *quæſtione* 21. *num.* 18. & in ſimili ſpecie Caſtillo *lib.* 1. *controverſ. de uſufr. cap.* 48. *num.* 34. Donellus *lib.* 10. *comm. cap.* 29. Duarenus *lib.* 1. *de jure accreſc. cap.* 13.

§. VIII. Rurſus quod attinet ad *d. l.* 4. *verſ. ſed & ſi deceſſerit ff. de alim. & cib. leg.* cum ſimilibus nuper laudatis, reſpondent Cujacius *lib.* 15. *obſervat. cap.* 4. & *lib.* 19. *quæſtionum Papiniani* in *d. l. unum ex familia* 67. *§. rogo ff. de leg.* 2. Bellonus *d. quæſtione* 21. *num.* 12. *& ſeqq.* in his locis jus accreſcendi admitti in fideicommiſſis ex eadem ratione, qua in *d. l. vel ex parte* 6. *ff. de rebus dubiis.* nimirum quia tractatur de fideicommiſſis relictis ſub nomine collectivo plurium perſonarum incertarum, veluti *libertis aut filiis* indefinite, qua appellatione cenſentur vocati, quicumque tales fuerint, die fideicommiſſi cedente. *d. l. cum pater* 77. *§. hereditatem* 4. *in fine.* juncta *l. omnia* 32. *§. in fideicommiſſo ff. de leg.* 2. *l. ſi cognatis* 19. *ff. de rebus dub.* proinde cum incertum ſit, quinam die fideicommiſſi cedente liberti aut filii ſint exrituri, inter quos partes fiant, non poſſunt cenſeri factæ a principio & tempore teſtamenti, ſicut neque in relicto Titio & poſthumo. *d. l. vel ex parte* 6. diverſum autem eſt in *d. l. patrem* 38. *§. filiam ff. de leg.* 3. ubi quamvis *libertis vernis*, atque ita ſub nomine collectivo relictum proponatur, adjiciuntur tamen illa verba: *quos hoc teſtamento nominavi*, ex quibus liquet, eos duntaxat vocari, qui eo teſtamento manumiſſi erant, & nominati in libertate danda, juxta legem Caniniam. *l. Lucius* 88. *§. Lucius* 6. *ff. de leg.* 2. juncto *§. incertis verſ. libertas inſtit. hoc tit. l. nominatim* 24. *l. nominatim* 37. *ff. de manum. teſtam.* Ulpianus in *fragm. titulo* 1. *§. ult.* Paulo *lib.* 4. *ſententiarum titulo* 14. *§.* 1. Cajo *lib.* 1. *inſtit. titulo* 2. *§.* 3. *verſ. quod ſi non nominatim.* Unde fit, ut a principio & tempore teſtamenti inter vernas nominatos, ut pote jam tunc certos, fiant juris cenſura, & ex voluntate defuncti viriles partes, & ideo jus accreſcendi ceſſet in *d. §. filiam.* quod tamen non contingit in *d. l.* 4. *verſ. ſed etſi deceſſerit.* quia ibi non tantum manumiſſi teſtamento aut codicillis vocantur, ſed etiam poſtea manumittendi, quorum incertitudo partes a principio fieri non permittit. Plane cur non in ſpecie *d. §. filiam* ex verbis illis *veto ædificium de nomine meo exire*, ſaltem ex vi reciproci fideicommiſſi inter vernas ad ſuperſtitem totum pertineat, ut in *d. l. cum pater* 77. *§. libertis.* alia & aliena inſpectio eſt, de qua recte Faber *lib.* 14. *conject. cap.* 16. quamvis quoad quæſtionem de jure accreſcendi in *d. §. filiam.* immerito a Cujacio diſſentiat ibi, & *de error. Pragm. dec.* 49. *errore* 6.

§. IX. Verum huic diſtinctioni inter fideicommiſſa relicta ſub nomine collectivo, & relicta nominatim, & deciſioni *d. l.* 4. *verſ. ſed etſi deceſſerit.* obnititur aperte & acriter Papinianus in *l. dominus* 57. *§.* 1. *ff. de uſufr.* ubi in fideicommiſſo fructus prædiorum ad alimenta relicto libertis non nominatim, ſed ſub nomine collectivo libertorum reſpondet, partes libertorum decedentium recurrere ad dominum proprietatis, & conſequenter non accreſcere collibertis conjunctis in uſufructu, quamvis in uſufructu etiam poſt adquiſitas portiones conjunctis, ſi unus eorum amittat jus accreſcendi, exerceri ſoleat. *l.* 1. *§. interdum ff. de uſufr. accreſc.* ſed ut res proprie intelligatur, in primis ex ſententia Accurſ. in *d. l. dominus* 57. *§.* 1. *gloſſa ult. in fine.* Bartoli in *præſenti num.* 41. quos & alios ſequuntur Larea in *l. ſi quis a liberis* 5. *§. ſed ſi filius num.* 98. & 100. *ff. de liber. agnoſc.* Cujacius *lib.* 7. *reſp. Pap.* in *d. l. dominus* 57. *§.* 1. obſervandum eſt, in legato ſeu fideicommiſſo alimentorum, ſive ad alimenta relicto duobus pluribusve non eſſe jus accreſcendi, & partes alimentariorum deficientium, ſive ante diem fideicommiſſi ſive poſt diem, & poſtquam portiones ſingulis adquiſitæ ſunt, deficiant, non accreſcere cæteris, ſed in uſufructu recurrere ad dominum proprietatis, & regulariter remanere apud eum eosve, qui alimenta præſtabant, ut expreſſum etiam eſt in *l. penult. §. filiæ ff. ad l. Falcid. l. pecuniæ* 8. *l.* 3. *verſ. debebit ff. de alim. & cib. leg. l. Divus* 7. *ff. ſi cui plus quam per legem Falcid.* ejusque ſingularis juris ratio ea eſt, quia alimentorum, ſive relicti ad alimenta nomen &

cauſſa

cauſſa vicem habet taxationis, operaturque, ut a principio ſingulis usque ad quantitatem alimentis congruentem, neque amplius quidquam ex fructu prædiorum relictum intelligatur, ut in *l. ſi habitatio* 10. §. *ſed ſi ſic ſecundo ff. de uſu & habit.* Unde quamvis propter incertitudinem numeri libertorum, quibus non nominatim ſed ſub nomine collectivo relictum fuit, non cenſeantur certæ partes factæ a principio in *d. l. dominus* 57. §. 1. tamen ſicut in agris limitatis terminorum deſignatio excludit jus alluvionis. *l. in agris* 16. *ff. de adquir. rer. dom.* cui ſimile eſt jus accreſcendi. *l. ſi Titia* 33. §. 1. *ff. de uſufr.* ita in relicto ad alimenta ea veluti taxatio impedit jus accreſcendi, *arg. l. Lucius* 78. §. *quæ habebat ff. ad S. C. Trebell.* Neque contrarium eſt, quod extat in *d. l.* 4. *verſ. ſed etſi deceſſerit.* ibi enim non taxative fructus ad alimenta, ſed plenioribus verbis prædia relicta fuerunt libartis, ut in dominio pleno haberent, ita ut ſi quid ſuperfluum in reditibus quam in alimentis eſſet, hoc etiam ad libertos pertineret, ut interpretatur Modeſtinus in *d. l.* 4. *verſ. videntur.* notat Fab. in *Rat. d. l. dominus* 57. §. 1. quapropter cum neque taxatio ad modum usque alimentorum, ut pote in legato pleni dominii, neque partes a principio factæ propter incertitudinem numeri libertorum intelligantur, conſequens eſt, jus accreſcendi admitti, & partes decedentium ante diem fideicommiſſi cæteris accreſcere, non autem decedentium poſt diem, quia eorum partes ut pote proprietatis ad heredes decedentium transmittuntur. *d. l.* 4. *in fine princ. l. ſi mihi & tibi* 12. *ff. de leg.* 1. *l. ſi in perſonam* 21. *C. de fideicommiſſis.*

§. X. Præterea quoad jua accreſcendi quod ceſſare diximus in legatis damnationis obſiſtit graviter propoſitis Paulus in *l. ſi is qui duos* 29. *ff. de liberat. leg.* ubi in legato liberationis per damnationem relicto duobus ſupponitur, locum eſſe juri accreſcendi in illis verbis, *delegari debebit is, qui nihil capit, ei cui hoc commodum lege competit, cujus petitione utrumque accidit, ut & hoc commodum ad eum perveniat, & is, qui capit, liberetur;* ſed omiſſis ad poſteriorem partem ejus textûs traditis poſt multos a Tiraquello *de retractu lignagier gloſſa* 1. §. 26. *num.* 33. *& ſeqq.* Caſtillo *lib.* 2. *controverſ. cap.* 23. *num.* 6. Briſſonio *lib.* 3. *de ſolutionib. pag. mihi* 267. Fabro *lib.* 11. *conject. cap.* 16. omiſſa etiam expoſitione Goveani & Belloni, quam ut pro re & difficultate tunc propoſita ſatis idoneam ſecuti fuimus ſupra *cap.* 1. §. 5. amplectimur potius, & veriorem agnoſcimus interpretationem in Academia receptam Balduini, Cujacii, Calderæ, & ex noſtratibus Pichardi, quos *d.* §. 5. laudavimus, affirmantium verba illa, *ei cui hoc commodum lege competit*, referenda eſſe ad fiſcum, cui commodum caduci defertur ex lege Julia & Papia, Paulumque juxta illas explicandum, ut & inſcriptio *d. l.* 29. ſuadet, ut proinde ſententia Pauli ſit, legata per damnationem liberatione duobus reis promittendi, quorum alter ut pote non cœlebs non orbus capax eſt ex lege Julia & Papia, & alter ex eiſdem legibus incapax, quia cœlebs, ſi ſocii non ſint, ne liberato ab herede per acceptilationem capace etiam incapax liberetur, ut *in fine d. l.* 29. *l.* 3. §. *nunc de effectu ff. de liberat. leg.* delegari debere ab herede incapacem fiſco, ad quem commodom caduci legati liberationis ex perſona cœlibis lege Julia & Papia defertur. *l. ſi id quod* 21. §. *ult.* ſic ſimiliter exponendo, *ff. de liberat. legata.* atque ita fiſco debitum petente ab incapace delegato eveniet, ut & fiſcus commodum illud ſibi competens ſentiat, & alter reus capax liberetur ea ipſa petitione, quia jure vetere ante Juſtinianum petitio ſola ſeu conventio unius ex reis promittendi alterum ipſo ſummoque jure liberabat. *l.* 2. *ff. de duobus reis. l. decem* 116. *ff. de V. O. l. ſi pupillus* 45. *ff. de admin. tut. l. ſi per imprudentiam* 51. §. *ult. ff. de evict. l. ult. C. de fidejuſſoribus.* ſecundum quæ apparet, in *d. l.* non probari, eſſe locum juri accreſcendi in legato damnationis, ſed potius ſignificari eam partem legatarii non capientis, quæ jure civili antiquo ante legem Papiam in hereditate remanere debuit, pertinere ad fiſcum poſt legem Papiam, ut Ulpianus docet *d. titulo* 24. §. *ſi per damnationem* 13.

§. XI. Enimvero hujus loci expoſitio & ſelectioris operæ & artis eſt, neque opportunius alibi tempeſtiviusve in hoc tractatu elucidanda inſpectio, an ſcilicet & quatenus jus accreſcendi inter heredes legatariosve re tantum aut re & verbis conjunctos legibus Julia & Papia ſublatum ſit. In qua quæſtione jam pridem monui in Commentariis Academicis, quos dictavi ad *leges Juliam & Papiam part.* 3. *cap.* 2. *num.* 11. *&* 12. inconſpecte vulgo non vulgares interpretes, & inter alios poſt Bart. in *l. ſi duobus* 16. *in princ. num.* 2. & ibi Caſtr. *num.* 3. *ff. de leg.* 1. Cujac. *lib.* 12. *obſerv. cap.* 11. Hotm. in *epitomatis ad titulum de uſufr. accreſc. num.* 16. noſtrum Valentiam *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 1. *cap.* 2. *num.* 11. *&* 12. *& lib.* 3. *tractatu* 1. *cap.* 6. *num.* 5. indefinite & indiſtincte affirmare, jus accreſcendi legibus Julia & Papia ſublatum fuiſſe; cum tamen certo certius ſit, manſiſſe poſt easdem leges illas uſu & legum cenſura indelibatum jus accreſcendi inter coheredes & collegatarios in illis omnibus caſibus, in quibus caducorum obſervationi locus non erat, ut vel ex eo apparet, quod veteres JCti ſæpe in libris ad leges Juliam & Papiam jus accreſcendi admittunt, ut in *l. qui ex duabus* 53. §. *ult. l. ſi ſolus* 80. *ff. de adquir. hered. l. mortuo* 49. §. *ult. l. ſi Titio* 61. *in princ. &* §. *ult. ff. de leg.* 2. *l.* 4. *ff. de bon. poſſeſſ. l. ſi ſervo* 31. §. 1. *ff. de ſtatulib.* & primaria præcepta juris accreſcendi & conjunctorum in eiſdem libris explicant, ut in *præſenti*, & in *l. triplici* 142. *ff. de V. S. l. ſi totam* 83. *ff. de adquir. hered.* Nec refragatur noſtræ aſſertioni, aut contrariæ perſuaſioni favet Ulpianus *d. titulo* 24. §. *ſi duobus* 12. *cum* §. *ſeq. & titulo* 1. §. *intermedias* 21. dum ſcribit, partem heredis vel legatarii non capientis aut non adeuntis, quæ jure antiquo, quod præceſſit legem Papiam Poppæam, coheredi aut collegatario accreſcebat, fieri caducam poſt eam legem, quemadmodum eodem ſenſu jus antiquum (id eſt juxta communem expoſitionem jus accreſcendi) ſuis anguſtiis & machinationibus lege Papia circumcluſum, & ſolis liberis parentibusque intactum conſervatum usque ad tertium gradum memorat Juſtinianus in *l. unic. in princ. verſ. & cum lex C. de caduc. toll.* Namque ut res ſine captione intelligatur, ſciendum quatuor dumtaxat caſus fuiſſe, quibus hereditas legatumve proprie *caducum* fieret. Primum in cœlibe, qui nihil, & in orbo, qui non niſi ſemiſſem ſibi relicti ab extraneo capere poterant, niſi intra centum dies cretionis legi paruiſſent. Secundum in latino Juniano, qui perinde ac cœlebs incapax legati hereditatisve, niſi intra centum dies cretionis civis Romanus fiat. Tertium in herede ex parte, aut legatario poſt mortem teſtatoris & ante apertas tabulas mortuo. Quartum denique in eodem ex parte herede, aut legatario ante aperturam tabularum facto peregrino, ut diſces ex Ulpiano *titulo* 17. & 22. §. *latinus* 3. *d. l. un.* §. *cum igitur*, *&* §. *& cum triplici*, *&* §. *in noviſſima.* quibus caſibus ſi adjicias duos alios, quibus relicta conſtituuntur in eadem cauſſa & conditione, in qua proprie caduca ſunt, & vocantur in *cauſſa caduci*, nempe mortuo naturaliter poſt teſtamentum & ante mortem teſtatoris eo, cui relicta ſunt, aut conditione, ſub qua relicta ſunt, deficiente intra idem tempus. *d. l. un.* §. *& cum triplici*, *&* §. *pro ſecundo.* habebis caſus omnes, nec plures ſunt, quibus lex Papia eique ſuccedentes juris conſtitutiones partem deficientem detulerunt fiſco ut caducam, & conſequenter ſuſtulerunt eis caſibus jus accreſcendi, ad quos caſus, & ſpecialiter primum illum caduci & incapacitatis in ce-

cœlibe inductæ lege Papia, referendus Ulpianus *d. titulo* 24. §. *ſi duobus* 12. *cum* §. *ſeq.* ubi & ideo ſignanter meminit non capientis, non autem repudiantis: & ad eosdem caſus reſpicit idem Ulpianus *d. titulo* 24. §. *inter* 21. Neque explicatu obſcurior Juſtinianus in *d. l. un. verſ. & cum lex.* ibi enim jus antiquum non pro jure accreſcendi, ſed pro jure capiendi aut retinendi pro non ſcripto id, quod deficit, eſſe accipiendum diximus ſupra *cap.* 1. §. 4.

§. XII. Sane extra ſex illos caſus caducorum, & in cauſſa caduci viguit obtinuitque jus accreſcendi, & poſt legem Papiam tempore JCtorum in omnibus aliis caſibus, qualis in primis & frequentiſſimus eſt repudiatio coheredis aut collegatarii capacis, quam repudiationem tametſi inter ſpecies caduci recenſeat Accurſ. in *d. l. un.* §. *& cum triplici*, *verbo deficiebat.* verius tamen eſt, partem repudiatam non deferri fiſco ut caducam, ſed coheredi vel collegatario accreſcere, ut ex libris ad *leges Jul. & Pap.* proponitur in *l.* 4. *ff. de bon. poſſ.* juncta *l.* 2. §. *ſi duo* 8. *ff. de bon. poſſ. ſecundum tabulas. l. ſi res aliena* 52. §. 1. *ad finem ff. ad S. C. Trebell. l. ſervus communis* 67. *ff. de adquir. hered.* Secundus caſus & quidem plures complectens fuit, quoties vel poſt apertas tabulas unus ex inſtitutis adiit, vel ſaltem, etiamſi nemo nondum adierit, tamen apertæ ſunt tabulæ teſtamenti; tunc enim quamvis heres legatariusve quisquam non cœlebs, orbus, latinus vel moriatur, vel peregrinus fiat, aut etiamſi poſt mortem teſtatoris conditio inſtitutionis vel legati qualitercumque deficiat, tamen portio conjunctis accreſcit, (idemque eſt, quoad jus accreſcendi inter legatarios, ſi vel heres ex aſſe ante apertas tabulas adiit, vel ſuus heres extitit, ſicut in utroque juris eſt. *l.* 3. *C. de jure delib.*) quia poſt apertas tabulas, & multo magis poſt confirmatum teſtamentum exiſtentia aut aditione unius inter heredes legatariosve non cœlibes, orbos, latinos non eſt locus caducis, ſed juri accreſcendi, ut docent ad *leges Jul. & Pap.* Conſulti in *d. l.* 4. *ff. de bon. poſſeſſ. l. qui ex duobus* 53. *in princ. ff. de adquir. hered. l. mortuo* 49. §. *ult. l. ſi Titio* 61. *ff. de leg.* 2. & in aliis libris in *l. quod ſi alterutro* 78. *ff. ad l. Falcid. l. hæc ſcriptura* 26. §. 1. *l.* in *teſtamento* 31. *verſ. ſed & Pamphilam ff. de condit. & dem. d. l. ſi res aliena* 52. §. *ult. ff. ad S. C. Trebell.* notat Merillius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 3. Tertius nec minus late patens caſus eſt in ſucceſſionibus ab inteſtato, in quibus nunquam locus ſuit caducis, quia ab inteſtato nec ſunt dies cretionis, qui dantur heredibus inſtitutis, ut Ulpianus definit *titulo* 22. §. *cretio* 27. neque apertura tabularum, quia ab inteſtato non ſucceditur, niſi deficientibus tabulis teſtamenti. *l.* 1. *ff. ſi tab. teſtam. nullæ extab. l. quamdiu* 39. *ff. de adquir. hered.* & proinde ceſſant extrema, a quibus & ad quæ incipiunt terminanturque omnes ſpecies caducorum, quæ vel poſt teſtamentum non deſtitutum in his, quæ in cauſſa caduci incipiunt, vel intra dies cretionis in cœlibe, orbo, & latino, vel denique ante aperturam tabularum in reliquis caducorum caſibus terminantur. Quocirca ab inteſtato caducis excluſis indiſtincte jus accreſcendi admittunt juris auctores ad *leges Juliam & Pap.* in *l. ſi Titio* 61. §. *ult. ff. de leg.* 2. *d. l.* 4. *ff. de bon. poſſeſſ.* & extra eum tractatum in *l.* 1. §. *ſi nemo* 9. *ff. ad S. C. Tertull. l. ſi quis ex his* 5. §. *ult. ff. ſi tab. teſtam. nullæ extab. l. un. C. quando non pet. partes.* §. *ult. inſt. de S. C. Orphit.* §. *& ſi intra* 5. *inſt. de bon. poſſeſſ.* Ulpianus *titulo* 26. §. *ſi plures.* Paulus *lib.* 4. *ſententiarum titulo* 8. §. *ult.*

§. XIII. Nec numeramus, moramurve notiores alios, vel ſpecialiores caſus juris accreſcendi, etiam poſt legem Papiam & juxta eam recepti, veluti cum coheres aut collegatarius fuit ex liberis, aut parentibus, aut genere proximis teſtatoris intra tertium gradum, quibus lex Papia jus antiquum ſervavit capiendi pro non ſcripta portionem accreſcentem, & alioquin caducam factam. *d. l. un. in pr. verſ. & cum lex C. de caduc. toll.* Ulp. *titulo* 17. *l. pater* 29. §. *ult. ff. de leg.* 2. vel quando jus liberorum habuit, atque ita jus vindicandi portionem deficientem in perſona conjuncti, ut ſignificat Cajus *lib.* 3. *ad leges Jul. & Pap.* in *l. ſi in teſtamento* 5. *ff. de vulgari.* junctis traditis ſupra *cap.* 1. §. 4. & 5. vel denique quod paradoxum & verum eſt, quoties coheres poſt teſtamentum vivo teſtatore mortuus; tunc enim pars hereditatis non in cauſſa caduci fuit, ſed coheredi accrevit etiam jure & tempore legis Papiæ, ut docuimus latius ad *l. Gallus* 29. *ff. de lib. & poſth. cap.* 3. §. 13. *& ſeqq.* & probatur in *l. cum ex filio* 39. §. *ult. l. quidam* 30. *in fine ff. de vulg. l. ult. ff. ſi pars hered. pet.* quamvis eodem caſu & tempore portio legati fieret in cauſſa caduci, neque accreſceret. *l. Lucius* 88. §. *quisquis* 3. *ff. de leg.* 2. ex qua non obſcure colligitur & intelligitur hæc diſtinctio inter partem hereditatis & legati, & in iſto, quamvis vindicationis & conjunctim relictum in illa ſpecie fuit, non admittitur ibi jus accreſcendi, quia portio collegatarii vivo teſtatore mortui ut in cauſſa caduci ad fiſcum pertinuit. Ergo ne pluribus agamus, ſatis ſit monuiſſe, extra ſex illos caſus caducorum ſignatos ſupra §. 11. generaliter in aliis omnibus jus accreſcendi etiam poſt legem Papiam permanſiſſe. Plane juxta tertium caſum ſupra traditum de jure accreſcendi in ſuccedentibus ab inteſtato explicandus eſt Marcianus in *l. ſi ex pluribus* 9. *ff. de ſuis & leg. hered.* cujus ſententiam & differentiam ibi propoſitam ad legem Papiam ſublatum ex ea indiſtincte jus accreſcendi in inſtitutis referunt Cujacius, & noſter Valentia laudati ſupra §. 11. ſed cum id, quod de ſublato lege Papia jure accreſcendi indiſtincte ſupponitur, verum indiſtincte non ſit, ut jam demonſtravimus, placuit potius jam olim dici debere, differentiam propoſitam in *d. l. ſi ex pluribus* 9. inter heredes legitimos & inſtitutos, quoad transmiſſionem juris accreſcendi in eo verſari, ut quamvis inter legitimos ſemper juri accreſcendi locus ſit, idque ad heredem ejus, qui adiit, transmittatur, ſive morte, ſive quacumque alia ratione in perſona coheredis portio deficiat, quia nullus ab inteſtato locus caducis eſt, ut *ſuperiore* §. 6. oſtendimus, non tamen idem ſit inter inſtitutos, quorum ſi unus coheredi ſit ſubſtitutus, defertur quidem ei vivo ſemper coheredis portio tunc qualitercumque deficiens ex ſubſtitutione, per quam caduca omnino excluduntur. *d. l. un. in pr. verſ. ſed & ipſis.* non etiam ſive non ſemper ſi deceſſerit coheres, antequam in coherede portio deficiat, heredem decedentis ſequitur, neque ex ſubſtitutione, quæ non transmittitur, neque ex jure accreſcendi ſemper, quoniam fieri poteſt, ut in coherede deficiat portio, quia cœlebs orbusve, aut latinus permanſerit intra centum dies cretionis, quibus caſibus etiam poſt apertas tabulas & aditionem unius locus eſt caducis inter inſtitutos, & accreſcendi jus ceſſabit, ut ex Ulpiano conſtat *d. titulo* 17. quod ſi cui nova hæc interpretandi ratio minus placebit, ſequatur per me licet communem interpretationem *d. l. ſi ex pluribus* 9. quam poſt Bart. & Accurſianos probant Duar. *lib.* 2. *de jure accreſc. cap.* 6. Merillius *lib.* 5. *obſerv. cap.* 4. Faber *lib.* 15. *conject. cap.* 20.

§. XIV. Illud, antequam hinc digrediamur, ne quid diſſimulemus, potiusque dubitandi & diſſerendi, quam aſſerendi animo obſervamus, tentari poſſe, quamvis in re & verbis conjunctis fuerit ex legibus Julia & Papia varie jus accreſcendi receptum & excluſum, ut in caſibus ſupra traditis, tamen in re tantum conjunctis ſemper & indiſtincte etiam poſt leges illas partem qualitercumque deficientem, & quæ caduca futura erat, accreviſſe re conjuncto, eumque fiſco & caducis prælatum. Cui opinioni ſuſpicionem fecit in primis Ulpianus *d. titulo*

tulo

tulo 24. §. *ſi duobus* 12. *cum* §. *ſeq.* ubi ſemel atque iterum diſtinguens re & verbis conjunctos a conjunctis re tantum, quos disjunctos vocat, tamen ſignanter, nec ſine myſterio excluſionem juris accreſcendi, & delationem caduci ex lege Papia proponit tantum inter conjunctos re & verbis, neque eam exprimit inter disjunctos ſeu re conjunctos, quibus potius abſolute & ſimpliciter in legato vindicationis & damnationis ſingulis ſolidum deberi ſcribit ſine ulla mentione caduci, & legis Papiæ, quam ſane incaute omitteret, ſi ea lex etiam inter disjunctos aliquid innovaſſet. Deinde hanc ſuſpicionem fovet veluti, & firmat juris ratio, qua attenta apparet, re conjunctis ab initio teſtamenti ex voluntate & verbis teſtantis ſolidum ſingulis prima facie deferri. *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero non omnes C. de cadu. toll.* cui conſequens eſt, ut quoniam re conjunctus ab initio ad ſolidum eo caſu, quo alter non concurrat, ſive, quod idem eſt, ad partem deficientem conjuncti vocatus eſt ex aperta voluntate defuncti, excludat in ea parte fiſcum & jus caduci, *arg. d. l. unic. in princ. verſ. ſed & ipſis.* juncta *l. ut heredibus* 50. *ff. de leg.* 2. *l. ſi in teſtamento* 5. *de vulg.* & quod eandem vim habet, ut quando re conjunctus capere non poteſt, non tam vacuari pars, quæ deficit in re conjuncto, & ab eo ut caduca fiſco deferri, quam apud alterum remanere ſolidum non deminutum intelligatur per jus non decreſcendi, ut ſcriptum in *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero nemo.* ibi: *ſin vero nemo alius veniat, vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars, quæ deficit.*

§. XV. Denique hanc conjecturam in aſſertionem fere transfert, & fulſit Javolenus in *l. Mævio* 41. *de leg.* 2. ſi dextre expendatur, ſupponaturque ibi juris cenſura & effectu Mævium & Sejum non eſſe verbis conjunctos, ſicut nec cum eis Titium, ſed omnes inter ſe conjunctos re tantum, ut expoſuimus ſupra *cap.* 3. §. 17. & 18. quo ſuppoſito Javolenus docet, ſi Sejus deceſſerit, partem ejus utrique accreſcere, ſcilicet Titio & Mævio, & quamvis non exprimat, quo tempore Sejum deceſſiſſe proponat, tamen ut verum ſit, quod de parte ejus collegatariis accreſcente reſpondet, neceſſe eſt proponi Sejum deceſſiſſe ante diem legati cedentem, & conſequenter ſaltem ante apertas tabulas, a quo tempore legata pura ex lege Papia cedunt. *l. un.* §. *cum igitur* 1. *C. de cad. toll.* Ulp. *titulo* 24. §. *legatorum* 31. quia ſi poſt diem legati cedentem Sejus deceſſiſſet, transmitteret partem ſuam legati, ut pote puri ad heredem ſuum, neque ejus morte accreſceret collegatariis. *l.* 4. *in fine princ. de alim. & cib. leg. l. ſi mihi & tibi* 12. *de leg.* 1. *l. ſi Titio* 55. *de leg.* 2. Ergo mortuo Sejo ante diem legati cedentem, & proinde vel poſt teſtamentum ante mortem teſtatoris, quo tempore in cauſſa caduci, vel poſt teſtatoris mortem ante apertas tabulas, quo tempore caduca proprie portio legatarii morientis fieri ſolet, ut notavimus ſupra §. 11. tamen Javolenus ſentit, accreſcere eam portionem Titio & Mævio; atque ita probat, eos ut pote re conjunctos cum Sejo habere etiam poſt legem Papiam jus accreſcendi eo caſu, quo caduca portio fieri ſolet: conducit & ſimiliter expendi poteſt textus in *l. ſi ſeparatim* 30. *de cond. & dem.*

§. XVI. Neque ignoramus, conjectationi huic noſtræ ſerio & ſubtiliter opponi poſſe, quod dicitur, re & verbis conjunctum cum deficiente præferri in jure accreſcendi re conjuncto, ut in *verſ. præfertur l. noſtræ.* & fiſcum in portione caduca potiorem ex lege Papia eſſe jure accreſcendi & re & verbis conjuncto, ut oſtendimus §. 11. Unde effici videtur, eſſe etiam fiſcum & jus caduci ex lege Papia præferendum re conjuncto ex regula, ut qui vincit vincentem te, a fortiori vincat te. *l. de acceſſionibus* 14. §. *ſi mihi* 3. *verſ. nam qui me de diverſis & temporalibus præſcript. l.* 2. §. *ſi ſit agnatus* 17. *ad S. C. Tertyll. l. æquiſſimum* 5. §. *ult. eod. tit. cap. auctoritate* 7. *de conceſſ. præbendæ lib.* 6. ſed & cenſemus reſponderi poſſe, in legatis eam regulam retorqueri potius debere contra fiſcum, ut, quia re conjunctus fiſcum excludit, excludant etiam fiſcum re & verbis conjuncti eo caſu, quo cum re conjuncto concurrant ad portionem caducam, ut in ſimili ſpecie textus in *l.* 8. §. *ſed ſi cum ſeq. de bon. damnat.* deinde & alias interim non difficulter rei propoſitæ abdicandas ejusdem regulæ limitationes ut omittamus, quas docent & defendunt præter congeſtos a Cujac. *lib.* 3. *quæſtionum Pauli*, in *l. Claudius* 16. *ff. qui pot. in pign.* Joannes Ant. Mangilius *de imputationibus quæſtione* 86. *num.* 13. Franc. Onez *obſerv. juris lib.* 1. *cap.* 38. reſpondemus, eam regulam ceſſare, quoties eſt diverſa ratio, & jus vincentis reſpectu ejus, quem vincit, quam reſpectu alterius, quem ex perſona victi vult excludere, ut in propoſito, quia quamvis re & verbis conjunctus ex vi duplicis conjunctionis præferatur re conjuncto, ut minus conjuncto, & quaſi in unum corpus redactus, cum deficientem portionem ex perſona illius vindicat, & cum onere illi impoſito. *d. l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie, &* §. *ubi autem* 11. *C. de caduc. toll.* non tamen poteſt præferri fiſco, qui non aliquo jure conjunctionis nititur, utpote omnino disjunctus, ſed jure caduci, cujus ex vi portio deficientis a perſona ejus, in qua ſeparatim conſideratur, in fiſcum cadit, & jure ipſo transfertur, fiſcusque in ejus perſonæ locum ſuccedit, ut ex Ulpiano diſces *d. titulo* 17. *in princ. &* §. *ult. & titulo* 19. §. *lege* 17. E converſo autem fiſcus eo jure, quo re & verbis conjunctum vincit, non poteſt vincere re conjunctum, quia iſte non ex perſona deficientis, & ut partem illius ſibi accreſcentem ut re & verbis conjunctus vindicat, ſed ut partem ſolidi ſibi relicti apud ſe proprio jure remanere debere intendit per jus non decreſcendi. *d. l. un.* §. *ubi autem verſ. ſin vero non omnes.*

§. XVII. Sed ſit, ut diximus, tentaſſe hæc ſatis exercitationi diſcentium doctiorumque movendæ & promovendæ cenſuræ: jam vero ex nuper traditis de diverſitate rationis & modi accreſcendi inter re conjunctos & re & verbis, ſuccedit veluti gradatim, & expeditum intellectum habet quæſtio propria *hujus cap.* quamque in ejus fronte proſcripſimus, an ſcilicet inter re & verbis conjunctos proprie locum habeat jus accreſcendi, eoque jure deferatur uni ex eis portio alterius deficiens, an potius per jus non decreſcendi, in qua quæſtione quamvis Acc. in *l. ſi dominus* 17. §. 1. *verbo accreviſſe*, & in *l. quia retro* 35. *ad l. Aquil.* Bartol. in *præſenti num.* 24. & 55. & communiter antiquiores teſte Barone *num.* 2. & 106. in *præſenti.* affirment, inter re & verbis conjunctos eſſe proprie jus non decreſcendi ex eo, quia ab initio ad ſolidum vocati ſunt, ut partes concurſu facerent. *l. conjunctim* 80. *de leg.* 3. atque cum poſtea unus non concurrit, non tam accreſcere alteri videtur, quam ſolidum relictum non decreſcere; ut in *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero nemo.* ideoque & partem deficientem dicuntur capere ut ſuam. *d. l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie:* tamen verius omnino eſt, quod inſinuavimus ſupra *cap.* 1. §. 30. inter re & verbis conjunctos proprie & ſtricte eſſe jus accreſcendi, non autem non decreſcendi, tum quia vocantur ad ſolidum non ut ſinguli, & ex verbis aut aperta voluntate defuncti, ſed ex tacita & præſumpta ex interpretatione juris, & ut univerſi & conſtituentes unum corpus, ut expoſuimus ſupra §. 3. & proinde non tam vere quam ficte & improprie, ut indicat vox illa *quaſi*, improprietatis & fictionis nota, in *d.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie.* ibi: *quaſi in unum corpus redacti ſunt, & partem conjunctorum ſibi heredum quaſi ſuam præoccupant*, & conſequenter cum re & verbis conjuncti non vocentur ad ſolidum ex ſermone teſtatoris prima facie, ſive pa-

lam aperteque, ceſſat in illis ratio illa juris non decreſcendi, de qua in *d.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero nemo.* tum etiam quia Juſtinianus primus nuncupator & conditor diſtinctionis juris accreſcendi & non decreſcendi in *d.* §. *ubi autem* 11. dilucide & diſtincte ſemper tribuit jus non decreſcendi disjunctis, ut in *verſ. ſin autem disjunctim cum ſeqq.* (quamvis aliqua conſideratione & reſpectu detur etiam in re conjunctis jus accreſcendi, ut monuimus *cap.* 1. §. 32. & *cap.* 2. §. 1.) & jus accreſcendi tribuit conjunctis, ut in *princ. d.* §. *ubi autem* 11. & disjunctos vocat, quos re tantum conjunctos dicimus, ſicut conjunctos vocat eos, qui re & verbis conjuncti ſunt, ut in §. *ſi eadem res* 9. *inſt. hoc tit.* tum denique, quia niſi inter re & verbis conjunctos verſaretur proprium jus accreſcendi, cum hoc omnino ceſſet inter verbis tantum conjunctos juxta ſententiam, quam probavimus ſupra *cap.* 3. §. 6. idque ceſſet etiam inter re tantum conjunctos, quibus potius jus non decreſcendi quam proprium accreſcendi tribuitur, ut jam diximus, nulla eſſet in legatis proprietatis ſpecies conjunctorum, inter quos locus eſſet proprio juri accreſcendi, quod ſane abſurdum foret, & contra ſententiam *d.* §. *ubi autem* 11. Quibus argumentis, ut alia ex differentiis mox explicandis inferenda tantiſper taceam, ſequuntur hanc ſententiam poſt Imolam in *l. ſtipulatio* 38. §. *eum qui verſ. ſed poteſt dicere ff. de V. O.* Politus in *præſenti num.* 75. & 86. Alciatus *num.* 36. 51. & 59. Cujacius in *d. l. un.* §. *his ita* 10. & §. *ubi autem* 11. Duar. *lib.* 2. *de jure accreſc. cap.* 11. Bellonus *eodem tractatu cap.* 5. *quæſtione* 39. *num.* 7. & *ſeqq.*

§. XVIII. Neque in ſplendorem ſolum ſpeciemque acuminis eſt ſuperior diſquiſitio, & diſtinctio inter jus accreſcendi proprie in conjunctis re & verbis receptum, & jus non decreſcendi in re conjunctis, immo multi magnique uſus effectusque in hoc tractatu; pendent enim ex ea diſtinctione, & eamdem mutuo confirmant nobiles aliæ inter utrumque jus & conjunctorum genus differentiæ, quales præter illam tentatam ſupra §. 14. 15. & 16. notiores & certiores ſunt, quæ ſequuntur. Prima eſt, in legatis portionem legatarii deficientis accreſcere collegatariis re & verbis conjunctis, non invitis ſed volentibus, qui ſi noluerint ſeu repudiaverint, manebit ea pars apud heredes, a quibus relicta eſt. *d. l. unic.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero pars.* nempe quoniam re & verbis conjunctus portionem deficientem capit proprie per jus accreſcendi, & ex perſona & jure illius, cui relicta erat. *d. verſ. ſin vero pars.* juncto *verſ. ſin autem ad deficientis.* & cum in jus illius ſuccedat, utitur etiam jure repudiandi eam partem, quam ille repudiare potuit, *arg. l. ſi Titio* 55. *ff. de leg.* 2. e contrario re conjunctis, qui ſemel legatum agnoverunt, non licet portionem conjuncti deficientem repudiare ſeu recuſare, quin potius ad eos etiam invitos pertinet per jus non decreſcendi. *d.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin vero non omnes.* quia cum ea portio eis obveniat, adquiraturque non ex perſona & jure conjuncti, ſive tanquam illi relicta, ſed jure proprio tanquam pars ſolidi, quod ſingulis a teſtatore ſua & ſeparata formula relictum eſt, ſuccedit juris regula ratioque, quæ prohibet, unum idemque legatum ſive unicam voluntatem defuncti unica formula expreſſam dividere, & partem ejus velle partem nolle. *l. neminem* 4. *cum l.* 5. & 6. *ff. de leg.* 2. *l. legatarius* 38. *ff. de leg.* 1. *l. nam abſurdum* 7. *ff. de bon. libert.* agnoſcunt differentiam propoſitam explicantque Duar. *lib.* 2. *de jure accr. cap.* 1. *in fine.* Cujac. in *d. l. unic.* §. *his ita* 10. & in *l. ſi duobus* 16. *in fine ff. de leg.* 1. Don. *lib.* 8. *comm. cap.* 21. ubi Hillig. *lit.* C. Plane in hereditatibus, ſive re aut verbis tantum conjuncti, ſive re & verbis, ſive omnino disjuncti heredes fuerint, deficientes partes ſemper & indiſtincte ei, qui ſemel ſuam agnovit, etiam invito accreſcunt, quoties, ſi non accreſcerent, ſequeretur concurſus teſtati & inteſtati, ſive diviſio repræſentationis defuncti, quia cum his caſibus jus accreſcendi non ex vi conjunctionis inducatur, ſed ex neceſſitate juris, ut probavimus ſupra *cap.* 1. §. 17. & *ſeqq.* permitti non debet ei, qui partem ſuam agnovit, cæteras repudiare & reſpuere, & ejusdem hereditatis ſucceſſionem & repræſentationem dividere. *d. l. unic.* §. *his ita definitis* 10. *verſ. in his itaque. l. ſi quis heres* 35. *l. ſi duo* 38. *l. cum heres* 52. §. *ult. l. qui ex duabus* 53. §. *ult. l. eum hereditate* 55. *cum l. ſequenti. l. ſi minor* 61. *ff. de adquir. hered. l. heredes* 63. *ff. de hered. inſt.* cum ſimilibus late expoſitis poſt alios ex noſtratibus a Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 1. *de adquir. hered. cap.* 4. *num.* 10. & *ſeqq.*

§. XIX. Secunda differentia eſt, legatariis re & verbis conjunctis portionem deficientem deferri per jus accreſcendi cum onere, impoſito a teſtatore perſonæ deficienti, quod onus ſeu gravamen ſubire debet ille cui accreſcit, niſi portionem deficientem, ut poteſt, repudiet. *d.* §. *ubi autem* 11. in *princ. verſ. ſi vero pars. l. ſi quis legata* 54. §. *ult. ff. de cond. & dem.* nempe quia ex perſona deficientis capit, atque ita jure illius uti debet. *l. quod ſi alterutro* 78. *ff. ad l. Falcid. l. qui in jus* 137. *ff. de R. J.* Ex diverſo autem re conjuncti portionem deficientem retinent per jus non decreſcendi ſine onere nominatim impoſito deficienti. *d.* §. *ubi autem* 11. *verſ. ſin autem ad deficientis. l. ſi ſeparatim* 30. *ff. de condit. & dem.* quia cum non ex perſona conjuncti, ſed ſuo jure & tanquam ſuum legatum non deminutum vindicent, æquum quidem eſt, eos ſuum onus ipſorum perſonis injunctum ſentire, non item impoſitum deficienti, quoniam & ideo teſtator disjunctim reliquiſſe, & gravamen ſeparatim ſingulis impoſuiſſe præſumitur, ut unusquisque ſuum onus, non autem alienum agnoſcat, ut ſcribit Juſtinianus in *d. verſ. ſin autem ad deficientis.* quem quia non capit male accipit Fachin. *lib.* 4. *controverſ. cap.* 94. & temere atque immerito ſub Triboniani nomine accuſat in hac re Jurisprudentiæ male tractatæ Ant. Fab. *de error. Pragm. dec.* 50. *err.* 3. *num.* 4. & *ſeqq.* cum tamen ea ipſa differentia ſit veteris Jurisprudentiæ, ut ex *d. l. ſi quis legata* 54. §. *ult. d. l. ſeparatim* 30. docent & deducunt poſt alios Jaſon in *præſenti num.* 5. Duar. *de jure accr. lib.* 2. *cap.* 2. Don. *lib.* 8. *comm. cap.* 21. Gomez. *tom.* 1. *variar. cap.* 10. *num.* 43. Cujac. in *d. l. unic.* §. *his ita* 10. *in fine.* Interdum tamen etiam re & verbis conjunctis accreſcit pars ſine onere nominatim impoſito deficienti, veluti in primis, quando deficit portio ut habita pro non ſcripta, ut ex vetere novoque jure proponitur in *d. l. unic.* §. *in primo,* & §. *ne autem* 9. *in fine.* juncto textu inde explando in *l. pater* 29. §. *ult. ff. de leg.* 2. de quo ſupra *cap.* 1. §. 4. exceptis tamen duobus caſibus, in quibus etiam pro non ſcriptis habita accreſcunt cum onere, quorum alter caſus extat in *l. ult. ff. de his quæ pro non ſcr. habentur. l. filius* 14. §. *ult. in fine ff. de l. Cornel. de falſis.* juncto Paulo *lib.* 3. *ſententiarum tit.* 6. §. *ſi quis ſibi.* Aliter extat in *l. cum vero* 26. §. *ſi pro non ſcripto ff. de fideicomm. lib.* Diverſum autem eſt, ſi conjunctim pariterque onus impoſitum fuit conjunctis, quamvis nominatim ſive ſub propriis nominibus; tunc enim apud alterum, cui portio accreſcit, manet cum omni onere, ut in *l. civitatibus* 122. §. *Lucius. l. ſi duobus* 16. §. 1. *ff. de leg.* 1. etiamſi portio accreſcens ſit pro non ſcripta, ut in *l. quidam* 14. §. *quod ſi duo in fine ff. de jure codicill.* quibus proprie explicandis jungendus Cujac. in *d. l. unic.* §. *in primo,* & in *d. l. ſi duobus* 16. §. 1. noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 1. *cap.* 3. *num.* 9. & *cap.* 4. *num.* 2. & *ſeqq.* &

ante

ante eos Imola in *l. quæ conditio num. 6. de cond. & dem.* Jaſon in *l. ſicut Imperator num. 36. de leg.* 1. Rurſus & ſine onere accreſcit re & verbis conjuncto, quoties perſonale adeo fuit onus deficienti impoſitum, ut perſonam ejus reſpexiſſe, neque impleri per alium voluiſſe defunctus præſumatur, ut ratione & exemplis oſtendit Juſtinianus in *d. l. unic. §. [illegible] 9. verſ. ſin vero talis.* juncta *l. penult. ff. de cond. & dem.* denique in hereditatibus regulariter ſive re aut verbis tantum, ſive re & verbis conjuncti, ſive omnino disjuncti heredes ſint, id quod fuerit *quoquo modo evacuatum*, ut Juſtinianus loquitur in *d. l. unic. §. his ita 10. verſ. in his itaque.* id eſt, portio qualiſcumque, cum a principio conſtitiſſet, poſtea vacua & inanis facta & deficiens (non autem quæ a principio vacua & pro non ſcripta, de qua ſupra) accreſcit cum onere. *d. §. his ita 10. per tot.* quia onus heredi uni impoſitum ipſi portioni hereditariæ injunctum videtur, ideoque & cum ea tranſit in eum, cui accreſcit, maxime poſt reſcriptum Severi & Antonini, de quo in *l. licet 74. ff. de leg. 1. l. ſi Titio 61. §. ult. ff. de leg. 2. l. non juſtam 4. C. ad S. C. Trebell.*

§. XX. Tertia differentia ſit, inter legatarios re & verbis conjunctos ei, qui jure ſingulari & contra voluntatem teſtatoris ad partem ſuam admittitur, non accedere per jus accreſcendi partem conjuncti, niſi ad inducendum jus accreſcendi ſubſit eadem ratio, quæ induxit jus ſingulare. *l. 3. §. ſed etſi [illegible] ff. de legatis præſt.* & probat Papinianus in [illegible] nobilis in *l. mulieri & Titio 74. ff. de cond. & dem.* ex qua ita notant Alciatus *lib. 6. paradox. cap. 8. num. 2.* E contrario re tantum conjuncti regulariter indiſtincteque retinent per jus non decreſcendi partes deficientes, etiamſi jure ſingulari ad relictum admiſſi ſint, ut evincit ſententia & ratio textus in *l. filium 5. §. ſi legata, & §. ult. ff. de leg. præſt. l. ſi extraneo 46. ff. de uſufr.* quas expoſuimus ſupra *cap. 1. §. 25. & ſeqq.* eamque differentiam inter jus accreſcendi & non decreſcendi agnoſcunt Acc. in *d. l. 3. §. ſed etſi conjunctim, verbo partio*, & in *d. l. 5. §. ult. verbo profuturum.* Bart. *ibi*, & in *præſenti num. 47.* Jaſon *num. 7. & 152.* Alciatus *num. 1. & 51.* Duar. *lib. 2. de jure accreſc. cap. 20. in fine.* & poſt alios Bellonus *cap. 7. ejuſdem tractatus quæſt. 61. num. 214. cum ſeqq.* ſed quoniam ejus differentiæ prior pars lucem dat debetque Papiniano in *d. l. mulieri & Titio 74.* & lectus potius paſſim in hoc tractatu, quam intellectus vulgo locus ille eſt, ut proprie paucisque intelligatur, ſigillatim enucleanda ſunt, quæ ſubjungimus. Primum eſt, Papiniani ſpeciem eſſe de uſufructu legato mulieri & Titio conjuncta oratione & adjecta conditione, ſi mulier non nupſerit: nempe ita: *Mulieri & Titio, ſi mulier non nupſerit, uſumfructum lego*, juxta quam formulam mulier & Titius re & verbis conjuncti ſunt, & conditio, ſi mulier non nupſerit, cum poſt nominationem utriusque tam mulieris quam Titii adjiciatur, non mulieri ſoli adſcribitur, ſed etiam Titio, ut oſtendunt in *d. l. mulieri 74.* verba illa: *Titius qui conditione defectus eſt*, & agnoſcunt ibi poſt Acc. *verbo ſi non nupſerit* Bartolus *num. 1.* Cujacius *lib. 32. quæſt. Pap. ibidem.* Aliter atque ſi uni legatario ſoli, & ante nominationem alterius conditio adſcriberetur, ut in *l. ult. §. Sejo ff. de leg. 2.* de qua ſupra §. 5. & in *l. Julius Paulus 81. ff. de condit. & dem.* de cujus conciliatione cum *l. ſi ſervo 31. §. 1. verſ. aliam ff. de ſtatulib.* videndus poſt Claſſicos Cujacius *lib. 21. quæſt. Pauli*, in *d. l. Julius 81.* Menoch. *de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 180. num. 39. & 45.* Mantica *de conjecturis lib. 10. tit. 6. num. 35.*

§. XXI. Secundum, jam ſuppoſita ſpecie *d. l. mulieri 74.* ei explicandæ ſtatuendum eſt, quemadmodum extra controverſiam eſt mulierem, etiamſi nubat, ad ſuam partem legatam admitti, quia beneficio legis Juliæ conditio, *ſi non nupſerit*, remittitur mulieri. *l. ſed ſi hoc 61. §. ult. cum ll. ſeqq. l. heres 79. §. ult. ff. de condit. & dem.* ita etiam poſt alios Alciatum *lib. 6. paradoxorum cap. 8. num. 1.* Duarenum *lib. 2. de jure accreſc. cap. 20.* Cujacium *lib. 32. quæſt. Pap.* in *d. l. mulieri 74.* affirmare, Titium ad partem ſuam admitti, argumento præcipuo ex verbis illis: *quamdiu Titius vivit, & in eodem ſtatu eſt, partem uſusfructus habebit. d. l. 74.* ſed e contrario omnino certum eſt, muliere nubente, Titium ad partem ſuam non admitti, quia conditio, *ſi mulier non nupſerit*, cum ad utrumque tam mulierem quam Titium pertineat, quamvis mulieri remittatur, non remittitur Titio ex lege Julia, atque ita muliere nubente deficit conditio reſpectu Titii. *l. avia 77. §. Titio ff. de condit. & dem. l. 1. C. de indicta viduit.* & expreſſum eſt in *d. l. mulieri 74.* ibi. *Titius qui conditione defectus eſt.* docentque poſt Socinum ſeniorem in *d. l. mulieri 74. num. 2.* Emanuel Coſta in *repetitione §. ſi arbitratu limit. 4. num. 6.* Bellonus *d. cap. 7. quæſt. 61. num. 63.* Faber *de error. Pragm. dec. 50. err. 10. num. 5.* Caſtillo *de uſufr. cap. 48. num. 5.* Bened. Pin. *lib. 2. ſelect. cap. 20. num. 12.* Tertium & quidem expeditum eſt, mulierem nubentem, quamdiu Titius vivit, & in eodem ſtatu eſt, non habituram niſi ſuam partem, neque illi interim partem Titii accreſcere, ſed in hereditate remanere, idque exprimunt in primis verba propoſita *verſ. quamdiu d. l. 74.* non ad Titium, ut inconſpecte Alciatus, Duar. & Cujacius; ſed referenda omnino ad mulierem, ut ſenſus ſit, quamdiu Titius vivit, & in eodem ſtatu eſt, mulierem, quæ nupſit, non habere niſi ſuam partem, quamvis Titio mortuo, aut capite minuto totum ſit habitura, de quo poſtea: eandemque ſententiam ſuadet ratio ſubjecta a Papiniano in *verſ. quia tantum* apta & appoſita mulieri non Titio. Quippe Papiniani ratio & mens eſt, mulierem, cui conditio non nubendi beneficio legis Juliæ remittitur, non debere, ſi nubat, conſequi plus vel minus ex legato, quam haberet, ſi conditioni paruiſſet, & non nupſiſſet, quia cum lex Julia ſoli impedimento nuptiarum removendo proſpexerit, æquum quidem eſt, tribui mulieri non minus ex legato, quam haberet, ſi non nupſiſſet, ne alioquin ſi minus tribuatur, deterreatur a nuptiis metu ejus damni. *l. hoc modo 64. §. ult. l. heres 79. §. ult. ff. de condit. & dem.* ſed abſurdum eſſet plus tribui, quam haberet, ſi non nupſiſſet; ſic enim ultra quam neceſſitas removendi impedimenti nuptiarum poſtulabat, indulgeretur lucrum mulieri ſpernenti conditionem & voluntatem defuncti, quod abſurdum, *arg. l. cum tale 72. §. Mævia 5. ff. de condit. & dem.* ex qua ratione ſequitur, ut quia mulier, ſi conditioni paruiſſet & non nupſiſſet, haberet ſuam partem non autem Titii, quoniam tunc Titius utpote conditione non defectus ad ſuam partem admitteretur, ita & habeat mulier, ſi nubat, ſuam partem non autem Titii; ſed non itidem ex ratione Papiniani ſequitur, Titium muliere nubente habiturum ſuam partem, quia cum Titio conditio non remittatur, ſed deficiat, remanet interim in hereditate, quomodo recte cenſent, & Papinianum explicant Caſtr. in *d. l. mulieri 74. num. 2.* Jaſon in *præſenti num. 183.* & præ cæteris Emanuel Coſta Fab. & Bellonus *ubi ſupra.* quamvis paulo aliter poſt Pich. alioſque ex Academicis Caſtillo *d. cap. 48. num. 10.* & juxta Papiniani rationem jam expoſitam verum eſt id, quod ex *d. l. 44.* Accurſiani & Pragmatici communiter deducunt, non habere jus accreſcendi eum, qui ad ſuam partem admittitur contra voluntatem defuncti jure ſingulari, nimirum quando juris ejus ſingularis ratio non militat, ut admittatur ad partem deficientem, ut in ſpecie & ratione *d. l. 74.* notat Alciatus *lib. 6. paradoxor. cap. 8. num. 2.*

§. XXII. Quartum nuper traditis proximum jamque inſinuatum, anxieque & acriter controverſum, an ſcilicet in *d. l. 74.* Titio mortuo aut capite minuto pars uſusfructus ei relicta accreſcat

tunc mulieri, quæ nupſit. In qua quamvis Accurſ. in *d. l. 74. verbo ſtatum.* & communiter Claſſici apud Jaſonem in *præſenti num.* 183. Bolognetum *num.* 308. Alciatus, Duar. Cujac. ſupra laudati contendant, neque tunc accreſcere, quia neque in caſum repudiationis, ut in *fine d. l. 74.* cujus ſcilicet repudiationis & mortis conjuncti, quoad jus accreſcendi par ratio eſſe ſolet, ut in *l. veluti 4. ff. de bon. poſſeſſ.* tamen verius utique eſt, quod affirmant Raphaël Cumanus, Caſtrenſis, & Socinus in *d. l. mulieri 74.* Coſta, Bellonus, & Fab. *ubi proxime.* & Salmanticenſium primus Peralta in *l. & Proculo 20. num. 47. ff. de leg. 2.* nempe mortuo Titio vel capite minuto partem ejus, quæ in hereditate interim fuit, perventuram jure accreſcendi ad mulierem, idque oſtendunt & evincunt verba *d. l. 74. verſ. quamdiu.* dum mulieri ſolam partem ſuam tribuunt, quamdiu Titius vivit, & in eodem ſtatu eſt, atque ita indicant, eo mortuo aut capite minuto, mulierem totum habituram, non [illegible] argumento a contrario ſenſu, quod fortiſſimum, ut in *l. 1. verſ. hujus ff. de off. ejus.* ſed etiam ex vi vocis *quamdiu*, quæ temporalem [illegible]cluſionem mulieris a portione Titii in caſu ibi expreſſo ſignificat, & admiſſionem ad eam portionem in contrario caſu & tempore, ſicut in *l. 1. §. ult ff. de aſſig. lib.* & quod ſtringit magis, quia inepte inſciteque fieret ſpecialis mentio mortis & capitis diminutionis Titii, & ad caſum ejus viventis, & in eodem ſtatu manentis, neque ultra referretur per vocem *quamdiu* propoſitio de muliere habente ſuam partem, ſi etiam poſt caſum mortis vel capitis diminutionis Titii mulier eam ipſam partem ſolam, neque amplius eſſet habitura. Denique hoc ipſum firmat Papiniani ratio in *verſ. quia tantum* jam expoſita, quoniam ſi mulieri nubenti beneficio legis tantum tribuendum eſt, quantum haberet, ſi conditioni paruiſſet, & non nupſiſſet, conſequens eſt, tribui ei debere partem Titii mortui vel capite minuti, quia ſi non nupſiſſet, quamvis Titius, quamdiu viveret & in eodem ſtatu eſſet, partem ſuam uſusfructus haberet, atque ita mulier non haberet eo tempore niſi ſuam partem, ut ſupra diximus, tamen Titio mortuo vel capite minuto pars ejus mulieri accreſceret, ut pote conjunctæ & in uſufructu, in quo etiam poſt adquiſitionem partium ſingulis conjunctis, ſi unus ex his deficiat, juri accreſcendi locus eſt. *l. 1. §. interdum in fine ff. de uſufr. accreſc.* ſecundum quæ apparet, ideo mortuo Titio aut capite minuto dari jus accreſcendi mulieri admiſſæ ad ſuam partem jure ſingulari, quia ratio tradita in *verſ. quia tantum d. l. 74.* ob quam eo jure ſingulari admittitur ad ſuam partem, militat etiam, ut admittatur ad partem Titii mortui aut [illegible] minuti juxta inſinuata ſupra §. 20. *in prin*[illegible]

§. XXIII. Quintum denique eſt, ſi Titius, qui nubente muliere deſectus conditione eſt, poſtea ſuam portionem repudiet, quamvis videatur dici debere, accreſcere tunc eam portionem mulieri; quoniam & accreſceret eidem eodem caſu repudiationis, ſi conditioni paruiſſet & non nupſiſſet. *d. l. 1. §. interdum in pr*[illegible]. & beneficio legis tantum habere debet, ſi nubat, quantum ſi conditioni paruiſſet. *d. verſ quia tantum.* tamen pro certo & explorato habendum eſt, etiam Titio repudiante non accreſcere mulieri, ut Papinianus exprimit, dum [illegible], nihil eam rem ſcilicet repudiationem mulieri, quæ nupſit, prodeſſe. *d. l. 74.* [illegible] *fine.* [illegible] poſtremo conveniunt præter Cumanum S[illegible], Jaſonem, Peraltam, Coſtam Fa[illegible], & Bellonum nuper laudatos Gutierrez in *l. unic. num. 38. C. quando non p*[illegible] *partes.* Duar. [illegible] *de jure accreſc. cap. 20.* Cujacius *lib. 32. quæ*[illegible] *cap. in d. l. 74.* Caſtillo [illegible] *cap. 48. num. 10.* [illegible]que ſententiæ ra[illegible] ea re[illegible] quia, cum [illegible] muliere nubente deſectus [illegible]tione ſit, repudiatio ejus poſtea ſecuta eſt inanis & inutilis, ut pote facta eo tempore, quo nihil erat, quod Titio deſerretur, & conſequenter nihil, quod admitti repudiarive poſſet. *l. ſi ita ſit 45. §. 1. ff. de leg. 2. l. 1. §. decretalis 7. ff. de ſucceſſ. edicto.* tum etiam, quia præſumitur repudiatio facta in gratiam mulieris ex e[illegible]; quia tunc etiam, ſi vellet, Titius portionem ſuam [illegible]quirere non poſſet, & e contrario non præſumitur repudiaturus, ſi mulier conditioni paruiſſet, ut pote legatum, quod lucroſum non autem damnoſum eſſe ſolet. *l. ſi hereditatem 32. ff. mand.* atque ita præſumptione juris non accreſceret mulieri, ſi conditioni paruiſſet, quia Titius eo ca[illegible] non repudiaret, in quo diverſa ratio eſt mortis & capitis diminutionis, quæ cum ſint Titio [illegible], & proinde muliere nubente & non nubente eventuræ, aliter ac repudiatio, accreſcit his caſibus mulieri nuptæ, ſicut accreſceret, ſi non nupſiſſet ex ratione *d. verſ. quia tantum.*

§. XXIV. Sed ut pergamus, omittimus, ne tranſcribamus, in illis inter re & verbis conjunctos quoad jus accreſcendi & re tantum conjunctos quoad jus non decreſcendi differentias, quas recenſere [illegible] §. 18. [illegible]vioris nominis & notæ aliam, [illegible] quam non eſt locus juri accreſcendi inter [illegible] & verbis conjunctos, quo[illegible] conjuncti portio non deficit ipſo jure, ſed per exceptionem. *l. ſi duo patroni 13. ff. de jurejur.* juncta *l. ſi communi 24. ff. de bon. lib.* aut quoties conjunctus, in quo deficit, habet ſaltem in portione deficiente jus retentionis. *l. plane 34. §. plane 13. ff. de leg. 1.* quamvis utroque caſu ſit jus non decreſcendi, eoque [illegible] per[illegible] portio ad re conjunctum, ut communiter docent di[illegible] contra Duaren. congeſti a Bellono, plene utrumque caſum examinante, *de jure ac*[illegible] *cap. 7. quæſtione 38. num.* 120. Omittimus & circa differentiam traditam ſupra §. 18. textus inde probabiliter exponendos componendosque in *l. ſi Titio 55. ff. de leg. 2.* quam de re & verbis conjunctis & jure accreſcendi accipit Accurſ. in *l. ſi mihi & ti*[illegible] *12. verbo non poſſe in fine ff. de leg. 1.* & e contrario de re tantum conjunctis & jure non decreſcendi textum in *l. ſi duobus 40. l. ſi cui 58. l. ſi mihi 59. ff. de leg. 2.* quamvis aliter Cujacius in *d. l. ſi duobus 40.* Illud ſane pro auctario diſputationis *hujus cap. & præcedentium* breviter admonemus, ultra tres ſpecies *conjunctionis realis, verbalis, & mixtæ*, de quibus hactenus, obtinere etiam jus accreſcendi inter conj[illegible]ctos *conjunctione legali*, veluti inter heredes ab inteſtato aut contra teſtamentum, ut oſtendimus *cap. 1. §. 22. & 2*[illegible]. & inter condominos ejuſdem ſervi heredi[illegible] i[illegible], tameſi utroque caſu accreſcat non tam ex [illegible] conj[illegible]nis, quum ne detur concurſus teſtati & inteſtati. *l. ſervus communis 67. ff. de adquir. hered.* Plane in legatis, an inter dominos ejuſdem ſervi, cui legatum eſt, repudiante uno accreſcat alteri, diſſentire videntur Conſulti in *l. & Proculo 20. ff. de leg. 2. l. 1. §. 1. ff. de uſufr. accreſc.* & agnoſcit diſſenſionem Cujacius *lib. 8. o*[illegible] *cap. 35.* & in *l. ſi duobus 16. ff. de leg. 1. & tractatu 2. ad Afric.* in *l. 2. ff. de uſufr. accreſc.* Gilbertus Regius *lib. 2 Enantiophanon cap. 16.* ſed omiſſa conciliatione Donelli *lib. 16. comm. cap. 23.* Caſtillo *de uſufr. cap. 48. num. 34.* & ante eos Menchacæ *lib. 3. de ſucceſſ. progreſſu §. 23. num. 58* [illegible] ſubſcribo potius vulgatæ, & veræ diſtinctioni inter uſumfructum, in quo pars repudiantis accreſcit condomino. *d. l. 1. §. 1.* & proprietatem, in qua non accreſcit. *d. l. & Proculo 20.* nempe quia in uſufructu, ut pote perſonali & conſiſtente in facto, cujus ſervus non incapax eſt, inſpicimus perſonam ſervi. *§. ſed cum fac. in inſt. de ſtipul. ſervorum. l. unic. ff. quando dies uſusfr.* Et ideo non tanquam diviſus inter dominos conſideratur, ſed tanquam conſiſtens in perſona ſervi adquiritur ab eo in ſolidum domino, cui poteſt, quotieſcumque in condomino deficit. *d. l. 1. §. 1. ibi: tamen perſona ejus non dominorum inſpecta.* At in proprietate,

tate, cum non facti ſit ſed juris, cujus ſervus incapax, inſpicitur non ejus perſona ſed dominorum, inter quos non concurſu ſed a principio fiunt juris cenſura partes dominiciæ, & ideo ceſſat jus accreſcendi. *d. l. & Proculo* 20. *verſ. non enim.* juncta regula *l. idem* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* explicant ſic poſt Accurſ. & Bart. communiter Accurſiani, & poſt eos Bellonus *cap.* 5. *quæſtione* 40. *num.* 27. Pacius *centuria* 6. *quæſtione* 13. Gomezius *tom.* 1. *variar. cap.* 10. *num.* 40.

CAPUT QUINTUM.

De prælatione in jure accreſcendi inter omnes ſpecies conjunctorum.

Ad verſic. præfertur cum ſequentibus Legis noſtræ 89. de Legatis III.

§. I. Poſtrema hæc cura eſt commentationis noſtræ *de prælatione inter conjunctos*, ſed primaria præcipuaque apud Paulum in *hac l. re conjuncti* 89. utpote cui explicandæ veluti proœmiales deſcriptiones conjunctorum præludunt præmittunturque, de qua tamen nunc paucis nos, quia potiora ejus capita in præcedentibus expoſuimus. *Prælatis* autem in jure accreſcendi eſt effectus conjunctionis, cujus ex vi in portione deficiente conjunctus præfertur disjuncto. *l un.* §. *his ita* 10. *verſ. hæc ita tam varie C. de caduc. toll. l. item* 17. §. 1 *in fine. l. ſi ita quis* 66. *in fine ff. de hered. inſt.* & magis conjunctus minus conjuncto, ut in *noſtro verſ. præfertur.* idque ut diſtincte intelligatur, ſciendum eſt, primum illud, quod propoſuimus, nempe conjunctum præferri disjuncto, habere proprie locum in hereditatibus inter heredes inſtitutos, inter quos cum jus accreſcendi induci ſoleat ex juris neceſſitate, & accreſcat eis, etiamſi omnino disjuncti ſint, ex ratione §. *hereditas* 5. *verſ. non autem inſt. de her. inſt. l. ſi duobus* 37. *ff. de teſtam. milit.* tamen cum ex inſtitutis aliquis conjunctus eſt cum deficiente, præfertur in portione ejus cæteris inſtitutis disjunctis, ſoluſque illam capit jure accreſcendi ex præſumpta voluntate defuncti, quam conjunctio indicat. *d. l. un.* §. *his ita* 10. *l. heredes* 63. *ff. de her. inſt.* diximus ſupra *cap.* 1. §. 8. At in legatis, cum omnino disjunctus non habeat jus accreſcendi, quod dumtaxat inter conjunctos aliquo genere conjunctionis, & ex vi ejus in legatis inducitur. *l. ſi duobus* 16. *ff. quib. mod. uſusfr. amit. l. & Proculo* 20. *ff. de leg.* 2. non eſt proprie locus quæſtioni de prælatione, niſi inter aliquo modo conjunctos, quippe omnino disjuncti legatarii, etiamſi nemo alius conjunctus ſit, qui eis præferatur, ſunt excluſi a jure accreſcendi ex defectu conjunctionis. *d. l. ſi duobus* 16. ſed & in quæſtione de prælatione inter legatarios conjunctos, quia ad portionem deficientem concurrunt, antequam aſſertiones Pauli explicemus, præmittendum eſt, quoties concurrentes ſunt eodem genere conjunctionis conjuncti, pariter cum deficiente veluti omnes re & verbis, aut omnes re tantum, nullam eſſe inter eos prælationem, ſed pariter omnes admitti, ſicut in hereditatibus pariter admittuntur omnes pariter disjuncti. *d. l. un.* §. *his ita* 10. *l. Mævio* 41. *ff. de leg.* 2. *l. ſi ita quis* 66. *ff. de her. inſt.* juncta interpretatione tradita ſupra *cap.* 3. §. 18. neque ad hunc caſum diſputatio Pauli in *præſenti* pertinet.

§. II. Verſatur itaque quæſtio de prælatione a Paulo tractata proprie eo caſu, in quo ad portionem deficientem vindicandam jure accreſcendi concurrunt varia genera conjunctorum, quibus eadem res legata fuit, ita ut alii re & verbis, alii re tantum aut verbis tantum conjungerentur, & dubitatur, quis eorum aliis præferatur. In quo prima & teſte Bologneto in *præſenti num.* 37. extra controverſiam poſita Pauli aſſertio eſt, re & verbis conjunctum cum deficiente præferri cæteris, ut in *noſtro verſ. præfertur.* nempe quia duplicis conjunctionis nititur vinculo, & ideo fortiore ex regula *l. triplici* 142. *verſ. nec dubium ff. de V. S.* juncta *authent. itaque C. communia de ſucceſſ.* §. *ſed hodie inſt. de adopt.* Unde & præfertur non tantum conjunctis re. *l.* 1. §. *idem* 2. *verſ. idem eſt ff. de uſufr. accreſc. l. Sempronius* 26. §. *ult. ff. de uſufr. leg. l. Attius* 11. *l. liber* 59. §. *Titius* 2. *l. heredes* 63. *ff. de her. inſt. d. l. un.* §. *his ita* 10. ſed etiam verbis conjunctis inter ſe non cum deficiente, ut exemplo exponit Duaren. *lib.* 2. *de jure accreſc. cap.* 8. Donell. *lib.* 7. *comm. cap.* 13. Cujacius in *d. l. triplici* 142. Secunda aſſertio extat in *verſ. quod ſi re.* cujus non ea vis & ſententia eſt, ut re tantum conjunctus non ſit potior conjuncto re & verbis, ut interpretatur poſt Accurſ. in *præſenti verbo quod ſi re*, Bart. *num.* 1. & 6. neque ea, ut re conjunctus non ſit potior conjuncto verbis, ut exaudiunt poſt Accurſ. Jaſon in *præſenti num.* 40. Peralta in *l. Mævio* 41. *num.* 3. *ff. de leg.* 2. quia cum in *verſ. præfertur* dictum ſit, re & verbis conjunctum præferri re conjuncto, & in *verſ. ſi vero* exprimatur, verbis tantum conjunctum præferri re conjuncto, ut mox dicemus, erit inelegans & Paulo indigna aſſertio *d. verſ. quod ſi re*, ſi ſic accipiatur, ut re conjunctus non ſit potior conjuncto re & verbis, aut conjuncto verbis tantum, id eſt, ut non ſit potentior illis, quibus nec parem eſſe dictum jam erat, & mox dicitur, *arg. l.* 3. *ff. de alienat. judic.* Quare omiſſa & alia abſurdiore interpretatione Fabri *de error. Pragm. dec.* 49. *errore* 7. Paulum ſic intelligentis, ut re conjunctus non præferatur omnino disjuncto, quod penitus ineptum, quia non eſt locus quæſtioni de prælatione inter conjunctum & omnino disjunctum in legatis, cum in illis disjuncto nunquam accreſcat, ut ſupra docuimus, affirmandum potius eſt, aſſertionem Pauli eam eſſe, ut re conjunctus cum deficiente non ſit potior aliis, non cum deficiente, ſed inter ſe re & verbis conjunctis, aut verbis dumtaxat, ut in hoc exemplo: *Titis Stichum lego, Sempronio eundem Stichum lego, Cajo & Mævio eundem Stichum lego, Lucio & Sejo eundem Stichum ex æquis partibus lego*, quo caſu in portione Titii deficiente Sempronius cum eo re conjunctus non eſt potior Cajo & Mævio re & verbis, & Lucio & Sejo verbis dumtaxat inter ſe conjunctis, ſed omnes pariter admittuntur, quia & ſunt pariter cum Titio re conjuncti. *d. l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. ſin vero quidam. d. l. heredes* 63. *ff. de her. inſt. d. l. Mævio* 41. *ff. de leg.* 2. explicat ita poſt Duaren. Goveanum, Cujacium, Hotm. & Donell. Bellonus *de jure accreſc. d. cap.* 5. *quæſtione* 46. *num.* 38.

§. III. Tertia denique aſſertio extat in *verſ. ſin vero.* cujus verba illa *& magis eſt, ut & ipſe præferatur.* ad re conjunctum, ita ut ſenſus ſit, eum præferri verbis conjuncto, refert poſt Rogerium apud Accurſ. in *præſenti*, Goveanus *de jure accreſc. num.* 19. aliter autem verba illa de conjuncto re & verbis, ita ut ſignificent, eum præferri verbis tantum conjuncto, interpretantur poſt Azonem, Joannem, & Accurſium Bartolus in *præſenti num.* 1. & 32. & communiter veteres, quos refert & ſequitur Cævallos *communium contra communes quæſtione* 99. Cæterum verius omnino eſt, Paulum in *eo verſ.* dubitare, utrum verbis conjunctus præferatur re conjuncto, & decidere, præferendum eſſe verbis conjunctum cum deficiente, quia propter adjectionem tertii re conjuncti cenſetur verbis conjunctus redactus ad unam portionem cum deficiente, atque ita re & verbis conjunctus juris interpretatione, ut expoſuimus ſupra *cap.* 1. §. 48. & *cap.* 3. §. 17. & 18. ubi & de *l. Mævio* 41. *de leg.* 2. *l. ſi ita quis* 66. *ff. de her. inſt.* Atque hæc extrema linea ſit commentationis noſtræ *de jure accreſcendi*, utinam ſicut pro affectu veſtris commodis deſtinatæ, ita & effectu utilis placituræque.

F I N I S.

IN-

INDEX
CONTENTORUM.

PARS PRIMA.

Ad Rubricam & l. 1. l. legatum 116. *ff. de legat.* 1. *l. legatum* 36. *ff. de legat.* 2.
De Legatorum & Fideicommiſſorum origine, definitione, exæquatione, & differentiis. . . 270.

PARS SECUNDA.

Cap. I. *Ad epigraphen & principium legis* 89. *ff. de legat.* 3. . . . . 280. a.
Cap. II. *De re tantum conjunctis, atque inter eos jure accreſcendi,*
Ad Paulum in *principio legis* 89. *ff. de legat.* 5. . . . . 295. a.
Cap. III. *De conjunctis duntaxat verbis, & an inter eos jus accreſcendi,*
Ad Paulum in *l. re conjuncti* 89. *verſic. item verbis ff. de legat.* 3. . 303. a.
Cap. IV. *De re & verbis conjunctis, & inter eos jure accreſcendi, aut non decreſcendi,*
Ad Paulum in *verſic. præfertur legis* 89. *ff. de legat.* 3. . . . . 309. b.
Cap. V. *De prælatione in jure accreſcendi inter omnes ſpecies conjunctorum,*
Ad verſic. præfertur cum ſequentibus legis 89. *ff. de legat.* 3. 319. a.

FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI PRIMARII JURIS CÆSARÉI ANTECESSORIS,

AD

TITULUM DIG. DE VULGARI ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE PRÆLECTIONES,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI DICTATÆ ANNO MDCXLIV.

JURISPERITOS hodie in foro per Simplegadas litium navigare Colchos ad aureum vellus ſcripſit non ſine querimonia Juſtus Lipſius in *monitis & exemplis politicis lib.* 2. *cap.* 10. & ex eo Adamus Conzenius *lib.* 5. *politicorum cap.* 11. §. 7. Id ſi aliquando certum, maxime in hoc ſubſtitutionum tractatu, quem mari Anglico Julii Cæſaris, & Hiſpaniæ noſtræ naufragiis infami profundo, & idoneo ſemper explendis burſis advocatorum comparat Albericus, ita ſe in magnis hereditatibus expertum dicens in *rubrica hujus tituli*, & ex quo ſolo, dum in hoc mari conſiliorum velis ad aureum vellus navigat, plus quam quindecim millis ducatorum percepiſſe gloriantem viva voce Baldum audiviſſe ſe teſtatur Raphaël Cumanus apud Jaſonem in *præſenti.* Denique quo nullus alius fundus in Juriſprudentiæ ſolo eſt, qui uberiorem meſſem reddat, quamvis ob fertilitatem agri, in quo doctores hactenus majore cura, quam cultura operati, non paucas etiam noxias herbas protulerit, quibus exſtirpandis, & ut nobilem hanc juris noſtri coloniam, in quam cultores nos hoc anno Academicæ Leges mittunt, digne excolamus illuſtremusque, in primis ad *Rubricam & Legem* 13. brevem, perſpicuamque principiorum materiæ ſummam exhibebimus, poſtea obſcuriores, & Academicis Anteceſſoribus prætermiſſas tituli noſtri leges ſigillatim expoſituri.

CAPUT PRIMUM.

Ad Rubricam & Legem 1. *hoc Tit.*

De Subſtitutionis Nomine, Origine, Definitione, & ſpeciebus,

COMPENDIARIA TRACTATIO.

§. I. *Subſtituere* nihil aliud eſt, niſi in alterius perſonæ, aut rei deficientis locum ſtatuere, & ſubrogare; quomodo *ſubſtituti adverſarii* mentionem in provinciali Edicto interpretatur Cajus in *l.* 1. & 3. §. *ex quibus ff. de alienat. judicii.* eoque ſenſu apud juris auctores *ſubſtitui* dicuntur arbores. *l. agri* 18. *l. arbores* 59. *ff. de uſufr.* §. *ſed ſi gregis* 38. *inſt. de rerum diviſ. ſubſtituta* pecora. *l. vel inutilium* 69. *ff. de uſufr. l. ſi grege* 22. *ff. de leg.* 1. *l. niſi alius* 11. *ff. quibus mod. uſusfr. amitt.* juncta *l. peculium* 65. §. 1. *ff. de leg.* 2. Columella *lib.* 7. *de re ruſtica cap.* 3. & 6. *ſubſtituta* actio. *l.* 1. §. *hæc actio* 10. *ff. ſi is qui teſtam. lib.* Denique *ſubſtitutus* judex, & defenſor. *l.* 5. §. *ſi tamen. l. cum apud* 20. *ff. judicatum ſolvi.* creditor, debitorve. *l. Claudius* 16. *verſ. plane ff. qui potior. l. fruſtra* 6. *C. de non num. pecunia.* & tutores curatoresve. *l. quod ſi forte* 14. §. *ſed etſi* 4. *ff. de ſolut. l. ult.* §. *ult. ff. de appellat. l. curatorem* 10. *C. qui dare tutor. l.* 4. *C. in quibus caſibus tut. hab. l.* 2. *C. de tut. vel curat. qui ſatis non ded. l.* 4. *C. de excuſat. tut.* juncta *l.* 3. *C. de interd. matr.* cum ſimilibus congeſtis poſt alios ab Hillig. ad Don. *lib.* 6. *cap.* 23. *lit. D.* Schifordegh. *ad Fab. lib.* 2. *tractatu* 6. *quæſtione* 1. Plane ex hac generali uſurpatione verbi ſubſtitutionis pro quacumque ſubrogatione fit, ut quoties in defectum primi legatarii, vel fideicommiſſarii, vel donatarii cauſſa mortis vocantur alii & ſubrogantur, ſint proprie ſubſtituti. Unde & traditum eſt, etiam in legatis & fideicommiſſis, & mortis cauſſa donationibus locum eſſe ſubſtitutioni. *l. un.* §. *ſin autem* 7. *verſ. quod ſi in medio C. de caduc. toll. l. ut heredibus* 50. *ff. de leg.* 2. *l. ei cui mortis* 10. *ff. de mort. cauſſa donat.* quemadmodum & in contractibus, & donationibus inter vivos ſubſtitui ſolet. *l. quoties* 3. *C. de donat. quæ ſub modo. l.* 27. *Tauri*, quæ extat in *l.* 11. *titulo* 6. *lib.* 5. *Compilat.* ubi Matienzo *gloſſa* 3. *num.* 1.

§. II. Illud in primis in hoc genere ſubſtitutionum in legatis, & ſingularibus relictis, nondum noſtris pragmaticis, immo neque eruditis vulgo notum, notatumve eſt, nempe ſubſtitutionem in legatis fieri poſſe non ſolum directo, & vulgariter in primum caſum, ſcilicet ſi legatarius non adquirat legatum. *l. ſi ſponſus* 5. §. *ſimili* 14. *ff. de donat. inter vir. & ux. l. Sextiam* 32. *ff. de leg.* 3.

l. avia 77. *ff. de condit. & dem.* quo caſu per agnitionem primi legatarii expirat ſubſtitutio. *l. ſi legata* 6. *C. de legatis.* juncta *l. poſt aditam* 5. *C. de impub. & aliis ſubſtitut.* nec ſolum per fideicommiſſum in ſecundum caſum, ſcilicet ut ſi adquiſierit legatarius, reſtituat alii. *l. cum pater* 77. *§. a te peto* 32. *ff. de leg.* 2. *l. Publius* 36. *§. ult. ff. de condit. & dem.* Sed quod fortaſſe ignotius eſt, etiam directo in ſecundum caſum, nempe ut vel poſt adquiſitum primo legatario legatum tamen in caſum tempuſve certum, ſive ſub conditione aliqua ſuccedat alius legatarius, in eumque ipſo jure legatum tranſeat, in quam rem elegans & electa eſt Juliani ſententia ex *lib.* 32. *Dig.* in *l. ſi fundum* 81. *§. Stichum* 2. *ff. de leg.* 1. ubi cum Stichus Sempronio legatus eſſet, & ſi Sempronius Stichum intra annum non manumiſiſſet, idem Stichus Titio legatus, atque ita Titius in legato ſubſtitutus Sempronio in caſum Stichi ab eo adquiſiti, & intra annum non manumiſſi ſcribit Julianus, Sempronium interim totum Stichum habiturum, &, ſi intra annum manumiſerit, liberum Stichum fieri; ſin autem non manumiſerit, totum ad Titium pertineret & quidem pertinere ipſo jure ex vi directæ ſubſtitutionis non autem per fideicommiſſum, quod Titius a Sempronio petat, deducorum ex eo, quia verba illa ſubſtitutionis Titii in legato in *d. §. Stichum, Titio do lego*, ſunt non precaria & obliqua tanquam fideicommiſſi, ſed directa, & propria legati vindicationis. Ulp. in *fragm. titulo* 24. *in princ. & §. per vindicationem* 3. *& titulo* 25. *§.* 1. *&* 2. Ex quibus verbis, & legati genere ſcilicet vindicationis tranſit ipſo jure & recta via dominium a teſtatore in legatarium. *l. a Titio* 64. *ff. de furtis. l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. Ulp. *titulo* 19. *§. lege* 17. tum etiam, quia in eadem ſpecie, ſi teſtator in caſum Stichi a Sempronio primo legatario intra annum non manumiſſi non Stichum Titio leget, ſed eum liberum eſſe jubeat, his verbis: *ſi Sempronius Stichum intra annum non manumiſerit, Stichus liber eſto*, docet idem Julianus *eodem lib.* 32. *Dig.* in *l. Stichum* 15. *ff. de manum. teſtam.* Sempronium, niſi manumittat, nihil juris in Stichum habiturum, ſed liberum eum futurum, & conſequenter ſentit Julianus, Sempronio non manumittente conſequi Stichum libertatem directam ex teſtamento, ſicut & ſupponitur ab eodem Juliano in *l. ſi quis ita* 13. *ff. de ſtatulib.* & fieri libertum Orcinum ſive defuncti; non autem Sempronii legatarii; alioquin, ſi libertus Sempronii fieret, & Sempronius jus patronatus in Sticho haberet, verum non eſſet, quod Julianus affirmat, Sempronium, niſi intra annum manumittat, nihil juris in Sticho habiturum. Proinde quemadmodum in *d. l. Stichum* 15. poſt annum ſine facto Sempronii legatarii, & poſtquam ei Stichus adquiſitus fuit, tamen non per fideicommiſſum, ſed directo, & jure ipſo ex teſtamento ſive a teſtatore Stichus libertatem conſequitur, ita & in *d. l. ſi fundum* 81. *§. Stichum.* Titius in legato ſubſtitutus Sempronio in ſecundum caſum, ſcilicet Stichi Sempronio adquiſiti, & intra annum non manumiſſi capit poſt annum ipſo jure, & ex vi directæ ſubſtitutionis legatum a teſtatore, non per fideicommiſſum a Sempronio legatario, ut agnoſcit, quamvis non ſatis firmet, aut exponat Cujacius in *l. ſi quis ſervum* 8. *§. ſi inter ff. de leg.* 2. & in *l. un. §. ſin autem* 7. *C. de caduc. toll.* in quo ſane diſtat inſigniter ſubſtitutio legatorum ab ea, quæ fit in hereditatibus, quia in his indubitatum eſt, non poſſe jure communi ſubſtitui directo in ſecundum caſum, ſcilicet adquiſitæ hereditatis primo inſtituto, niſi a patre impuberibus liberis, quos in poteſtate habet, neque in alterius poteſtatem recaſuri ſunt, neque ultra pubertatem. *l. verbis* 7. *l. in pupillari* 14. *cum l. ſeq. hoc tit. l. in teſtamento* 6. *C. de teſtam. militis. l. ſi frater* 5. *C. de fideicommiſſis. §. penult. & ult. inſtit. de pupill. ſubſtit.*

§. III. Differentiæ obſervatæ inter ſubſtitutionem in hereditatibus & in legatis ratio, quamvis a nemine, quod ſciam, quæſita nedum inventa, in obſcuro tamen non eſt, ſi breviter ſupponas, directam ſubſtitutionem in hereditatibus eſſe inſtitutionem, ut in definitione dicemus, & inſtitutum primum, qui ſemel adiit, non poſſe ipſo jure ſive directo etiam ex voluntate defuncti heredem eſſe deſinere; quia abſurdum viſum fuit, perſonam defuncti, ſive ejus repræſentationem ſemel ab herede aſſumptam poſtea deponi, & quodammodo alium hominem eſſe incipere. *l. ei qui ſolvendo* 88. *ff. de her. inſtit. §. reſtituta inſtit. de fideicommiſſar. hered.* juncta *l. heres* 22. *ff. de uſurp.* quapropter neque poteſt (præterquam pupillariter ex ratione, de qua ſuo loco) ſubſtitui directo in caſum, quo inſtitutus quæſita jam hereditate heres extitit; quia neque iſte deſinere, neque directo ſubſtitutus eſſe heres poteſt in locum inſtituti, niſi ille deſinat; cum uni duos in ſolidum heredes jus non permittat. *l. quod contra* 141. *§. ult. ff. de R. J.* E contrario in legatis ſubſtitutio nunquam eſt inſtitutio, ſed ſubrogatio in locum primi legatarii, quia cum ut pote ſingularis ſucceſſor non repræſentet defunctum. *§. legatariis* 21. *inſt. de teſtamentis ordin.* non repugnat, quominus poſſit, qui hactenus legatarius fuit, poſtea ex voluntate defuncti deſinere, & legatum pure relictum reſolvi ſub conditione, dominiumque etiam, poſtquam quæſitum uni fuit, transferri ipſo jure in alium, ut in *l. ſi ſub conditione* 16. *ff. quibus mod. uſusfr. amitt. d. l. ſi fundum* 81. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. ſi fundum* 105. *ff. de condit. & dem.* juncta *l. is cui via* 11. *§. ult. ff. quemadmodum ſervit. amitt. l. & poſt litem* 12. *§. res quæ ff. fam. erciſc.* & confirmatur, quia ſi in dominio per traditionem quæſito emptori ſub conditione reſolutiva legis commiſſoriæ, vel addictionis in diem receptum eſt, ut reſoluta emptione dominium ipſo jure deſinat eſſe emptoris, & in venditorem retro currat etiam ante retraditionem. *l. ſi quis hac lege* 44. *ff. de rei vindic.* juncta communi ſententia, de qua poſt plures plura Hillig. ad Don. *lib.* 16. *cap.* 18. *lit. C. & cap.* 19. *lit. F.* quanto facilius ut in legatis, ſicut ipſo jure & ſine traditione dominium adquiritur, teſte Ulpiano *d. titulo* 17. *§. lege*, ita & reſolvatur, & tranſeat, *arg. l. nihil* 35. *l. fere* 153. *ff. de R. J.* proinde mirum non eſt, ſubſtitui directo poſſe etiam in caſum jam quæſiti primo legatario legati. Denique ex eadem ratione, quamvis hereditas uſque ad diem tempuſve certum dari non poſſet. *l. hereditas* 34. *ff. de her. inſt. l. miles ita ff. de teſtam. mil.* legatum tamen poteſt. *l. ſi uſusfructus* 6. *l. generali* 32. *§. item quæſiit. l. uxori* 35. *l. uxori* 37. *ff. de uſufr. leg.*

§. IV. Neque differentiæ propoſitæ & aſſertioni noſtræ deductæ ex *d. l. ſi fundum* 81. *§. Stichum* obſtant, quæ ſequuntur expendenda ſimul & exponenda. Primum ex *l. Stichum* 39. *ff. de man. teſtam.* ubi Paulus docet, libertatem directam relictam ſervo ſub conditione, ſi eum heres alienaverit, non valere, ſicut neque vindicationis legatum ejuſdem ſervi ſub eadem conditione, quia conferuntur in id tempus, quo ſervus ut pote jam ab herede alienatus & alii quæſitus eſt alienus futurus: unde evinci videtur, neque libertatem directam in *d. l. Stichum* 15. *ff. de man. teſtam.* neque ſubſtitutionem directam & legatum vindicationis in *d. l. ſi fundum* 81. *§. Stichum.* valere directo poſſe, cum conferantur in id tempus, quo Stichus Sempronio primo legatario quæſitus, atque ita alienus futurus eſt: ſed reſpondendum eſt, in *d. l. Stichum* 15. & in *d. §. Stichum.* non conferri libertatem aut ſubſtitutionem directam expreſſe in caſum Stichi Sempronio adquiſiti, atque ita alieni, ſed in caſum manumiſſionis intra annum non factæ, qui caſus ſeu conditio impletur manumiſſione intra annum non ſequuta qualitercumque, etiamſi Sempronius legatum repudiaverit, atque ita nunquam Stichus alienus fuerit. Deinde

eo etiam caſu, qui ſupponitur in *d. l.* 15. & in *d. §. Stichum.* nempe quo Sempronius vere Stichi dominus factus ſit, & intra annum non manumiſerit, ſuſtinetur tamen libertas & ſubſtitutio directa, quia reſoluto Sempronii legato ex vi conditionis reſolutivæ, ſi non manumiſerit, perinde habetur, acſi nunquam Stichus Sempronii fuiſſet, & conſequenter retro fingitur nunquam alienus, ſed teſtatoris & hereditarius, *arg. l. ſervus* 69. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. *l.* 4. *§. ſed & Marcellus ff. de in diem addict. l.* 3. *ff. quibus mod. pign. vel hypot. ſol. d. l. is cui via* 11. *§. ult. ff. quemadmod. ſervit. amitt.* cum ſimilibus ſupra laudatis: at in *d. l. Stichum* 39. libertas & legatum conferuntur expreſſe in caſum alienationis Stichi, & in id tempus, quo Stichus ei in quem ab herede alienatus ita adquiſitus ſit, ut non poſſit alienatio & adquiſitio reſolvi, ſive haberi pro non facta, neque Stichus retro fingi pro non alienato, ſeu non alieno, nam cum libertas ſeu legatum relicta ſint ſub conditione, ſi alienaverit, neceſſe eſt prius conditionem impleri, & Stichum alienum eſſe. *l. ſi ita quis* 45. *§.* 1. *ff. de leg.* 2. *l. fædere* 213. *ff. de V. S.* ſi autem Stichus pro non alieno, ſive alienatio pro non facta & reſoluta haberetur, non poſſet diei impleta conditio, & ideo neque locus libertati aut legato foret, rurſus alienatione non reſoluta, ſed impleta per eam conditione, neceſſe etiam eſt libertatem directam, & legatum vindicationis non valere, nam cum in utroque requiratur, ut dominus ſit, qui relinquit. *§. libertas* 2. *verſ. nec alius inſt. de ſing. rebus.* Ulp. *titulo* 24. *§. per vindicationem* 7. non potuit relinqui in id tempus, quo nec teſtator nec heres dominus futurus erat, ſed ille, in quem alienatus ſervus fuiſſet. *d. l. Stichum* 39. Atque ita in *d. l.* 39. ipſa exiſtentia conditionis, ſi alienaverit, repugnat, quominus alienatio ſive adquiſitio reſolvatur, & conſequenter impedit libertatem & legatum Stichi, ut pote alieni, quod diverſum eſt in *d. l.* 15. & in *d. §. Stichum.* ubi quamvis vere Sempronii fuerit, tamen reſoluto illius legato retrofingitur nunquam alienus, eaque fictione mediante locus fit directæ ſubſtitutioni in legato vere adquiſito, cum tamen ei locus non ſit in hereditate poſt adquiſitionem, quia neque aditio facta reſolvi, neque fingi poteſt, eum qui ſemel heres fuit heredem non eſſe, ut ſupra tradidimus.

§. V. Secundum contra aſſertionem noſtram ex *d. l.* 81. *§. Stichum.* argumentum deducitur ex vulgari regula juris, quæ docet, legatum conſtitui non poſſe ad tempus, non magis quam aliam obligationem, ita ut poſt tempus ipſo jure finiatur. *l. obligationum* 44. *§.* 1. *verſ. placet ff. de O. & A. l. nemo* 55. *ff. de leg.* 1. Idque indubitatum fuiſſe apud veteres juris auctores usque ad Juſtinianum conſtat ex ejus conſtitutione in *l. ult. C. de leg.* & in ſpecie ſimili *d. §. Stichum, & d. l. Stichum* 39. *ff. de man. teſtam.* probatur in *l.* 5. *§. ſi quis ita* 4. *ff. de adim. leg.* ubi cum fundus Titio legatus, & ſub conditione, ſi Titius fundum alienaſſet, idem fundus Sejo legatus fuiſſet, atque ita Sejus Titio in caſum jam quæſiti fundi & alienati ſubſtitutus, affirmat Ulpianus, heredem defuncti oneratum eſſe, ut in caſum alienationis Sejo fundum præſtet, & ideo conſulere ſibi debere exacta cautione a Titio de fundo non alienando, & conſequenter ſentit, legatum Titii non finiri poſt caſum alienationis, neque tranſire in Sejum ſubſtitutum ipſo jure, alioquin ſupervacua heredis obligatio & cautionis exactio eſſet, ergo neque in *d. §. Stichum* reſolvitur, finiturve ipſo jure legatum Sempronii poſt caſum tempusque Stichi non manumiſſi, & proinde neque directæ ſubſtitutioni eo caſu locus eſt: ſed ut proprie & paucis reſpondeas, ſupponendum in primis eſt, regulam *d. legis obligationum* 44. *§.* 1. *verſ. placet.* pertinere ad obligationes tam ſtipulationum quam legatorum, de quibus in *d. l. nemo* 55. & in quibus ita jus fuit, ut non poſſet legatum Sejo relinqui, ut perſonalis obligatio actioque ex teſtamento contra heredem conſiſteret dumtaxat usque ad tempus certum, veluti ſi ita legatum ſit: *usque ad biennium heres dato*, poſt biennium heres non liberatur, neque extinguitur contra eum ipſo jure obligatio, quia ſicut obligatio hæc non tempore neque voluntate ſola defuncti inducitur, ſed ex quaſi contractu heredis cum legatariis. *§. heres inſt. de obligat. quæ ex quaſi contr.* ita neque ipſo jure extinguitur tempore aut voluntate defuncti ſine diſtractu legatariorum, *arg. l. nihil* 35. *l. fere* 153. *ff. de R. J.* juncta ratione *d. §.* 1. *verſ. placet.* Idque vetus jus fuit abrogatum a Juſtiniano in *d. l. ult. C. de leg.* Cæterum ea regula non pertinet ad legati dominium, quod etiam ante Juſtinianum potuit ſic ad tempus relinqui & adquiri, ut poſt id reſolvatur ipſo jure, ut in uſusfructus dominio probat Paulus *lib.* 3. *ſententiarum titulo* 6. *§. finitur.* juncta *l. an. §. item ſi ex die ff. quando dies uſusfr. legati cedat. l.* 3. *in princ. verſ. unde ff. quibus mod. uſusfr. amitt. l.* 6. *l. generali* 32. *§. item* 4. *l. uxori* 35. & 37. *ff. de uſufr. leg.* & in aliis legatis Conſulti in *l. Firmio* 26. *§. ult. ff. quando dies leg. ced. l. cum hi* 8. *§. ſive igitur* 3. *ff. de tranſact. l. codicillis* 18. *l. liberto* 21. *§. filium, & §. ult. ff. de annuis leg.* & præ cæteris Papinianus in *l. peculium* 65. *§. Titio ff. de leg.* 2. Marcellus paucis animadverſus in *l. cum quo* 56. *§. is qui in bonis ff. ad l. Falcid.* quibus conciliandis cum Cajo in *l. ſi poſt mortem* 68. *§. quod ſi idem* 3. *cum ſeq. ff. de leg.* 1. rejecta diſtinctione antiquiorum inter libertatem directam & fideicommiſſariam & emendatione Goveani in *l. idem* 19. *hoc tit.* quæ convincuntur in *d. l. cum quo* 56. *§. is qui in bonis.* rejecta etiam opinatione Sarmienti diſſenſionem inter Conſultos agnoſcentis in *d. l. peculium* 65. *§. Titio.* videndus eſt *ibidem* Cujacius *lib.* 16. *quæſt. Pap.* & in *l. qui filio* 38. *ff. de hered. inſtituendis.* Pacius *centur.* 6. *quæſtione* 10. quoniam quemadmodum ipſo jure ex voluntate defuncti legisque auctoritate legatario etiam ignoranti, & ſine facto ejus dominium legati adquiritur. *l. cum pater* 77. *§. ſurdo ff. de leg.* 2. Ulp. *d. titulo* 19. *§. lege.* ita & jure ipſo ſine facto prioris legatarii reſolvitur, & in alium tranſit ex voluntate defuncti poſt tempus ab eo ſtatutum, quomodo ad rem diſtinguunt inter obligationem & dominium Bartolus in *d. l. nemo* 55. *num.* 18. ubi & poſt alios Cujacius & Joannes Gutierrez *num.* 216. & poſt Acc. in *d. l. ult. C. de legatis, verba confirmari in fine.* Bellonus *de jure accreſc. cap.* 7. *quæſtione* 19. *num.* 18. & 32. & ex Salmanticenſibus primariis docte jam olim Petrus Peralta in *l. Titia* 35. *§. ult. num.* 11. & *ſeqq. ff. de leg.* 2. quibus adjicimus, quod in tempore reſolutivo legati diximus obtinuiſſe multo magis in conditione, nempe ut legatum dominiumque ejus reſolvatur ipſo jure in caſum conditionis a teſtatore expreſſum, ut *arg. l.* 1. *C. de donationibus quæ ſub modo: l.* 2. *§. Sabinus* 3. *cum §. ſequenti ff. pro empt. l.* 2. *ff. de in diem addict. l.* 1. *ff. de lege commiſſoria.* agnoſcit Giphanius in *d. l. obligationum* 44. *§.* 1. *num.* 24. Unde etiam apparet, non eſſe contra regulam rationemque juris, ut in *d. l.* 81. *§. Stichum.* dominium Sempronii poſt caſum tempusque Stichi non manumiſſi reſolvatur ipſo jure, tranſeatque in Titium, atque ita locus fiat directæ ſubſtitutioni. Neque contrarium eſt, quod extat in *d. l.* 5. *§. ſi quis ita* 4. ibi enim animadvertendum eſt, nullam directam ſubſtitutionem factam fuiſſe per legatum vindicationis, ut in *d. §. Stichum.* ſed tam Titii quam Seji legatum fuiſſe damnationis, ut conſtat ex verbis *heres dato*, unde & primum infertur, valuiſſe legatum Seji etiam in caſum, quo alienus fundus futurus erat, aliter atque ſi vindicationis fuiſſet, ut in *d. l. Stichum* 39. *ff. de manum. teſtamento.* Secundum, non reſolvi neque tranſire ipſo jure in ſecundum legatarium dominium primi

in *d.* §. *ſi quis ita.* quia neque ipſo jure adquiritur primo, ſed per traditionem heredis in legato damnationis, teſte Gajo *lib.* 2. *inſtit. tit.* 5. §. *vindicationis* 2. & §. *cæterum* 4. Paulo *lib.* 3. *ſent. tit.* 6. §. *uſusfructus* 17. Tertium, eſſe oneratum heredem, ut pote in legato damnationis, ut in caſum alienationis Sejo præſtet, & tamen quia in dubio non præſumitur defunctus duplici præſtatione ejuſdem fundi heredem onerare voluiſſe. *l. Titia* 34. §. *qui in vita ff. de leg.* 2. ſed ut Titio alienante fundus per manum heredis ad Sejum perveniat, poteſt heres oppoſita exceptione exigere cautionem a Titio de fundo non alienando, ut in *l. pata* 69. §. *fratre ff. de leg.* 2. explicat aliud agens noſter Valentia *tom.* 3. *illuſtr. ad tit. de legatis tractatu* 2. *cap.* 1. *num.* 25.

§. VI. Nec plura jam de ſubſtitutione directa in legatis poſt adquiſitionem, ad quam tamen vel obiter notatum maneat, pertinere etiam textum in *l.* 3. §. *hoc autem* 1. *ff. quibus mod. uſusfr. amitt.* ſicut ad vulgarem ſubſtitutionem in eisdem legatis locum alioquin difficilem in *l. ſi quis ſervum* 8. §. *certam* 4. *ff. de leg.* 2. quem ita accipit Cujacius *ibi*, & ante cum poſt Jacobum de Arenis Bartolus, Albericus, & Cumanus, quamvis ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem referant cum Acc. *ibidem* Claſſici alii, ſed tamen pro ſecundo veluti corollario ſubſtitutionis in legatis breviter ſtatuimus, ſubſtitutionem in legatis & ſingularibus relictis non eſſe inſtitutionem, quia neque legatarii dicuntur proprie heredes aut inſtituti, ſed adjectus notis improprietatis, *quaſi & quodammodo. l. id tempus* 14. §. *ult. ff. de uſucap.* juncto Tertull. *de velandis virgin. cap.* 6. ibi: *deſponſata enim quodammodo nupta; tamen inter quodammodo & verum ſatis intereſt:* & ut res diverſæ legata & hereditates diſtinguuntur. *l. ſi Titius* 96. *ff. de leg.* 3. *l.* 1. §. *qui neque ff. de her. inſt. l. mulier* 20. §. *ult. ff. de condit. inſt. l. quædam* 9. §. 1. *ff. de edendo.* §. *ſed neque*, & §. *legatarii* 11. *inſt. de teſtamentis ordin.* & quando in inſtitutionibus ſtatutum obtinet etiam in legatis vel e contra, fit per extenſionem tanquam ad rem ſimilem & ex voluntate diſponentium aut identitate rationis, non ex proprietate verborum. *l. in conventionibus* 219. *ff. de V. S. l. ſi quis filium* 5. §. *ſed etſi portio ff. de leg. præſtand. l. ſi rem legatam* 6. *ff. de except. l. quæ ſub conditione* 8. §. 1. & §. *in fideicommiſſis* 2. *ff. de condit. inſt, l. ſi quis pecuniam* 4. §. *quanquam ff. ſi quis om. cauſſa teſtamenti.* quibus duobus locis poſtremis in hanc rem utitur Goveanus in *rubr. noſtra num.* 4. & ante illum idem cenſuerunt poſt alios ex Claſſicis Franciſcus Ripa in *præſenti num.* 4. Peralta in *rubr. de her. inſt. num.* 48. & *ſeqq.* Unde etiam liquet, aberraſſe largiter poſt Franc. Aretinum in *præſenti*, Socinum Juniorem in *l. centuria* 15. *num.* 8. *hoc tit.* Lancellotum Politum *de ſubſtit. in præludiis num.* 7. Paulum Leonium *eodem tractatu in princ. num.* 6. dum affirmarunt, ſubſtitutionem etiam in legatis eſſe inſtitutionem, & legatarium contineri proprie appellatione heredis, ſive inſtituti, neque errorem eum fulcit, quamvis prima fronte ei faveat, Scævolæ reſponſum in *l. Lucius* 93. §. *ult. ff. de leg.* 3. ubi ei, quem teſtator coheredem in fundo recipi voluit, debetur pars fundi ex fideicommiſſo, atque ita coheredis appellatione ſingularis fideicommiſſarius fundi ſignificatur, quippe obſervandum eſt, reſponſum illud Scævolæ, quod ab eodem ut ſolebat in *Libros Dig.* relatum proponitur in *l. pater* 38. §. *ult. ff. de leg.* 3. eam rationem habere, quia teſtator eum, quem coheredem recipi voluit, non inſtituit, ſed ut reciperetur rogavit obliquis & precariis verbis illis, *peto uti velis*, quæ ſunt propria fideicommiſſi. §. *ult. inſt. de ſing. rebus.* neque conveniebant heredis inſtitutioni ante Conſtantinum. *l. quoniam* 15. *C. de teſtamentis.* & præterea voluit coheredem recipi in fundo, non in hereditate aut ejus parte, cum tamen jam inter inſtitutos certis ex partibus tota hereditas diviſa eſſet a teſtatore, ut ſupponitur, & ex mentione præceptionis fundi evincitur in *d. l. Lucius* 93. §. *ult.* quo caſu nominatus in fundo coheres non poteſt haberi pro herede aut inſtituto. *l. quoties* 13. *C. de her. inſtit.* quapropter & ex his conjecturis intelligimus, teſtatorem minus proprie uſum fuiſſe nomine coheredis, ut ſignificaret faceretque ſocium ſive conſortem in eodem fundo per fideicommiſſum, ut in *l. ex facto* 17. *ff. ad S. C. Trebell. l. filiusfamilias* 114. §. *ut quis heredem* 6. *de leg.* 1. & proinde in *d. l. Lucius* 93. §. *ult.* non ex proprietate verbi, ſed ex voluntate teſtantis fideicommiſſarius ſingularis intelligitur appellatione coheredis, ut explicat Bart. in *l. centurio num.* 44. *hoc tit.* & in *d. l. pater* 38. §. *ult. ff. de leg.* 3. Peralta *ubi ſupra num.* 60. Donellus *lib.* 8. *comm. cap.* 3. quamvis aliter coheredem in *d. l.* 93. §. *ult.* accipere videatur Cujac. ibi *lib.* 3. *reſp. Scævolæ.*

§. VII. Pergimus jam & poſt generalem illam verbi *ſubſtitutionis* uſurpationem, de qua ſupra §. 1. admonemus nunc, ſubſtitutionem in hoc tractatu & titulo proprie & ſpecialiter accipi pro ſubrogatione in locum heredis, ut in *noſtra l.* 1. & paſſim *hoc tit.* juxta quam ſpecialem ſignificationem, ut origine rei interim omiſſa in primis rem ipſam vel ſubſtitutionem definiamus, ſciendum eſt, ſubſtitutionis tot fere definitiones occurrere, quot auctorum capita in hanc materiam, ut conſtat ex viginti definitionibus relatis ab Intrigliolo *de ſubſtitut. cent.* 1. *quæſt.* 2. *num.* 1. & *ſeqq.* undecim a Leonio *de ſubſtit. in præludiis num.* 35. alia Cujacii in *paratitlis ad hunc tit.* & *tractatu* 2. *ad Afric.* in *l. ſi mater* 32. §. 1. *hoc tit.* quæ placuit Gilkenio in *rubr. C. de impub. num.* 5. & convincitur ex *l. delata* 191. *ff. de V. S.* alia Lorioti *de apicibus juris tractata* 14. *de ſubſtit. axiomate* 5. Covarr. in *cap. Rainutius* §. 4. *num.* 1. *de teſtamentis.* quam ſequitur Molina Theologus *de juſtitia diſputatione* 182. *num.* 1. alia Philippi Maſſinii in *rubr. C. de impuberum num.* 98. aliis denique congeſtis præter laudatos a Pich. noſtro in *rubr. inſt. de vulgari num.* 8. Hillig. ad Don. *lib.* 6. *cap.* 23. *lit. B.* ex Accurſianis practicisque a Ripa in *præſenti*, Curtio Juniore in *rubr. num.* 27. *C. de impuberum.* & præ cæteris Bolognetto in *rubr. noſtra num.* 25. P. Gregor. *lib.* 42. *ſyntagm. cap.* 10. *num.* 2. Alex. Trentacinquio *de ſubſtit. in proœmio num.* 2. & ex Græcis interpretibus Harmenopulo in *promptuario lib.* 5. *tit.* 7. Placuit tamen prævaluitque communiore Scholæ Forique plauſu Accurſii definitio in *rubr. noſtra*; nempe ut *ſubſtitutio ſit ſecunda inſtitutio*, ſive ut clarius explices, *inſtitutio ſecundi heredis*, quam definitionem probant illuſtrantque poſt antiquiores in *præſenti*, & in *l. centurio* 15. *hoc tit.* & in *rubr.* & *l. precibus* 8. *C. de impuberum.* ex Salmanticenſibus præter laudatos a Pich. *ubi ſupra num.* 1. Peralta in *rubr. num.* 16. *ff. de her. inſt.* & ex aliis Donellus in *rubr. num.* 18. (ubi & Coraſius) *C. de impuberum*, & *lib.* 6. *comm. cap.* 23. Goveanus in *rubr. noſtra num.* 1. Cujac. ad Paulum *lib.* 3. *ſent. tit.* 4. §. *heredes* 17. Faber *lib.* 15. *conject. cap.* 10. *circa medium.* Schifordegh. *ad Fabrum lib.* 2. *tractatu* 6. *quæſt.* 2. cum pluribus, quos non tranſcribo, Caſtillo *lib.* 2. *controverſ. cap.* 10. *num.* 7. & poſt Intrigliolum & alios Fuſarius *de ſubſtit. part.* 1. *quæſt.* 1. *num.* 1.

§. VIII. Sane Accurſiana definitio aut probanda aut præferenda cæteris eſt, quam licet variis hinc & inde argumentis operoſe impugnent & propugnent interpretes, longamque & faſtidioſam aut ineptam eorum altercationem Sophiſtarum potius quam veterum JCtorum exemplo in hac & aliis definitionibus anxie examinandis, ut pote non neceſſariis, quoties res ipſa ſine dialectica definitione ſatis intelligitur, reprehendant merito Duarenus ad *noſtrum tit. cap.* 1. Viglius in *rubr. inſt. de vulg. num.* 3. ſicut & jam olim

ſimi-

ſimiliter Dogmaticos Philoſophos; vanumque eorum in definiendo laborem accuſavit Sextus Empyricus *lib.* 2. *Pyrrhoniar. Hypotapoſeōn cap.* 16. tamen ut & receptæ conſuetudini aliquid largiamur, exponemus Accurſii definitionem, quæque illi objiciuntur, ita ut vulgata & faciliora breviter luſtrantes ſelectis tantum & obſcurioribus immoremur. Ergo in primis Accurſii definitio, ſi auctoritatem ei quærimus, convenit effectu & ſententia deſcriptionibus veterum JCtorum, inter quos Paulus in *l. ex facto* 43. *§. Lucius in fine hoc tit.* ſubſtitutionem vocat *ſecundi heredis inſtitutionem*, Cajus autem *lib.* 2. *inſtitut. titulo* 4. ſcribit, ſubſtitutionem eſſe, *quæ poſt inſtitutionem a teſtatore fieri ſolet; id eſt, ſecundi heredis appellationem*, & Ulpianus in *fragm. titulo* 22. *§. heredes* 34. Paulus *lib.* 3. *ſent. titulo* 4. *§. heredes* 17. Modeſtinus in *noſtra l.* 1. aliique juris auctores in *l.* 4. *ff. de S. C. Syllan.* & in *l.* 4. *ff. de injuſto rupto.* denique Alphonſus noſter in *l.* 1. *titulo* 5. *Partita* 6. ſubſtitutos appellant *ſecundo gradu & loco ſcriptos heredes*: quemadmodum & *ſecundi heredes* dicuntur ſubſtituti in *l. ſi quis a filio* 32. *ff. de leg.* 1. juncta *l. ult. ff. de fideicommiſſar. lib. l. ſi is qui teſtamentum* 25. *ff. qui teſtam. fac. poſ. l. idem* 13. *§. ult. ff. de teſtam. mil. l. ſi primo* 8. *ff. de lib. & poſth. l. Cicero* 39. *ff. de pœnis. l. precibus* 8. *C. de impub.* & apud Quintilianum eleganti *declamatione* 388. Ibi *teſtamentum ſcripſit breve & ſimplex, nam neque diu de primo herede cogitandum fuit habenti filium, neque de ſecundo habenti priorem.* & eodem ſenſu *proximi heredes* Perſio *Satyra* 2., & *ſcripti in ſpem ſecundam* Tacito *lib.* 1. *annalium.* Exornant ex aliis locis præter Connanum, Petrum Gregorium, & alios laudatos a Pichard. *ubi proxime*, Ludovicus Dorleans in *Tacitum lib.* 1. *annal. pag. mihi* 36. Lævinus Torrentius in *Horatium lib.* 2. *Satyra* 5. *verſu* 48. & in *Suetonium in Julio cap.* 83. Briſſonius *de V. S. verbo ſecundus heres.*

§. IX. Deinde ut & juris rationem auctoritati adjiciamus, definitionemque explicemus, ſupponimus in ea, vocem *inſtitutio* loco generis, & vocem *ſecunda* loco differentiæ proponi, & in duabus his vocibus totidem partes explicationis noſtræ verſaturas. Itaque quoad primum, in comperto eſſe debet, inſtitutionem tanquam genus in definitione noſtra non ſolum primam inſtitutionem, ſed etiam proprie comprehendere ſubſtitutionem, quæ ſecunda inſtitutio eſt. *d. l. ex facto* 43. *§. Lucius hoc tit.* Idque ex eo probatur, tum quia quamvis ex communi ſententia conditiones formaliter, ut ajunt, & ſpecifice impleri debeant non æquipollenter. *l. qui heredi* 44. *l. Mævius* 55. *l. fideicommiſſum* 76. *ff. de condit. & dem. l. ſi ita quis* 51. *§. ult. ff. de leg.* 2. tamen conditio illa, ſi teſtatorem inſtituiſſet, impleta cenſetur, etiamſi eum dumtaxat ſubſtituerit. *l. mulier* 20. *§. ult. ff. de condition. inſtit.* tum etiam, quia inſtitutionis verbo ſubſtitutio ſignificatur in *l. ſi quis mihi bona* 23. *§. ſed ſi mandatu* 12. *verſ. idemque ff. de adquir. hered. l. cum pater* 77. *§. ab inſtituto* 15. *ff. de leg.* 2. *l. ſi pater* 25. *hoc tit.* & e contrario ſubſtituti nomine intelligitur primus inſtitutus juxta textum ad rem non vulgatum in *l. ult. in princ. ff. de leg.* 3. ubi in illis verbis *exheredato filio ſubſtitui heredem extraneum*, cenſui jam pridem, vocem *ſubſtitui* accipiendam eſſe pro inſtitui, ſeu ſubrogari, & inſtitutum ibi, quamvis primus heres ſit, vocari ſubſtitutum reſpectu exheredati, in cujus locum, quem ille utpote filius ſuus primusque heres, niſi exheredatus eſſet, in hereditate paterna obtineret, & in quo veluti jure ipſo ſtatutus erat, ſubrogatur excluſo per exheredationem filio, & eo ſenſu ſubſtituitur, extraneus inſtituitur. Qua admiſſa expoſitione non erit obſcura expoſitio obſcuri alioquin textus in *d. l. ult.* rejectis emendationibus Cujacii *lib.* 2. *obſervat. cap.* 32. Fabri *de error. Pragm. dec.* 70. *err.* 8. quos ſequitur noſter Pich. *ad tit. de leg.* 2. *cap.* 8. *num.* 1. & ſequitur rejecta etiam interpretatione Hillig. ad Donell. *lib.* 6. *cap.* 7. *lit. B.* ſecundum quæ & ſimiliter in *cap. ſi pater de teſtam. lib.* 6. verba *pauperes inſtituendo* deſignant pauperum ſubſtitutionem, de qua in *verſ. præmiſſa ejuſdem cap.* ubi ita notat poſt Claſſicos Emanuel Coſta *parte* 1. *verbo inſtituendo num.* 3. neque repugnat huic traditioni, quod in *noſtra l.* 1. & in *rubr. C. de inſtitut. & ſubſtit.* & apud Cajum, Ulpianum, & Paulum in *fragm.* laudatis *§. præcedente* inſtitutiones & ſubſtitutiones diſtinguuntur, & quidem tanquam res diverſæ diverſis nominibus ex ratione *l. ſi idem* 7. *C. de codicillis.* quia reſpondetur, novum non eſſe in uſu juris, unum idemque verbum & generaliter accipi & ſpecialiter, nomenque generis ad unam ejus ſpeciem reſtringi, atque ita ab alia ejuſdem generis ſpecie diſtingui, ut in *l.* 1. *ff. de adoptionib. l. pecunia* 176. *§. actionis ff. de V. S.* Unde & quemadmodum ſubſtitutio & generaliter pro quacumque ſubrogatione, & ſpecialiter pro ſubrogatione in locum heredis accipitur, ut diximus §. 7. ita & inſtitutio in genere tam primi quam ſecundi gradus inſtitutionem complectitur, quamvis relata in ſpecie ad primam inſtitutionem diſtinguatur a ſecunda, quæ ſpecialiter ſubſtitutio dicitur in *noſtra l.* 1. & in *d. rubr.* ut explicant affirmantque in ſtatutis & aliis ordinationibus inſtitutionis ſive inſtituti appellatione comprehendi ſubſtitutum poſt Accurſium in *l. Gallus* 29. *verbo poſſe.* ubi Bart. *num.* 5. *ff. de lib. & poſth.* & præter Peraltam, Coſtam, Pichardum, Trentacinquium, & alios veteres & noviores coageſtos a Caſtillo *lib.* 2. *controverſ. cap.* 10. *num.* 1. multis & poſt multos communem dicens Maſſinius in *rubr. C. de impuber. num.* 25. & *ſeqq.* Hillig. ad Donell. *lib.* 6. *cap.* 23. *lit. B.* Schifordegherus *ad Fab. lib.* 2. *tractatu* 6. *quæſtione* 2.

§. X. Cæterum contrariam ſententiam, ſcilicet ut ſubſtitutio non ſit proprie inſtitutio, & ut inſtitutionis mentio in ſtatutis & ſimilibus expoſitionibus proprie ſtricteque intelligendis non comprehendat ſubſtitutionem, probant conſtanter, & communem etiam appellant poſt Baldum, Socinum, & alios in *præſenti*, & in *rubr. C. de impub.* plures apud Craſſum *recept. ſent. §. ſubſtitutio quæſtione* 2. poſt alios Intrigliolus *de ſubſtitution. cent.* 1. *quæſtione* 6. Fuſarius *eodem tractatu parte* 1. *quæſtione* 3. Pro qua ſententia ultra argumentum diſtinctionis nominum inſtitutionis & ſubſtitutionis, quod jam diſſolvimus, urget aliud & quidem valde valideque ex eo, quia ſubſtitutio omnis eſt conditionalis, nempe in eum caſum conditionemque, ſi primus heres vel poſt delatam vel poſt adquiſitam hereditatem deficiat. *l. coheredi* 41. *§. coheres* 6. *hoc tit. l.* 1. *§. id quod ex ſubſtitutione* 13. *l. in ratione* 11. *§. quod vulgo* 5. *in fine ff. ad l. Falcid.* Idque apparet ex eo, quia vulgaris ſubſtitutio fit ſub conditione, ſi primus heres non erit, & pupillaris ſub conditione, ſi filius heres erit & impubes deceſſerit. Indeque inferri ſolet, ſpem ſuccedendi ex ſubſtitutione, ſi pendente ejus conditione ſubſtitutus moriatur, non tranſmitti ad heredem ſubſtituti. *l. ſi ex pluribus* 9. *ff. de ſuis & legit. l. ſed ſi plures* 10. *l. Lucius* 45. *§. ult. l. qui habebat* 47. *hoc tit.* Unde & tandem ſubſtitutionem omnem eſſe conditionalem poſt Accurſ. in *l. qui liberis* 8. *verba pure hoc tit.* ſecure ſupponunt ex Claſſicis Ripa in *rubr. noſtra.* Maſſinius in *rubr. C. de impuberum num.* 24. & 42. Donellus *lib.* 6. *comm. cap.* 23. & *ſeqq.* noſter Pichard. in *rubr. inſtitut. de vulgari num.* 10. & 18. eaque ratione Petrus Gregor. *lib.* 42. *Syntagm. cap.* 10. *num.* 2. & 3. & ante eum alii apud Leonium *de ſubſtitutionibus in præludiis num.* 35. & 40. adjiciunt definitioni Accurſii vocem *conditionalis.* Quo ſuppoſito evinci inde videtur, ſubſtitutionem non poſſe definiri aut dici proprie & ſimpliciter inſtitutionem, quia conditionalis actus non dicitur proprie talis, neque abſolute & ſimpliciter, ſed ſecundum quid,

Digitized by Google

arg. l. 1. *ff. de donat. l. is cui* 42. *ff. de O. & A.* junctis ad rem traditis a Tiraquell. in *tractatu Le mort parte* 1. *declaratione* 9. *num.* 11.

§. XI. Sed priore ſententia retenta, ut propoſitæ nuper difficultati reſpondeamus, omiſſis circa eam non ſatis dextre hactenus in Academia traditis, obſervandum eſt, inconſpecte vulgo peccari, dum ſupponitur, ſubſtitutionem omnem ſua natura eſſe conditionalem; eſt enim e contrario verius, ſubſtitutionem omnem ſua natura eſſe putam inſtitutionem non conditionalem, niſi quando fit ſub conditione aliqua extrinſecus præter naturam ſubſtitutionis a teſtatore adjecta, veluti *ſi navis ex Aſia venerit*, ut in pupillari aperte docet Ulpianus in *l. qui liberis* 8. *hoc tit.* & in vulgari Scævola in *l. ult.* §. 1. ibi: *ſed ſi ſub conditione quis heres ſcriptus ſit, pure autem ſubſtitutus eſt*, & ibi: *ſed ſi extiterit conditio duæ puræ ſunt, hoc tit.* & in commune, quoad utramque ſubſtitutionem, Paulus *lib.* 3. *ſent. titulo* 4. §. *ſubſtituere* 18. accedit & *rubr. C. de inſtitut. & ſubſtitut. & reſtitut. ſub condit. factis.* quæ inepte inſcriberetur de ſubſtitutionibus ſub conditione factis, ſi omnes ſubſtitutiones ſub conditione fierent, & ideo potius ſic inſcribitur, quia quemadmodum inſtitutiones aliæ ſub conditione fiunt, de quibus in *d. rubr.* aliæ puræ, de quibus in *rubr. C. de her. inſtit.* ita & ſubſtitutiones quædam ſub conditione fiunt, de quibus in *d. rubr.* plereque autem puræ ſunt, de quibus in *ſeq. tit. C. de impub.* denique manifeſte magis hoc ipſum demonſtrat juris ratio, quæ docet, conditiones tacitas, quæ inſunt veniuntque vel ex poteſtate juris vel ex natura rei ſive actus, cui adjiciuntur, etiamſi a teſtatore exprimantur, non facere actum conditionalem. *l. conditiones* 99. *l. aliquando* 107. *l. ſervo* 47. *ff. de condit. & dem. l.* 3. *ff. de leg.* 1. *l. muto* 6. §. 1. *ff. de tutelis.* & ideo tales conditiones moram & dilationem ſive diem potius, quam conditionem injiciunt legatis relictis ſub aliqua ex his conditionibus, quia ante illam exigi cum effectu non poſſunt. *l. bovem* 43. §. *ult. ff. de Ædilitio Ed.* juncta *l. quod pure* 6. §. 1. *ff. quando dies leg. ced. l. interdum* 73. §. *ult. ff. de V. O. l.* 1. §. *ult. ff. de cond. & dem.* tamen a principio ejuſmodi legata delata intelliguntur, & mortuo legatario ante conditionem ad heredem ejus transmittuntur. *l. ſi Titio* 22. §. 1. & 2. *l. cum illud* 25. §. *ult. in fine ff. quando dies leg. ced.* Quibus conſequens eſt, conditiones illas in ſubſtitutione vulgari, *ſi primus heres non erit*, & in pupillari, *ſi filius impubes deceſſerit*, quamvis a teſtatore exprimantur, & formam faciemque conditionis præferant, tamen non habere vim effectumque conditionis, neque facere ſubſtitutionem conditionalem, quoniam ex natura ipſa utriuſque ſubſtitutionis tacite & jure inſunt. in vulgari, quæ cum ſit ſubrogatio heredis ſecundi in locum primi inſtituti, neceſſe eſt primum heredem non extitiſſe, ut vulgari ſubſtituto locus ſit, & in pupillari, quia cum ſit teſtamentum impuberis, quod non aliter effectum habere poteſt, quam ſi impubes decedat, formula illa, *ſi impubes deceſſerit, nullam habet conditionem*, ut expreſſum eſt in *d. l. qui liberis* 8. cujus hanc germanam rationem contra cavillationes Accurſ. Alberici, & Cumani agnoſcit ex Claſſicis Jaſon *num.* 2. & ex novioribus Goveanus *ibidem* affirmantes, ſubſtitutiones ſua natura non eſſe inſtitutiones conditionales, & conſentiunt Cujac. *ad titulum C. de inſtitut. & ſubſtitut.* & ad Paulum *lib.* 3. *ſentent. titulo* 4. §. *ſubſtituere* 18. Schifordegherus *ad Fab. lib.* 2. *tractatu* 6. *quæſtione* 2. nec diſſentit noſter Pichard. ad *hunc titulum cap.* 2. *num.* 21. & quoad pupillarem expreſſius *cap.* 4. *num.* 50. & 53. & *cap.* 19. *num.* 35. & 51. noſter Valentia in *Epiſtolicis epiſtola* 5. *exercitat.* 6. *num.* 10. & 15. uterque ex Ant. Fabro, qui in pupillari ita cenſuit, agnoſcens tamen ſe olim in ea re lapſum, & in vulgari adhuc eam eſſe conditionalem perperam affirmat, *de error. Pragm. decade* 31. *errore* 6. *num.* 11. & *decade* 32. *errore* 9. *num.* 12. & 25. & *errore* 10. *num.* 2. & 7.

§. XII. Plane quoad pupillarem ſubſtitutionem, quod dicimus non eſſe eam conditionalem, novis inſuper argumentis probat Faber *locis modo laudatis* primo ex eo, quia cum pupillaris ſubſtitutio ſit teſtamentum filii factum eidem a patre. *l. Papinianus* 8. §. *ſed nec impuberis ff. de inoff.* ex quo teſtamento defertur hereditas defuncti pupilli. *l.* 2. §. *illud* 2. *ff. de hered. vel act. vend. l. ſi filius* 12. *hoc titulo.* §. *igitur* 2. *inſtitutionum de pupillari ſubſtitut.* ipſa juris ratio & neceſſitas, teſtamentique pupillaris, ſive ſubſtitutionis natura oſtendit, ut ei locus ſit, prius deceſſiſſe debere pupillum, & quidem quamdiu pupillus ſive impubes eſt, cujus tanquam impuberis defuncti ex ejus pupillari teſtamento hereditas defertur, cum viventis hereditas non ſit. *l. qui ſuperſtitis* 94. *ff. de adquir. hered.* & confirmatur exemplo, quemadmodum enim, etiamſi pater ipſe primum heredem ſuum ſic inſtituiſſet, *ſi ego non infirmato hoc teſtamento deceſſero, Titius heres eſto*, hæc verba non facerent conditionalem inſtitutionem, ita nec faciunt ſubſtitutionem conditionalem verba illa, *ſi filius impubes deceſſerit*, ſcilicet quia utroque caſu juris eſt, non aliter neque ante teſtamento inſtitutioni aut ſubſtitutioni locum eſſe, quam ſi teſtator deceſſerit, cujus hereditas defertur. *l.* 3. *ff. qui teſtam. fac. poſſunt.* confirmatur & ſecundo ex eo, quia ut eleganter Faber conſiderat, verba illa, *ſi filius impubes deceſſerit*, non cenſentur verba filii, qui de ſe in tertia perſona non loqueretur, neque conditio aut pars teſtamenti pupillaris, quod incipit concluditurque verbis illis, *Titius heres eſto. l.* 2. §. *qui neque ff. de her. inſtit.* quin potius ſunt verba patris præparantis, & veluti accingentis ſe ad teſtandum pro filio, & profitentis, ſe pro eo nolle teſtari, niſi quatenus poteſt, id eſt, ſi impubes deceſſerit, atque ita ea verba non tam ſunt conditio ſubſtitutionis factæ, quam faciendæ; neque efficiunt ſubſtitutionem conditionalem ſive ſub conditione, ſed ut non incipiat niſi ex conditione, & caſu illo, quo impubes decedat, ad quod extremum temporis deſignandum ſolet ſubſtitutioni pupillari adjici verbum *tunc. principio inſtitutionum de pupillari ſubſtitutione. l. ſi ita ſcriptum* 8. §. *ult. ff. de bon. poſſeſſ. ſecundum tab. noſtra l.* 1. juncta *l.* 4. §. 1. *ff. de condit. & dem.* quemadmodum in formula Galli Aquilii verba illa, *ſi filius meus me vivo morietur tunc*, continent conditionem jure neceſſariam, ut nepos poſthumus tanquam non a patre præceſſus, atque ita non alienus inſtitui poſſit, & non faciunt nepotis inſtitutionem ſub conditione, quod ſi eſſet, retrotraheretur impleta conditione ad tempus viventis filii, atque ita vitiaretur tanquam poſthumi tunc alieni, ſed efficiunt ut nepotis poſthumi inſtitutio incipiat ex conditione, & extremo illo tempore morientis filii quo nepos ſuus eſſe incipit, & quidem ſine ulla retrotractione, quam impedit verbum *tunc. l. Gallus* 29. ubi docuimus *cap.* 5. §. 18. *ff. de lib. & poſth.* juncta ſimili ſpecie *l.* [illegible] 88. *ff. de her. inſtit.* de quibus ſic [illegible] Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 2. & *de error. Pragm. dec.* 27. *errore* 1. *num.* 16. Schifordegherus *lib.* 3. *ad Fab. tractatu* 19. *quæſtione* 1. Proinde etiamſi illa conditio, *ſi impubes deceſſerit*, non ineſſet tacite ea jure & natura ſubſtitutionis pupillaris, tamen propter vocem *tunc*, quæ retrotractionem impedit, non tam eſſet inſtitutio ſub conditione, quam quæ inciperet ex conditione. & quidem tali conditione, quæ neceſſario extitura eſt, priuſquam deferatur hereditas pupilli, nempe morte ipſius, antequam nulla hereditas pupilli eſt. *l.* 2. §. *interdum hoc tit.* & poſtquam ſcilicet mortem pupilli ſtatim hereditas jus, ut pote impleta conditione, *ſi impubes deceſſerit*, defertur ſubſtituto, & conſequenter non eſt talis conditio, quæ ſuſpendat delationem hereditatis, ne-

neque impediat, quominus cum primum hereditas pupilli eſſe incipit, deferatur ſubſtituto.

§. XIII. Superiora Fabri argumenta ſententiam propoſitam, quoad pupillarem ſubſtitutionem, optimo electo & eleganti ad hanc rem textu in *l. heredis* 7. *§. tractari ff. quando dies leg. ced.* conſcriptum eſt, legatum a ſubſtituto pupillari relictum ſub expreſſa illa conditione, *ſi filius intra pubertatem deceſſerit*, transmitti ad heredem legatarii, etiamſi vivo pupillo, & proinde ante impletam legati conditionem mortuus legatarius fuerit, hac nominatim ratione reddita: *quaſi nihil conſit expreſſa, quæ inerat*, & conſequenter ſupponitur, non eſſe id legatum conditionale, quod ſi foret, non transmitteretur. *l. unic. §. ſin autem aliquid 7. C. de cad. toll.* Unde & recte deducitur, non eſſe etiam conditionalem ſubſtitutionem pupillarem, quæ fit expreſſa conditione illa, *ſi impubes deceſſerit*, cum non minus ſubſtitutioni jure inſit ea conditio, quam legato relicto a ſubſtituto pupillari. Neque Ulpiani ſententiæ in *d. §. tractari*, & illis, quæ hactenus tradidimus, obſtat, quamvis primo adſpectu fortiter urgeat, nobile in hoc tractatu reſponſum Scævolæ in *l. Scævola* 76. *in fine ff. ad S. C. Trebell.* ubi docemur, ſubſtitutionem pupillarem, quæ ut directa valere non potuit, quia codicillis facta fuit, contra *§. codicillis Inſtitut. de codicillis.* ſuſtineri ut fideicommiſſariam, ſive valere jure fideicommiſſi pupillaris relicti a matre herede ab inteſtato filii intra pubertatem morientis; & ſi plures fuerint ſubſtituti dati pupillo, & in eiſdem codicillis directo ſint in vulgarem caſum inter ſe invicem ſubſtituti, eam etiam ſubſtitutionem conſervari, ſive valere in fideicommiſſaria pupillari, ad quam directa pupillaris reducitur. Ideoque ſi ex ſubſtitutis unus, antequam pupillaris caſus exiſtat, nempe vivo pupillo deceſſerit, totum jus & emolumentum fideicommiſſariæ pupillaris ad eos ſubſtitutos, qui ſuperſunt, pertinere, & conſequenter partem ſubſtituti decedentis ante conditionem fideicommiſſi pupillaris ad heredem ejus non transmitti, atque ita ſubſtitutionem pupillarem ſive fideicommiſſum, in quod illa convertitur ſub conditione illa, *ſi impubes deceſſerit*, relictum conditionale eſſe, ſicut & expreſſum eſt in *l. ita tamen* 27. *§. a patre* 4. *ibi: primum quia ſub conditione fideicommiſſum datum eſt*, juncta *l. ſed etſi ante* 10. *ff. ad S. C. Trebell.*

§. XIV. Sane Emanuel Coſta in *cap. ſi pater parte* 3. *verbo de filio ad filiam num.* 23. *& verbo interdum num.* 34. *de teſtam. lib.* 6. quamvis aliud agens & agitans, tamen motus auctoritate textûs in *d. l. heredis* 7. *§. tractari.* affirmare non dubitavit, (novamque & peregrinam ſententiam vocat) fideicommiſſum illud, in quod convertitur ſubſtitutio pupillaris in *d. l. Scævola* 76. non eſſe conditionale, ſed purum & quod ſuo jure cedat a morte patris teſtatoris, etiam vivo pupillo, quia cum pater non poſſit fideicommiſſum relinquere a legitimo herede pupilli, niſi in caſum, quo filius impubes deceſſerit. *l. quod fideicommiſſum* 93. *ff. de leg.* 1. & legitimus heres pupilli eo jure oneretur præſtetque, quo ſi ſubſtitutus pupillo fuiſſet. *l. ab exheredato* 126. *verſ. ergo ff. de leg.* 1. conditio illa, *ſi impubes deceſſerit*, jure inerat fideicommiſſo perinde ac pupillari ſubſtitutioni, etiamſi non exprimeretur, ut in *d. §. tractari.* juncta *l. ſi dies* 21. *§. ult. l. ſi Titio* 22. *§.* 1. *ff. quando dies leg. ced.* & tamen affirmat Coſta, non transmitti partem fideicommiſſi ad heredem decedentis vivo pupillo, quia morte ejus ſubſtituti extitit conditio vulgaris reciprocæ ſubſtitutionis inter ſubſtitutos pupillares factæ in vulgarem caſum; nempe ſi ex illis aliquis heres non eſſet, & ideo cæteri ſubſtituti, ut pote ex voluntate expreſſa teſtantis, in eum caſum præferuntur in parte decedentis heredis ejuſdem, jureque transmiſſionis, *arg. l. 2. §. ſi duo ff. de bon. poſſ. contra tab.* ex adverſo autem Faber *d. dec.* 81. *err.* 6. *num.* 11. diſtinguit inter ſubſtitutionem pupillarem & fideicommiſſum, de quo in *d. l. Scævola* 76. quippe ſubſtitutioni pupillari, cum ſit teſtamentum filii, ineſt jure ea conditio, ſcilicet ſi filius, de cujus teſtamento pupillari & hereditate agitur, impubes deceſſerit, et ideo non eſt conditionalis ſubſtitutio. *d. §. tractari.* at fideicommiſſum illud, in quod ſubſtitutio redigitur in *d. l. Scævola* 76. neque teſtamentum filii eſt, qui in ea ſpecie inteſtatus decedit, neque cenſetur filius id fideicommiſſum relinquere, ut vel ex eo apparet; quia, ſi filius cenſeretur relinquere, valeret etiam relictum a legitimo herede filii exheredati; quoniam & ab eo filius ipſe exheredatus poſſet relinquere, & tamen relictum a legitimo herede exheredati non valet, ut pote quia non filius, ſed pater relinquit. *l. plane* 94. *ff. de leg.* 1. quapropter in fideicommiſſo, de quo in *d. l. Scævola* 76. efficit id conditionale conditio illa, *ſi impubes deceſſerit*, ut pote quæ jure non ineſt fideicommiſſo, quod pater relinquit, & conſequenter operatur, ut pars vivo pupillo morientis ad heredem ejus non transmittatur.

§. XV. Nobis, ſi ingenue & vere cenſendum eſt, neutra ex duabus propoſitis interpretationibus, aut apposita juris rationi, aut idonea rei explicandæ videtur, & in primis quoad aſſertionem Coſtæ, ut omittam, obſtare ei adhuc textum in *d. l. ita tamen* 27. *§. a patre* 4. in verbis ſupra relatis, *ff. ad S. C. Trebell.* peccat ille inconſpecte, dum ſupponit, conditionem, *ſi impubes deceſſerit*, perinde jure ineſſe fideicommiſſo relicto ab herede filii ab inteſtato, atque ſubſtitutioni pupillari, nam e contrario verius eſt, ineſſe jure eam conditionem ſubſtitutioni pupillari directæ, quia nec valere jure poteſt, niſi in eum caſum, quo impubes decedat. *l.* 2. *l. verbis* 7. *l. in pupillari* 14. *hoc tit.* non autem ineſſe fideicommiſſo, quoniam id non tantum in eum caſum, quo impubes deceſſerit, ſed etiam in eum, quo pubes moriatur, relinqui ab ipſo filio poteſt, & debebitur a legitimo herede filii, niſi exheredatus filius fuerit, ut exprimitur in *l. coheredi* 41. *§. quod ſi heredem verſ. nec aliud, & verſ. & ideo hoc tit.* quin & ab ipſo herede legitimo filii inſtituti, & poſt pubertatem morientis, ſi relinquatur, ſuſtinetur tanquam ab herede heredis benigno jure. *l. ſi fuerit §.* 1. *ff. de leg.* 3. nec contrarium ſed diverſum eſt, quod expendit Coſta ex *d. l. quod fideicommiſſum* 93. *d. l. ab exheredati* 126. *ff. de leg.* 1. quippe in *d. l.* 93. non negatur, poſſe patrem fidei committere heredis ab inteſtato filii etiam in caſum, quo filius pubes decedat; ſed dumtaxat dicitur eo caſu, quo fideicommiſſum relictum ſit a legitimo herede pupilli ſub conditione illa expreſſa, *ſi impubes deceſſerit*, evaneſcere fideicommiſſum pubertate, non quia ultra eam jure relinqui non potuit, ſed quia ita relictum fuit, ut usque ad pubertatem valeret, ſic etiam in *d. l.* 126. ſolum dicitur legitimum heredem filii exheredati non poſſe a patre onerari fideicommiſſo, (ſcilicet ſi nihil exheredato pater reliquerit, nam ſi reliquerit, onerari potuit usque ad quantitatem. *d. l. coheredi* 41. *§. quod ſi heredem verſ. & ideo. l. plane* 94. *ff. de leg.* 1. *d. l. ſi fuerit* 5. *§.* 1. *ff. de leg.* 3. ante conſtitutionem Juſtiniani in *l. cum quidam* 24. *C. de leg. l. quidem* 31. *C. de fideicommiſſis*) quia neque ſubſtitutus exheredati poteſt legatis onerari, niſi ipſe aut exheredatus patri ex ejus judicio heres extiterit. *l. qui fideicommiſſum* 87. *§. qui filios* 7. *verſ. nec huic contrarium. l. in ratione* 11. *§. ult. ff. ad l. Falcid. l. miles* 41. *§. ſi miles* 9. *ff. de teſtam. mil. l. ult. in princ. & §.* 1. *ff. de leg.* 3. & legitimi heredes eo jure ſive ratione fideicommiſſa ab inteſtato præſtare coguntur, quo ſi ſcripti fuiſſent, ſcilicet heredes, dataque eis a teſtatore hereditas, dum cum poſſet non ademit ex ratione *l.* 3. *l. conficiuntur* 8. *§.* 1. *ff. de jure codicill. l.* 1. *§. ſciendum* 6. *ff. de leg.* 3. Unde quemadmodum ſubſtitutus exheredati, quamvis hereditatem filii accipiat, niſi tamen præterea patri heres extiterit, non oneratur legatis, ita nec

Nnnn 2 ex-

exheredati legitimus heres fideicommiſſis, niſi & quando & quatenus ultra hereditatem exheredati aliquid a patre acceperit. *d. l. plane* 94. juxta quam explicanda *d. l. ab exheredati* 126. in qua, ut jam conſtat, non probatur non poſſe legitimum heredem filii etiam exheredati onerari fideicommiſſo usque ad quantitatem relicti a patre, etiam quo caſu filius pubes decedat, quamvis ſubſtitutus pupillaris onerari in eum caſum non poſſit, quia comparatio ſubſtituti & legitimi heredis in *d. l.* 126. ad alium effectum pertinet, quem jam expoſuimus, ſed & e contrario Ant. Faber, quamvis ad rem propius accedat, circa eam tamen potius quam in ipſa eſt, labiturque ſubtilitatis colore, dum ex eo argumentatur, non cenſe[ri] filium ipſum relinquere fideicommiſſum a legitimo herede ipſius, quia ſi ita cenſeretur, valeret relictum a legitimo herede exheredati, ut pote cum ab eo poſſit ipſe exheredatus relinquere, namque imo potius, ſi argumentatio Fabri recta eſſet, valeret legatum relictum a ſubſtituto exheredati, ut pote cum ſubſtitutio teſtamentum filii ſit, atque ita filius ipſa relinquat, & tamen non valere conſtat ex *d. l. ab exheredati* 126. *in princ.* cum ſupra laudatis: & e converſo valet fideicommiſſum a legitimo exheredati usque ad quantitatem, quam ille accepit a patre, quamvis non filius ſed pater relinquat. *d. l. cohæredi* 41. §. *quod ſi heredem* 3. *in fine.* *d. l. quod ſi fuerit* 5. §. 1. Deinde nec rem explicat Fabri explicatio, quia quamvis fateamur, quod verum eſt, fideicommiſſum de quo in *d. l. Scævola* 76. non eſſe teſtamentum filii, tamen ſi alia ratione conditio illa, *ſi impubes deceſſerit*, jure ineſſet fideicommiſſo, quia ſine illa valere non poſſet, ut Coſta voluit, fatendum eſſet, non eſſe id conditionale, juxta *l. conditiones* 99. *ff. de condit. & dem.* cum ſupra adductis §. 11.

§. XVI. Quare his, & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles, interpretationibus omiſſis, ut jam propriam novamque forſitan proponamus, quæ ex nuper contra Emanuelem Coſta traditis facile elucet, affirmamus breviter, fideicommiſſum illud, in quod pupillaris ſubſtitutio convertitur, in *d. l. Scævola* 76. eſſe conditionale, quia quamvis ibi ſuſtineatur tanquam relictum ſub illa forma conditionis, *ſi impubes deceſſeris*, quæ ſubſtitutionem conditionalem non facit, quia ei jure ineſt, ut pote cum ultra pubertatem ſubſtitui jure directo non poſſit, tamen in fideicommiſſo contra eſt, quoniam id potuit & ab ipſo filio etiam in caſum, quo pubes moreretur, relinqui ſtricto jure, ſic ut debeatur a legitimo herede filii jam puberis. *d. l. cohæredi* 41. §. *quod ſi heredem verſ. neque aliud.* & immediate a legitimo herede filii inſtituti etiam poſt pubertatem, tanquam ab herede heredis patris benigno jure. *d. l. ſi fuerit* 5. §. 1. & conſequenter fideicommiſſo non ineſt jure illa conditio, *ſi impubes deceſſerit*, ut pote ſine qua, & in caſum, quo poſt pubertatem decederet, relinqui jure potuit, in eoque diſtinguitur a legato relicto a ſubſtituto pupillari, quod purum eſt, quia ineſt ei eadem conditio, quæ ſubſtitutioni. *d. l.* 7. §. *tractari ff. quando dies leg. ced.* unde, & ut exemplo rem illuſtremus, quemadmodum legatum relictum ita, *cum heres morietur*, conditionale eſt, & legatario ante heredem mortuo non transmittitur ad he[red]em legatarii. *l. heres* 79. §. 1. *ff. de condit. & dem.* *l.* 4. juncta *l. ſi Titio* 22. *ff. quando dies leg. ced.* ita & fideicommiſſum, quod in *d. l.* 76. intelligitur relictum ſub conditione, ſi filius idemque patris heres impubes morietur, eſt conditionale, & fideicommiſſario uno ante filium heredem mortuo ad heredem fideicommiſſarii non transmittitur, ſed ad reliquos in fidei[commiſſo] invicem ſubſtitutos pertinet: idcirco autem [h]ane difficultatem explicatu dignam omittamus, ex eo quod ſubſtitutionem in fideicommiſſo valere ſcribit, veluti infert Scævola, uno mortuo [totum] ad ſuperſtites pertinere, atque ita ſentit pertinere ex vi ſubſtitutionis, cum tamen etiam ſine ea pertinere debere videretur ex jure accreſcendi, quoniam, ut in hoc recte Coſta in *d. cap. ſi pater parte* 3. *verbo interdum num.* 30. jus accreſcendi excluderetur [ta]ntum eo caſu, quo unus ille mortuus fuiſſet poſt teſtamentum vivo teſtatore, conſtitueretur pars illius in cauſſa caduci, fiſcoque deferretur juxta ſententiam [ve]teris juris in legatis & fideicommiſſis. *l. unic.* §. *& cum triplici verſ. vel vivo, & §. pro ſecundo C. de cadu. toll.* & tamen eo etiam caſu ſubſtitutio fiſcum excluderet. *d. l. unic. in princ. verſ. ſed & ipſis.* atque ita cum Scævola non exprimat tempus, quo [unus] ille mortuus ſit, ſed indiſtincte affirmet, uno mortuo totum ad ſuperſtites pertinere, merito [id] refert ad vim ſubſtitutionis, cujus jure totum ad eos pertinet, etiam illo caſu, quo non pertineret ex [jure] accreſcendi, quia a fiſco excluderetur, quomodo jam olim interpretabar textum in *l. quis* 25. juncta *l. Titius* 24. *ff. de her. inſt.* in comment. *ad Leges Jul. & Papiam parte* 3. *cap.* 2. *num.* 16.

§. XVII. Enim vero ut, antequam Scævolam dimittamus, priorem etiam ejus reſponſi part[em] in *d. l. Scævola* 76. in hoc ſubſtitutionum tractatu celebrem, lectamque magis multis, quam recte intellectam ex propoſitis deducta interpretatione donemus, præmittimus in obſcuro ſemper fuiſſe, cur in *d. l.* 76. ſubſtitutio pupillaris directa inutiliter codicillis facta ſuſtineatur jure fideicommiſſi benigna interpretatione, & quænam ratio ejus benignitatis ſit: omittimus autem in primis interpretationem Accurſii in *princ. inſtitut. gloſſa* 1. *de vulgari*, & aliorum apud Bart. in *d. l.* 76. quos defendere conatur Coſta in *d. cap. ſi pater parte* 3. *verbo interdum num.* 3. ut ſcilicet ſubſtitutio in *d. l.* 76. ideo ſuſtineatur jure fideicommiſſi, quia fuit facta per verbum *ſubſtituto*, quod commune eſſe etiam fideicommiſſariæ diſpoſitioni, neque omnino directum, & imperativum adjici ſolet ex *l. jam hoc jure* §. *ſed ſi alter* 2. *hoc tit.* qui tamen convincuntur, tum quia aſſertio illa de communi verbo *ſubſtitutio* non probatur in *d. l. jam hoc jure* 4. §. *ſed ſi alter*, ubi commune appellatur non verbum *ſubſtitutio*, ſed verbum *invicem*, quod convenit & commune eſt ſubſtitutioni directæ reciprocæ utriusque filii in vulgarem caſum, ut recte intelligunt noviores omnes ibi, & præ cæteris Fab. *lib.* 15. *conject. cap.* 10. *& de error. Pragm. de ade 30. errore* 2. *num.* 8. Schifordegh. *ad Fab. lib.* [ ]. *tractatu* 2. *quæſtione* 3. tum etiam quia, ſi admitteremus ſubſtitutionem ibi factam verbo *ſubſtitutio*, & id eſſe commune fideicommiſſis, v[ale]ret ſubſtitutio tanquam fideicommiſſaria ſine ullo recurſu benignitatis, ad quam tamen recurrit Scævola in *d. l.* 76. omittimus & interpretationem Cujacii *lib.* 11. *obſervat. cap.* 25. quam ante eum tradidit poſt Chriſtophorum Caſtellion, Raphaël Fulgoſius in *l.* 2. *l. ſi idem C. de codic. lib.* Viglius in *princ. inſtitut. num.* 4. *de vulgari.* & probavit tandem Hillig. ad Don. *lib.* 7. *cap.* 17. *lit. C.* affirmans benignitatis cauſſam, per quam jure fideicommiſſi conſervatur ſubſtitutio tam pupillaris, quam reciproca inter ſubſtitutos in *d. l.* 76. eſſe favorem, & contemplationem pupilli. Namque huic interpretationi magno licet Academico Anteceſſori quondam probatæ repugnat primum, quod, cum per fideicommiſſum illud non fiat, ut pupillus heredes teſtamentarios habeat, in quo totus favor pupillaris ſubſtitutionis ſolet conſiſtere. *l. Julianus* 42. *verſ. quæ ſententia ff. de acquir. hered.* dici non poteſt, cur magis favorabile pupillo ſit ab inteſtato decedenti, hereditatem ſuam fideicommiſſariis forſitan extraneis reſtitui, quam apud matrem ſuam remanere: repugnat & ſecundo, quod ſi pupilli favore conſervaretur ſubſtitutio in *d. l.* 76. conſervanda etiam eſſet aliis caſibus, quibus inutiliter fit, & in quibus idem pupilli favor verſatur, veluti quando impuberi emancipato vel extraneo, ſive ei, qui mortis tempore in poteſtate non fuit, ſubſtituitur, queis tamen caſibus non conſervatur. *l.* 2. *l. cohæ-*

redi

redi 41. §. *cum filiæ hoc tit.* quo ſecundo argumento refellitur & alia interpretatio cauſſam benignitatis non tam in ſavore pupilli, quam in conſervatione ſupremæ voluntatis paternæ collocans (quod tamen ſi ita eſſet, conſervaretur etiam, ubicumque inutilis eſſet ſubſtitutio a patre facta filio contra *l. verbis* 7. *cum ſimilibus hoc tit. l. nemo* 55. *ff. de leg.* 1.) quæ interpretatio fuit Aretini in *d. l. verbis* 7. Donelli *d. lib.* 7. *cap.* 17. quos tacito oomine notat Faber *lib* 15. *conject. cap.* 14.

§. XVIII. Nec felicior in re explicanda idem Faber, quamvis laudatus hyperbolice Sclıſordeghero *d. lib.* 2. *tractatu* 6. *quæſtione* 4. dum docet, quod quamvis regulariter inſtitutio ſubſtitutiove facta in codicillis ab inteſtato conditis ſuſtineatur jure fideicommiſſi. *l. illud* 13. §. 1. *l.* 2. §. *ult. ff. de jure codicill.* juncta *l. Lucius* 88. §. *ult. ff. de leg.* 2. non tamen etiam fideicommiſſi jure valet, ſi fiat codicillis teſtamentariis, ſive qui ex teſtamento pendent. *l. non idcirco* 4. *C. de codicillis. l. penult.* §. 1. *ff. de condit. inſt. l. Divi* 6. juncta ratione & regula *l. quod per manus* 10. *l. ab inteſtato* 16. *ff. de jure codicill.* & ideo cum codicilli in *d. l. Scævola* 76. fuerint teſtamentarii, oempe patris qui teſtameotnm fecit, non filii qui inteſtatus deceſſit, non potuit ſecundum juris regulas defendi ſubſtitutio jure fideicommiſſi, ſed ex benigna interpretatione, cujus benignitatis rationem ex eo Faber deducit, quia cum pater potuerit vel ſubſtituendo valide filio adimere ejus hereditatem matri heredi legitimæ. *l. Papinianus* 8. §. *ſed nec impuberis ff. de inoff.* vel fideicommiſſum totius hereditatis relinquere a legitimo herede pupilli, dummodo in caſum, quo impubes decedat, & eo caſu quo ſibi teſtamentum pater fecerit, (quomodo hoc utrumque Faber requirit) & in *d. l.* 76. pater teſtamentum fecerit ſibi, & ſubſtituerit in caſum, quo impubes decedat, benignum eſt conſervari ſubſtitutionem jure fideicommiſſi a pupilli legitimo herede, ot pote cum ipſe ſuccedat quaſi ex tacito judicio patris, qui cum poſſet otiliter ſubſtituendo ei hereditatem pupilli adimere, non ademit: ooo inquam felicior Faber, primo quia contra id, quod ſupponit, verius eſt inſtitutionem ſubſtitutionemve factam codicillis etiam teſtamentariis defendi jure fideicommiſſi, ut probat vulgo ignotus neque ignobilis Scævolæ locus in *l. cum quis* 38. §. *Sejam* 4. *ff. de leg.* 3. conducunt textus in *d. l.* 2. §. *ult. ff. de jure codicill. d. l. Lucius* 88. §. *ult. ff. de leg.* 2. Et commentitiam eſſe, quoad effectum propoſitum Fabri diſtinctiooem inter codicillos teſtamentarios & ab inteſtato, apparet tum ex *l. ult.* §. *illud* 1. *verſ. nec transducere C. de codicillis.* ubi indiſtincte ſignificatur io eo, qui codicillos facere voluit, regulare eſſe ut ultima ejus voluntas trahatur, transferaturve ad cauſſam fideicommiſſi; tum ex maſcula ratione juris, quia ſi clauſula codicillaris, ſive ut valeat jure codicilli, ſolet efficere, ut teſtamentum alioquin inutile, & hereditas eo data ſuſtineatur jure fideicommiſſi. *d. l. ult.* §. *illud* 1. *d. l. Lucius* 88. §. *ult. l. ex ea* 29. §. *ult. ff. qui teſtam. fac. poſ. l.* 3. *ff. de teſtam. milit.* quanto magis id operabitur ipſa codicillorum natura & jus in eo, qui codicillos facere voluit & fecit: quamvis ſi teſtamentum facere voluerit, neque codicillarem clauſulam adjecerit, non trahatur inſtitutio inutilis ad fideicommiſſum, non quia codicilli teſtameotarii ſunt, ſed quia codicillos noluit facere juxta textus ſic explicandos in *d. l. illud* 13. §. 1. juncta *l.* 1. *ff. de jure codicil. l. non codicillum* 14. *C. de teſtam.* juncta *l. ex teſtamento* 29. *C. de fideicommiſſis. l. coheredi* 41. §. *quod ſi heredem* 3. *verſ. quæ ita hoc tit.* cum ſimilibus a Fabro adductis, quibus explicandis ita docet & diſtinguit Bart. communiter receptus in *d. l.* 1. *ff. de jure codicill.* Menchaca *de ſucceſſ. creat. lib.* 3. §. 25. *num.* 19. quamvis quoad ſpeciem *d. l. illud* 13. §. 1. diſſentiat Cujacius *lib.* 19. *quæſtionum Papiniani ibidem*, & ad *titulum C. de teſtam.* cui tamen ſatisfacies ex traditis a Carranza *de partu cap.* 2. §. 1. *num.* 288. Secuodo & quod Faber ſcribit noo poſſe patrem fidei committere legitimi heredis pupilli, niſi in caſum quo impubes decedat, falſum eſt, ut oſtendimus ſupra §. 15. & quod ſcribit, non poſſe etiam fidei committere, niſi ſibi teſtamentum faciat, nullibi probatur, immo improbatur in *l. ſi fundum* 92. §. *ult. ff. de leg.* 1. Tertio denique Fabriana ratio benigoitatis convincitur tum ex eo, quia aſſumptio illa, ad quam refertur, oempe poſſe fidei committi heredis ab inteſtato, quia ei datur hereditas dum non adimitur, non eſt ex benignitate, ſed ex regula & ratione juris. *l.* 3. *l. conficiuntur* 8. §. 1. *ff. de jure codicill. l.* 1. §. *ſciendum* 6. *ff. de leg.* 3. tum etiam quia ſi ea ratio eſſet vera, conſervanda etiam foret jure fideicommiſſi, quæcumque inutiliter facta pupillaris ſubſtitutio, in qua eadem ratio illa militat, quod pater inutiliter ſubſtituendo dat heredi ab inteſtato, dum non adimit pupilli hereditatem, & tameo extra ſpeciem *d. l.* 76. conſtat non cooſervari. *d. l. coheredi* 41. §. *cum filiæ hoc tit.*

§. XIX. Quare omiſſis & aliis interpretationibus, quarum meminit Didacus Spino *de teſtamentis gloſſa* 32. *principali num.* 23. *& ſeqq.* omiſſa & vulgari ſuppoſitione, quam poſt multos ex Claſſicis, Practicisque plerique Academici Anteceſſores ſequuti, exiſtimantes illud ipſum benigna interpretatione fieri, ut ſubſtitutio in codicillis intelligatur ſecundum ſubjectam materiam, atque ita jure fideicommiſſi, ut ex *d. l.* 76. docent & deducunt Cumanus *ibi*, Ripa in *l. ex facto* 17. *num.* 1. *ad S. C. Trebell.* Gomez. in *l.* 24. *Tauri num.* 3. *& tom.* 3. *var. cap.* 4. *num.* 6. ubi Suarez in *addit. num.* 21. Parlador. *tom.* 3. *differentia* 14. *num.* 10. ut jam Scævolam, ſi non omnino vere (quod difficile in re difficili) ſaltem probabiliter, nec vulgariter interpretemur, ſtatuimus in primis, ſubſtitutionem pupillarem in *d. l.* 76. quamvis directo inutilis ſit, quia codicillis facta fuit, ut Scævola ſupponit, tamen conſervandam fuiſſe jure fideicommiſſi ex regula & ratione juris, qua ſupra contra Fabrum oſtendimus, inſtitutionem factam codicillis, ſive ab inteſtato ſive teſtamentariis trahi & transferri ad cauſſam fideicommiſſi. *d. l. cum quis* 38. §. *Sejam ff. de leg.* 3. *d. l.* 2. §. *ult. l. illud* 13. §. 1. *ff. de jure codicillorum. d. l. ult.* §. 1. *verſ. nec transducere C. de codicillis*, cum ſupra laudatis. oeque ad hanc cooſervationem, cum juris ordinarii & communis ſit, ſi oihil aliud obſtaret, oeceſſariam fuiſſe benignam interpretationem, etiamſi heredi legitimo præjudicaretur. *d. l. illud* 13. §. 1. Plane ut, io quo neceſſaria benignitas fuerit, explicemus, obſervandum eſt, obligationem fideicommiſſi, per quod ibi ſubſtitutio conſervatur, incipere non in perſona pupilli, qui ex aſſe heres patris fuit, ut Scævola in principio proponit, ſed poſt mortem pupilli in matre legitima herede ejusdem, atque ita io herede heredis; neque aliter aliove modo fideicommiſſum intelligi poſſe in *d. l.* 76. quia cum pupillaris ſubſtitutio ſit teſtamentum pupilli, ex quo hereditas ejus defertur. *d. l. Papinianus* 8. §. *ſed nec impuberis ff. de inoff.* & proinde quod pupilli favorem non onus continet. *d. l. Julianus* 42. *verſ. quæ ſententia ff. de adquir. hered.* & quod non incipit, neque ſubſtituto defert hereditatem, niſi poſt morteor pupilli, quando hereditas ejus incipit. *l.* 2. §. *interdum hoc tit.* ſi fideicommiſſum, in quod ſubſtitutio convertitur, ſic iotelligeretur, ut obligatio ejus inciperet io perſona pupilli, quamvis in ultimo vitæ ejus momento oneraret pupillum magis, quam ſubſtitutio, & deferretur fideicommiſſum ſubſtituto ante id tempus, quo eidem deferenda erat hereditas ex directa ſubſtitutiooe ſi valuiſſet, quorum utrumque eſſet contra voluntatem teſtantis, & juris rationem. Ergo hoc ſuppoſito, quod fideicommiſſi obligatio io *d. l.* 76. neceſſario incipere debeat in matre herede pupilli heredis patris, apparet non poſſe id fieri

ri ſine benigna interpretatione, quoniam juris civilis ſtricta ratio, & regula antiqua non patitur obligationes & legata poſt mortem primi heredis, ſive in herede heredis incipere, teſte Ulpiano in *fragm. titulo* 24. §. *poſt mortem* 16. Cajo *lib.* 2. *inſtitut. titulo* 7. §. *præterea verſ. item quamvis.* Paulo *lib.* 3. *ſent. titulo* 6. §. *poſt mortem* 5. *cum* §. *ſeq. l. ſcrupuloſam* 11. *C. de contrahend. ſtip. l. unic. C. ut act. ab hered. l. non dubium* 8. *C. Theodoſ. de diverſis reſcriptis.* §. *poſt mortem* 35. *inſt. de leg.* & quamvis obtinuerit, fideicommiſſa etiam poſt mortem heredis, & ab herede heredis poſſe relinqui, id tamen fuit, quia fideicommiſſa non ex rigore juris civilis ſed ex voluntate defuncti benigne ſuſtinentur teſte Ulpiano *titulo* 25. *in princ.* & §. *fideicommiſſum* 8. juncto §. *ſed non usque* 3. *inſtit. de leg.* ideoque, ut valeat fideicommiſſum ab herede heredis, benignum eſſe ſcriptum eſt in *l. ſi fuerit* 5. §. 1. *ff. de leg.* 3. juxta quem textum ſicut ſupplenda, & ſubaudienda eſt ea benignitatis ratio, ubicumque in fideicommiſſo ab herede heredis ea omittitur, aut minus exprimitur, ut apud Cajum *d. lib.* 2. *titulo* 7. §. *præterea verſ. item quamvis.* & in *l. ſi fundum* 92. §. *ult. ff. de leg.* 1. ita & explicanda eſt, ubi exprimitur, ut in *d. l.* 76. ubi, ut jam concludamus, benigna interpretatio in eo eſt, ut conſervatio ſubſtitutionis inutiliter codicillis factæ ſit per fideicommiſſum, cujus obligatio incipiat in matre herede heredis.

§. XX. Cui interpretationi in primis favent Scævolæ verba ſignanter relata ad obligationem fideicommiſſi in matre herede pupilli incipientem in *d. l.* 76. ibi: *benigna interpretatione placet, ut mater, quæ ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur.* Secundo & favet, quod in *verſ. quod ſi invicem*, ut affirmet Scævola ſubſtitutionem reciprocam codicillis factam in hereditate directo deferenda ex ſubſtitutione pupillari ſubſtitutis pupillaribus (ſcilicet in vulgarem caſum ita ut quicumque ex eis heres non eſſet, cæteri heredes eſſent) valere & in fideicommiſſaria hereditate, in quam directa pupillaris convertitur, nullo benignitatis prætextu utitur, ſed ſimpliciter & ſecure affirmat, *& in fideicommiſſo ſubſtitutionem valere:* nimirum quia ad hunc effectum non erat neceſſe, ut aliqua nova obligatio in herede heredis inciperet, ſed ut ſubſtitutio vulgaris reciproca, quæ in directa pupillari hereditate inutiliter codicillis facta fuerat, valeret tanquam facta ex natura codicillorum in fideicommiſſo, in quod pupillaris ſubſtitutio convertitur, & in quo vulgariter & reciproce ſubſtitui fideicommiſſariis poteſt. *l. ut heredibus* 50. *ff. de leg.* 2. *l. unic.* §. *ſin autem* 7. *verſ. quod ſi in medio C. de caduc. toll.* Tertio fovet firmatque ſuperiora, nec pœnitendæ obſervationis eſt, quod Papinianus in *l. coheredi* 41. §. *quod ſi heredem* 3. *hoc tit.* legitimum heredem filii obligari fideicommiſſo relicto a patre etiam in caſum, quo jam pubes filius moriatur, ſupponit placuiſſe, & quidem ſine ullo benignitatis auxilio, idcireo ſcilicet, quia apud Scævolam in *d. l.* 76. interpretamur, non potuiſſe fideicommiſſum illud niſi in herede heredis incipere, ne alioquin aut onerofius pupillo, aut utilius ſubſtitutis eſſet, quam directa pupillaris ſubſtitutio, quæ codicillis facta fuerat, ut ſupra docuimus. E contrario autem apud Papinianum nulla ſubſtitutione directa filio facta pater filium ipſum oneravit fideicommiſſo, ut conſtat ex verbis illis: *quod ſi heredem filii pater rogaverit*, & ex illis: *ut ab impubere fideicommiſſo poſt mortem ejus dato*, atque ita in ipſo filio primo herede, cum moreretur, & conſequenter eo adhuc vivo. *l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de man. teſtam.* obligatio fideicommiſſi cœpit, quæ a filio tranſit ad filii heredem legitimum, qui fideicommiſſum poſt mortem filii reſtituit, eoque ſenſu & reſpectu compulſionis & reſtitutionis fideicommiſſum ab impubere poſt mortem ejus datum dicitur a Papiniano in verbis jam relatis, quemadmodum eodem ſenſu & reſpectu Scævola in *l. uxorem* 41. §. *Scævola ff. de leg.* 3. fideicommiſſum relictum ab herede, *cum volet*, ſupponit ſine benignitatis ope valere, nempe quia obligatio ejus incipit in herede moriente, & proinde eo vivo. *l. ult. ff. qui ſine manumiſſ. l. ult. ff. quando dies leg.* quamvis reſtitutio & compulſio incipiat in herede heredis, eoque reſpectu cenſeatur datum poſt mortem primi heredis, ut Claudius notavit in *d.* §. *Scævola.* quem ſic expoſuimus §. 20. in *l.* 1. *ff. de leg.* 1. contra Coſtam *lib.* 1. *ſelect. cap. ult. num.* 9. quemadmodum denique Ulpianus in *l.* 1. §. *ſi ab ipſo* 19. *ff. de collat. bon.* fideicommiſſum relictum a patre herede inſtituto, cum morietur, ſcribit utile eſſe, & quidem ex jure certo non benigno, ſcilicet quia obligatio incipit in patre herede cum moritur, atque ita dum adhuc vivit, quamvis quoad effectum reſtitutionis perinde ſit, acſi poſt mortem patris relictum foret, & ideo non conferatur. *l. ult. ff. de collat. bonorum.* Quarto denique, ut expeditior interpretatio noſtra maneat, ad *d. l.* 76. obſervare oportebit, legata & fideicommiſſa relicta a ſubſtituto pupillari etiam ſub conditione expreſſa, cum impubes moritur, aut poſt mortem impuberis, valere mero jure ſine benigna interpretatione. *d. l. heredis* 7. §. *tractari ff. quando dies leg.* quamvis obligatio eorum incipiat non in pupillo, ſed in ſubſtituto. *l. in ratione* 11. §. *quod vulgo ff. ad l. Falcid.* & quamvis ſubſtitutus pupilli a patre inſtituti ſit heres heredis patris, nimirum quoniam ea legata & fideicommiſſa, quamvis patris judicio relicta ſint, deferuntur tamen tanquam relicta filii teſtamento, quod eſt pupillaris ſubſtitutio. *d. l. Papinianus* 8. §. *ſed nec impuberis.* atque ita juris intellectu filius ipſe a primo ſuo herede ſcilicet ſubſtituto, non pater ab herede heredis relinquit: aliter atque fideicommiſſum relictum teſtamento aut codicillis patris ab herede legitimo filii, quo caſu cum non ſit teſtamentum aliquod filii, in quo ipſe relinquere intelligatur, fatendum eſt patrem ipſum ab herede filii heredis ſui relinquere, & conſequenter non valere, niſi benigno jure. *d. l. ſi fuerit* 5. §. 1. *d. l. Scævola* 76.

§. XXI. Jam vero ut ex diverticulo interpretationis Scævolæ in *d. l.* 76. quæ diutius nos tenuit torſitque, regrediamur ad regiam, rectamque viam diſputationis noſtræ, ſupereſt explicandus circa aſſertionem illam propoſitam §. 11. *& ſeqq.* nempe ſubſtitutionem pupillarem non eſſe conditionalem ſed puram, expenſus in contrarium ſupra §. 13. *in fine* Juliani locus in *l. ita tamen* 27. §. *a patre* 4. *verſ. primum ff. ad S. C. Trebell.* ubi affirmatur, fideicommiſſum relictum a ſubſtituto pupillari eſſe conditionale contra *d. l. heredis* 7. §. *tractari.* Sed exploſa affirmatione Accurſii in *d.* §. *a patre* 4. *verbo ſub conditione*, agnoſcentis rationem illam traditam in *d. verſ. primum* non eſſe ſufficientem, & Cujacii *ibidem lib.* 40. *Dig. Juliani*, & in *l. apud* 11. §. *utrum ff. ad S. C. Trebell.* notantis eamdem rationem tanquam infirmam & imbecillem, ideoque omiſſam ab Ulpiano eamdem Juliani ſententiam, & ſecundam ejus rationem referente in *l.* 2. §. *interdum hoc tit.* quoniam ſi ſecunda ratio non obſtaret, etiamſi conditionale fideicommiſſum eſſet, compellendus heres erat adire ex regula *d. l. apud* 11. §. *utrum verſ. Antiſtia. l. ille a quo* 13. *l. ſi cui pure* 31. *l. ſi patroni* 55. §. *quid ergo verſ. nam ſi pendente ff. ad S. C. Trebell.* (unde & ſecunda graviorque difficultas *d.* §. *a patre* reſurgit) exploſa etiam opinione Caſtrenſis in *d.* §. *a patre.* qui, ut hanc ſecundam difficultatem effugiat, ſupponit ibi ſubſtitutum exheredati fuiſſe a patre inſtitutum ex parte, dato ei coherede in alia parte, & ideo ceſſare compulſionem, ut in *l. ſed cum* 12. juncta *l. ſi res* 52. §. *ult. cum l. ſequenti.* ubi Cujacius *lib.* 19. & 20. *quæſtionum Papiniani ad S. C. Trebell.* quæ tamen ſuppoſitio quoad *d.* §. *a patre* & divinatoria eſt & falſa, ut conſtat ex *ſequenti* §. *quod ſi duo* 5. rejecta denique Donelli ſententia *lib.*

7.

7. *comment. cap.* 22. qui coactus auctoritate *d. §. a patre.* pro regula ex eo deducit docetque, in fideicommiſſo conditionali non eſſe locum compulſioni, niſi quoties libertas etiam & hereditas per fideicommiſſum ſub conditione data eſt, ut in *d. l. apud* 11. *§. ult.* quam tamen Donelli opinionem recte refutat ex *d. l. ille a quo* 13. & ex *l. cogi* 16. *§. ſi pater.* juncta *l. ubi pure* 19. *ff. ad S. C. Trebell.* Hillig. ad Donell. *d. cap.* 22. *lit. L.* reſpondendum potius eſt, quoad priorem difficultatem, fideicommiſſum illud in *d. §. a patre* dici ſub conditione relictum, non quia conditionale proprie ſit, quod ſi eſſet, non transmitteretur ad heredem fideicommiſſarii mortui vivo pupillo, & tamen transmittitur. *d. l. heredis* 7. *§. tractari. l.* 1. *ff. quando dies leg. ced.* ſed ſub conditione relictum dicitur, quia quamvis purum ſit, tamen relinquitur ſub forma conditionis, ut in re ſimili loquitur Cajus in *l. aliquando* 107. *ff. de conditionib. & dem.* Paulus in *l. ſi dies* 21. *§. ult. ff. quando dies leg.* nempe in caſum illum, quo hereditas pupilli ex ſubſtitutione ad inſtitutum pervenerit, ut in *d. §. a patre.* ibi: *quæ ad eum ex ſubſtitutione pervenerit*, qui caſus ſive conditio pupillaris ſubſtitutionis, quamvis tacite & jure inſit, quia tamen ſub forma conditionis exprimitur, conditio appellatur, ut in *d. §. tractari in fine. l. ſi Titio* 22. *§.* 1. *& ult. ff. quando dies leg. ced. d. l. aliquando* 107. *l. conditiones* 99. *ff. de condit. & dem.*

§. XXII. Deinde quoad ſecundam difficultatem dicendum eſt, rationem propoſitam in *d. §. a patre verſ. primum* eſſe idoneam, ſufficientemque intra terminos ejus textus, ut quamvis fideicommiſſum illud proprie conditionale non fuerit, tamen ex eo ſolo, quod ſub conditione tacita, ſi hereditas pupilli ad ſubſtitutum pervenerit, relictum eſt, recte ratiocinetur Julianus, probetque non eſſe compellendum ſubſtitutum vivo pupillo hereditatem patris adire, nimirum, quia conditio illa ſaltem moram, & dilationem inducit facitque, ut fideicommiſſum, quamvis purum ſeu non conditionale, cenſeatur tamen dilatum in diem incertum mortis pupilli, neque incipiat niſi ex die, conditione, & caſu illo ſubſtitutionis pupillaris, ut de ea diximus ſupra §. 12. *in fine.* plane non ſolum in fideicommiſſis proprie conditionalibus, ſed etiam in relictis ex die incerto vel conditione ratio & regula antiqui juris fuit, niſi dies in gratiam heredis expreſſus ſit. *l. poſt mortem* 12. *C. de fideicommiſſis.* quam ita exponit noſter D. Joannes de la Rea *tom.* 1. *deciſ. granat. cap.* 10. *num.* 47. *& deciſ.* 15. *num.* 3. *&* 10. non poſſe ante diem vel conditionem reſtitui; & ideo neque interim compelli heredem adire. *l. ſed etſi ante* 10. *ff. ad S. C. Trebell.* quæ regula quamvis ceſſaret in relictis in diem certum. *l.* 1. *§. ſed & quoties* 9. *l. recuſare* 6. *§. ult. l. cogi* 16. *§. cum quidam* 7. *ff. eod. tit.* quibus conciliandis cum *d. l. ſed ſi ante* 10. ita diſtinguit poſt alios Donellus *lib.* 7. *comm. cap.* 20. & præterea limitata ſit ea regula in fideicommiſſis conditionalibus vel ex die incerto relictis, quando agitur de compellendo herede, ut adeat eam ipſam hereditatem, quam reſtituturus eſt, ad quos terminos pertinet Antonini Pii conſtitutio in *d. l. apud* 11. *§. ult. d. l. ille* 13. *d. l. ſi cui pure* 31. *ad S. C. Trebell.* junctis traditis ab Ant. Fabro *lib.* 18. *conject. cap.* 7. *cum ſeqq.* permanſit tamen indelibata ea regula, ne quis propter fideicommiſſum unius hereditatis relictum ex die incerto, vel conditione compellatur ante diem, vel conditionem adire aliam hereditatem, de qua rogatus non eſt, ut in *d. §. a patre.* ubi ideo non cogitur ſubſtitutus adire hereditatem patris ante conditionem mortis pupilli, ſub qua fideicommiſſum hereditatis pupillaris relictum eſt, ut ſentit Hillig. ad Don. *d. lib.* 7. *cap.* 22. *lit. L.* Atque eo modo accepta rectiſſima eſt Juliani ratio in *d. verſ. primum.* quamvis eam & in caſum, quo ſine conditione & dilatione ulla relictum fideicommiſſum proponeretur, alia ratione in *verſ. deinde* confirmet, & veluti muniat Julianus ſuo & oratorio more, ut in *l. ſi ſine* 22. *§. quod ſi procurator per judicem ff. ratam rem haberi.* ubi Cujacius *lib.* 56. *Dig. Juliani.*

§. XXIII. Levioris ſane ad rem operæ, & explicationis ſunt adducti contra aſſertionem noſtram, & pro communi ſupra §. 10. textus alioquin difficiles in *l. coheredi* 41. *§. coheres* 6. *hoc tit. l.* 1. *§. id quod ex ſubſtitutione* 13. *l. in ratione* 11. *§. quod vulgo* 5. *in fine ff. ad l. Falcid.* in quibus inſtitutus primo gradu, & ſubſtitutus vulgariter coheredi, aut pupillariter filio impuberi comparatur inſtituto ex parte pure, ex parte ſub conditione, & in *d. §. coheres* 6. *verſ. non idem* ſignificatur, pupillarem ſubſtitutum, qui non eſt primo gradu a patre inſtitutus, eſſe plane inſtitutum ſub conditione, & in *d. §. quod vulgo* 5. *in fine.* legata relicta in tabulis pupillaribus intelligi relicta in primis tabulis ſub conditione, ſed quamvis hi præcipue loci, & præ cæteris contextus *d. §. quod vulgo.* deceperit vulgares interpretes, & præter laudatos *d. §.* 10. Duarenum ad *hunc tit. cap.* 10. Coſtam in *cap. ſi pater parte* 1. *verbo ſi decederet num.* 10. *&* 11. *de teſtamentis lib.* 6. Bellonum *de jure accreſc. cap.* 7. *quæſtione* 41. *num.* 26. ut pro explorato haberent ſubſtitutiones eſſe conditionales, tamen expedite reſpondetur, id in his locis non probari, quin potius contrarium oſtendi, dum dicitur de inſtituto eodemque ſubſtituto, eſſe eum ſimilem inſtituto ex parte pure, ex parte ſub conditione. *d. §. coheres. d. §. id quod ex ſubſtitutione.* & de ſubſtituto, qui non eſt primo gradu inſtitutus, non dicitur plane & ſimpliciter, eſſe inſtitutum ſub conditione, ſed plane quaſi. *d. §. coheres verſ. non idem.* & legata tabulis pupillaribus intelligi relicta primis quaſi ſub conditione. *d. §. quod vulgo* 5. *in fine.* Conſtat autem ſimile non eſſe idem. *§. inter eas* 2. *inſtit. de nuptiis.* junctis notatis in *l. quod Nerva* 32. *ff. depoſiti.* & vocem *quaſi* eſſe notam improprietatis. *l. id tempus* 14. *§. ult. ff. de uſucap.* & ſimilitudinem improprietatemque, cum non poſſit agnoſci in parte, in qua pure inſtitutus eſt, quia id non improprie ſed vere dicitur, agnoſcendam neceſſario eſſe in parte, in qua, quia ſubſtitutus eſt, comparatur inſtituto ſub conditione. *d. §. coheres. d. §. idque ex ſubſtitutione.* Plane ſimilitudo & comparatio eo pertinent, ut, quemadmodum in uno inſtituto ex parte pure, ex parte ſub conditione, quamvis una pars legatis exhauſta vel onerata, & alia integra ſit, tamen portiones miſcentur, confunduntur, & contribuuntur, & utriusque ſimul partis quantitas attenditur, ut reſpectu utriusque Falcidiam quartam deducat. *d. l. in ratione* 11. *§. quæſitum verſ. & aliam. l. qui fundum* 87. *§. ſi tu ex parte verſ. lege ff. ad l. Falcid.* ita & contributio portionum quoad Falcidiam fiat in inſtituto ex parte, eodemque ſubſtituto in alia parte, vel in vulgarem caſum cuicumque coheredi, ut in *d. §. id quod ex ſubſtitutione, d. l. qui fundum* 87. *§. qui filium* 4. *in princ.* vel pupillariter coheredi filio impuberi; ubi contributio etiam fit portioni, ſi legata ab eodem inſtituto & ſubſtituto tam primis quam ſecundis tabulis relicta ſint. *d. §. coheres* 6. *in princ.* (quamvis diverſum ſit, ſi a ſolo pupillo legata relicta proponantur, juxta textum in *d. l. qui fundum §. qui filium verſ. ſi vero patri.* ſic componendum exponendumque cum *d. §. coheres* 6.) vel denique in alio non coherede, & ſubſtituto pupillariter, in quo ſimiliter contribuuntur legata a pupillo & ſubſtituto relicta; quia, quamvis ſubſtitutio ſaltem reſpectu hereditatis, quam defert, non paternum ſed pupillare teſtamentum ſit. *l. Papinianus* 8. *§. ſed nec impuberis ff. de inoffic. §. igitur* 2. *inſtit. de pupill. ſubſt.* & legata a ſubſtituto diverſis tabulis, nempe pupillaribus relinquantur, & ideo inter ea, & relicta teſtamento paterno jus contributionis ceſſare videretur, ſicut jus conjunctionis, & accreſcendi ceſſat inter legatarios ex diverſis teſtamentis. *l. ſi*

ſub conditione 16. *ff. quibus mod. uſusfr. amitt.* tamen, cum pupillare & paternum teſtamentum ex uno eodemque judicio patris conſiſtant. *d.* §. *igitur* 2. ſubſtitutio, & relicta a ſubſtituto in ſecundis tabulis intelliguntur facta, & relicta primis paternis tabulis, ſaltem quaſi ſub conditione illa tacita, ſi impubes deceſſerit, & ideo contributioni, & juri accreſcendi locus eſt, perinde atque inter relicta teſtamento patris pure, & ſub alia conditione. *d.* §. *coheres* 6. *verſ. non idem neque ad finem. d.* §. *quod vulgo* 11. *in fine. l. in duplicibus* 80. *ff. ad l. Falcid.* quibus ſimul cum *d.* §. *id quod ex ex ſubſtitutione* intelligendis adi, & audi pro multis unum noſtrum Valentiam *lib.* 1. *illuſtrium tractatu* 1. *cap.* 6. *&* 7. *num.* 5. *&* 21. *cum ſeqq.*

§. XXIV. Neque ad rem magis pertinet objectio altera, quam pro communi expendimus ſupra §. 10. ex *l. ſi ex pluribus* 9. *ff. de ſuis & legit. l. ſed ſi plures* 10. *l. Lucius* 45. §. *ult. l. qui habebat* 47. *hoc tit.* quia vere, & breviter reſpondetur, in eis locis hereditatem ex ſubſtitutione non tranſmitti ad heredem ſubſtituti, non quia ſubſtitutio ſit inſtitutio conditionalis, ut inepte, imperiteque inde colligunt, ſed quia hereditas non adita, etiamſi pure data & delata ſit, non tranſmittitur. *l. un.* §. *in noviſſimo C. de caduc. toll.* Illud tandem contra aſſertionem noſtram præter vulgarem captum non inſubtiliter objici poteſt, quod quamvis popillarem ſubſtitutionem non faciant conditionalem verba illa, *ſi impubes deceſſerit*, quia tacite inſunt, tamen conditionalem efficere debent verba illa, *ſi heres erit*, quæ illis, *ſi impubes deceſſerit*, præponi, & conjungi ſolent in formula pupillaris ſubſtitutionis, ut in *noſtra l.* 1. §. 1. *l. jam hoc jure* 4. *hoc tit. princ. inſtit. de pup. ſubſtit.* namque dici non poteſt, eam conditionem ſeu qualitatem, ut filius heres ſit, ineſſe neceſſario & tacite ex natura, & jure pupillaris ſubſtitutionis; tum quia filio exheredato, in quo neque intelligitur, neque exprimitur, ut pote in eo inepta, & exheredationi contraria conditio illa, *ſi heres erit*, tamen ſine ea recte pupillariter ſubſtituitur, ut in *noſtra l.* 1. §. *ſubſtituere* 2. *l. ſed ſi plures* 10. §. *ad ſubſtitutos hoc tit.* tum etiam quia & in ſubſtitutione pupillari filii inſtituti omittitur ſæpe ea formula conditioque, *ſi heres erit*, ut in *l.* 2. §. *ſed ſi quis* 5. *l. qui liberis* 8. *l. ſi ita* 21. *l. qui plures* 38. §. 1. *&* 2. *l. coheredi* 41. §. *ult. cum l. ſeq. l. ex facto* 43. §. *item hoc tit. l. ſi ita* 8. §. *qui filio ff. de bon. poſſ. ſecundum tab. l. ult. ff. de fideicommiſſar. libert.* Cajus *lib.* 2. *inſtitut. tit.* 4. §. *pupillaris* 5. & quod magis eſt, quamvis filius heres patri non ſit, ſed hereditate abſtineat, tamen eo poſtea impubere mortuo ſubſtitutioni pupillari, & ſubſtituto locus eſt. *l. paterfamilias* 28. *ff. de rebus auct. judic. poſſid. l. Julianus* 42. *ff. de adquir. hered.* quibus rationibus verba illa, *ſi heres erit*, non eſſe de ſubſtantia pupillaris ſubſtitutionis probat, & ſupponit Bart. in *l.* 1. *num.* 27. *hoc tit.* & ex eiſdem rationibus, & Bartoli ſuppoſitione fatendum videtur, verba illa ſaltem, quando exprimuntur, cum exprimant voluntarie, nec inſint ex natura aut ſubſtantia pupillaris ſubſtitutionis, efficere eam conditionalem.

§. XXV. Viſa potius, quam trita eſt hæc difficultas, immo nec viſa explicandæ ejus via Ant. Fabro *de error. Pragmat. dec.* 32. *errore* 9. *num.* 15. *& errore* 10. *num.* 2. *&* 3. & (quod ſine modeſtiæ fraude pro veritate contra præceptorem dicere liceat) poſt Fabrum venerando præceptori noſtro Pich. ad *hunc tit. cap* 4. *num.* 53. *& cap.* 19. *num.* 51. qui ut pote aliud agentes, molienteſque movent quidem difficultatem, ſed inexplicatam relinquunt, & ratione non reddita ſupponunt, verba, *ſi heres erit*, non eſſe de ſubſtantia ſubſtitutionis pupillaris, & tamen conditionem non facere, quæ inter ſe pugnantia ſunt, quia conditio, quæ de ſubſtantia actus non eſt, ſi ſub forma conditionis exprimitur, inducit conditionem talem, ut ſpecifice impleri debeat, ut ex *l. qui heredi* 44. juncta *l. conditiones* 99. *ff. de condit. & dem.* argumentatur in propoſito contra Bartolum Jaſon, neque ipſe tamen nodum diſſolvens in *d. l.* 2. *num.* 27. *verſ. poſtremo adverte hoc tit.* Enimvero quamvis difficultati eludendæ dici poſſet, ideo verba, *ſi heres erit*, conditionem non inducere, quia non tam ſunt verba teſtamenti pupillaris & pupilli, qui de ſe in tertia perſona non loqueretur, quam patris profitentis ſe ſubſtituere filio eo voto, ut ſibi heres ſit, ut ad rem fere ſentit Faber *d. errore* 9. *num.* 18. *&* 25. & in verbis, *ſi impubes deceſſerit*, tradidimus ſupra §. 12. tamen ſi difficultas non eludenda ſed elidenda penitus eſt, obſervaſſe oportebit, verba & conditionem, *ſi heres erit*, quamvis in filio exheredato non ſint de ſubſtantia pupillaris ſubſtitutionis ei factæ, immo inepta & contraria, quia ſi exheredatus patri heres ſit, cum heres eſſe non poſſit, niſi paterno teſtamento deſtituto aut reſciſſo, ſubſtitutio corruit, niſi pro parte teſtamentum reſcindatur. *l. Papinianus* 8. §. *ſed nec impuberis in fine ff. de inoffic.* tamen in ſubſtitutione pupillari filii non exheredati ineſſe tacite, & jure eam conditionem, *ſi heres ſit*, ſine qua ſubſtitutio valere non poteſt. Nam cum ſubſtitutio pupillaris ſit teſtamentum, ex quo hereditas defertur. *d.* §. *ſed nec impuberis* §. *igitur* 2. *inſt. de pupill. ſubſtitut.* & non poſſit ſubſtitui pupillariter, niſi filiis aut nepotibus & aliis liberis, qui in poteſtate ſubſtituentis ſint, & eo mortuo in alterius poteſtatem non ſunt recaſuri. *l.* 2. *l. coheredi* 41. §. *cum filiæ hoc tit.* conſequens eſt, non poſſe ſubſtitui niſi illis liberis, qui teſtatore moriente patresfamilias, & ſui heredes futuri ſunt, ut pote a patre non præceſſi: nam, ſi præcedantur, recident in patris poteſtatem, atque ita ſubſtitutio inutilis fiet. *d. l.* 2. *verſ. nepotibus.* Unde etiam conſtat, ſubſtitutionem factam liberis non exheredatis conſiſtere non poſſe, niſi illi patri heredes fuerint; namque ſi præteriti ſint, teſtamentum ſimulque ſubſtitutio aut nullum erit filio nato præterito, aut rumpetur agnatione poſthumi, vel quaſi agnatione nepotis præteriti. *d. l.* 2. *verſ. nepotibus. l. inter* 30. *ff. de lib. & poſth.* §. *poſthumi cum* §. *ſeq. inſtit. de exhered. lib.* quod diverſum eſt in ſubſtitutione exheredato facta, quæ valere poteſt etiamſi ipſe patri heres non exiſtat; quia exheredatus teſtamentum paternum, ex quo ſubſtitutio pendet, neque nullum facit, neque rumpit, neque per querelam reſcindit, niſi de inofficioſo agat, & obtineat. *l. non putavit* 8. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* ſi vero inſtituti ſint, & vivo teſtatore deceſſerint, erit etiam ſubſtitutio inutilis; quia vivo patre, in cujus poteſtate ſunt, decedunt, atque ita ut pote filiifamilias neque hereditatem ex ſubſtitutione habere poſſunt. *l. lex Cornelia* 28. *verſ. ſi vero hoc tit. l. filiusfamilias* 18. *ff. ad l. Falcid.* Denique, ſi inſtituti vel uno momento parenti ſupervixerint, neceſſe eſt eos ut pote ab alio non præceſſos ſtatim ipſo jure ſuos heredes exiſtere. *l. in ſuis* 11. *ff. de lib. & poſt. l. in ſuis* 14. *ff. de ſuis & legit.*

§. XXVI. Quare, ut jam concludamus, cum ut ſubſtitutio liberis non exheredatis, ſive inſtitutis facta valere poſſit, & caſu, quo valitura eſt, tacite inſit, & neceſſario extitura ſit illa conditio, *ſi heredes fuerint*, apparet jam ex ea, etiamſi exprimatur, non fieri ſubſtitutionem filii inſtituti conditionalem, non magis quàm ex illa conditione, *ſi impubes deceſſerit*, ex regula *l. conditiones* 99. *ff. de condit. & dem.* apparet etiam inde evenire, ut quamvis filius patris hereditate ſe abſtineat, tamen pupillari ſubſtitutioni, & ſubſtituto locus ſit. *l. paterfamilias* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſid. l. Julianus* 42. *ff. de adquir. hered.* non quia conditio, *ſi heres erit*, non ſit de ſubſtantia pupillaris ſubſtitutionis factæ filio inſtituto, ut perperam Bart. & alii inferebant, ſed quoniam ea conditio, etiamſi exprimatur, impleta neceſſario & omnino fuit,

fuit, pupillo ſuo herede exiſtente, cum heres ſemel ſuerit, & jure civili maneat, etiamſi poſtea abſtineat. *l. cum quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus* 10. *ff. de fideicommiſſar. lib.* durumque & inſavorabile pupillo eſſet, cunditionem eam ſic accipi, ut cum effectu heres permaneat, neque abſtineat, cum ad reliqua teſtamento relicta conſervanda ſuum heredem extitiſſe ſufficiat, etiamſi poſtea abſtineat. *d. l. cum quaſi* 30. §. *ſed & ſi ſuus* 10. *de fideicommiſſ. lib. l. ſciendum* 32. *ff. de man. teſtam. l. ita tamea* 27. §. *ſi pater* 3. *ff. ad S. C. Trebell.* nec præſumendum ſit, patrem, qui exheredato filio in caſum, quo ipſe neque ipſo jure neque effectu heres futurus eſt, ſubſtituit, noluiſſe ſubſtituere inſtituto in caſum, qno ipſo jure heres eſt, & permanet, quamvis abſtineat, quin potius conditionem, *ſi heres erit*, ſie interpretari oportet ex præſumpta voluntate teſtantis, ut ſubſtitutio eo caſu magis conſervetne, quam intercidat, *arg. l. quoties* 12. *ff. de rebus dubiis.* juncta *l. in conditionibus* 19. *ff. de condit. & dem.* quemadmodum ex eadem ratione in contrarium verſa conditionem, *ſi heres non erit*, in ſubſtitutione vulgari facta ſuo heredi ſie ioterpretamur, ſi heres jure & effectu non erit, nempe ut, ſi abſtinuerit, quia effectu heres non manet, admittatur ſubſtitutus, atque ita ſubſtitutio eo caſu valeat potius, quam pereat. *l. ex contractu* 44. *ff. de re judic. l. ait Prætor* 7. §. *ſed quod Papinianus ff. de min.* illud tandem notamus, conditionem hanc, *ſi heres erit*, omitti regularitet a Conſultis in ſormula ſimplicis pupillaris ſubſtitutionis, quamvis exprimatur illa, *ſi impubes deceſſerit*, ut in *d. l. qui liberis* 8. *hoc tit.* cum laudatis ſupra §. 24. *in fine.* nec proponi conditionem, *ſi heres erit*, niſi in ſubſtitutione duplici vulgari, & pupillari ſimul facta, ut in *noſtra l.* 1. §. 1. *l. jam hoc jure* 4. *in fine hoc tit. princ. inſt. de pupill.* idcirco ſcilicet, quoniam conditio, *ſi impubes deceſſerie*, pertinet peoprie ad ſpecialem foemam pupillaris ſubſtitutionis cuicumque filio factæ, vel inſtituto vel exheredato, quæ ex eo quod fit pupillo & in caſum, quo pupillus ſive impubes deceſſerit, *pupillaris* vocatur: conditio autem, *ſi heres erit*, in ſubſtitntione facta inſtituto non tam ad ejus formam proprie pertinet, quam ad ſuppooendos terminos habiles, quos præcedere opoetet, ut ſubſtitutio inſtituto facta valere poſſit in caſum, quo poſtea impubes deeedat, oempe ut filius patri ſupervivat, eique heres ſit, ut ſupra probavimus, & ideo hæc conditio magis tacite ſupponitur, quam exprimitur, niſi in ſormula duplicis ſubſtitutionis, ubi verba *ſi heres erit*, in pupillari exprimuntur, ut opponaotur verbis, *ſi heres non erit*, in vulgari, ut in *noſtra l.* 1. §. 1. cum jam laudatis.

§. XXVII. Maneat itaque ex tam longe petitis, ſubſtitutiones omnes ſua natura eſſe inſtitutiones puras non conditionales, & conſequenter non ideo minus proprie ioſtitutionis appellatione comprehendi in definitione noſtra, & ſtatutis aliisque diſpoſitionibus, ut reſolvimus ſupra §. 9. *in fine.* Plane omiſſa vulgari objectione de ſubſtitutione in legatis, quæ utique inſtitutio non eſt, ut docuimus §. 6. nec tamen ideo inepta aut imperſecta definitio Accurſii, qui ſolam ſubſtitutionem in hereditatibus, de qua io *noſtro tit.* agitur, definire voluit, ideoque eam, quæ in legatis fit, ut alienam ab hoc tractatu excluſit, ut cordate notat Duarenus ad *hunc tit. cap.* 1. Schifordegh. *ad Fabrum lib.* 2. *tractatu* 6. *quæſt.* 2. Gilken. in *rubr. num.* 7. *C. de impuberum.* Jam quoad alteram partem definitionis vocem *ſecunda* loco differentiæ poſitam, per quam ab aliis inſtitutionibus ſubſtitutio diſtinguitur, ut expoſita in primis vi & ſententia definitionis in hac parte pleraque leviora argumenta ſimul removeamus, ſciendum eſt, *ſubſtitutioaem* definiri *inſtitutionem ſecundam* tum reſpectu veteris juris & moris, quo attento cum in tabulis cera oblitis ſive ceratis teſtamenta ſcriberentur ſtilo ſerreo. *l.* 1. *ff. de bon. poſſ. ſecundum tab. l. quod vulgo* 19. *ff. de bon. poſſ. contra tab.* juncto Ulpiano in *fragm. tit.* 20. §. *ia teſtamento* 9. Juris etiam morisque ſuit, ut in priore teſtamenti parte ſeu pagina, quam *primam ceram* vocabant, ſeriberetur primo verſu nomen teſtatoeis, ut in *l. Lucius* 88. §. *ult. ff. de leg.* 2. & apud Suetonium in *Nerone cap.* 17. Deinde in cadem prima cera verſu ſecundo heredis primi inſtitutio, ut ſignificat Horatius *lib.* 2. *ſatyra* 5. ibi,

— — Quid prima ſecundo
Cera velit verſu; ſolus multisne cohores;

Juncto §. *ante heredis* 34. *inſtit. de legat.* In ſecunda autem aut inferiore teſtamenti parte ſeu pagina, quam *ſecundam & imam*, vel *extremam ceram* vocabant, ſcriberentur ſubſtituti. §. *ſin autem* 3. *inſtit. de pupillari ſubſtit.* Cajus *lib.* 2. *inſtit. tit.* 4. §. *pupillaris.* juncta *l.* 2. §. *prius* 4. *hoc tit.* atque ita ab ordine iſto vetere nominationis & ſcripturæ ſubſtitutio recte dicta *inſtitutio ſecunda*, & ſubſtituti *heredes ſecundi*, ut obſervant illuſtrantque præter adductos ſupra §. 8. *in fine.* Tiraquellus in *tractatu le mort parte* 1. *declarat.* 9. *num.* 2. & ex eo non laudato non liberaliter tranſcribena Pereira *de aominat. emphyteutica quæſt.* 8. *aum.* 14. Georgius Longus *de annulis ſignatoriis cap.* 9. & 10. Hotmanus *lib.* 4. *obſervat. cap.* 1. Briſſooius *lib.* 3. *ſelectar. cap.* 12. & *de formulis lib.* 7. *pag. mihi* 661. Hillig. ad Donell. *lib.* 6. *cap.* 25. *lit.* F. tum & præcipue, quia quamvis poſtea apud JCtos obtinuerit, poſſe etiam prius nominari ſubſtitutum quam inſtitutum, converſo ſcripturæ ordine, dummodo ſine intervallo, ut in *l. ſi ita quis* 28. *ff. de her. inſtit. l.* 2. §. *ſi quis ita ſcripſerit* 5. *ff. de bon. poſſeſſ. ſecundum tab. l.* 2. §. *ſed ſi quis* 5. *hoc tit.* tamen adhuc ſubſtitutio eſt ſecunda inſtitutin reſpectu ordinis ſuccedendi, & delationis hereditatis, quia ſupponimus, vel ipſam hereditatem ſeu ſucceſſionem, vel aliam ex eodem tamen judicio teſtantis deferri inſtituto peius, quam ſubſtituto deferatur, atque ita primum ſecundumque gradum ſive inſtitutum & ſubſtitutum, quamvis non ex oedine delatæ a teſtatore ſucceſſionis diſtinguimus, ut inſtitutus ſit, cui primo, & ſubſtitutus cui, poſtquam alteri delata eſt, vel deferri potuit hereditas, eam teſtator deſert. *l.* 2. §. *defertur* 4. *cum* §. *ſeq. ff. de bonor. poſſ. ſecnndum tab.* docent Donellus *d. lib.* 6. *cap.* 25. & ad *tit. C. de impub. num.* 10. Philippus Maſſin. *ibidem num.* 90. Duar. ad *hunc tit. cap.* 1. Cujac. in *noſtra l.* 1. & communiter noviores alii.

§. XXVIII. Cui poſtremo ſuppoſito conſequentes, & conſentaneæ ſunt tres illationes, ex quibus ceſſant totidem difficultates, quæ contra hanc partem definitionis expendi ſolent. Prima illatio eſt, ut, quamvis in hac ſormula, *Titius heres eſto, Sempronius heres eſto*, ſit attento ſcripturæ oedine Sempronii inſtitutio ſecunda, ipſeque ſecundo loco inſtitutus, ut in ſimili ſpecie ſcriptum eſt in *l. qui ſolvendo* 60. *ff. de her. inſt.* nec tamen ſit Sempronius ſubſtitutus, quo argumento tanquam maniſeſtiſſimo contra definitionem Accurſii utitur Aur. Fumeus *de ſubſtit. in princ. num.* 3. Politus *eodem tractatu ia præludiis num.* 3. tamen diſſolvatur facile ex eo, quia Sempronii inſtitutio in propoſita formula non eſt ſecunda reſpectu ordinis ſuccedendi, neque enim Sempeonio deſertur hereditas poſt Titium; ſed cum eo ſimul eodemque tempore tamquam ejuſdem coheredi, pariterque primo gradu cum Titio ſine parte inſtituto. *d. l.* 2. §. *defertur cum* §. *ſeq. l. ſi ita ſcriptum* 8. *ff. de bon. poſſ. ſecundum tab. l. ſi quis heredes* 14. *l. item* 17. §. 1. *l. quo loco* 20. *l. heredes* 63. *ff. de her. inſt.* Secunda illatio eſt, ut, quamvis per ſubſtitutionem pupillarem ſuccedatur proprie, & immediate pupillo, cujus in hereditate & pupillari teſtamento ſubſtitutus eſt primus inſtitutus heresque, ante quem nemi-

nemini priori hereditas pupilli defertur. *l. ſed ſi plures* 10. *§. ad ſubſtitutos hoc tit. l. Papinianus* 8. *§. ſed neque impuberis ff. de inoff.* & quod acriter magis urget; quamvis pupillariter ſubſtituatur etiam exheredato filio, cujus in teſtamento pupillari, & hereditate non ſolum non eſt aliqua inſtitutio, quæ præcedat ſubſtitutum, ſed quod eſt amplius, neque ſubſtitutus ſuccedit in defectu alicujus inſtituti, cui prius hereditas patris delata ſit, cum delata non ſit exheredato, cui immediate, & proprie ſubſtitutus ſuccedit. *l. ſi is qui ex bonis* 6. *in fine hoc tit.* quibus argumentis a definitione Accurſii diſcedit poſt alios Maſſinius in *rubr. C. de impuberum num.* 98. & Gilkenius *ibidem num.* 7. nullam probabilem hujus difficultatis ſolutionem ſe vidiſſe fatetur, tamen recte affirmatur, utramque ſubſtitutionem tam inſtituto, quam exheredato pupillo factam eſſe ſecundam inſtitutionem, ſive *ſecundi gradus*, ut vocatur in *l. cum quidam* 4. *C. de neceſſariis ſervis.* quia quamvis duæ, & diverſæ ſint hereditates patris & pupilli, tamen teſtamentum pupillare & paternum, quatenus ex unico judicio patris conſiſtunt, pro uno teſtamento habentur. *l.* 2. *§. prius* 4. *l. patris* 20. *l. qui plures* 38. *§. alt. hoc tit. l.* 2. *§. illud* 2. *ff. de hered. vel act. vend. §. igitur* 2. *inſt. de pup. ſubſt.* conſtat autem ex eo teſtamento prius hereditatem patris non ſolum deferri, ſed & adiri oportere, quam deferatur hereditas pupilli. *d. l.* 2. *§. quisquis hoc tit.* Atque ita in eodem teſtamento inſtitutionem heredis, & delationem hereditatis patris priorem eſſe debere inſtitutione heredis pupilli, & delatione hereditatis ejuſdem, & conſequenter eo reſpectu ordinis ſuccedendi, & delationis ex eodem teſtamento, quamvis non in eadem hereditate, eſſe inſtitutionem ſecundam etiam ſubſtitutionem exheredati, ut pote quam præcedat ſemper inſtitutio heredis paterni, quamvis non ſubrogetur ſubſtitutus in locum ejus heredis, ut veluti ad rem inſinuat Modeſtinus in *noſtra l.* 1. *in continuat. § ſubſtituere* 2. *cum §. ſeq.* notat Schiſordegh. *d. lib.* 2. *tractatu* 6. *quæſt.* 2. plures apud Intrigliolum *de ſubſtitut. cent.* 1. *quæſt.* 2. *num.* 25. Tertia illatio eſt eo caſu, quo pater miles ſibi teſtamentum non fecit, & tamen pro impubere filio teſtatur, ſicut ex privilegio militati poteſt, valere quidem teſtamentum pupilli, ut vocatur in *d. l.* 2. *§. quisquis hoc tit. l. in fraudem* 15. *§. item* 5. *ff. de teſtamento milit.* non tamen eo caſu inſtitutionem heredis pupilli eſſe ſecundam inſtitutionem, quia nulla eſt inſtitutio heredis paterni, quæ prior ſit; & ideo neque inſtitutio heredis pupilli eſt eo caſu, aut vocatur ſubſtitutio, niſi quando a principio miles ſibi heredem inſtituit, qui poſtea non extitit. *l. miles* 41. *§. ult. ff. de teſtamento milit.* poſt Politum noſter Pich. in *rubr. inſtitut. de vulgari num.* 47. & ante eum Marianus Socinus in *l. centurio* 15. *num.* 9. *hoc tit.* niſi ſi cui magis placeat etiam quo caſu miles ſibi non teſtatur, dici ſubſtitutionem eam, quæ ſit pupillo ſaltem ea ratione & reſpectu, quia pater, qui cum poſſet non teſtatur, cenſetur tacite inſtituere filium pupillum, eique hereditatem ab inteſtato relinquere, *arg. l.* 3. *l. conficiuntur* 8. *§.* 1. *ff. de jure codicill. l.* 1. *§. ſciendum* 6. *ff. de leg.* 3. notat poſt Socinum *ubi ſupra num.* 11. Hillig. ad Don. *lib.* 6. *cap.* 23. *lit.* G. quamvis aliter alii apud Intrigliolum *d. quæſt.* 2. *num.* 32.

§. XXIX. Cæterum quoad hoc ipſum, quod nuper diximus, ſubſtitutionem eſſe eam, quæ fit a milite impuberi filio ſaltem eo caſu, quo ſibi quoque teſtatur, ſimulque contra hanc partem definitionis Accurſii obſcurus valde eſt Ulpiani locus in *l. quærebatur* 19. *§. ult. ff. de teſtamento milit.* ubi, cum miles heredem unum usque ad certum tempus, & ex eo tempore alium inſtituiſſe proponatur, quod ei jure militari licet. *l. in fraudem* 26. *§. miles. l. miles ita* 41. *ff. de teſtamento mil.* reſponſum eſt, ſecundum hunc heredem legata a primo relicta non debere: unde & nervoſe evincitur, ſecundi hujus inſtitutionem, quamvis prioris inſtitutio præcedat, & hæc non ſolum ordine ſcripturæ, ſed etiam delationis & ſucceſſionis ſecunda inſtitutio ſit, non tamen eſſe ſubſtitutionem, alioquin ſic ſubſtitutus deberet legata a primo relicta tanquam a ſe repetita ex regula *l. licet* 74. *ff. de leg.* 1. *l. ſi Titio* 61. *§.* 1. *ff. de leg.* 2. *l. unic. §. his ita C. de caduc. toll.* Sed omiſſis interpretationibus Manticæ *de conjectur. ultim. vol. lib.* 6. *titulo* 1. *num.* 17. Trentacinquii *de ſubſtit. in præfat. num.* 7. Gilkenii in *rubr. C. de impuberum num.* 9. & aliorum aliis, quas referunt, & refellunt Jaſon in *d. l. licet* 74. *num.* 27. *& ſeqq. ff. de leg.* 1. Menochius *de præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 108. *num.* 43. Pichardus in *rubr. inſtit. de vulgari num.* 32. affirmandum in primis eſt, ſecundum illum heredem ex tempore inſtitutum in *d. l.* 19. *§. ult.* non eſſe coheredem primi, quia non eodem tempore cum primo ad partem hereditatis vocatur, ſed poſt primum, & tempus primi elapſum ex tempore ſibi adſignato ad totam hereditatem. Deinde neque ſecundus ille heres eſt ſubſtitutus vulgaris, non enim in caſum illum vulgaris ſubſtitutionis vocatur, ſi primus heres non erit, quin potius primo repudiante, aut ante aditam hereditatem mortuo ante tempus, ex quo ſecundus inſtitutus eſt, non ſecundo, ſed legitimis ab inteſtato hereditas defertur medio illo tempore. *d. l. miles ita* 41. *ff. de teſtam. milit.* Eſt itaque ſecundus ille heres, & dicitur ſubſtitutus militaris; quoniam inſtituitur ex certo tempore in caſum ſive delatæ, ſive etiam adquiſitæ ante illud tempus vel primo, vel heredibus ab inteſtato hereditatis, unde & *ſubſtitutus* dicitur in *d. l. miles* 41. quia ſubſtitutio militaris vocari ſolet ea, per quam miles ex privilegio militari directo ſubſtituit puberi heredi in caſum adquiſitæ jam hereditatis. *l. centurio* 15. *hoc tit. l. milites* 5. *ff. de teſtam. milit. l. in teſtamento* 6. *in fine C. eodem titulo.*

§. XXX. Plane ex propoſitis jam apparet, cur ſecundus heres in *d. l.* 19. *§. ult.* non præſtet legata relicta a primo tanquam a ſe repetita, nimirum quoniam inprimis, ut diximus, coheres primi non eſt, & quamvis ſubſtitutus ſit, tamen, quod fortaſſe in hac re certum magis quam ſcitum eſt, ratio & regula *l. licet* 74. *de leg.* 1. ſcilicet ut legata relicta ab inſtituto debeantur, tanquam repetita a ſubſtituto, non pertinet niſi ad coheredem, cui ex jure accreſcendi, vel ſubſtitutum vulgarem, cui ex ſubſtitutione portio priori non adquiſita defertur, & in quibus, quoniam legata a priore coherede vel inſtituto, qui heres non extitit, deberi non cœperunt. *l.* 1. *§. ult. ff. ut in poſſeſſ. legat.* neceſſaria & utilis fuit tacita repetitio reſcripto præſumpta, ut ex ejus vi obligatio eorum legatorum incipiat in perſona illius, qui tanquam ſubſtitutus vel coheres præſtat. *d. l. ſi Titio* 61. *§. ult. ff. de leg.* 2. *l. non juſtam* 4. *C. ad S. C. Trebell.* Non tamen repetitionis tacitæ vis, & regula pertinet ad ſubſtitutum in ſecundum caſum, ſcilicet adquiſitæ priori hereditatis, qualis eſt pupillaris ſubſtitutus, quia cum tunc teſtator ſupponat fore, ut antequam ſubſtitutionis caſus exiſtat, legata a priore debeantur per adquiſitionem hereditatis. *§. heres inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contractu.* non eſt præſumenda, ut pote in eum caſum neque neceſſaria, neque utilis repetitio tacita in ſubſtituto, ut ex ſua perſona debeat, quæ jam a priore debita ſupponuntur; & ideo ſubſtitutus pupillaris legata a pupillo relicta, ſi pupillus patri cum effectu heres extiterit, & ſe immiſcuerit, præſtat tanquam æs alienum, ſive tanquam a pupillo debita, & ex perſona pupilli, cujus ipſe heres eſt. *l. in ratione* 11. *§. quod vulgo* 5. *in fine ff. ad l. Falcid. l.* 1. *C. de rebus auctor. jud. poſſ.* non tanquam a ſe repetita, ſive ex perſona ſua, etiamſi expreſſe repetita ſint, ut plerumque repetebantur. *l. ſervo* 113. *§. ſi pater. l. ſi quis a filio* 32. *l. ſi fundum* 81. *§. ſi paterfam.*

terſam. 7. *ff. de leg.* 1. *l. Lucius* 88. *§. impuberem* 7. *ff. de leg.* 2. niſi quando ex perſona pupilli valere aut deberi legata non potuerunt, veluti cum pupillus patris hereditate ſe abſtinuit, quo caſu legatorum obligatio non incipit in perſona pupilli. *l. ſi filius* 12. *in fine hoc tit. l.* 1. *§. ult. ff. ut in poſſeſſ. leg. l.* 3. *§. ult. cum l. ſequenti ff. quib. ex cauſſis in poſſeſſ. eatur.* vel quando exheredatus pupillus fuit, quo caſu ab eo legari non poterat, quamvis a ſubſtituto ejus poſſet, ſi idem a patre inſtitutus fuit. *l. in ratione* 11. *§. ult. ff. ad l. Falcid.* quibus & ſimilibus caſibus præſtat ſubſtitutus ex perſona ſua legata a pupillo nominatim relicta, ſi a ſe expreſſe repetita ſint, & ex vi repetitionis expreſſæ, non autem ſine ea juxta textum ſic intelligendum in *l. legata* 19. *§.* 1. junctis *d. l. ſi quis a filio* 32. *l. ſi cui* 52. *§. ult. cum l. ſeq. ff. d. l. ſervo* 113. *§. ſi pater cum §. ſequenti ff. de leg.* 1. *l. ult. ff. de fideicommiſſar. libert.* Secundum quæ cum conſtet jam, repetitionem tacitam ex reſcripto, de quo in *d. l. licet* 74. non pertinere ad ſubſtitutum pupillarem, ſicut neque ad exemplarem aut alium vocatum, in caſum adquiſitæ a priore hereditatis, ut judicioſe agnoſcit poſt Bart. Jaſon in *d. l. licet* 74. *num.* 57. Menoch. *d. lib.* 4. *præſumpt.* 108. *num.* 38. & ſubſtitutum pupillarem legata a pupillo relicta non præſtare ex vi repetitionis tacitæ, ſed vel tanquam debita a pupillo, qui ſe immiſcendo debere cœpit, & ad cujus pupilli debita ſubſtitutus tanquam ejus heres tenetur, vel ex vi repetitionis expreſſæ, quando pupillus non debuit, quia abſtinuit, aut quia ab eo inutiliter legatum fuerat, ut in *d. l. legata* 19. *§.* 1. conſequens eſt, ſecundum illum heredem, ſubſtitutumque militarem in caſum adquiſitæ primo aut heredibus ab inteſtato hereditatis, de quo in *d. l. quærebatur* 19. *§. ult.* non debere legata a primo relicta, neque ex vi repetitionis tacitæ, quia non eſt coheres primi aut ſubſtitutus vulgaris, in quo illa obtinet, neque tanquam debita a primo herede, quia ſecundus non eſt primi heres, ut ſubſtitutus pupilli, & quamvis primus repudiet non ſecundus, ſed heredes ab inteſtato interim ſuccedunt. Denique neque ex vi repetitionis expreſſæ, quæ non præſumitur ſive proponitur facta in *d. l.* 19. *§. ult.* & ideo ibi Conſultus, ut ſecundus legatis teneatur, requirit ut talem fuiſſe militis voluntatem probetur, hoc eſt, ut repetitio expreſſe facta ſit, ut explicant, quamvis pleraque ex traditis non obſervent, Duarenus ad *hunc titulum cap.* 1. *verſ. ſuperius.* Menoch. *d. præſumpt.* 108. *num.* 54.

§. XXXI. Poſtremo contra hanc partem Accurſianæ definitionis expendi poteſt inſtitutio nepotis poſthumi ex formula Galli Aquilii, relata in *l. Gallus* 29. *ff. de lib. & poſthum.* qua inſpecta apparet, ibi inſtitutionem filii ex recepta & certa ſententia Accurſii in *d. l. Gallus* 29. *verbo poſſe.* in primis & expreſſe factam fuiſſe ſupponi, ut exprimitur in *§. in omnibus* 10. *d. l. Gallus.* atque ita inſtitutionem filii primam & primi gradus eſſe, & nepotis inſtitutionem ſecundam & ſecundi gradus, non ſolum ordine ſcripturæ, ſed etiam delationis hereditatis ex voluntate defuncti, qui primo gradu hereditatem filio detulit & ſecundo, atque in filii defectu nepoti, idque aperte deducitur in *l. cum in teſtamento* 37. *ff. de her. inſtit.* ubi in eadem formula Aquiliana inſtitutionis filii & nepotis ſcriptum eſt, duos gradus heredum eſſe, & ſi Titius nepoti ſubſtitutus ſit, eſſe ſubſtitutum, non in primum ſed in ſecundum gradum, & nullo caſu utrumque ſcilicet filium & nepotem ad hereditatem admitti: quæ propoſitiones, nempe diſtinctio graduum, & ut ſimul non admittantur ſive concurrant, non conveniunt niſi inſtitutis & ſubſtitutis. ut in *noſtra l.* 1. *in princ. l. quamdiu* 69. *ff. de adquir. hered.* eiſque rationibus nepotem in formula Galli eſſe vulgariter ſubſtitutum filio, docent poſt Accurſ. communiter antiquiores Claſſici, quos refert & ſequitur Jaſon *num.* 28. Gilken. *num.* 36. & copioſe Maſſinius in *d. l. Gallus num.* 497. noſter Pichard. in *rubr. inſtit. de vulgari num.* 17. *in fine.* & tamen e contrario verius omnino eſt, nepotem in illa formula non eſſe ſubſtitutum, ſed inſtitutum, primo quia id evincit repetitum ſæpius in nepote verbum inſtitutionis in *d. l. Gallus* 29. *in princ.* ibi: *ſic poſſe inſtitui*, & in *§.* 1. *§. & quid ſi tantum* 5. *cum* 3. *ſeqq. §. in omnibus* 10. *§. & videtur* 12. *cum* 2. *ſeqq. ff. de lib. & poſth. l. ſi mater* 33. *§.* 1. *hoc tit.* Secundo quia Julianus in *d. l. cum in teſtamento* 37. *ff. de hered. inſtit.* ſcribit, nepote ex formula Galli inſtituto, ſi ei Titius ſubſtitutus ſit, eſſe ſubſtitutum in ſecundum gradum; & tamen, ſi ipſe nepos ſubſtitutus foret filio, atque ita ſecundo gradu inſtitutus, non poſſet dici Titium nepoti ſubſtitutum eſſe ſecundo gradu, ſed ulteriori, ſcilicet tertio, ut in *noſtra l.* 1. *in princ.* Tertio quia inanis & otioſa fuiſſet inſignis illa Galli formula & cautio, anxie & acute ab illo excogitata & introducta, & a Scævola in *d. l. Gallus* 29. Africano in *d. l. ſi mater* 33. *§.* 1. laudata & commendata ad inſtitutionem nepotis, ſi ea formula non contineret niſi ſubſtitutionem vulgarem, eoque remedio ſubſtitutionis vulgaris notiſſimæ, & ante Gallum introductæ & receptæ, ut ſuo loco oſtendemus, provideri poſſet inſtitutioni nepotis.

§. XXXII. Quarto tandem, non eſſe vulgariter ſubſtitutum nepotem in Galli formula, demonſtratur ex eo, quia conditio illa, *ſi primus heres non erit*, in ſubſtitutione vulgari ſupponit, eam fieri ſaltem ex voluntate teſtantis in eum caſum, quo primus heres eſſe noluerit, vel non potuerit. *l.* 3. *C. de her. inſtit.* & conſequenter non ſolum in caſum, quo inſtitutus heres eſſe non potuit, quia vivo teſtatore, & proinde ante delatam ſibi hereditatem mortuus fuit, ut in *l. cum ex filio* 39. *§. ult. hoc tit.* ſed & regulariter in caſum, quo hereditas delata inſtituto ſit, quam tamen ipſe adire nolit aut non poſſit, cui delationi & facultati adeundi aut repudiandi non niſi poſt mortem teſtantis locus eſt. *l. qui repudiantis* 94. *ff. de adquir. hered.* atque ita ſubſtitutio fit, ut etiam poſt delatam inſtituto hereditatem, ſi ille heres non ſit, admittatur ſubſtitutus. *d. l. quamdiu* 69. *ff. de adquir. hered.* Idque ſic ſupponitur, ut poſſibile ſaltem ex voluntate teſtantis in ſubſtitutione vulgari, quamvis interdum poſſibile jure non ſit. *l. ex facto* 43. *§. Lucius hoc tit.* Hæc autem ſuppoſitio repugnat in primis voluntati avi in inſtitutione nepotis, juxta formulam Galli, in qua cum nepos non niſi in caſum, quo filius vivo patre moriatur, inſtitutus ſit, nunquam inſtituitur in caſum, quo hereditas delata filio ſit, quia eo ipſo, quod ſupponatur filio delata avi hereditas, ſupponitur filium vivo avo mortuum non fuiſſe, ſed ſupervixiſſe, atque ita caſum inſtitutionis nepotis defeciſſe: repugnat etiam ea ſuppoſitio principiis juris in ſpecie formulæ Galli, in qua ſi ſemel filio inſtituto delata hereditas avi ſit, quod ut diximus non, niſi filius avo ſupervivat, contingit, impoſſibile eſt, ut poſtea admittatur nepos, ut pote alienus poſthumus non ſuus, quia pater eum tempore mortis avi præceſſit. *l. ſi quis filio* 6. *verſ. nam agnaſcendo ff. de injuſto rupto.* non eſt itaque nepotis inſtitutio in formula Galli ſubſtitutio vulgaris, neque per hanc potuit inſtitutioni nepotis provideri, cum ſubſtitutio ſupponat ſaltem ex voluntate defuncti delationem in inſtituto ante admiſſionem ſubſtituti, quod in ſpecie Galli & voluntati & juri contrarium eſt, quibus argumentis ita contra Accurſ. & Claſſicos docent Alciatus, Duarenus, Goveanus, Cujacius, Hotmanus, Faber, & alii, quibus noviſſime ex noſtris ſubſcripſerunt Pichardus ad *hunc titulum cap.* 2. *num.* 30. & in *d. l. Gallus in princ. num.* 187. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. ad titulum de lib. & poſth. tractatu* 4. *cap.* 3. *num.* 6. & 7. Schiſordegherus *lib.* 3. *tractatu* 17. *quæſtione* 1. Carranza *de partu cap.* 2. *§.* 1. *num.* 281.

ergo ut jam contra ſubſtitutionis definitionem argumentum claudamus, datur in Galli formula inſtitutio ſecunda, quæ non eſt ſubſtitutio.

§. XXXIII. Propoſitam difficultatem nt breviter explicemus, ſuppoſita & retenta ut veriore ſententia illa, quam jam firmavimus, ſcilicet nepotem in formula Galli non eſſe ſubſtitutum, reſpondemus ad contrariæ ſententiæ noſtramque definitionem impugnans argumentum ex *d. l. cum in teſtamento 37. ff. de her. inſtit.* ibi non vocari duos gradus inſtitutionis filii & nepotis, neque hujus inſtitutionem eſſe ſecundam eo ſenſu, quaſi filii primus gradus & inſtitutio & nepotis ſecundus ſit reſpectu ordinis ſucceſſionis, vel delationis hereditatis, ita ut filio tanquam inſtituto deferatur hereditas primo gradu, & deinde ſecundo poſt delationem filii deferatur nepoti tanquam ſubſtituto, quo ſenſu gradus in hoc tractatu diſtingui, & ſubſtitutionem definiri ſecundam inſtitutionem, docuimus ſnpra §. 21. Neque in formula Galli nullo caſu, neque ex volnntate defuncti, neque ex jure defertur nepoti hereditas poſt delationem, aut ſucceſſionem filii; quippe, ſi filius patri ſupervivat, nepos neque ex voluntate defuncti, ut pote deficiente conditione, ex qua inſtitutus eſt, vocatur, neque jure admitti poteſt, nt pote alienus poſthumus, & a filio tempore mortis avi præceſſus; ſi vero filius vivo avo moriatur, vocatur & admittitur nepos primo gradu delationis & ſucceſſionis, quia in eum caſum filio neque delata hereditas ex voluntate avi, (qui in caſum, quo filius præmortuus, quia ei deferri hereditatem ſuam non poſſe videbat, detulit eam nepoti) neque in eum caſum jure deferre potuit, ut pote quæ vivo avo hereditas non erat, vocat itaque Julianus in *d. l. cum in teſtaments* 37. duos gradus inſtitutionis filii & nepotis, ut diſtinguat a coheredibus uno eodemque gradu inſtitutis, qui ſimul ad hereditatem admitti, & concurrere poſſunt & ſolent, quod in filio & nepote impoſſibile eſt, quoniam ſi filius avo ſuperſtes ſit, ſolus illi heres eſt, excluſo nepote, & e contra ſi filius præmoriatur, admittitur ſolus nepos, atque ita nullo caſu in hereditate concurrunt: Et conſequenter ex his inſtitutionibus duo gradus conſtitui dicuntur, quia qnamvis quoad delationem & ſucceſſionem nullus ſecundus ſit, ſed uterque ſuo caſu & tempore primus, tamen attento ordine ſcripturæ, & temporis utriusque caſus ante delationem filii gradus tempore & caſu primus eſt, & nepotis ſecundus: unde etiam Julianus inſert, ſubſtitutum datum nepoti, etiamſi nepos mortuus vel non natus ſit, tamen filio herede exiſtente non poſſe ſimul cum filio admitti, quia non in primum gradnm, qui filii erat, ſed ſubſtitutus eſt in ſecundum, ſcilicet vocationis nepotis, qui ipſe ſimul cum filio non admitteretur, ut pote non coheres: eaque decidendi ratio ſuit in *d. l. cum in teſtamento*, & in *l. ſi mater* 33. §. 1. *hoc. tit.* ut expendunt alia explicantes Faber *lib. 9. conject. cap. 11. ad finem.* Schifordegherus *ad Fabrum lib. 3. tractatu 17. quæſtione 1.*

§. XXXIV. *Subſtitutionis* nominis notationi, & rei definitioni hncusque expoſitis ſuccedebat origo, ſive cauſſa, & ratio introducendi ſubſtitutiones, quam tamen diſputationem, quia non pauca electa, & ignota, ſimulque effectum, & uſum mutuæ, ſive reciprocæ ſubſtitutionis, quam breviloquam vocant, continet, dimittimus nunc magis quam omittimus, proprio & ſequenti commentario ſeparatim tractandam: reſtat itaque jam ſola ex propoſitis in fronte hujus commentarii non omittenda inſpectio de ſpeciebus ſubſtitutionum, in qua inprimis ſupponimus, placuiſſe hactenus multis, ſummam primamque diviſionem ſubſtitutionum in duas ſpecies fieri debere, ſcilicet in *directam*, quæ jure ipſo recta via ſine ulla inſtituti reſtitutione, aut miniſterio defert ſubſtituto hereditatem exiſtente caſu ſubſtitutionis, & in *obliquam*, ſeu *fideicommiſſariam*, per quam inſtituti fidei committitur, ut hereditatem reſtituat alteri, qui ab illo capit, eique ſubrogatur ſeu ſubſtituitur, *arg. §. penult. & ult. inſtit. de ſing. rebus per fid. rel.* Quam diviſionem probat, proponitque Regia *l. 1. titulo 5. Partita 6.* & veluti confirmat mentio directæ ſubſtitutionis, (quæ inepta foret, ſi non eſſet alia ſubſtitutio obliqua) in *l. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis. l. centurio 15. hoc tit.* Confirmat etiam uſus juris auctorum, & præ cæteris Papiniani proprietatis verborum retinentiſſimi, qui fideicommiſſariam vocat abſolute, & ſimpliciter ſubſtitutionem in *l. coheredi 41. §. quod ſi heredem 3. verſ. nec aliud hoc tit. l. heredes mei 57. §. 1. & 2. ff. ad S. C. Trebell.* & repetite Juſtinianus in *l. generaliter 6. §. cum autem C. de inſtitut. & ſubſtitut.* juncta *l. cum avus 102. ff. de condit. & dem.* conducunt etiam textus in *cap. ſi pater de teſtam. lib. 6. l. 27. Tauri*, quæ extat in *l. 11. titulo 6. Compilat. lib. 5.* Conducunt ad rem textus in *l. cum proponas C. de pactis. l. ult. §. in primo, & §. pro ſecundo C. de cadue. toll. l. quærebatur 19. ff. de teſtam. mil. l. Publint 36. §. ult. ff. de condit. & dem. l. Scævola 76. ff. ad S. C. Trebell.* cum ſimilibus multis, ex quibus eam diviſionem ſubſtitutionis in *directam*, & *obliquam* deducunt poſt Accurſ. Bart. Alberic. & alios in *rubr. noſtra.* Donellus *lib. 6. comm. cap. 23.* & præter congeſtos ab Hillig. *ibidem lit. H.* cum pluribus Fuſarius *de ſubſtitut. parte 1. quæſtione 2. num. 3.* Gilken. in *rubr. C. de impub. num. 12. & ſeqq.* Caſtillo *lib. 2. controverſ. cap. 21. num. 1.* & fideicommiſſariam eſſe propriam ſpeciem ſubſtitutionis eo ultra relata argumento, quod *ſubſtituendi* verbum ſit commune, mediumque inter directa & precaria, ut in *l. 4. §. ſed ſi alter 2. hoc tit.* docent conſtanter poſt Alexandrum *num. 3. in præſenti.* Bartol. *num. 47.* & alios in *l. centurio 15. hoc tit.* & præter laudatos nuper, & ab Hillig. ad Donell. *d. cap. 23. lit. J.* Gilkenio *d. num. 12.* late Duarenus ad *hunc titulum cap. 1. & 2.* Trentacinquius *de ſubſtitut. in præfat. num. 24.* Intrigliolus *eodem tractatu cent. 1. quæſtione 7. & 8. num. 13. & cent. 3. quæſtione 35.*

§. XXXV. Sed e contrario certius, & receptius eſt, diviſionem in *directam* & *obliquam*, ſi applicetur, ut ſic dividatur ſubſtitutio jam cum Accurſio definita, & de qua in *tractatu & tit. noſtro*, non poſſe ſuſtineri ex propria, & ſtricta juris ratione, & eadem attenta fideicommiſſariam non eſſe propriam ſpeciem ſubſtitutionis, idque uno, & decretorio argumento evincitur, quia cum ſubſtitutio definiatur ſecunda inſtitutio, & fideicommiſſarius etiam univerſalis non ſit proprie heres, neque inſtitutus. *§. reſtituta inſtit. de fideicommiſſar. hered.* quin potius diſtinguantur, opponanturque ut toto jure diſpares heres, qui recto jure ſit a teſtatore, & fideicommiſſarius, cui heres reſtituit. *§. in primis 2. inſtit. eodem tit.* impoſſibile eſt, ut fideicommiſſum ſit ſpecies illius generis ſubſtitutionis, cujus definitio ei non convenit, & inepta eſt diviſio, per quam adſcribitur ſpecies generi, quæ illo non continetur. Accedit, quod fideicommiſſarium non eſſe ſubſtitutum probat Papinianus in *l. tutores 39. §. heres 3. ff. de adminiſtrat. tutor.* & a ſubſtitutione diſtingui fideicommiſſum, ejusque reſtitutionem, ut rem plane diverſam conſtat ex *§. ult. inſtit. de pup. ſubſtit. l. recuſare 6. §. Titius 5. ff. ad S. C. Trebell. l. ult. §. ſed quia 3. cum §. ſeq. C. comm. de leg. l. generaliter 6. in princ. & tota rubr. C. de inſtitut. & ſubſtit. & reſtit. ſub condit. factis.* ſicut & diverſi, & intervallo longo diſtantes ſunt titulus noſter ſimilesque in *C. & inſtit.* ubi de ſubſtitutionibus agitur, & tituli *ad S. C. Trebell.* ſive de hereditatibus fideicommiſſariis. Quapropter hanc ſententiam firmant poſt Baldum, Salicetum, & Caſtrenſem Decius in *rubr. C. de impub. num. 2.* plene Leonius *de ſubſtitut. in præludiis num. 85.* Fab. *lib. 15. conject. cap. 10. & de error. Pragm. dec. 34. errore 2.* & poſt Alciatum,

Fer-

Ferretum, Viglium, Connanum, Baronem, Goveanum, & alios agnoſcunt veriorem Hilligerus *d. cap. 23. lit. J.* Caſtillo *d. cap. 21. num.* 18. Schifordegh. *ad Fabrum lib. 2. tractatu 6. quæſtione 4. & 5.* noſter Pichardus in *rubr. inſtit. de vulg. num.* 62. & ad *hunc tit. cap. 3. num.* 4. Argumentis autem in contrarium adductis facile reſpondetur, fideicommiſſariam vocari ſubſtitutionem, & quidem non improprie a Papiniano in *d. l. coheredi* 41. §. *quod ſi heredem verſ. nec aliud*, cum ſupra laudatis, & directam diſtingui ab obliqua in *d. l. poſt aditam 5. C. de impuberum &c.* non quia ſint ſpecies ejusdem generis univoci, ſed quia continentur ſub nomine æquivoco ſubſtitutionis in latiore ejus nominis uſurpatione pro quacumque ſubrogatione, de qua ſupra §. 1. & 2. & 6. Plane ſola communio, ſive æquivocatio nominis, quamvis ſufficiat, ut etiam fideicommiſſaria dicatur proprie ſubſtitutio, maxime cum adjuncto ſubſtitutionis precariæ vel fideicommiſſi, ut in *d. l. cum proponas* 16. *C. de pactis. d. l. heredes* 57. §. *ult. ff. ad S. C. Trebell.* cum aliis ſexcentis: ideoque & in ſtatutis, & ſimilibus diſpoſitionibus, in quibus ſubſtitutionis mentio ſit, comprehendatur etiam fideicommiſſaria juxta communem uſum loquendi, & communem opinionem, quam ſequitur cum multis Maſſinius in *rubr. C. de impub. num.* 130. *& ſeqq.* non tamen ſufficit, ut ſint ſpecies, in quas unum idemque genus dividatur; quia non minus inepta diviſio eſſet, quam ſi aquilam tanquam genus dividamus in ſpecies, quarum una ſit avis, alia conſtellatio cœleſtis ad partem ſeptentrionalem Zodiaci, alia denique urbs Hetruriæ aut Mauritaniæ: quoniam hæc & plura æquivoco nomine aquilæ continentur, cum tamen ſubſtantia & ſpecie omnino diverſa ſint. Quocirca ſimiles diviſiones ſumptas ex æquivocatione nominis in re ſignificatas improbant Dialectici, & poſt Ariſtotelem *lib. 1. de partibus animalium cap.* 3. Rodulphus Agricola *de inventione Dialectica lib. 1. cap.* 7. Ludovicus Vives *de diſciplinis tom. 2. lib. unic. de explanat. eſſent. pag. mihi* 509. Tandem quoad ſuppoſitum illud de communi *ſubſtituendi* verbo ex *d. l.* 4. §. *ſi alter* 2. *hoc tit.* fiet facile ſatis ex jam dictis de æquivocatione ejus verbi, junctis pro expoſitione *d. §. ſed ſi alter*, quæ tradidimus ſupra §. 17.

§. XXXVI. Rejecta itaque ſuperiore diviſione, ſuccedit alia receptiſſima inter Accurſianos Practicosque, qui ſubſtitutiones directas, de quibus noſtra definitio & diſputatio eſt, dividunt in quinque ſpecies, *vulgarem*, *pupillarem*, *exemplarem*, *breviloquam*, & *compendioſam*. *Vulgaris* eſt, per quam in caſum, quo inſtitutus heres non erit, ſubſtitutio fit, veluti, *ſi primus heres non erit, ſecundus heres eſto. princ. inſtitut. de vulgari.* & *vulgaris* vocatur, quia vulgo, ſive paſſim, & promiſcue recepta eſt in quocumque teſtatore, & herede: ſicut eodem ſenſu *vulgares actiones* dicuntur, quæ magis receptæ & ſolemnes. *l.* 1. & 2. *ff. de præſcript. verbis.* *Pupillaris* eſt, per quam liberis impuberibus, qui in parentis poteſtate ſunt, neque eo mortuo in alterius poteſtatem ſunt recaſuri, ſubſtituit parens in eum caſum, quo ante pubertatem, ſive, quod idem eſt, in pupillari ætate deceſſerint: unde & *pupillaris* hæc ſubſtitutio dicitur, cujus formula, & ſumma extat apud Cajum *lib. 2. inſtitut. titulo* 4. §. *pupillaris* 3. *l. 2. per totam. l. qui liberis* 8. *cum ſimilibus hoc tit.* *Exemplaris* ſic dicitur ab Accurſio & Claſſicis, quia ad exemplum pupillaris introducta fuit, eaque eſt, per quam parentes ſubſtituunt liberis mente captis furioſisve in eum caſum, quo ſic mente capti vel furioſi deceſſerint, ut in §. *qua ratione* 1. *inſtit. de pupill. l. humanitatis* 9. *C. de impub. l. ex facto* 43. *hoc tit.* *Breviloqua* ab interpretibus antiquioris & forenſis claſſis ſic nuncupatur, quia brevi loquutione plures ſubſtitutiones numero perſonarum, quibus ſiunt, diſtinctas comprehendit, veluti quando duobus inſtitutis teſtator ſubſtituit his verbis: *eosque invicem ſubſtituo*; quo caſu ſi uterque inſtitutus, aut ex eis unus fuerit extraneus aut pubes, inducitur his verbis reciproca ſubſtitutio vulgaris in perſona utriusque, atque ita duæ vulgares. *l. jam hoc jure* 4. §. *ſed ſi alter* 2. *l. coheredi* 41. §. 1. & §. *qui diſcretas. l. Lucius* 45. *in princ.* & §. *ult. hoc tit. l. 2. l. quamvis* 4. *C. de impuberum.* §. *& plures* 1. *inſtit. de vulgari.* ſi vero uterque ſit impubes & ex liberis, quibus pupillariter ſubſtitui poteſt, inducitur ſuperioribus verbis vulgaris & pupillaris in utriusque perſona, atque ita duæ vulgares & pupillares. *d. l. quamvis* 4. *l. in teſtamento* 6. *C. de teſtam. mil. d. l. jam hoc jure* 4. §. 1. ubi & hae ratione hæc ſubſtitutio vocatur *reciproca*, quia in utriusque perſona viciſſim & reciproce fit, ita ut alter alteri ſubſtituatur, unde & *mutua* appellatur in *l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *Compendioſa* eſt & dicitur, quæ ſicut *breviloqua* brevi loquutione plures ſubſtitutiones numero perſonarum diſtinctas, ita hæc compendio ſermonis plures ſubſtitutiones temporibus diviſas complectitur, veluti quando pater miles directis verbis ſubſtituit impuberi filio in caſum, quo poſt viginti quinque annos vel ulterius quandocumque deceſſerit, quo caſu ante pubertatem valet ſubſtitutio ut pupillaris, & poſt pubertatem ut militaris directa ex privilegio militari. *l. centurio* 15. *hoc tit.*

§. XXXVII. Sed quamvis ea diviſio in quinque ſpecies ſubſtitutionis receptiſſima ſit, utilisque & idonea, ſaltem doctrinæ gratia, diſtinguendis diverſis formulis ſubſtitutionum, ideoque proponatur probeturque in *l. 1. titulo 5. Partita* 6. tamen in diſputando ea regula & ratione juris verius omnino eſt, ſubſtitutionis propriæ & directæ jam definitæ quatuor ſolas ſpecies eſſe, *vulgarem*, *pupillarem*, *exemplarem*, quæ *quaſi pupillaris* rectius dicitur, & *militarem*, quæ a milite fit ex privilegio militari cuicumque heredi, etiam in caſum adquiſitæ hereditatis, ut in *l. milites* 5. *cum aliis ff. de teſtam. mil.* quamvis *quaſi pupillaris* & *militaris* in *rubr. noſtra* non exprimantur, quia illa parum uſitata ante Juſtinianum. *l. humanitatis* 9. *C. de impuberum.* *militaris* autem pertinere potius viſa eſt ad *tit. de teſtamento militis.* Cæterum *breviloqua* & *compendioſa* non ſunt ſpecies ſubſtitutionum re & ſubſtantia diverſæ ab illis quatuor, quas propoſuimus, ſed diverſæ formulæ & conceptiones verborum, quæ continent illas ipſas ſubſtitutiones *vulgarem*, *pupillarem*, *vel quaſi*, & *militarem*, & ad eas referuntur rediguntur que, ut in exemplis *breviloquæ* & *compendioſæ* ſupra traditis apparet. Quapropter quod apud Modeſtinum in *d. l. jam hoc jure* 4. §. 1. ſubſtitutio reciproca vocatur *tertium genus ſubſtitutionis*, ſic explicandum eſt, ut non ſit tertium genus, ſive ſpecies diverſa per ſe a vulgari & pupillari, quas continet, quod falſum eſſet, ſed tertium genus ſive modus & forma concipiendæ ſubſtitutionis, quæ duas vulgares vel vulgarem ſimul & pupillarem contineat, ita ut generis nomen accipiatur ibi pro modo, ut in *l. eum qui* 23. §. 1. *ff. de uſucap.* cum ſimilibus junctis a Cujacio *lib. 4. obſervat. cap.* 8. Docent ita & explicant plenius poſt Bart. in *d. l. centurio* 15. *num.* 11. *hoc tit.* & præter laudatos ab Hilligero ad Don. *lib. 6. cap. 23. lit. M. & ſeqq.* Duarenus ad *hunc tit. cap. 3. & ſeqq.* cum pluribus Caſtillo *d. lib. 2. cap. 21. num.* 6. Intrigliolus *de ſubſtitut. centuria 2. quæſtione* 58. & *centuria 3. quæſtione* 2.

CAPUT SECUNDUM.

De Origine & cauſſa inducendi Subſtitutiones, & de mutuis, ſive reciprocis Subſtitutionibus.

Ad *l. ſi in teſtamento* 5. *l. qui plures* 23. *cum l. ſequenti. l. quidam* 30. *l. cum ex filio* 39. §. *ult. l. coheredi* 41. §. 1. *&* §. *qui diſcretas cum* §. *ſequenti hoc Titulo.*

§. I. Diſputationem hanc de origine & cauſſa ſubſtitutionum ſuperiore commentario promiſſam diſtulimus conſulto in hunc locum, quo magis ex profeſſo & plene, ut rei dignitas & difficultas poſtulat, tractaretur, ſimulque explicaretur affinis quæſtio de effectu mutuæ ſubſtitutionis, multis hujus tituli locis intelligendis neceſſaria. Imprimis autem ſciendum eſt, triplicem cauſſam tradi ſolere, ob quam ſubſtitutiones inventæ, & introductæ ſint: primam in ſubſidium teſtamenti. *l. poteſt* 36. *hoc tit.* ne ſcilicet hereditate ab inſtituto non adita fiat locus ſucceſſioni ab inteſtato, & in irritum recidat voluntas teſtamentaria, quam effectum habere ſavorabile publice eſt. *l. vel negare* 6. *ff. quemadm. teſtam. aper. l.* 1. *C. de ſacroſanct. eccl. l. & quia* 6. *ff. de interrog. in jure fac.* ſecundam ad excluſionem juris accreſcendi, quod excludit ſubſtitutus ut pote nitens aperta vocatione, & voluntate defuncti. *l.* 2. §. *ſi duo* 8. *ff. de bon. poſſ. ſecundum tab.* cum e contrario jus accreſcendi inter heredes disjunctim inſtitutos inducatur ſine voluntate defuncti ex ſola juris neceſſitate & ratione, de qua in §. *hereditas* 5. *verſ. non autem inſtit. de hered. inſtit. l. ſi idem* 13. §. 1. *l. ſi miles* 6. *l. ſi duobus* 37. *ff. de teſtam. milit. l. de hereditate* 19. §. *filiusfam. ff. de caſtr. pecul.* inter inſtitutos autem conjunctim inducatur ex ſola tacita, ſive præſumpta voluntate defuncti. *l. item* 17. §. 1. *in fine. l. heredes* 63. *ff. de her. inſtit. l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. hoc ita tam varie C. de caducis toll.* diximus late in *commentario de jure accreſc. cap.* 1. §. 8. *&* 17. tertiam & quidem uſu, & celebritate primariam ad excludendum fiſcum his caſibus, in quibus hereditas, aut ejus pars ex perſona inſtituti in fiſcum recaſura erat, tanquam caduca ex Legibus Julia & Papia, quarum & caducorum obſervantiæ ut odioſæ excludendæ introductas fuiſſe ſubſtitutiones, ſcilicet ut in caſum caduci ſubſtitutus fiſco præferretur, teſtatur Juſtinianus in *l. un. in princ. verſ. ſed & ipſis C. de caduc. toll.* quas rationes & præ cæteris tertiam poſtremamque ſimpliciter, & indiſtincte pro cauſſis inducendarum ſubſtitutionum proponunt poſt alios Joannes Bolognetus in *rubr. hujus tit. num.* 6. Hillig. ad Don. *lib.* 6. *cap.* 23. *lit. A.* Petrus Greg. *lib.* 42. *Syntagm. cap.* 12. *in princ.* Maſſinius in *rubr. C. de impuberum num.* 64. *&* 75. Caſtillo *lib.* 2. *controverſ. cap.* 10. *num.* 11. Fuſarius *de ſubſtitut. parte* 1. *quæſt.* 1. *num.* 4. & ex Academicis noſter olim Joſephus Vela *diſſertat. Hiſpal.* 11. *num.* 98. Pich. in *rubr. inſtit. de vulgari num.* 78. *& ſeqq.* & ad *hunc titulum cap.* 1. *num.* 10.

§. II. Sed ne in commune, & generaliter, ut proponitur, accepta hæc traditio aberrandi cauſſa ſit, & ut hæc res diſtincte, & dilucide intelligatur, præmittendum eſt, diverſas eſſe quæſtionem de jure, quo primum introductæ ſubſtitutiones, eisque auctoritas & origo data, & quæſtionem de ratione, ob quam introductæ. Deinde in utraque quæſtione, & in ſingulis quatuor ſpeciebus ſubſtitutionum *vulgari*, *pupillari*, *quaſi pupillari*, *& militari*, de quibus *cap.* 1. §. 37. affirmamus, falſam eſſe ſimpliciter acceptam rationem illam, & aſſertionem, quæ ſupponit, fuiſſe introductas ſubſtitutiones ad excludenda caduca ex Legibus Julia & Papia. Namque in primis, quoad vulgarem, certum receptumque eſt, fuiſſe illam introductam ex verbis antiquæ Legis XII. Tabul. quæ liberam teſtandi facultatem conceſſit, & *legandi* generali verbo, ſicut primi, ita & ſecundi, atque ulterioris gradus inſtitutionem, quæ ſubſtitutio eſt, comprehendit, ut ex *l. verbis* 120. *l. lege* 130. *ff. de V. S.* notat Cujacius in *d. l. verbis* 120. & in *l.* 1. *hoc tit.* & ad *tit. C. de impuberum.* Faber *lib.* 9. *conject. cap.* 11. *in princ.* & poſt Govean. Briſſon. & alios Maſſinius in *l.* 3. *num.* 7. *&* 10. *C. de impuberum.* ex quo & evincitur, non fuiſſe introductam vulgarem ad excludenda caduca ex Legibus Julia & Papia, quia hæ Leges quingentis circiter annis poſt Leges XII. Tabul. latæ fuerunt ſub Octaviano Auguſto, ut ſcribit D. Iſidorus in *cap. quædam* 7. *diſt.* 2. Dion. Caſſius *lib.* 56. *hiſtoriæ.* Tacitus *lib.* 3. *annal.* eodemque Auguſti tempore, & ex eisdem legibus caducorum obſervatio cœpit; unde & hæ leges *caducariæ* vocatæ. *d. l. un. in pr. &* §. *cum igitur C. de caduc. toll.* Ulp. *titulo* 19. §. *lege*, *& titulo* 28. §. *inteſtati in fine.* quamvis & ante Auguſtum, & Leges Juliam & Papiam caduca in uſu fuiſſe ſupponat levi conjectura ex Cicerone 3. *de Oratore* Hotmanus *lib.* 4. *obſervat. cap.* 9. accedit, quod & ſæculo Ciceronis, qui interfectus Octaviano inchoante triumviratum cum Antonio & Lepido quinquaginta fere annis ante Legem Papiam, fuiſſe in uſu vulgarem ſubſtitutionem, conſtat ex *l. Cicero* 39. *ff. de pœnis.* (cui illuſtrandæ, & conciliandæ cum *l. ſi quis* 38. §. *qui abortionis ff. de pœnis* videndi ſunt Cujac. *lib.* 19. *obſervat. cap.* 9. poſt alios noſter Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 2. *num.* 3. *&* 27. Carranza *de partu cap.* 2. *num.* 5. *& cap.* 16. §. *unic. num.* 10. *&* 27.) & aperte oſtendit Appianus Alexandrinus *lib.* 2. *bellorum civilium.* ubi de ſubſtitutis a Julio Cæſare nominatis in caſum, quo Octavianus ei non ſuccederet, ita ſcribit: *mos eſt Romanis, adſcribere alios heredes in caſum, quo primi heredes non exiſtant.*

§. III. Deinde quoad pupillarem ſubſtitutionem, ſimiliter extra controverſiam eſt, fuiſſe illam introductam receptamque non ex verbis, ſententiave Legis XII. Tabul. teſtamentariæ; quia ea non niſi patrisfamilias, & quidem de pecunia tutelave rei ſuæ. *l. ſæpe* 53. *ff. de V. S. l. conficiuntur* 8. §. *ſi poſt* 3. *ff. de jure codicill. l. cum pater* 77. §. *mando* 24. *ff. de leg.* 2. *l. teſtandi* 13. *C. de teſtam.* & juxta voluntatis propriæ ſententiam, non autem arbitrium alienum. *l.* 1. *ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. illa inſtitutio* 32. *ff. de her. inſtit.* proinde neque teſtari permittit impuberi, qui, quo tempore ei pater pupillariter ſubſtituit, eſt filiusfamilias, neque patri pro impubere; quoniam ſic pater de aliena re & hereditate teſtatur, nempe impuberis, cujus diverſa hereditas eſt a paterna. §. *igitur* 2. *inſt. de pupill.* & quoniam ſic pupillare teſtamentum ſeu ſubſtitutio pendet ex patris judicio, quod eſt alienum, & diverſum a judicio filii. *l. ſi ſtipulatus* 76. *ff. de V. O.* Quibus rationibus, & ultra eas illa non contemnenda, quod exemplaris, ſive quaſi pupillaris ſubſtitutio inventa dicitur intuitu humanitatis & indulgentiæ, quaſi ſcilicet non ex juris ſtricti ratione reguliſque. *l. humanitatis* 9. *C. de impub.* pupillarem ſubſtitutionem introductam fuiſſe contra juris ſtricti regulas rationemque, cenſuerunt poſt Albericum in *rubr. hujus tit. num.* 24. plures laudati a Caſtillo *lib.* 2. *controverſ. cap.* 14. *num.* 2. & Hillig. ad Don. *lib.* 6. *cap.* 25. *lit. A.* quamvis & ſuſtineri a principio potuiſſe pupillarem ſubſtitutionem ex jure ſtricto, ſummoque non improbabiliter defendat poſt Bart. in *d. l. humanitatis num.* 5. *C. de impuberum.* ex noſtratibus Pich. cum aliis Caſtillo *d. cap.* 14. *num.* 4. Maſſinius in *d. l. humanitatis num.* 58. Sed id utcumque ſit, conſtat ſaltem introductam fuiſſe pupillarem ſubſtitu-

tu-

tutionem moribus non Lacedæmoniorum, ut *arg.* §. *& non ineleganter inſt. de jure naturali.* divinant cum Acc in *l.* 2. *verbo moribus hoc tit.* Bart. *ibidem num.* 1. Jaſon *num.* 10. Ripa *num.* 12. & relati ab Intrigliolo *de ſubſtitut. cent.* 1. *quæſtione* 59. *num.* 1. *&* 2. Trentacinq. *eodem tractatu parte* 2. *cap.* 1. *num.* 4. ſed moribus populi Romani. *l.* 2. *hoc tit. princ. inſtit. de pupill.* §. *ſed jus quidem* 2. *inſtit. de jure naturali.* & ex ſententia JCtorum, quæ conſenſu populi recepta per diſputationem fori poſt XII. Tabulas in mores tranſiit, & jus non ſcriptum civile fecit. *l.* 2. §. *his legibus* 5. *ff. de orig. juris.* ut proponunt & exponunt præter congeſtos ab Hilligero *d. cap.* 26. *lit. B.* Politus *de ſubſtit. cap. de pupillari num.* 1. Coſta in *cap. ſi pater parte* 1. *verbo habens num.* 2. *de teſtamentis in* 6. Gilkenius in *l.* 5. *num.* 2. *C. de impuberum.* conſtat item, rationem inducendæ ſubſtitutionis pupillaris fuiſſe pupilli utilitatem favoremque, ut quoniam cujusque intereſſe creditur cum teſtamento, & herede inſtituto decedere. *d. l.* 1. *C. de ſacros. eccleſ. l. & quia* 6. *ff. de interrog. in jure fac.* neque pupillus propter ætatem teſtari, aut inſtituere ſibi heredem poteſt. *l. qua ætate* 5. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* habeat ſaltem intra illam ætatem teſtamentum & hereditatem ex affectu & providentia paterna. *l.* 41. *verſ. quæ ſententia de adquir. her.* junctis ad rem pluribus & poſt plures traditis a Caſtillo *d. lib.* 2. *cap.* 15. *per tot.* Ant. Coſtano *lib.* 1. *quæſt. juris cap.* 7.

§. IV. Plane pungit non leviter, nec diſſimulari vel in hoc transcurſu ex fide bona poteſt, contra rationem nuper traditam inducendæ ſubſtitutionis pupillaris contextus Juſtiniani in *l. cum quidam* 24. *C. de legatis.* ubi pater, qui filium exheredavit, eique pupillariter ſubſtituit, ſic deſcribitur: *maximam ſcilicet oſtendens ad filium ſuum affectionem, cui nihil quidem emolumenti reliquit, ſed poſt exheredationis injuriam etiam ſubſtitutionem ei addidit:* quæ verba Accurſius *ibi*, & Albericus accipiunt per antiphraſin ſive contrarium verbi ſenſum, Gofredus autem & ante eum Alciatus *de V. S. lib.* 4. *num.* 17. & alii proprie magis exaudiunt per Ironiam, ſive ſimulationem ſermonis, tropum Rhetoricis uſitatum, cum aliud verbis dicimus, & contrarium ſignificare volumus, ut proinde appellatione *maximæ affectionis* patris erga filium in *d. l. cum quidam* intelligatur maximum odium, quia quod mox ſequitur, nempe nihil illi emolumenti relinquere, odii potius quam amoris eſt, eamque expoſitionem confirmant ſequentia verba, in quibus cum injuria exheredationis expenditur & conjungitur per vocem *etiam*, tanquam injuriæ additamentum ſubſtitutio filio facta, & conſequenter ſignificatur, etiam ſubſtitutionem pupillarem eſſe odioſam & injurioſam filio, ut agnoſcit difficultati ſuccumbens Salicetus in *d. l. cum quidam.* ſed rejecta ſolutione Cini, Petri, & Richardi apud Albericum in *d. l. cum quidam* 24. contendentium, Juſtinum *ibi* vere & non figurate affirmare maximam affectionem a patre in filium, cui ſubſtituit, oſtendi, reſpondendum potius eſt, & fatendum cum Coraſio in *l. ſi teſtamento* 7. *num.* 9. *&* 10. *C. de impub.* & ante eum Caſtrenſe *num.* 30. & Jaſone in *princ. d. l. cum quidam.* Juſtinianum ibi ironice loqui, ut vel indicat particula *ſcilicet*, qua & ſimilibus ut *vero* & *videlicet* ironiæ exprimendæ utuntur Latini, ut apud Virgilium 4. *Æneidos verſu* 379. ibi.

Scilicet is ſuperis labor eſt.

Et *verſu* 93.

Egregiam vero laudem & ſpolia ampla refertis.

Et apud Ciceronem *orat.* 2. *in Catilinam.* ibi, *Homo enim videlicet timidus & permodeſtus.* notat Henricus Stephanus in *libello de latinitate Lipſii.* Non tamen Ironia Juſtiniani eo pertinet, ut per *maximam affectionem* intelligat maximum odium ſive injuriam, ſed ut ſignificet, affectionem patris filium impuberem exheredantis eique ſubſtituentis eſſe fucatam, ſimulatamque ſub prætextu ſubſtitutionis, quæ affectionis & providentiæ paternæ indicium eſſe ſolet potius, quam vere maximam, eamque a patre in illa ſpecie non tam haberi quam oſtendi, ut indicat verbum illud *oſtendens*, quia qui filio nihil relinquit, ſed eum notat injuria exheredationis, quæ in impubere injurioſior præſumitur, quia non facile in ea ætate exheredationis pœnam mereri poteſt. *l. ſi quis ſuo* 33. §. *ult. C. de inoff. teſtamento.* falſo amorem ejus oſtentat, etiamſi, ut eum oſtentet, ſubſtituat pupillariter filio: atque ita dictio *etiam* in illis verbis, *etiam ſubſtitutionem ei addidit*, non eſt accipienda implicative, ſic ut inſinuet, ſubſtitutionem eſſe injurioſam, ſicut exheredationem, ſed continuative ad præcedentia, ut ſæpe fit, & obſervat Albericus in *dictionario juris*, *verbo etiam.* Bart. in *l. Labeo ff. de pactis.* proinde in *d. l. cum quidam* non negatur, imo ſupponitur, ſubſtitutionem pupillarem ſuo genere & juris præſumptione eſſe favorabilem & utilem pupillo, ſed duntaxat inſinuatur, eam reſpectu affectionis patris, quando filio exheredato fit, præſumi potius procedere ex oſtentata, quam ſolida & ſincera affectione.

§. V. Verum ut pergamus, ſuppoſito jam jure, quo inducta, & ratione ob quam introducta pupillaris ſubſtitutio, non eſt in difficili oſtendere, non fuiſſe eam introductam ad excludenda caduca ex legibus Julia & Papia. Primo quia & ante illas leges latas ſub Auguſto, ut monuimus ſupra §. 2. receptiſſimum fuiſſe uſum ſubſtitutionis pupillaris, conſtat vel ex eo, quoniam vivente Quinto Mucio Scævola JCto, qui occiſus fuit in proſcriptione Mariana, centum circiter annis ante Legem Papiam, ut ſcribit Lucanus *lib.* 2. *Pharſaliæ*, in ea re imitatus D. Auguſtinus *lib.* 3. *de civit. Dei cap.* 28. *&* 29. & laudati in notis a Ludovico Vives, & Leonardo Coqueo, fuit inter ipſum Scævolam & Lucium Craſſum agitata nobilis illa lis, & controverſia Curiana, pertinens ad quæſtionem poſtea deciſam conſtitutione Marci & Veri in *l. jam hoc jure* 4. *hoc tit.* quæ controverſia in eo erat, utrum pupillaris ſubſtitutio facta poſthumo in caſum, quo naſceretur, & impubes decederet, contineret vulgarem tacitam eo caſu, quo poſthumus natus non eſſet, ut memorant Cicero *lib.* 1. *&* 2. *de oratore*, & in *Bruto*, & in *topicis.* Quintilianus *lib.* 7. *inſtitut. oratoriarum cap.* 7. & ex novioribus Petrus Ærodius *lib.* 5. *rer. judicat. tit.* 5. *cap.* 1. Secundo, quia etiam poſt Legem Papiam non fuit utilis, aut neceſſaria ad excludendum jus caduci in hereditate impuberis ſubſtitutio impuberis, quoniam ſi ſubſtitutio non fiat, & impubes decedat, ſuccedetur ei ab inteſtato, in qua ſucceſſione ab inteſtato nullus locus aut caſus fuit caducorum, ut recte expenſi probant in libris ad Leges Juliam & Papiam Conſulti in *l. ſi Titio* 61. §. *ult. ff. de leg.* 2. & in *l.* 4. *ff. de bon. poſſeſſ.* & extra eos libros Paulus *lib.* 4. *ſententiar. tit.* 8. §. *ult.* Ulpianus *tit.* 26. §. *ſi plures*, & in *l.* 2. §. *ult.* juncta *l. ſi ex pluribus* 9. *ff. de ſuis & legit.* cujus rationem in hac re captat potius, quam capit Balduinus ad *leges de jure civili cap. de Lege Pap. pag.* 151. accipiunt tamen recte in hac parte Cujacius *lib.* 12. *obſervat. cap.* 1. Merillius *lib.* 5. *obſerv. cap.* 4. diximus plene magis in *tractatu de jure accreſc. cap.* 4. *num.* 12. *&* 13.

§. VI. Præterea quoad ſubſtitutionem militarem indubitatum eſt, vim & introductionem ejus pendere ex privilegio conſtitutionibus principum militibus conceſſo, ut quomodo velint teſtentur, rationemque inducendæ & ſuſtinendæ hujus ſubſtitutionis eſſe eamdem illam privilegii militaris in teſtando, nempe imperitiam juris in milite, & remunerationem periculorum militiæ. *l.* 1. *& l. ult. ff. l.* 3. *l. in teſtamento* 6. *in fine. l. milites* 15. *C.*

de teſtam. milit. princ. inſtitut. de milit. teſtamento. l. centurio 15. *hoc tit.* Non fuiſſe autem militarem ſubſtitutionem introductam ad excludenda caduca, conſtat vel ex eo, quia teſtamentum militis ſicut fuit liberum ſolutumque aliis legibus, ita & caducariis, & ideo in eo non fuit locus caducis, ut probare ſoleo ex *l. ſi ab eo* 9. *ff. de uſufr. leg. l. ult. ff. de his quæ pro non ſcript.* Rurſus quoad exemplarem certo certius eſt, eum ante Juſtinianom non fieret, niſi impetrato ſpeciali beneficio principis. *l. ex facto* 43. *hoc tit.* introductam eam poſtea redactamque fuiſſe ad juris ordinarii formam a Juſtiniano, & quidem ſicut pupillarem ratione humanitatis & in favorem utilitatemque mente capti, cui ſubſtituitur in *l. humanitatis* 9. *C. de impuberum.* Unde etiam liquet, cauſam ejus inducendæ non fuiſſe excluſionem caducorum, quia ſi mente capto non ſubſtituatur, cum ipſe teſtari non poſſit. §. *præterea inſtitutionum quibus non eſt permiſſ.* niſi teſtamentum factum ante furorem relinquat. *d.* §. *præterea.* ſuccedetur ei ab inteſtato, in qua ſucceſſiooe ceſſant caduca, ut quoad pupillarem ſupra probavimus.

§. VII. Denique ut concludamus, ex duabus etiam illis rationibus prima & ſecunda propoſitis ſupra §. 1. ſecunda quidem, quæ ſupponit introductas ſubſtitutiones ad excludendum jus accreſcendi, deſcendens inter heredes disjunctos ex ſola neceſſitate juris, non convenit in primis militari ſubſtitutioni, quia in teſtamento militis non eſt jus accreſcendi ea ſola juris ratione inter inſtitutos disjunctim. *l. filius* 42. §. *Papinianus ff. de bon. lib. l. ſi duobus* 37. *ff. de teſtamento milit.* juncta interpretatione noſtra io *tractatu de jure accreſc. cap.* 1. §. 15. non convenit etiam pupillari & quaſi pupillari, quia quamvis facta ſubſtitutione, quoniam hæc eſt pars & acceſſio patroni teſtamenti, cum quo unum teſtamentum conſtituit, pendens ex unico judicio patris. *l.* 2. §. *prius* 4. *l. patris* 20. *l. qui plures* 38. §. *ult. hoc tit. l.* 2. §. *illud* 2. *ff. de hereditate vend.* §. *igitur* 2. *inſtit. de pupill.* conjungatur pupillaris hereditas paternæ in ſubſtituto, qui patri etiam heres extitit, eique invito adquiratur jure in ſpecie *l. qui patri* 59. *ff. de adquir. hered.* quam ita explicant noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. ad tit. de adquir. hered. tractatu* 1. *cap.* 7. *num.* 22. Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſt.* 42. *num.* 13. tamen ſubſtitutione non facta, cum teſtamenti pupillaris & paterni unio ceſſaret, & hereditates diverſæ eſſent. *d.* §. *igitur* 2. nullum foret jus accreſcendi inter eum, qui hereditatem patris ex teſtamento accepiſſet, & qui hereditatem pupilli ab inteſtato, ut pote omoino non coheredes & diverſo jure ſuccedentes, *arg. l. ſed cum patrono* 6. *ff. de bon. poſſeſſ. l. filius* 42. §. *Papinianus.* ibi: *ac ſi partes ejusdem hereditatis accepiſſent*, *ff. de bon. libert.* junctis traditis a Bartolo *num.* 2. & Claſſicis in *d. l. qui patri* 59. *ff. de adquir. hered.* & conſequenter noo fuerunt inductæ pupillaris & quaſi pupillaris ſubſtitutio ad excludendum jus accreſcendi, quod illis non factis nullum futurum erat. Poſtremo neque convenit ea ratio vulgari ſubſtitutioni factæ uni ex aſſe inſtituto, quoniam in eo, etſi non ſubſtitueretur, nullum foret jus accreſcendi, quia id non eſt niſi partis ad partem ejusdem rei vel perſonæ, quæ ſimilem partem habet. *l. ſi Titio* 33. §. *ult. ff. de uſufr.*

§. VIII. Maneat itaque pro explorato jam ex rationibus ſubſtitutionum traditis ſupra §. 1. tertiam illam excluſionis caducorum falſam eſſe in ſingulis ſpeciebus ſubſtitutionum, ſecundam autem neque convenire omnino pupillari & quaſi pupillari, neque ſemper militari & vulgari; unde & relinquitur, affirmamusque, in vulgari quidem propriam & præcipuam rationem ejus induceodæ fuiſſe primam illam traditam *d.* §. 1. ſcilicet ſubſidium teſtamenti. *l. poteſt* 36. *hoc tit.* & excluſionem ſucceſſionis ab inteſtato, quæ etiam ratio applicari poteſt introductioni ſubſtitutionis pupillaris & quaſi pupillaris, quatenus ideo fiunt, ne pupillus aut mente captus inteſtati decedant, in quo & verſatur ipſorum favor, quem pro ratione earum ſubſtitutionum conſideravimus §. 3. & 6. ubi & militaris inducendæ rationem tradidimus. Neque hanc ſententiam noſtram impugnat, aut pro tertia ratione pugnat Juſtinianus io *d. l. unic. in princ. verſ. ſed & ipſis C. de caduc. toll.* Namque reſpondendum eſt, illius contextus, qui vulgares interpretes decepit, non eam mentem eſſe, ut ſubſtitutionum origo & introductionis prima cauſſa fuerit excluſio caducorum, quod falſum eſſe oſtendimus, ſed ut ſubſtitutiones vulgares, quæ veluti per excellentiam vocari ſolent ſimpliciter *ſubſtitutiones. l. ſi legata* 6. *C. de legatis.* quamvis introductæ & receptæ longe ante Legem Papiam, & caduca tamen poſt illam & eorum occaſione frequentari magis, & uſu introduci cœperint a teſtamentorum conditoribos, ſcilicet teſtatoribus & JCtis, quorum conſilio plerumque teſtamenta condebantur ordinabanturque. *l. Lucius* 88. §. *ult. ff. de leg.* 2. juncta. *l. unic.* §. *& ut plenius verſ. ſicut.* ubi Cujacius *C. de rei uxoriæ act.* Et JCtorum conſilio teſtatores ad excludenda caduca & fiſcum utebantur frequentius, tanquam legitima & jam pridem recepta cautione, ſubſtitutionibus, vel ſubſtituentes uoi heredi aut legatario, quo caſu quamvis illo non capiente relictum alioquin caducum futurum eſſet, tamen fiſco præferebatur ſubſtitutus, ut pote in caſum illum vocatus ex aperta defuncti voluntate, quam Lex Papia non ſubvertebat, juxta textus hioc explicandos, & ad ſubſtitutiones non mutuas & Legem Papiam referendos in *l. ut heredibus* 50. *verſ. videamus ff. de leg.* 2. *l. ei cui* 10. juncta *l. ſenatus* 35. *l. illud* 37. eom inſcriptionibus & communi interpretatione, *ff. de mortis cauſſa donat.* vel ſubſtitueodo unum pluribus inſtitutis aut legatariis, vel plures uni, vel invicem inter ſe omnes, ut ſcriptum eſt in *l. poteſt* 36. §. 1. *hoc tit.* quas ſubſtituendi formas earumque uſum invaluiſſe præcipue ad excludenda caduca deduci poteſt, tum quoad mutuas & reciprocas ex *l. Titius* 24. *cum* 2. *legibus ſequent. ff. de hered. inſtit. l. Scævola* 76. *in fine ff. ad S. C. Trebell.* junctis ad eos textus traditis ſupra *cap.* 1. §. 16. tum etiam quoad alias formas ſubſtitutionum ex *noſtra l. ſi in teſtamento* 5. *hoc tit.* cujus inſcriptio eſt ex Cajo *lib.* 3. *ad Leges Jul. & Pap.* & diſputatio tota de effectu ſubſtitutionis plurium uni in caſum, quo portio illius deficeret, & ut in ſobſtitutos potius, quam fiſcum caderet, ut ſentiunt, quamvis non ſatis explicent, poſt Balduinum in *jurisprud. Muciana pag. mihi* 149. & in *Juſtiniano pag.* 456. Cujacius *lib.* 12. *obſervat. cap.* 14. & in *d. l. unic. in princ. C. de caduc. toll.* ubi & Giphan. noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtrium tractatu* 1. *cap.* 2. *num.* 4. & *lib.* 3. *ad tit. de adquir. hered. tractatu* 1. *cap.* 5. *num.* 3.

§. IX. Peracto & abſoluto jam priore veluti penſo commentarii noſtri de origine & ratione ſubſtitutionum, ut deinceps ad eos textus, quos in fronte commentarii proſcripſimus, progrediamur, expendendus in primis, quia nuper traditis acriter obſtat, & explicaodus eſt Juliani locus in *noſtra l. quidam* 30. *hoc tit.* cujus ſpecies hæc eſt. Teſtator primo gradu heredes inſtituit Proculum ex tribus unciis, ſive quarta parte hereditatis, & Quietum ex oovem unciis, ſive dimidia & quarta. Rurſus ſecundo gradu ſubſtituit Quieto Florum, & Proculo Soſiam. Poſtremo & tertio gradu Floro & Soſiæ in caſum, qno heredes non eſſent, ſubſtituit ex parte dimidia & quarta Coloniam Leptitanorum, & complures alios ex pluribus quam tribus unciis. Deinde teſtatore mortuo Quietus primo gradu inſtitutus hereditatem adiit, Proculus autem alter primo gradu inſtitutus, & Soſia Proculi ſubſtitutus ſecundo gradu deceſſerunt, vivo teſtatore, atque ita in ea ſpecie quæſtio eſt, utrum quarta pars, ex qua Proculus, qui deceſſit, inſtitutus fuit, pertineat ex Jure accreſcendi ad Quietum inſtitutum & coheredem, an potius ex ſubſtitutione ad ſub-

ſubſtitutos tertio gradu: & Julianus reſpondet concluditque, partem Prnculi accreſcere ex voluntate defuncti, & pertinere potius ad Quietum, quam ad ſubſtitutos; unde & duo ſupra traditis ex diametro contraria, & difficilia evincuntur. Primum eſt, præferri conjunctum & jus accreſcendi ſubſtitutioni, contra *l. 2. §. ſi duo ff. de bon. poſſeſſ. ſecundum tab. & l. ult. in princ. hoc tit. authent. hoc amplius C. de fideicommis.* Secundum eſt, præferri etiam jus accreſcendi, & conjunctum ex illius vi excludere fiſcum & jus caduci, etiam eo caſu, quo pars deficiens in cauſſa caduci erat, ut erat pars Proculi ex eo, quia Proculis & Soſia vivo teſtatore deceſſerant. *l. unic. §. pro ſecundo C. de caduc. toll.* & conſequenter otioſe & vitioſe ex conſilio JCtorum uſos fuiſſe teſtatores ſubſtitutionibus ad excludendum fiſcum & caduca, quandoquidem ſolum jus accreſcendi prævalet fiſco caducis & ſubſtitutioni; cui priori difficultati Accurſius in *d. l. quidam* 30. *verbo diſtribuiſſet in fine.* & poſt Bart. Jaſonemque *ibidem num.* 4. Duarenus ad *hunc tit. cap.* 10. *verſ. alia quæſtio.* Gilkenius in *l. penult. num.* 42. *& ſeqq. C. de impub.* reſpondent, ideo ibi conjunctum & jus accreſcendi præferri ſubſtitutis, quoniam iſti ſubſtituti ſunt verbis illis, *ſi neque Florus neque Soſia heredes eſſent*, ut ſcriptum eſt in *d. l. quidam* 30. quæ verba cum conjunctiva negativa ſint, non cenſentur vocati ſubſtituti aliter, quam ſi utrumque illud exiſiat, ſcilicet ut neque Florus neque Soſia heredes ſint, *arg. l. ſi is qui* 13. *§. ult. verſ. hoc enim modo ff. de rebus dubiis. l. heredes* 57. *§.* 1. *ff. ad S. C. Trebell.* atque ita vocati ſunt dumtaxat in caſum, quo tota hereditas vacaret: qui caſus non extitit, ut pote cum Quietus primo gradu inſtitutus ex novem unctis heres extiterit.

§. X. Sed omiſſa ea interpretatione, quia nt cenſuram ejus iuterim in opportuniorem locum dimittam, alia & aliena eſt a ratione, qua Julianus movetur in *d. l. quidam* 30. affirmandum potius eſt cum eodem Accurſio *verbo diſtribuiſſet in princ.* Caſtrenſi, Cumano, & Cujacio *lib.* 78. *Dig. Juliani*, & ad *noſtrum tit.* in *d. l. quidam* 30. quod ad priorem difficultatem attinet, ibi coujuncti & juris accreſcendi vim prævalere ſubſtitutis, quia ex voluntate teſtatoris uon cenſetur exſtitiſſe caſns ſubſtitutionis, niſi tota hereditas vacaverit, neqne aliter quam in eum caſum totius hereditatis vacantis vocati ſunt tertio gradu ſubſtitati, eamque voluntatem Julianus conjectatur non ex verbis, *ſi neque Florus &c.* ſed ex eo, quia inter ſubſtitutos tertio gradu excepta Colonia plures quam tres uncias, ut jam in ſpecie poſuimus, & inter eosdem ſimul cum Colonia plures quam duodecim uncias diſtribuit, atque ita non præſumitur eos vocare voluiſſe in caſum, quo ſola quarta pars Proculi ex tribus uneiis conſtans, ſed in caſum, quo tota hereditas vacaret, ſive totus as, ad quem plures illæ unciæ redigendæ; neque enim creditur teſtator in tertio gradu, & poſt Coloniam ex parte dimidia & quarta ſubſtitutam, cum adhuc tres unciæ ſupereſſent, tranſiiſſe in reliquis ſubſtitutis ad novam diviſionem hereditatis, ſive ad dupondium, *arg. l. qui non militabat* 78. *§. filiis ff. de her. inſtit. §. ſi plures* 6. *inſtit. eodem tit.* Quoad ſecundam autem difficultatem, qoam aut non vident aut diſſimulant alii, & agnoſcit neque exponit Cujacius ſupra laudatus, exiſtimans Julianum loqui ſecundum jus antiquum, & ante Legem Papiam & caduca, ſicut & Javolenum in *l. cum ex filio* 39. *§. ult. hoc tit.* quod tam in Juliano quam in Javoleno improbabile eſt, ut alia omittam, vel *arg. l. in eo* 45. *§. ult. cum l. ſeq. ff. de ritu nupt.* dicendum potius eſt, hereditatem ejusve partes, quamvis heres poſt teſtamentum vivo teſtatore decederet, nunquam fuiſſe in cauſſa caduci, neque ad fiſcum pertinuiſſe etiam attento jure & tempore legis Papiæ, ut docuimns latius ad *l. Gallus* 29. *ff. de lib. & poſth. cap.* 3. *§.* 13. *& ſeqq.*

& aperte probatur in *d. l. quidam* 30. *& d. l cum ex filio* 39. *§. ult. hoc tit. l. ult. ff. ſi pars hered. pet. l. Lucius* 88. *§. quisquis* 3. *ff. de leg.* 2. in quibus explicandis multa peccat ignoratione hujus principil Bellonus *de jure accreſc. cap.* 7. *quæſt.* 33. *num.* 1. *& ſeqq.*

§. XI. Subſiſtamns tamen oportet, uamque ſpecies *d. l. cum ex filio* 39. *§. ult. hoc tit.* quæ una eſt ex propoſitis in fronte *hujus Commentarii*, explicationem noſtram, antequam pergamus, deſiderat. Species hæc eſt. Quidam ſeparatis orationibus qoatuor heredes inſtituit, veluti Primum, Secundum, Tertium, & Quartum, eisque omnibus præter unum dedit vulgares ſubſtitutos, nempe Primo Titium, Secundo Mævium, Tertio Cajum, & Quarto nullum: poſtea Tertius, cui Cajus ſubſtitutus erat, & Quartus, cui nemo ſubſtitutus fuit, vivo teſtatore deceſſerunt. In hac ſpecie docet Javolenus, partem Quarti, cui nemo ſubſtitutus fuit, *ad ſubſtitutum quoque pertinere*, id eſt, ad Cajum ſubſtitutum Tertii, & pro rata portionis, quam ex ſubſtitutione Tertii habet, pertinere etiam partem Quarti, ſimulque ad cæteros coheredes Quarti, ut ſignificat verbum *quoque* in *d. §. ult.* nou tamen ex jure ſubſtitutionis, quia Quarto ſubſtitutus non fuit, ſed ex jure accreſcendi. Hæc ſententia Javoleni & deciſio, in qua quamvis objectio illa de parte Quarti vivo teſtatore & ſine ſubſtituto mortui, tanquam in cauſſa caduci fiſco deferenda, ceſſet ex obſervatis *§. præcedente in fine.* ſuperſunt tamen duæ non leviores. Prima ex regula juris, quæ docet, quamdiu inſtitutus admitti poteſt, ſubſtituto locum non eſſe. *l. 3. l. quamdiu* 69. *ff. de adquir. hered. l. 2. §. defertur* 4. *ff. de bon. poſſ. ſecundum tab.* adeo nt uon concurrat etiam cum alio inſtituto, cui ſubſtitutus non erat, nt in *l. cum in teſtamento* 37. *ff. de her. inſtit. l. ſi mater* 33. *§. ult. hoc tit.* & conſequenter Cajum ſubſtitutum Tertio non debere in parte Quarti, cui ſubſtitutus non eſt, concurrere ad jus accreſcendi cum inſtitutis, qui ad id admittuntur in *d. §. ult. d. l.* 39. Secunda ex alia regula recepta, quæ affirmat, inter diverſo jure ſuccedentes non eſſe jus accreſcendi. *l. ſed cum patrono* 6. *ff. de bon. poſſ. l. ſive libertus* 21. *§. ex duobus ff. de jure patron. l. idem* 6. *§.* 1. *ff. de uſufr. accreſc.* & perinde nec debuiſſe partem Quarti, qui tanquam inſtitutus ſucceſſurus erat, accreſcere Cajo, qui diverſo jure, nempe ſubſtitutionis ſuccedit, neque hunc admitti ad jus accreſcendi cum inſtitutis.

§. XII. Utriusque tamen objectionis non in difficili ſolutio eſt, & in primis prioris, exploſa opinatione Fabri *lib.* 9. *conject. cap.* 11. & conſentientis fere Cujacii in *d. l.* 39. *§. ult.* affirmantium, ſubſtitutum ibi admitti tanquam inſtitutum, quia ante eum non fuit delata hereditas inſtituto, qui vivo teſtatore deceſſit, quod tamen & repugnat verbis *d. §. ult.* & juris rationi, qua attenta, nt ſubſtitutus proprie quis ſit, non eſt neceſſe, ut ante illum alii delata hereditas ſit, ſed ut deferri potuerit ſaltem ex voluntate teſtantis, tametſi non jure. *l. ex facto* 43. *§. Lucius hoc tit.* junctis traditis ſupra *cap.* 1. *§.* 23. & agnoſcit ſaniore ſenſu, quoad *d. l.* 39. *§. ult.* Cujacius in *d. l. cum in teſtamento* 37. *ff de her. inſt.* reſpondendum potius eſt, regulæ *d. l. quamdiu* 69. *ff. de adquir. her.* vim & intellectum dumtaxat eſſe, ut inſtitutus non poſſit admitti ſimul cum inſtituto illo, cui vulgariter ſubſtitutus eſt, idque ex eo, quia inſtituto admiſſo exſpirat ſubſtitutio. *l. poſt aditam* 5. *C. de impuberum.* cæterum regula non impedit, quominus in defectum ejus, cui ſubſtitutus eſt, admittatur cum aliis inſtitutis, ut in *d. l.* 39. *§. ult.* diverſum autem eſt, non coutrarium, quod expendimus ex *d. l. cum in teſtamento* 37. *d. l. ſi mater* 33. *§. ult. hoc tit.* ibi enim ideo ſubſtitutus nepoti poſthumo, etiamſi nepos non naſcatur, non admittitur cum filio inſtituto, quia neque nepos ipſe admitteretur cum filio, nec plus juris tribuendum

dum eſt ſubſtituto, qui non in primum gradum inſtitutionis filii, ſed in ſecundum inſtitutionis nepotis ſubſtitutus eſt, ut expoſuimus *cap.* 1. §. 33. Secundæ autem objectioni ut reſpondeamus, ſupponimus, quatuor illos in *d. l.* 39. §. *ult.* fuiſſe, ut in ſpecie admonuimus, inſtitutos ſeparatis orationibus, atque ita vel omnino disjunctos, vel re tantum conjunctos fuiſſe, alioquin ſi ex eis quidam re & verbis conjunctus fuiſſet cum Quarto, cui nemo ſubſtitutus erat, præferretur in jure accreſcendi ad portionem illius non tantum Cajo ſubſtituto, ſed & cæteris coheredibus. *l. re conjuncti* 89. *verſ. præfertur ff. de leg.* 3. *l. heredes* 63. *ff. de hered. inſtit. l. unic.* §. *his ita definitis* 10. *C. de caduc. toll.* quo ſuppoſito jus certum eſt, inter ſubſtitutum vulgarem unius inſtituti, & alios heredes inſtitutos disjunctos, aut re tantum conjunctos cum deficiente eſſe jus accreſcendi in portione illius inſtituti, qui deficit, & cui nemo ſubſtitutus erat, eamque portionem accreſcere pro rata non tantum in inſtitutis, ſed ſimul etiam ſubſtituto, ut præter Javolenum in *d. l.* 39. §. *ult.* docent Conſulti in *l. liber* 59. §. *cum quis* 3. *ff. de hered. inſtit. l. ſi ita ſcriptum* 8. *in princ. ff. de bon. poſſ. ſecundum tab. l. ſi tu ex parte* 76. §. *ult. ff. de adquir. hered. l. ſicut* 3. §. 1. *ff. quibus mod. uſusfr. amit.*

§. XIII. Enimvero ſuppoſiti juris ratio ea eſt, quia ſi inſtituti omnes re dumtaxat conjuncti cum deficiente fuerint, eſt etiam cum illo re conjunctus ſubſtitutus, quatenus in ſui inſtituti jus ſubrogatur, ut ſignificatur in *d. l. ſicut* 3. §. 1. *verſ. & Papinianus in fine.* quoniam diſtinctio graduum inſtitutionis & ſubſtitutionis non tollit conjunctionem realem inter eos, qui ad eandem rem vocantur, unus ex inſtitutione & alter ex ſubſtitutione. *l. plane* 34. §. *ſed ſi in pupillari* 10. *ff. de leg.* 1. *l. coheredi* 41. §. *coheres* 6. *in fine hoc tit.* notat Cujac. *lib.* 17. *quæſt. Papinian.* in *d. l. ſicut* 3. §. 1. ſi autem inſtituti omnes disjuncti fuerint, quemadmodum illis accreſcit portio deficiens, ita & pariter ſubſtituto ex eadem ratione juris, quia perinde atque inſtituti portionem hereditatis habet, quam accreſcens portio ſequitur. *l. ſi Titio* 33. §. *ult. ff. de uſufr. l. ſi totam* 83. *ff. de adquir. hered.* Nec refragatur objectio regulæ *d. l. ſed cum patrono* 6. *ff. de bon. poſſ.* cum ſupra laudatis; ſive quia cum ſubſtitutio ſit proprie inſtitutio. *l. mulier* 20. §. *ult. ff. de condit. inſt.* non diverſo jure, ut patronus per contra tabulas, & inſtitutus per ſecundum tabulas in *d. l. ſed cum patrono* 6. ſed eodem jure inſtitutionis ſubſtitutus cum inſtitutis ſuccedit in *d. l.* 39. §. *ult.* ſive quod probabilius eſt, quia ſubſtitutus ſubrogatur in jus & locum inſtituti. *l. ſi Titius* 27. *l. coheredi* 41. *in princ. hoc tit.* & iden etiamſi propria perſona inſpecta ſubſtitutum diverſo jure ſuccedere fateremur, tamen ex perſona inſtituti, cui ſubrogatur, intelligitur eodem jure ſuccedere, eoque utitur in jure accreſcendi; ſicut eadem ratione & reſpectu heres heredis poſt aditam ſuam portionem mortui, quamvis diverſo jure nempe hereditario in eam portionem ſucceſſerit, neque per ſe conjunctus ſit cum coheredibus ſui defuncti, tamen, quia in ejus locum ſubrogatur, admittitur cum illis ad jus accreſcendi in portione alterius coheredis, quæ poſtea defecit. *l. hæc ſcriptura* 26. §. *ult. ff. de condit. & dem. l. ſi patronum* 44. §. *ult. ff. de bon. lib. l. ſi ex pluribus* 9. *in princ. ff. de ſuis & legit. l. qui patri* 59. *in fine ff. de adquir. hereditate. l. unic.* §. *his ita* 10. *verſ. in his itaque C. de caduc. toll.* ſentit Duar. ad *hunc tit. cap.* 10. *in fine.* Bellonus *de jure accreſc. cap.* 7. *quæſt.* 68. *per totam, & cap.* 5. *quæſt.* 43. *num.* 72.

§. XIV. Proxima nuper traditis de ſubſtituto, & herede heredis admittendo cum inſtitutis ad jus accreſcendi, & promiſſa etiam in inſcriptione *noſtri commentarii* eſt explicatio *l. qui plures* 23. *hoc tit.* cujus ſpecies ſic expendenda eſt: teſtator quatuor heredes extraneos inſtituit, eoſque omnes invicem & vulgariter ſubſtituit his verbis: *eoſque omnes invicem ſubſtituo;* deinde tres ex illis veluti Primus, Secundus, & Tertius hereditatem adierunt, & deceſſit Tertius poſt agnitam ſuam portionem, poſtea Quartus repudiavit, atque ita conditio ſubſtitutionis vulgaris reciprocæ extitit in parte Quarti, cum ipſe heres non extiterit: quæſtio eſt, an pars Quarti ad Primum, Secundumque coheredes ſuperſtites ſolos pertineat, an etiam ſimulque ad heredes Tertii. Sic autem ſpecies ponenda eſt; non autem Tertium deceſſiſſe ante aditionem, & controverſiam eſſe de parte Tertii inter Quartum, qui repudiavit, & alios coheredes, ut acute primo adſpectu comminiſcuntur nonnulli, tacito nomine notati a Cujacio *lib.* 6. *reſponſ. Papiniani* in *d. l. qui plures* 23. tum quia eum, qui deceſſit, ſcilicet Tertium deceſſiſſe, ut proponimus, poſt aditionem oſtendunt Papiniani verba illa in *d. l. qui plures: poſt aditam a quibusdam ex his hereditatem uno eorum defuncto;* nempe eorum, qui adierant: tum etiam, quia controverſiam fuiſſe non inter Quartum & coheredes, ſed inter coheredes ſuperſtites, & heredes Tertii defuncti demonſtrat Papinianus, dum quæſtioni reſpondens nominat coheredes ſuperſtites, nimirum ut eos opponat, & in portione quarti præferat coheredi defuncto & ejus heredibus, non autem Quarto, qui repudiaverat, & perinde ſuperſtes erat: tum denique hoc ipſum ſuadet eadem ſpecies, & quæſtio ad exemplum forſitan Papiniani diſcuſſa, & deciſa a Paulo in *l. Lucius* 45. §. *ult. hoc tit.* In ſpecie itaque & quæſtione propoſita affirmant Papinianus & Paulus, portionem Quarti repudiatam ad ſolus coheredes ſuperſtites totam pertinere, neque in ea cum ſuperſtitibus concurrere heredes Tertii defuncti. Quod repugnare omnino videtur duobus principiis ſupra traditis. Primo quo docemur, ſubſtitutum etiam in portione ejus, cui ſubſtitutus non fuit, concurrere ad jus accreſcendi cum inſtitutis. *d. l. cum ex filio* 39. §. *ult. hoc tit.* & quod proprie magis urget, coheredem, qui poſt aditam ſuam portionem deceſſit, transmittere ad ſuos heredes jus accreſcendi, ita ut ex eo admittantur cum aliis coheredibus ad portionem poſtea defectam alterius coheredis. *l. hæc ſcriptura* 26. §. *ult. ff. de condit. & dem.*

§. XV. Nec moramur ſequimurve in hac re explicanda traditionem Jaſonis in *d. l. qui plures* 23. affirmantis, regulam de transmittendo jure accreſcendi ad heredem coheredis poſt aditionem mortui obtinere, quoties non eſt alius coheres vel ſubſtitutus ſuperſtes, cui accreſcat, ut in *d. l. qui patri* 59. *ff. de adquir. hered.* non autem obtinere in præjudicium alterius coheredis vel ſubſtituti ſuperſtitis, quia tunc ad eum potius tota portio deficiens pertinet, neque accreſcit transmititurve pro rata ad heredes coheredis defuncti, ut in *d. l. qui plures* 23. non inquam ſequimur eam traditionem, quoniam quoad illud de præjudicio coheredis ſuperſtitis, verius omnino eſt, etiamſi unus vel plures ſuperſtites ſint, concurrere tamen cum illis ad jus accreſcendi in portione defecta heredes coheredis poſt aditionem mortui, ut pote ſubrogatos in jus defuncti & in portionem, cui portio accreſcit juxta rationes traditas ſupra §. 13. *in princ.* & quia hoc ipſum indiſtincte affirmatur in *d. l. unic.* §. *his ita* 10. *verſ. in his itaque C. de caduc. toll.* & evincit æquiparatio ſubſtituti & heredis coheredis defuncti, juncta ſpecie & ſententia *d. l. cum ex filio* 39. §. *ult. hoc tit.* quare affirmandum potius eſt, ideo in *d. l. qui plures* 23. heredes Tertii poſt aditionem mortui non concurrere in portione Quarti cum coheredibus ſuperſtitibus, ſed ad iſtos totam pertinere, quia quamvis jus accreſcendi transmittatur ad heredes Tertii, eoque jure poſſent cum coheredibus ejusdem Tertii ad portionem jure accreſcendi obvenientem concurrere, tamen in *d. l. qui plures* 23. ſuperſtites non vindicant portionem Quarti ex ſolo jure accre-

ſcendi,

ſcendi, ſed ſimul principaliterque ex ſubſtitutione, ut exprimit Paulus in *d. l. Lucius* 45. §. *ult. in fine hoc tit.* quoniam, ut Papinianus ſcribit, *invicem in omnem cauſſam ſinguli ſubſtituti videntur*, id eſt, ita ut quocumque ex ſubſtitutis ſimulque coheredibus deficiente ſingulis ſuperſtites in omnem cauſſam, ſive jus ſubſtitutionis ſuccederent ſine alterius concurſu. Proinde cum ſuperſtites coheredes veniant ex ſubſtitutione & jure accreſcendi, & heredes Tertii non niſi ex transmiſſo jure accreſcendi, mirum non eſt, excludi iſtos a ſuperſtitibus, & præferri juri accreſcendi ſubſtitutionem cum eo jure conjunctam, quæ vel ſola per ſe præferretur. *l.* 2. §. *ſi duo* 8. *ff. de bon. poſſ. ſecundum tab.* in quo diverſa ratio eſt. *d. l. cum ex filio* 39. §. *ult.* ubi tam Cajus ſubſtitutus Tertii, quam reliqui coheredes omnes veniebant per æquale jus accreſcendi ad portionem Quarti; non autem ex ſubſtitutione, quia Quarto nemo ſubſtitutus erat. Plane ut confirmet Papinianus, quod inſinuaverat, nempe ſolos ſuperſtites venire ex ſubſtitutione, non autem heredes Tertii, ſubjungit eam rationem: *ubi enim quis heredes inſtituit, & ita ſcribit, eoſque invicem ſubſtituo, hi ſubſtituti videbuntur, qui heredes extiterunt:* quibus verbis ſignificat, ex ſubſtitutione vulgari reciproca inter heredes non vocari niſi eos, qui per ſe & proprie ſive directo & principaliter ex teſtamento ſubſtituentis ei heredes extiterunt. *l.* 3. *l. qui liberis* 8. §. *ult. hoc tit.* & conſequenter non vocari tanquam ſubſtitutos heredes Tertii, quia ipſi non extiterunt directo & proprie heredes primo teſtatori ſed Tertio, neque in eos jus ſubſtitutionis ut pote perſonale transmittitur. *l. ſi ex pluribus* 9. *ff. de ſuis & legit. l. ſed ſi plures* 10. *hoc tit. l. toties* 81. *ff. de adquir. hered.* explicat poſt Caſtrenſem in *d. l. qui plures* 23. Cujacius ibi *lib.* 6. *reſponſ. Papiniani.* Duar. ad *hunc tit. cap. ult. in fine.*

§. XVI. Jam vero ex ratione illa regulaque *d. l. qui plures* 23. *in fine.* quæ affirmat, in ſubſtitutione invicem ſive reciproce facta eos vocari, qui heredes extiterunt, veluti gradatim deducimur ad aliam regulam ſimilem, & ſimiliter in locis, quos explicandos ſuſcepimus, expreſſam, quæ docet, heredes ſubſtitutos vocari admittique ad ſubſtitutionem ex eiſdem partibus, ex quibus ex inſtitutione heredes extiterunt, ſive reciproce & inter ſe invicem ſubſtituti ſint per verba, *eoſque invicem ſubſtituo*, ut in *noſtris l. ſi plures* 24. *& l. coheredi* 41. §. 1. *hoc tit.* §. *& ſi ex diſparibus* 2. *inſtit. de vulg. l.* 1. *C. de impub.* ſive plures coheredes ſubſtituantur uni coheredi vulgariter, aut filio impuberi pupillariter, per verba, *quiſquis mihi heres erit*, ut in *noſtra l. ſi in teſtamento* 5. *l. qui liberis* 8. §. *ult. in fine. l. ſed ſi plures* 10. *in princ. hoc tit.* §. *ſubſtituitur* 7. *inſtit. de pupillari.* ſive denique ſubſtituti coheredes ſint non directo & proprie, ſed per fideicommiſſum. *l. quoties* 25. *l. Lucius* 78. §. *pater* 4. *&* §. *Mævia filium* 5. *ff. ad S. C. Trebell.* Ejus autem regulæ & alterius nuper traditæ ex *d. l. qui plures* 23. *in fine.* ratio nititur juris præſumptione, qua attenta creditur teſtator, quos & quatenus in inſtitutione prædilexit vocavitque, eoſdem & ad eumdem modum diligere, & vocare in ſubſtitutione, *arg. l. Publius* 36. §. *ult. ff. de condit. & dem. l. licet* 74. *ff. de leg.* 1. & conſequenter eos ſolos, qui heredes ex inſtitutione extiterunt, & pro qua parte ſinguli extiterunt: eaque ratio & præſumptio inſinuatur in *d. l. ſi plures* 24. ibi: *plerumque credendum, hoc tit.* & in *d. l. quoties* 25. ibi: *intelligitur eaſdem partes. ff. ad S. C. Trebell.* & in *d. l. qui plures* 23. ibi: *ſubſtituti videbuntur.* Unde etiam fit, ut, ſi appareat aliter voluiſſe teſtatorem, ceſſet præſumptio & regula juris, ut traditum eſt in *d. l. ſi plures* 24. *in fine.* & exponunt latius poſt Claſſicos *ibidem*, & in locis nuper laudatis Donellus *lib.* 6. *comm. cap.* 24. *in fine*, & in *d. l.* 1. *C. de impub.* ubi & Coraſius, Cujacius, Gilkenius, & Maſſinius *num.* 62. *cum ſeqq.* idem Cujac. & Goveanus in *l. ſi in teſtamento* 5. & in *d. l. ſi plures* 24. *hoc tit.* Duar. ad *hunc tit. cap. ult.* multis & poſt multos Fuſarius *de ſubſtitut. quæſt.* 478.

§. XVII. Ceterum inter caſus, in quibus ex voluntate teſtatoris ceſſat præſumptio & regula *d. l. qui plures* 23. *& d. l. ſi plures* 24. ita ut neque pro partibus inſtitutionis, neque omnes coheredes invicem ſubſtituti admittantur, primus & nobiliſſimus eſt, qui proponitur a Papiniano in *d. l. coheredi* 41. §. *qui diſcretas* 4. *hoc tit.* ubi cum tres conjunctim heredes inſtituti eſſent, veluti *Primus, Secundus & Tertius ex ſemiſſe heredes ſunto*, & deinde alii conjunctim inter ſe, ſive disjunctim ex alio ſemiſſe inſtituti fuiſſent, tandemque poſt eos omnes inſtitutos teſtator ita ſcripſiſſet: *hos heredes meos invicem ſubſtituo*, reſpondet Papinianus, primo loco ſive in primis ſubſtitutos inter ſe invicem cenſeri eos, qui conjunctim inſtituti ſunt, & ideo uno ex eis deficiente non ad omnes coheredes, ſed ad ſolos conjunctos portionem ejus pertinere, & dumtaxat in caſum, quo conjuncti omnes deficiant, neque portiones ſuas agnoſcant, ceteros coheredes admitti ex ſubſtitutione, & proinde non admitti indiſtincte pro partibus inſtitutionis eos omnes, qui heredes extiterunt. Plane Papiniani reſponſum caſuſque illius a ſuperiore regula exceptio elegantem rationem habet, & quidem eam ipſam, qua regulam niti tradidimus, ſi in contrarium ita vertatur & explicetur, ſcilicet ut quoniam, qui & quatenus ſunt prædilecti in inſtitutione, præſumuntur prædilecti in ſubſtitutione, cenſeri etiam debeant in primis, & ante alios vocati ad ſubſtitutionem reciprocam, & in ea ceteris ex voluntate teſtatoris præferantur, qui conjunctim inſtituti erant cum deficiente, quoniam hi ipſi inter ſe & in parte invicem conjunctorum prædilecti ſunt a teſtatore, & prælati coheredibus disjunctis, ut vel ex eo apparet, quod ſi ſubſtitutio facta non eſſet, tamen pars conjuncti deficiens non omnibus coheredibus, ſed ſolis conjunctis accreſceret ex voluntate defuncti tacita, cujus conjecturam præbet conjunctio, quia per eam cenſentur conjuncti redacti in unum corpus, & unius perſonæ vice funguntur. *l. plane* 34. *ff. de leg.* 1. *l. item* 17. §. 1. *in fine. l. heredes* 63. *ff. de hered. inſt. l. unic.* §. *hic ita definitis verſ. ſin vero quidam, & verſ. hoc ita tam varie C. de caducis toll.* ubi hæc ipſa ratio prælationis in ſubſtitutis conjunctis reſpectu disjunctorum exprimitur, explicantque rationibus aliis adjectis poſt Accurſianos in *d. l. coheredi* 41. §. *qui diſcretas.* Goveanus & Cujacius *lib.* 6. *reſponſ. Papiniani.* Duar. ad *hunc tit. cap. ult.* late & utiliter Fuſarius *de ſubſtit. d. quæſt.* 478. *num.* 15. *& quæſt.* 494. *per totum.* Bellonus *de jure accreſc. cap.* 5. *quæſt.* 50. *& ſeqq.* Gilkenius *num.* 9. & Maſſinius *num.* 91. in *d. l.* 1. *C. de impub.*

§. XVIII. Obſtat tamen & quidem graviter deciſioni *d.* §. *qui diſcretas* ignotum vulgo teſtimonium Valentis in *l. is qui complures* 94. *ff. de leg.* 3. ubi cum fundus tribus libertis conjunctim legatus fuiſſet, eoſque teſtator rogaſſet, ut curarent, ne de nomine ſuo fundus exiret, atque ita ſubſtituti per fideicommiſſum invicem in fundo eſſent, traditum eſt eum, qui ex tribus prior deceſſerit, non eſſe adſtrictum ad partem ſuam relinquendam duobus ſibi in legato fundi conjunctis; ſed poſſe cuicumque alii colliberto relinquere, & ſi nulli reliquerit, partem ejus ex ſubſtitutione fideicommiſſaria non duobus ſolis ei in legato conjunctis, ſed omnibus collibertis deberi: ſed quamvis ejus textus potiſſimo argumento coacti Baldus, Imola & Aretinus in *d.* §. *qui diſcretas*, aliique affirmaverint, in ſubſtitutione fideicommiſſaria reciproca ceſſare deciſionem *d.* §. *qui diſcretas.* neque conjunctos disjunctis præferri, tamen contrarium certius omnino eſt, ut docent Bart. &

Caſtr. *num.* 2. *&* 5. in *l. ult. ff. ad. S. C. Trebell.* & in judicando magis receptum agnoſcunt Menoch. *de præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 75. *num.* 19. Fuſarius *d. quæſt.* 494. *num.* 2. *&* 3. Bellonus *d. cap.* 5. *quæſt.* 52. *num.* 7. & probatur, quia ratio illa reſponſi Papiniani in *d. §. qui diſcretas.* ſcilicet quoniam conjuncti in inſtitutione tanquam prædilecti in ea parte, in qua conjunctim inſtituti ſunt, debent cenſeri prædilecti & prælati reſpectu ejusdem partis in ſubſtitutione, valet perinde & viget in ſubſtitutione fideicommiſſaria, in qua ſimiliter receptum eſt, prædilectos in inſtitutione vel ſubſtitutione directa vulgari pro partibus, ex quibus inſtituti, vel ſubſtituti directo ſunt, cenſeri etiam prædilectos prælatosque in fideicommiſſo, & ideo majores in eo partes ferre eos, qui ex inſtitutione vel ſubſtitutione directa majores in hereditate partes habuerunt, ut evincunt attente expenſa Juliani & Scævolæ reſponſa, quorum hæc veluti ſumma eſt in *l. quoties* 23. *l. Lucius* 78. *§. pater* 4. *& §. Mævia filium* 5. *ff. ad S. C. Trebell.* Quapropter pro explicanda *d. l. is qui complures* 94. dicendum potius eſt, reſponſum Papiniani in *d. §. qui diſcretas.* & prælationem conjunctorum in omni ſubſtitutione procedere, & proprie obtinere, quoties inter eos ſolos, qui inſtituti aut primo gradu vocati ſunt, fit ſubſtitutio reciproca nullo adjecto extraneo, qui non fuerit ex primis vocatis aut inſtitutis; ſed cum relatione ad eosdem, ut in illa formula: *quos heredes meos invicem ſubſtitue. d. §. qui diſcretas.* quo caſu cum ſubſtitutio referatur ad inſtitutionem, & in ea & reſpectu patris quibusdam conjunctim datæ fuerint in ea parte conjuncti prædilecti, & prælati cæteris ſeparatim inſtitutis, cenſetur ea qualitas prædilectionis & prælationis repetita in ſubſtitutione, quia relatio fieri intelligitur cum omnibus ſuis qualitatibus. *l. aſſe toto* 77. *ff. de hered. inſtit.* Diverſum autem eſt, quoties in ſubſtitutione adjiciuntur unus vel plures, qui ex primis inſtitutis vel vocatis non erant, ut in ſpecie *d. l. is qui complures* 94. ubi verbis illis fideicommiſſi, *ut curarent, ne de nomine ſuo exiret*, ſunt vocati & ſubſtituti per fideicommiſſum in legato fundi omnes liberti, qui gentilitium nomen patroni teſtatoris Romano more ferebant & uſurpabant. *l. pater* 38. *§. duobus cum §. ſeq. ff. de leg.* 3. *l. libertis* 108. *ff. de condit. & dem. l. unic. C. de V. S.* & conſequenter ſunt adjecti in ſubſtitutione plures quam tres illi, quibus fundus conjunctim legatus erat; & ideo ſubſtitutio non cenſetur fieri cum relatione ad primam vocationem ſive legatum, quia ea relatio nulla eſſe poteſt reſpectu adjectorum, qui legatarii non fuerunt: unde etiam neque intelligitur repetita in ſubſtitutione qualitas prælationis & conjunctionis, quæ in legato primo fuerat, quia cum eo relationem non habet ſubſtitutio, ut explicat poſt Peregr. & alios Bellonus *d. quæſt.* 52. *num.* 12. *& ſeqq.*

§. XIX. Ex ejusdem diſtinctionis veluti filo deducit Bellonus *ubi proxime num.* 16. *&* 19. interpretationem Juliani ſane interprete digni in *l. qui complures* 32. *hoc tit.* ubi cum plures ex diſparibus partibus & inter eos Attius heredes inſtituti eſſent, & ſi Attius non adierit, cæteri coheredes ei vulgariter ſubſtituti fuiſſent, ac deinde eisdem ſubſtitutis in caſum, quo Attius non adiiſſet, Titius coheres datus proponeretur, Julianus reſpondet, Attio non adeunte Titium in parte Attii partem virilem, ſcilicet reſpectu numeri cæterorum ſubſtitutorum, & reliquos coheredes ſubſtitutos partes hereditarias in eo, quod ſupereſt Attianæ partis, habituros, & conſequenter ſentit, non præferri coheredes collective vocatos Titio, qui ſeparatim ſubſtitutus eſt, idque ea, ut Bellonus cenſet, ratione, quia conjunctio facta in inſtitutione non operatur prælationem reſpectu extranei adjecti in ſubſtitutione, ut in *d. l. is qui complures* 94. Verum quod ad Julianum attinet in *d. l. qui complures* 32. & effectum prælationis coheredum reſpectu Titii, otioſa & imbecilla hæc Belloni conſideratio eſt, quia neque plures illos heredes conjunctim inſtitutos fuiſſe Julianus exprimit, nec de eorum prælatione reſpectu Titii dubitat, immo nec dubitandi ratio inerat, quia conſtabat teſtatorem, quamvis ſeparatim Titium ſubſtituit, voluiſſe tamen eum ſimul cum coheredibus in ſubſtitutione concurrere, quoniam, ut Julianus ſcribit, *Titium coheredem eis, qui ſubſtituti ſunt, adjecit*, & coheres adjectus non excluditur a coheredibus, quibus adjicitur, ſed eis ſemel admiſſis concurrit. *l. ei qui ſolvendo* 88. *ff. de hered. inſt. l. verbis* 7. *in fine hoc tit. l. ſi heres* 7. *ff. fam. erciſcundæ.* Proinde etiamſi coheredes conjunctim inſtituti proponerentur, quod tamen Julianus non proponit, non poſſent præferri Titio, quia conjectura voluntatis deductæ ex conjunctione non poterat prævalere contra apertam voluntatem defuncti, per quam in eundem caſum Attii non adeuntis Titius tanquam eisdem coheredibus adjectus ad ſubſtitutionem vocatus eſt. Fuit itaque alia Juliani quæſtio & deciſio in *d. l. qui compluros* 32. ubi quamvis in comperto eſſet, Titium cum coheredibus admittendum ad ſubſtitutionem, dubitabatur tamen, pro qua parte Titius & illi admitterentur, quia cum heredes inſtituti fuiſſent vocati ad ſubſtitutionem, non propriis nominibus ſed collectiva appellatione cæterorum heredum inſtitutorum, & ex partibus, ex quibus inſtituti, ut ſignificant illa verba, *cæteros ex iisdem partibus, quibus inſtituerat heredes, ei ſubſtituerat*, & Titius nominatim adjectus coheres & ſubſtitutus ſit, conſequens videbatur, illos omnes heredes tanquam in unum corpus redactos, ſive unius perſonæ vice fungentes ex vi vocationis collectivæ, ut in *l. ſi nepotes* 7. *ff. de collat. bon.* in unam portionem, ſive dimidiam inter eos pro hereditariis partibus diſtribuendam, & Titium in alteram dimidiam Attianæ partis ex ſubſtitutione admitti debere ex regula *l. ſi pater* 9. *hoc tit. l. interdum* 13. *ff. de her. inſtit. l. ſi quis Attio* 7. *ff. de uſufr. accreſc.* & tamen e contrario Julianus decidit in *d. l. qui complures* 32. Titium non in dimidiam, ſed in virilem partem cum cæteris ſubſtitutis concurrere.

§. XX. Quocirca, ut in hac parte, in qua explicatu digniſſimus eſt, Julianum explicemus, omiſſa interpretatione Bartoli in *d. l. qui complures* 32. Baldi *num.* 6. Caſtrenſis *num.* 3. *&* 4. Jaſonis *num.* 9. & aliorum communiter in *l. ult. C. de impuberum.* omiſſis etiam traditis a Cujacio, movente varie multa & moliente in *recitat. ad hunc tit.* in *d. l. qui complures* 32. affirmat probabilius idem Cujac. *lib.* 1. *Juliani ad Urſejum Ferocem* in *d. l.* 32. Duarenus ad *hunc tit. cap.* 10. *circa finem.* ideo coheredes illos ſubſtitutos non vocari in unam dimidiam in *d. l. qui complures* 32. quia inſtituti fuerant ex diſparibus partibus, & ſubſtituti ex eisdem partibus, ut conſulto Julianus exprimit, & ideirco nec dici poterant conjuncti re, quia vocati ſinguli ad diverſam rem ſive partem, neque conjuncti verbis, quia non ex æquis ſive virilibus partibus vocati. *l. re conjuncti* 89. *ff. de leg.* 3. Unde etiam neque ex vi collectivæ vocationis ad ſubſtitutionem ſub appellatione heredum poſſunt cenſeri in unum corpus redacti, qui omnino disjuncti ſunt, quin potius cum eis tanquam ſingulis & disjunctis in virilem portionem Titius concurrit. *d. l. qui complures* 32. ſed quamvis agnoſcamus, coheredes illos ut pote vocatos ex diſparibus partibus non fuiſſe re aut verbis conjunctos, quoad jus accreſcendi in *d. l.* 32. tamen cum negari non poſſit, eos tanquam collective vocatos venire ad reliquas partes portionis Attii, quæ detracta virili parte Titii ſuperſunt, inter ſe non viriliter ſed pro hereditariis partibus diſtribuendas, & proinde eo ſaltem reſpectu videantur redacti in unum corpus, & Titius admittendus videatur in aliam dimidiam: & præterea cum Labeo in *l. ſi pater* 9. *hoc tit.* dum docet, dimidiam inter collective ſubſtitutos divi-

dividendam eſſe pro his partibus, ex quibus inſtituti fuerint, ſignificet ſe eum caſum proprie magis comprehendere, in quo inſtituti fuerint ex diſparibus partibus, nam ſi ex æqualibus inſtituti eſſent, doceret Labeo, diſtribui dimidiam pro æquis partibus ſive virilibus, nec ſe otioſe referret ad partes inſtitutionis ſive hereditarias, quæ, quoties nominantur, ſolent inæquales intelligi, atque ita ab æqualibus ſeu virilibus diſtingui. *l. ſi heredes* 124. *ff. de leg.* 1. *l. quoties* 23. *in fine ff. ad S. C. Trebell. l. utrum* 7. §. *ult. ff. de rebus dub.* præferenda interpretationi Cujacii ut probabilior alia, quæ affirmat ideo in *d. l. qui complures* 32. Titium non ad dimidiam unam, ſed ad virilem cum coheredibus ſubſtitutis admitti, quia quamvis diverſa oratione vocatus ſit, ut inſinuant verba illa, *deinde ſi Attius non adiiſſet Titium;* tamen non eſt vocatus tanquam ab eis disjunctus, & per ſe & principaliter ſeu ſeparatim æquale corpus cæteris omnibus ſubſtitutis conſtituens, ut primus in illa formula. *Primus & fratris mei filii heredes ſunto. d. l. interdum* 13. *ff. de her. inſt.* neque tanquam unus ille, qui præterea ſubſtitutus dicitur in *d. l. ſi pater* 9. *hoc tit.* ſed tanquam adjunctus adjectusque coheres cæteris ſubſtitutis, ut exprimitur in *d. l. qui complures* 32. *verſ. deinde.* & conſequenter tanquam unum cum illis corpus conſtituens, vocatusque cum eis ad virilem partem, ut adjecti nomen & qualitas exigit, & traditum eſt ex Juliani ſententia a Paulo in ſpecie ſimili, & ſimiliter explicanda in *l. qui pecuniam* 22. §. *ult. ff. de ſtatulib.* ſentit ita aut præſentit Gilken. in *d. l. ult. num.* 10. *C. de impub.* & ante eum ibidem Baldus *num.* 6. *verſ. item ibi.* Alciatus in *l. re conjuncti* 89. *num* 39. *ff. de leg.* 3.

§. XXI. Succedit, ut pergamus, ſecundus caſus, in quo ceſſat regula illa de coheredibus ad ſubſtitutionem reciprocam admittendis pro partibus, ex quibus inſtituti ſunt, ut in *noſtra l. ſi plures* 24. *hoc tit.* extatque hic caſus in *l. nonnunquam* 24. *ff. ad S. C. Treb.* ubi Papinianus docet, in hac quæſtione, ſcilicet de partibus aut æqualibus viribusque aut hereditariis adſignandis in ſubſtitutione reciproca coheredibus ſubſtitutis, fuiſſe nonnunquam varie judicatum a magiſtratibus, & reſcriptum ab Imperatoribus ex voluntate, ſive pro varietate præſumptionum voluntatis defuncti, quæ nimirum voluntas ſi evidens ſit, recedimus a regula *d. l. ſi plures* 24. ut ibi in *fine* ſcriptum, & monuimus ſupra §. 16. ergo ſi teſtator unum ex pluribus inſtitutis rogaverit per fideicommiſſum coheredibus ſuis ex diſparibus partibus inſtitutis portionem ſuam reſtituere, atque ita coheredes ad eam portionem per fideicommiſſariam ſubſtitutionem vocaverit, & quidem non ſub communi appellatione heredum, ſed ſingulos propriis nominibus, veluti Titii, & Mævii, ſentit Papinianus, admittendos coheredes ad ſubſtitutionem ſive fideicommiſſum, non pro partibus inſtitutionis ſive hereditariis, ſed pro æqualibus virilibusque; ejusque caſus & ſententiæ ratio ea eſt, quia expreſſio nominum propriorum non continet relationem ad quantitatem heredum, ex qua ſolet præſumptio diſtributionis pro partibus hereditariis deduci, ut notavimus ſupra §. 13. ſed enumerationem perſonarum, quæ ad ſubſtitutionem vocantur, eaque enumeratio inducit etiam diſtributionem partium pro numero perſonarum. *l. cui fundus* 58. *ff. de condit. & dem.* & conſequenter efficit, ut viriles ſive æquales partes habeant. *l. ſi heredes* 124. *ff. de leg.* 1. *l. ita liber* 8. §. 1. *ff. de ſtatulib.* idemque eſt, quoties propriis nominibus ſimulque appellativis heredum præcedentibus tamen propriis, veluti Titii & Mævii, heredum ad ſubſtitutionem vel fideicommiſſum vocantur, argumento ex ſimili ſententia Pomponii in *l. ſi communis* 37. *ff. de ſtip. ſerv.* namque ex eadem juris ratione receptum eſt, ut heredes ſimpliciter, ſive ſub appellatione heredum legatis onerati præſtent ea pro portionibus hereditariis; & e contrario ſi onerati ſub propriis nominibus ſint, præſtent pro virilibus portionibus. *d. l. ſi heredes* 124. *ff. de leg.* 1. & ut qui conditionis implendæ cauſſa dare heredibus debet, ſi heredibus ſub appellatione heredum dare juſſus eſt, non impleat conditionem, niſi dederit pro rata partium hereditariarum, & e converſo debeat pro virilibus dare, ſi in conditione propriis nominibus nominati heredes fuerint. *d. l. ſtatuliberi* 8. §. *ult. ff. de ſtatulib.* docent & probant poſt Claſſicos in *d. l.* 5. *C. de impub.* Coraſ. Donellus, Gilken. & præ cæteris Maſſin. *ibi num.* 97. *& ſeq.* Cujac. *lib.* 15. *quæſt. Papiniani* in *d. l. nonnunquam* 27. *ff. ad S. C. Trebell.* Don. *lib.* 6. *comm. cap.* 24. *& lib.* 7. *cap.* 11. *& lib.* 8. *cap.* 29. Duar. ad *hunc tit. cap. ult.* poſt multos Fuſar. *de ſubſtit. quæſt.* 478. *num.* 10.

§. XXII. Sed refragatur aperte & acriter nuper traditis in primis Paulus in *l. ſive a certis* 17. *in fine ff. de duobus reis.* ubi etiam, quo caſu in legato relinquendo heredes omnes ſpecialiter nominantur, docet debere eos id legatum pro partibus hereditariis: deinde & repognat idem Paulus in *d. l. ſive* 17. *in princ.* & in *l. qui pecuniam* 22. §. 1. & Julianus in *l. ſi quis teſtamento* 12. *ff. de ſtatulib.* affirmantes, ſi perſonæ quorumdam heredum in legato ab eis relicto, aut conditione eisdem dandi propriis nominibus exprimantur, debere præſtari legatum, aut impleri conditionem pro portionibus hereditariis, non pro virilibus, in quo & rurſus obloquitur Juliano & Paulo Pomponius in *l. turpia* 54. §. *ult. ff. de leg.* 1. Denique & ad rem urget Scævola in *l. Lucius* 78. §. *Mævia* 5. *ff. ad S. C. Trebell.* ubi vocati ad ſubſtitutionem ſive fideicommiſſum partis hereditatis, non ſub appellatione heredum, ſed ſub ſpeciali nomine fratrum admittuntur tamen, non pro virilibus æqualibusque, ſed pro inæqualibus portionibus hereditariis. Verum quamvis in hac quæſtione apertam veterum JCtorum diſſenſionem agnoſcant, vanamque in eis conciliandis operam nuncupent Ant. Faber *lib.* 11. *conject. cap.* 19. & poſt Hortenſium in *d. l. ſive* 17. noſter Velaſco in *concertat. Proculi & Caſſii cap. ult.* reſponderi tamen probabiliter poteſt, in primis quoad Paulum in *d. l. ſive* 17. *in fine.* verba illa, *cum omnes heredes nominantur*, cum admittant duplicem ſenſum, poſſintque intelligi vel de omnibus nominatis ſub propriis nominibus, vel de nominatis ſive commemoratis omnibus ſub appellatione heredum, debere intelligi in poſteriore hoc ſenſu, ut repugnantiæ cum aliis locis vitium vitetur, ex regula *l. in ambigua* 19. *ff. de legibus.* notat Hillig. ad Don. *d. lib.* 8. *cap.* 29. *lit.* C. Sic enim *nominatim* omnibus dominis ſervum ſtipulari, pro eo quod eſt non ſub propriis nominibus, ſed ſub commemoratione omnium dominorum eis ſervum ſtipulari, ideoque pro portionibus dominicis adquirere, ſcriptum & explicandum eſt in *l. proinde* 7. *verſ. idem ff. de ſtip. ſerv.* obſervat Cujac. *lib.* 15. *quæſt. Papiniani* in *d. l. nonnunquam* 23. Sic etiam *nominatim* legare, vel manumittere, vel exheredare teſtator dicitur, quoties in eis ſingulis perſonam, de qua agitur, exprimit demonſtratione aliqua, quæ nominis vice fungitur, quamvis ſine expreſſione proprii nominis. *l.* 90. *ff. de leg.* 3. *l.* 24. *ff. de man. teſtamento. l.* 2. *ff. de lib. & poſt.* Sic denique, ut & jam ſecundæ propoſitæ difficultati, & *princ. d. l. ſive* 17. cum ſupra laudatis ſolutionem aptemus ex duobus caſibus, qui in *princ. d. l.* 17. exprimuntur, uterque & præcipue ſecundus fingi poteſt in legato relicto, vel ſub propriis nominibus, vel ſub appellativis heredum, dummodo ſpecialiter, atque eo ſenſu *nominatim*, a quibusdam heredibus, non ab omnibus ſive legatum ſit a certis perſonis heredum nomine proprio, vel communi deſignatis, veluti ſub appellatione partium, ut in *l. Lucius* 78. §. *Mævia* 5. *ff. ad S. C. Treb.* omiſſo tamen nec onerato aliquo herede, qui primus ca-

ſus eſt *princ. d. l. ſive* 17. ſive legatum ſpecialiter ſit ab omnibus heredibus ſub appellatione heredum, & excepto aliquo, qui ſecundus caſus eſt *princ. d. l.* 17. in utroque autem Paulus cum Sabino & Caſſio in *d. l.* 17. & cum Juliano in *d. l. qui pecuniam* 22. §. 1. *& ult.* tandemque idem Julianus ejuſdem cum Sabino ſectæ & ſcholæ in *d. l.* 12. *ff. de ſtatulib.* juncta *l. 2.* §. *ult. in fine ff. de origine juris*, atque ita probabiliter intra eoſdem terminos accipiendæ rectiſſime affirmant, præſtandum legatum a deſignatis, aut implendam in eorum perſona conditionem dandi pro portionibus hereditariis, quia etiam quo caſu propriis nominibus deſignati fuerint, cum tamen non ab omnibus legatum ſit, expreſſio nominum in quibuſdam facta præſumitur potius ad exonerandum vel excludendum non nominatum, atque ita omiſſum vel exceptum, quam ad inducendas portiones viriles inter nominatos, ut conſiderat Hilligerus ad Donell. *d. lib.* 8. *cap.* 29. & Cujacius *ubi ſupra.*

§. XXIII. Diverſa autem non adverſa eſt, quamvis omni adſpectu difficilis ſententia Pomponii in *l. turpia* 54. §. *ult. ff. de leg.* 1. cujus priora verba Cujacius *lib.* 15. *quæſt. Papiniani* in *d. l. nonnunquam* 23. ita corrigit, ut pro verbis illis, *ſi pars heredum nominata ſit*, legatur, *ſi perſonæ heredum nominatæ ſint:* ſed exploſa ea emendatione, & omiſſa Bart. & antiquiorum communi interpretatione *d. l. turpia* 54. §. *ult.* quam refert & refellit Jaſon *ibidem num.* 1. alia Gilkenii in *l.* 1. *num.* 7. *C. de impub.* obſervandum in primis eſt, in prima parte §. *ult. d. l. turpia* 54. quamvis pars duntaxat heredum nominata, ſcilicet nominibus propriis, in legando fuiſſet, tamen pro conſtanti a Pomponio ſupponi, fuiſſe etiam cæteros heredes oneratos legato, ſed partem eorum propriis nominibus, reliquos autem ſub appellativo heredum, aut alio communi nomine, veluti *Titius, Cajus, Mævius, & reliqui heredes danto decem Sempronio:* ideircoque Pomponius non ſic loquitur, ut proponat a parte heredum legatum fuiſſe, ſed ita potius, *ſi pars heredum nominata ſit in legando*, nec reſpondet, nominatos debere, ſed indefinite & indiſtincte ita, *heredes debent*, ſignificans nimirum, quamvis nominata parte heredum tamen ab omnibus legatum fuiſſe, & omnes debere, nec fuiſſe aliquem heredem omiſſum ſive exceptum ab onere legati: unde & jam apparet, ſpeciem Pomponii in *d. l. turpia* 54. §. *ult.* in prima parte diſtare a priore ſpecie, & reſponſo Pauli in *d. l. ſive* 17. in eo ſaltem, quod apud Paulum conſtat, fuiſſe aliquem heredem omiſſum, vel exceptum & exoneratum legato: qua præmiſſa animadverſione affirmamus, ideo apud Pomponium nominata propriis nominibus parte heredum, & cæteris ſub appellatione heredum gravatis, deberi legatum pro virilibus, quia cum nominatio quorumdam non poſſit intelligi facta ad excipiendos legato reliquos non nominatos, quoniam eos etiam oneratos ſupponimus, neceſſe eſt, ut ne omnino ſine effectu nominatio ſit, præſumamus eam factam ad inducendas portiones viriles, & quidem non tantum in nominatos, ſed etiam inter cæteros heredes gravatos, quoniam cum nomina propria quorumdam præceſſerint, quamvis reliqui non proprio, ſed communi nomine onerati ſint, tamen in eis omiſſio nominis proprii cenſetur facta brevitatis ſtudio potius, quam animo recedendi ab enumeratione perſonarum nominibus propriis inchoata, cui ſtandum eſt ex ſententia ejuſdem Pomponii in *l. ſi communis* 37. *verſ. ſed cum nomina ff. de ſtip. ſerv.* juncta *l. ſi ita* 66. *ff. de hered. inſt.* diverſum autem eſt in *d. l. ſive* 17. ubi nominatio quorumdam heredum, cum non omnes gravati ſint, cenſetur facta ad diſtinguendos nominatos ab eis, qui vel excepti vel omiſſi ſunt, & conſequenter non ad inducendas viriles portiones inter nominatos.

§. XXIV. Nec nos ab hac interpretatione *d. l. turpia* 54. §. *ult.* movet aut mutat, etiamſi neque promptæ neque prætermittendæ explicationis ſit, ſecunda pars *ejuſdem* §. in qua ſtatim ſubjungitur, ſi omnes heredes nominati in legando ſint propriis nominibus, (ut in prima ejuſdem textus parte poſuimus, & ut ponamus in ſecunda poſtulat, ſuadetque ejus continuatio cum prima, & Pomponii mens, intendens prorſus & inſinuans diſtinctionem ſeu differentiam inter caſum, quo pars heredum nominata, & quo omnes nominati, quæ utique differentia nulla erit, niſi intra terminos nominationis ejuſdem propriis nominibus factæ procedat) debere heredes legatum pro partibus hereditariis, in qua parte Pomponius ſic acceptus pugnat aperto marte cum Neratio in *d. l. ſi heredes* 124. *ff. de leg.* 1. Papiniano in *d. l. nonnunquam* 23. *ff. ad S. C. Treb.* & quod magis eſt, ſecum ipſe in *d. l. ita liber* 8. §. *ult. ff. de ſtatulib.* ſane quoad ſecundam hanc partem, quamdiu probabiliora non ſcribuntur, ſubſcribimus communi Accurſii, Bartoli, aliorumque ſententiæ in *d. l.* 54. §. *ult.* intelligentium eam ſecundam partem in heredibus nominatis, non tanquam ſingulis proprio, ſed tanquam omnibus communi ſive appellativo nomine heredum, qui & ideo hereditarias partes debent: eique expoſitioni favet quodammodo verbum *omnes*, quod ſolet accipi pro univerſis, ut univerſis ſive collectivo plurium nomine comprehenſis, ut in *l. ſicut* 7. §. *ult. in fine ff. quod cujuſque univerſ.* junctis traditis a Bart. in *l. hoc articulo* 29. *ff. de her. inſt.* maxime quando omnes diſtinguuntur a certis perſonis, ut ſingulis proprio nomine deſignatis, ut in *d. l. ſive* 17. *in fine ff. de duobus reis.* nec inelegans ſic intellecta differentia Pomponii; conſiſtit enim inter caſum, quo omnes nominati ut heredes & gravati, & caſum, quo quamvis omnes gravati, pars tamen eorum ſub appellatione heredum, & pars alia nominibus propriis, atque ita non inepte continuatio & tranſitus ſit a caſu, quo gravati quidam ſub appellatione heredum, ad caſum quo gravati omnes ſub eadem appellatione: conſentitque quoad interpretationem hanc ſecundæ partis *d. l.* 54. §. *ult.* noſter Gregor. Lopez Madera *animadverſ. cap.* 29. Neque urget contra Papinianum in *d. l. nonnunquam* 23. expenſus ſupra Scævola in *l. Lucius* 78. §. *Mævia* 5. *ff. ad S. C. Treb.* quia reſpondetur, vocatos ibi ad fideicommiſſum ſive ſubſtitutionem, quamvis non ſint vocati ſub appellatione heredum, tamen nec fuiſſe ſub nominibus propriis, ſed ſub appellatione fratrum, quæ cum communis & collectiva ſit, conveniensque pariter omnibus coheredibus, ut pote fratribus filiisque ejuſdem matris in *d.* §. *Mævia.* nullaque ibi fuerit propria ſingulorum nominatio, quæ perſonas vocatorum enumeraret, & inter ſe ſingulos propriis nominibus diſtingueret, nulla etiam conjectura eſt, ob quam inducamus portiones viriles, ſive pro numero perſonarum. *d. l. ſi heredes* 124. *ff. de leg.* 1. nullaque ratio, ob quam recedamus a primaria illa regula tradita ſupra §. 16. de admittendis coheredibus ad ſubſtitutionem vel fideicommiſſum pro partibus, ex quibus inſtituti.

§. XXV. Tertius caſus & primariæ illius regulæ, de qua *d.* §. 16. poſtrema exceptio extat in *l. quoties* 22. §. 1. *ff. ad S. C. Trebell. l. utrum* 7. §. *ult. ff. de rebus dub.* ubi ſi, quatuor ex diſparibus partibus inſtitutis, rogaverit eorum unum teſtator, ut partem ſuam coheredibus reſtitueret, acceptis ab unoquoque decem aureis, traditum eſt, deduci conjecturam & præſumptionem voluntatis defuncti ex comparatione æqualitatis conditionis dandi decem, quæ pars & pariter in ſingulis expreſſa eſt, argumento in re ſimili ex *l.* 1. *ff. de reb. dub.* nempe ut, quamvis heredes ipſi ex diſparibus partibus inſtituti fuerint, tamen credamus voluiſſe defunctum partes æquales ſive viriles habere in fideicommiſſo eos, quibus æquales partes dedit in conditione, ſub qua ad fideicommiſſum voca-

vocavit, ſicut e contrario, ſi inæquales eorum partes feterit in conditione, unumque eorum plus alios minus conditionis implendæ gratia dare juſſerit, cum non ſit conjectura efficax, quæ inducat viriles ſive æquales partes, admittuntur potius pro inæqualibus hereditariis. *d. l. utrum* 7. *§. ult.* explicat Cujacius *ibidem*, & *lib.* 39. *Dig. Juliani* in *d. l. quoties* 22. & *lib.* 15. *quæſtionum Papiniani* in *d. l. nonnunquam* 23. Donell. in *d. l. utrum* 7. *§. ult.* & in *l.* 1. *C. de impub.* ubi Cujac. & Gilken. *num.* 8. Fuſar. *de ſubſtitut. d. quæſt.* 478. *num.* 13. Duar. ad *hunc tit. cap. ult.* Quibus pro coronide adjicimus, eamdem regulam exceptionesque de admittendis coheredibus ad ſubſtitutionem, vel pro hereditariis partibus, vel pro virilibus, applicari poſſe explanandæ *l. ſi in teſtamento* 5. *hoc tit.* io qua quoniam quæ reliqua ſunt, & ad jus accreſcendi Legemque Papiam pertinent, expoſuimus proximo abhinc aooo ad *l. re conjuncti* 89. *de leg.* 3. *cap.* 1. *§.* 5. & 20. & *cap.* 4. *§.* 10. & 13. non inculcamus nunc dictata illa, quæ vel ſupra votum & meritum publice legi, & calamis veſtris excipi ſcimus.

CAPUT TERTIUM.

Ad Nobiliſſimam Leg. ſi is qui ex bonis 6. hoc Tit.

COMMENTATIO.

§. I. Fuit *hujus Legis* interpretatio ſemper crux veluti ingeniorum aut ſcopulus, & in quem non unius claſſis & ſæculi expoſitores & Academici Anteceſſores contentione & labore improbo ſimul irritoque aut impegerunt, aut defecerunt. Nobis ut brevis hæc ſcholaſtici curſus ſpatia, quæ ad paſchales ferias ſuperſunt, digne occupaſſe, multisque ad hunc locum explicandum vulgatis non pauca forſitan invulgata adjeciſſe liceat, in primis meminiſſe oportebit, quæſtionem & ſententiam Terentii Clementis in *præſenti* eſſe de eo, qui cum ex bonis teſtatoris patris ſolidum capere non poſſet, poterat tamen capere ſolidum ex bonis impuberis filii ejusdem teſtatoris, & ſubſtitutus eſt pupillariter eidem impuberi, quæriturque, an ex cauſſa ſubſtitutionis ſolidum poſſit capere, quaſi a pupillo non a patre capiat. Prima autem ſummaque difficultas quæſtionis in eo eſt, ut apetiamus & aptemus ſpeciem, in qua qui ſolidum a patre capere non poteſt, ſit tamen capax ſolidæ hereditatis ex ſubſtitutione filii. In quo Accurſius in *præſenti gloſſa* 1. & poſt eum Bartolus, Baldus, Caſtrenſis, Cumanus, Jaſon, & communiter antiquiores in *præſenti*, & ex novioribus Alciatus *lib.* 4. *parerg. cap.* 5. Menochius *de præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 48. *num.* 8. cum pluribus Fuſarius *de ſubſtit. quæſt.* 125. *per tot.* exponunt ſpeciem & deciſionem *noſtri textus* in filio naturali, qui quamvis a patre, extantibus legitimis liberis, non poſſit ſolidum capere, ſed unciam dumtaxat. *l.* 2. *C. de naturalibus liberis.* ſi tamen filio impuberi eidemque ſuo fratri ſubſtitutus ſit, capiet ſolidum ex ſubſtitutione, & ex bonis filii non patris. Verum hæc interpretatio diſplicuit merito jam olim inter Accurſianos Aretino in *præſenti num.* 3. & 4. Eduardo Calderæ *lib.* 4. *variar. lect. cap.* 3. *num.* 11. & *ſeqq.* & ex Pragmaticis Garciæ *de nobilit. gloſſa* 20. *num.* 18. ex eo, quoniam ante Conſtantinum in *l.* 1. *C. de naturalibus lib.* & JCtorum ſæculo naturales liberi capaces erant ſolidæ hereditatis paternæ, ſicut extranei quilibet. *l. ex facto* 17. *§. ſi quis rogatus* 4. *ff. ad S. C. Trebell. l. ult. ff. de jure delib. l. cum pater* 77. *§. volo. l. Lucius* 88. *§. ult. ff. de leg.* 2. *l. naturali* 7. *ff. de confirm. tut. l.* 2. & 4. *ff. unde cogn.* & quidem etiam extantibus legitimis liberis. *l. Lucius* 45. juxta communem intellectum, *hoc tit. l. cum tabulis* 16. *§. quoniam ff. de his quæ ut ind. l. heredibus* 77. *§. ult. ff. ad S. C. Trebell.* quamvis ex auctoritate Juſtiniani in *Novella* 89. *quibus modis naturales efficiantur legitimi in princ. capite* 12. naturales filios veteri Jurisprudentiæ fuiſſe omnino incognitos, & incapaces ſucceſſionis paternæ, & alienæ contendat perperam poſt Alciatum & alios Ant. Fab. in *Jurisprud. Papin. tit.* 9. *princ.* 2. *illat.* 1. *per tot.* Schifordegh. *ad Fab. lib.* 3. *tractatu* 25. *quæſt.* 1. & *ſeqq.* & cum eisdem ex Anteceſſoribus noſtris non nemo inde deducens, non recte eo argumento, quod expreſſimus, convinci Accurſii & Claſſicorum interpretationem ad *l. noſtram.* quorum tamen ſententiæ & fondamentis reſpondent faciuntque ſatis poſt Paleottum & multos Hillig. ad Don. *lib.* 6. *cap.* 17. *lit. P.* Carranza *de partu cap.* 3. *§.* 4. *num.* 45. docte & plene noſter Larrea *tom.* 1. *deciſ. Granat.* 32. *num.* 4. & 13. *cum ſequent.* Proinde nec Terentius Clemens in *præſenti*, neque alibi alii veteres JCti contra jus ſuo ævo receptum filios naturales ſolidi incapaces ſupponere potuerunt, nec reſpicere ad Conſtantini & noviorum Cæſarum Conſtitutiones ducentis fere annis poſtea perlatas & promulgatas.

§. II. Nec felicior in re explicanda Caldera *d. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 17. Garcia *d. gloſſa* 20. *num.* 18. & fortaſſe Cujacius ad *Ulpianum tit.* 14. intelligentes *noſtrum textum* juxta inſcriptionem, quæ eſt ex Terentio Clemente *lib.* 4. *ad l. Jul. & Pap.* de orbo ſive liberis carente, qui in pœnam orbitatis ſolam dimidiam hereditatis, legati, vel fideicommiſſi ſibi ab extraneo relicti capere poteſt, niſi intra centum dies aditionis liberos ſuſceperit, atque aliter ſolidum ex teſtamento capere prohibetur legibus Julia & Papia, ad quas pertinent, atque ita de orbis explicandi ſunt idem Terentius Clemens *eodem lib.* 4. *ad l. Jul. & Pap.* in *l. ſi quis ſolidum* 71. *ff. de her. inſt.* & in aliis libris juris auctores in *l. cum ei* 42. *l. ſi Titio* 55. *§.* 1. *ff. de leg.* 2. *l. ſi fidei* 28. *ff. de leg.* 3. *l. ſi ſervus* 82. *ff. de adquir. hered. l. cogi* 16. *§. hi qui ſolidum ff. ad S. C. Treb. l. quod conditionis* 36. *ff. de mort. cauſſa donat.* junctis ſelectioribus locis in *l. qui non militabat* 78. *§. ult. ff. de her. inſt. l. ſi poſtulante* 67. *§. ult. ff. ad S. C. Trebell. l. Plautius* 43. *§. item ſcinditur ff. de cond. & dem. l. edicto* 13. *§. ult. ff. de jure fiſci. l. ei qui* 20. *ff. de mort. cauſſa don.* non inquam feliciores ita ſentientes, neque ſi aliquando idem ſenſit Cujac. qui tamen *lib.* 9. *obſerv. cap.* 17. hanc interpretationem acriter carpit, (quoniam ſcilicet orbus, ſicut ex teſtamento patris ita etiam ex ſubſtitutione impuberis incapax foret ſolidi adquirendi) ſimulque indigne & injurioſe notat tacito nomine juris interpretem, qui dum *legi noſtræ* nullum aliud ex Legibus Julia & Papia exemplum aptari poſſe ſcit, niſi de orbo, idque non convenire videt, totam *noſtri textus* epigraphen delendam, & circumſcribendam eſſe affirmavit.

§ III. Quapropter idem Cujacius ad *tit. C. de infirmandis pœnis cœlibatus*, & ad *noſtrum textum in præſenti.* Goveanus *ibidem.* Benedict. Pin. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 18. *num.* 19. docent, ſpeciem quæſtionemque *l. noſtræ* fingendam eſſe in uxore ſcilicet Seja, quæ cum ex alio matrimonio filios ſuperſtites haberet, nupſit poſtea Titio, habenti etiam Sempronium filium impuberem ex alio matrimonio, nec tamen ex contracto inter Titium, & Sejam liberi procreati ſunt, atque ita poſtea Titius Sempronio filio herede inſtituto ſubſtituit eidem pupillariter Sejam uxorem: in qua ſpecie proprie affirmatur, Sejam non potuiſſe ex bonis mariti teſtatoris ſolidum capere, quoniam conjuges liberis ex eo matrimonio, quod contraxerunt, carentes decimam ſolam bonorum, & uſumfructum tertiæ partis, atque in ſingulos liberos alterius matrimonii totidem decimas alter alteri relinquere, & matrimonii nomine viciſſim inter ſe ex teſtamento capere poterant, & præterea uxor dotem ſibi legatam teſte Ulpiano in *fragm. tit.* 15. & quidem ex legibus Julia & Papia, quæ *decimariæ* inde vocatæ in *rubr. C. de infirm. pœnis cœlibatus*,

& legibus decimariis ſublatis. & ad quas pertinet, & referendus eſt ex *eodem lib. 4. ad eaſdem leges*, ex quo deductus *noſter textus* eſt, Terentius Clemens in *l. ſed ſi hoc 62. §. 1. ff. de condit. & dem. l. quoties 67. ff. ad l. Falcidiam. l. cum ab uno 53. ff. de leg. 2.* junctis ex aliis libris & juris auctoribus *l. qui uxori 18. ff. de auro & arg. leg. l. ult. ff. de his quæ ut ind. l. ſi compenſandi 6. C. de hered. inſtit. l. unic. C. de his qui ſe def. l. unic. C. unde vir. & uxor. l. ult. de legit. hered. in C. Theodoſ. l. 1. eodem C. de bonis preſcript.* & quoad uſumfructum tertiæ partis. *l. penult. ff. de uſuris. l. parti 10. ff. de præſcript. verbis. l. cum uxori 4. C. quando dies legatorum. l. Lucius 78. §. maritus ff. ad S. C. Trebell. l. ſi ita quis 51. §. ult. ff. de leg. 2. l. generali 32. §. uſumfructum 8. cum §. ſeq. l. ult. ff. de uſufr. leg.* deinde & in eadem iſta ſpecie affirmatur, potuiſſe Sejam capere ſolidum ex bonis pupilli ſive a pupillo, ut pote cujus reſpectu non eſt orba, ſed mater aliorum liberorum, ut docent Cujacius, Goveanus, & Pinellus nuper laudati. Verum neque hæc interpretatio niſi connivente judicii lumine admitti poteſt, quia Terentii noſtri verba aperte præ ſe ferunt, proponuntque quæſtionem non de uxore ſeu fœmina, ſed de viro incapace ſolidi ex bonis patris, & ſubſtituto impuberi, ut in *princ.* ibi: *ſi is qui ex bonis*, & poſtea, *ſubſtitutus ſit.* ac denique ibi, *ſi exheredato eſſet ſubſtitutus, non impediri eum capere*, & quamvis maſculini ſexus appellatione etiam fœminæ comprehendantur. *l. 1. l. deteſtatio 40. §. 1. l. patroni 52. l. filii 84. l. inter 101. §. ult. l. illa 163. §. ult. l. liberti 172. ff. de V. S. l. qui duos 62. ff. de leg. 3.* & quidem etiam in tractatu Legum Juliæ & Papiæ, ut ad eaſdem *lib. 10.* ſcripſit Cajus in *l. hominis 152. ff. de V. S.* juncta *l. penult. C. ad l. Cornel. de ſicar. l. venditor 8. de evict.* id tamen fit per interpretationem juſtam & extenſionem jure receptam a maſculino ſexu ad fœmininum, quoties materia, de qua agitur, utrique convenit. *l. quisquis 116. l. Servius 122. l. pronuntiatio 195. l. juſta 201. ff. de V. S.* cæterum in *noſtro textu* cum ſpecies, quæ in uxore a Cujacio proponitur, non poſſit adaptari marito, ut penſitanti liquebit, non poſſet niſi inepte & inconſpecte Conſultus maſculina appellatione uti in re, quæ ſoli fœminæ conveniret.

§. IV. Quocirca Clariſſimus Præceptor meus, immo Primarius non Academiæ, ſed Hiſpaniæ noſtræ Anteceſſor JCtus Senator, publico bono natus & denatus, mihique publicis & privatis nominibus laudandus & lugendus, Dominus Alphonſus Guillen de la Carrera in *commentariis ad l. unic. num. 35. C. de cad. toll.* ſic ſpeciem *textus noſtri* fingi poſſe affirmabat: Titius Sejam, quæ Sempronium fratrem liberis orbum habebat, duxit uxorem, filioque communi ex Seja ſuſcepto ſubſtituit pupillariter Sempronium fratrem Sejæ, & avunculum impuberis; atque ita in ea ſpecie eveniunt duo illa, quæ Terentius noſter proponit, nempe non eſſe capacem ſolidi ex bonis patris teſtatoris Sempronium, ſed dimidiæ dumtaxat relicti, ſcilicet quia orbus eſt juxta tradita §. 2. & tamen eundem Sempronium capere poſſe ſolidum ex bonis pupilli; quoniam pupillo ut pote avunculus jungitur tertio gradu cognationis. *§. tertio gradu inſt. de grad.* & Lex Papia genere proximis uſque ad tertium gradum jugum ſuum imponere erubuit, & antiquum jus, quod ante Legem Juliam Papiamque vigebat, conſervavit, ita ut etiamſi cœlibes, aut orbi eſſent, ſolidum tamen caperent ex teſtamentis propinquorum intra tertium gradum. *l. unic. in princ. verſ. & cum lex C. de caduc. toll.* & quod magis eſt, ita ut liberi parentesve teſtatoris intra tertium gradum, ſi heredes inſtituti eſſent, portionem coheredis legatumve iis deficiens, ut per Legem Papiam tanquam caducum, vel in cauſſa caduci deferendum fiſco foret, retinerent potius, caperentque pro non ſcripto, & ſine onere ex jure antiquo, quod ante introducta caduca, & in cauſſa caduci in omnibus, quæ deficiebant, ſervabatur. *l. unic. §. & cum triplici cum §. ſeq. C. de caduc. toll.* quomodo explicandus Ulpianus in *fragm. tit. 17. §. 1. & ult. & tit. 18.* & explicari ſolent textus in *l. pater 29. in principio, & §. ult. ff. de leg. 2. l. ſi in teſtamento 5. in fine hoc tit.* de quibus plura ad *l. re conjuncti 89. cap. 1. §. 4. & 5. ff. de leg. 3.*

§. V. Sed quoniam huic interpretationi noviores duos neque ignobiles noſtræ Academiæ Anteceſſores refragatos fuiſſe, & fortaſſe alios adhuc refractarios eſſe ſcimus, mirarique ſapientiſſimum, ut ajunt, virum in re tam aperta deceptum fuiſſe, quaſi ſcilicet commentitium & ſine auctore ſit, quod interpretatio hæc ſupponit, nempe etiam cognatos ex latere intra tertium gradum veluti avunculum habuiſſe jus antiquum & capacitatem ſolidi, ut pote cum ex *d. l. unic. verſ. & cum lex.* & ex Ulpiano *d. tit. 17. & 18.* dumtaxat conſtet, liberis & parentibus intra tertium gradum Legem Papiam jus antiquum ſervaſſe, non autem collateralibus; erit officii affectusque noſtri, nec vulgaris præterea obſervationis, firmare breviter ſententiam Præceptoris, quo majorem neque ætas neque Academia noſtra tulit. Ergo in primis, quod dicimus, non tantum liberos & parentes, ſed etiam agnatos cognatosque ex latere intra tertium gradum, & in communi genere proximos potuiſſe, etiamſi cœlibes aut orbi eſſent, ex teſtamentis propinquorum ſolidum capere, probatur teſtimonio Nicephori Calixti antiqui & antiquioribus ſemper conſentientis hiſtorici *lib. 7. hiſtoriæ eccleſ. cap. 46.* illic: *abſurdas etiam illas apud Romanos leges, ne cœlibes in adeunda hereditate conjugibus æquarentur, neve præterquam genere propinqui quidquam ex teſtamento lucrarentur, ſubrogavit.* Sozomeni ita ex Nicephoro & Græco textu corrigendi & vertendi *lib. 1. eccleſiaſticæ hiſtoriæ cap. 9.* ubi de Lege Papia & cœlibibus ita: *juſſitque præterea, ut nihil commodi, niſi genere proximi eſſent, ex teſtamento caperent.* Secundo ſuadetur hoc ipſum exemplo legis Juliæ de viceſima hereditatum, quæ ex hereditatibus, legatis, & mortis cauſſa donationibus viceſimam fiſco ſive militari ærario ſolvi conſtituit, teſte Dione Caſſio *lib. 56. hiſtoriæ*, & ad quam pertinent juxta inſcriptiones textus in *l. nulli 13. ff. de transact. l. funeris 37. ff. de religioſis. l. ſi mutus 7. ff. qui teſtamenta fac. poſſ. l. commutationis 68. ff. ad l. Falcidiam. l. mille 154. ff. de V. S.* juncta *l. filiusfamilias 154. §. Divi 14. verſ. ſed hæc ff. de leg. 1. l. 2. in fine C. de transact.* & ex obſervatione noſtra *l. decem 6. in fine ff. de fideicommiſſar. libert. l. 2. §. ſi quid 16. ff. de hered. vel act. vend.* Fuitque ea de viceſima lex conveniens valde Legibus Juliæ & Papiæ non tantum tempore & fine, (omnes enim latæ ab Auguſto, aut eo imperante, & locupletandi ærarii ſeu fiſci gratia) ſed etiam jure conſtituto ejusdemque exceptionibus, quia quemadmodum Julia & Papia materiam caducorum ex hereditatibus & legatis, & caducorum principium ab aditione hereditatis, vel apertura tabularum ſumpſit. *l. unic. §. cum igitur 1. C. de caduc. toll.* ita Julia de viceſima id tributum ex eadem materia hereditatum & legatorum, & ſolutionem ejus ab apertura teſtamenti & aditione heredis incipere voluit auctore Paulo *lib. 4. ſententiarum tit. 6. §. ult. l. ult. C. de Edicto D. Hadriani toll.* & e converſo probabile eodem exemplo eſt, liberatos fuiſſe a pœnis cœlibatus & orbitatis non tantum liberos parentesque, ſed etiam cognatos ex latere ſaltem uſque ad tertium gradum, ſicut excepti fuerunt, & immunes a viceſima ſolvenda non tantum ſui heredes, ad quos & ad viceſimam referri ſolet diſputatio Pauli in *l. ſuis 11. ff. de lib. & poſth.* ſed generaliter liberi, parentes, fratres, ſororesque ex Conſtitutionibus Nervæ & Trajani, de quibus plena Plinius in *Panegyrico.* & præterea alii agnati cognatique, quibus viceſimæ immunitas tributa eſt

ab

ab Imperatore ſuo; cujus in hac re meminit Ulpianus apud auctorem *collationis legum Moſaicarum & Rom. tit.* 16. §. *ult. in fine.* ibi: *ſed Imperator noſter in hereditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur, eas ſolas perſonas voluit admitti, quibus decimæ immunitatem ipſe tribuit.* Modo tamen eo loci pro verbo *decimæ* legatur *viceſimæ*, cum facili errore ea nota numeri duplicis XX, altero X. omiſſo, decimæ numeralis nota mendoſe remanſit, ut obſervat Petrus Pithœus in *notis d. tit.* 16. §. *ult.* quanquam, ſi expoſitionem Ulpiani fragmenti quam emendationem malis, tentari poſſit, reſpicere Ulpianum ad illud, quod ipſe in ſuis *fragm. tit.* 16. *in princ. verſ. item ſi cognati* docet, nempe cognatos intra ſextum gradum, ſi matrimonium contraxerint, poſſe etiam, ſi orbi ſint, alterum ea alterius teſtamento ſolidum inter ſe capere, & conſequenter intra eum gradum eſſe immunes, ſeu liberos a limitatione decimæ, quam alioquin ſolam conjuges orbi inter ſe capere poterant, ut monuimus §. 3. quemadmodum & usque ad ſextum gradum admittuntur ad bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, & ſucceſſionem ab inteſtato. §. *ult. inſtit. de ſucceſſ. cognat.* l. 1. §. *hac autem* 3. *l. penult.* ubi Cujacius *lib.* 6. *reſponſ. Papiniani*, *ff. unde cognati.* juncta *l.* 4. *ff. de gradibus.* unde etiam alia via proprieque magis noſtra aſſertio firmatur; nam ſi conjuges, inter quos reſtricta & repreſſa magis capacitas teſtamentaria, ſcilicet quia non ultra decimam bonorum conjux orbus ex teſtamento conjugis capit, cum tamen ea alterius teſtamento capiat dimidiam relicti, atque ita dimidiam bonorum, ſi ea aſſe inſtitutus. *l. ult. C. Theodoſ. de legit. heredit.* junctis traditis ſupra §. 2. & 3. tamen ſi cognati usque ad ſextum gradum conjuges fuerint, habebunt inter ſe ſolidi capacitatem, teſte Ulpiano *d. tit.* 16. quanto magis eandem habuiſſe fatendum eſt reſpectu aliorum, quorum cognati intra eundem gradum fuerint.

§. VI. Tertio eidem aſſertioni lucem dare & debere poſſe opinor Papinianum in *l. dotem* 16. §. 1. *ff. de caſtr. pec.* ſi ſupponatur exponaturque, quod in *ejusdem l. princ.* traditum eſt, hereditatem filiofam. militi ab uxore relictam computari in caſtrenſi peculio, quamvis dos eidem militi data vel promiſſa non computetur, quoniam, ut Papinianus ſcribit, dos noo militiæ ex cauſſa datur, ſed pro oneribus matrimonii, & liberorum communium, quæ onera ſicut ad patrem filii militis pertinent, ita & patri per filium dos adquiritur, neque in caſtrenſi peculio eſt. *d. l. dotem* 16. *in fine princ.* hereditas autem *adventitio jure quæritur*, id eſt, non ratione aut reſpectu matrimonii & liberorum, ſed etiamſi matrimonium & liberi deficerent, adquireretur hereditas ſolida, non tanquam patri aut marito, ſed tanquam militi, & ex militiæ privilegio & jure, quo attento militantes & intra annum, poſtquam militaverunt, cenſentur Reipublicæ cauſſa abeſſe, habentque ſolidi capacitatem, & liberam teſtamenti factionem, ut Ulpianus docet *d. tit.* 16. *verſ. aut ſi vir abſit.* & jura maritorum & patrum auctore Dione Caſſio *lib.* 60. *hiſtoriæ.* junctis atque inde cum inſcriptionibus ad leges Juliam & Papiam referendis explicandisque *l. ſi qua* 38. §. 1. *in fine. l. qui mittuntur* 35. *cum* 2. *legg. ſeqq. ff. ex quibus cauſſis majores.* quibus conſequenter Hadrianus Cæſar reſcripſit, hereditatem filiofamilias militi relictam ab uxore computari in caſtrenſi peculio, ut pote caſtrenſi jure & privilegio quæſitam. *l. Divus* 13. *ff. de caſtr. pec.* quamvis in aliis donationibus & legatis diſtinguatur, ſicut diſtinguitur in *l. ſimiliter* 6. *l. ſi forte* 8. *ff. de caſtr. pec.* explicat, quamvis non exacte, Cujacius *lib.* 19. *reſp. Papiniani* in *d. l. dotem* 16. captatque Papiniani mentem potius, quam capit Faber in *Jurisprudentia Papin. tit.* 11. *princ.* 6. *illatione* 15. Quo ſuppoſito ſubjungit Papinianus in *d. l. dotem* 16. §. 1. ſpeciem veluti a præcedente diverſam adverſamque, in qua reſpondet, hereditatem filiofamilias militi relictam non computari in caſtrenſi peculio, quando relicta eſt patrueli fratri in alia provincia militanti à fratre patruele, qui cum illo nunquam militavit, & rationem reſponſi reddit; *ſanguinis etenim ratio non militiæ cauſſa meritum accipiendæ hereditatis præbuerat:* quod reſponſum & ratio ejusdem eſt differentiæ inter hereditatem relictam ab uxore in primo reſponſo, & relictam a fratre patruele in ſecundo reſponſo, ſi ex comparatione utriusque & eisdem principiis, ſive intra eosdem terminos explicanda ſunt, ſignificant probantque ideo in ſecundo reſponſo hereditatem non computari in caſtrenſi peculio, quia non ex cauſſa & privilegio militiæ contra limitationem decimæ inter conjuges ea Lege Papia, ut in priore reſponſo hereditas capitur, ſed ratione ſanguinis; quoniam ſcilicet filius militans, etiamſi non militaret, & orbus aut cœlebs eſſet, capax fuit ſolidi ex teſtamento fratris patruelis, ut pote ei ex latere conjunctus tertio gradu cognationis. §. *tertio gradu* 3. *inſt. de gradibus.* Quarto denique noſtra aſſumptio firmatur ex eo, quod in hereditatibus ab inteſtato nullus locus fuit caducis, & in cauſſa caduci ex ſententia ipſarum legum Juliæ & Papiæ, quia duo illa tempora & veluti extrema aditionis & aperturæ teſtamenti, a quibus caducorum exordium ſumptum fuit. *d. l. unic.* §. *has igitur C. de caduc. toll.* non erant ab inteſtato, neque tempore aditionis ſive cretionis, quia dantur ſolis heredibus inſtitutis, ut Ulpianus inſinuat *tit.* 22. §. *cretis* 27. neque apertura tabularum ſeu teſtamenti, quia non niſi his tabulis deficientibus aut deſtitutis ſucceditur ab inteſtato. *l.* 1. *ff. ſi tab. teſtamenti null. ext.* ideo ab inteſtato indiſtincte admittunt jure accreſcendi JCti in libris ad Leges Juliam & Papiam. *l. a Titio* 61. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l.* 4. *ff. de bon. poſſ.* juncta *l. ſi ex pluribus* 9. *ff. de ſuis & leg.* cum traditis a Cujac. *lib.* 12. *obſervat. cap.* 11. Merillio *lib.* 5. *obſ. cap.* 4. cui conſequens eſt, in ſucceſſione ab inteſtato etiam cœlibem & orbum capere ſolidum potuiſſe, quamvis non ex liberis aut parentibus defuncti eſſet, ſed tanquam agnatus jure civili aut prætorio per bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*, vel tanquam cognatus per *unde cognati* ſuccederet intra gradus, quibus ad ſucceſſionem admittitur. *d. l. penult. ff. unde cognati.* quia ratio, cujus intuitu ab inteſtato ſucceditur, facit etiam cœlibem & orbum cognatum capacem ſolidi ex ſucceſſione cognati: quo exemplo & veluti argumento a fortiore fit veriſimile, ut ſi ab inteſtato, ubi ea ſola aut præcipua vocatione legis ſucceditur, cognati transverſales cœlibes, aut orbi habent ſolidi capacitatem ratione ſanguinis, multo magis ſolidum capiant iidem cognati ex teſtamento, ubi præter meritum ſanguinis adeſt vocatio teſtatoris, & legis eam confirmantis.

§. VII. Neque aſſertionem noſtram impugnant, quamvis primo adſpectu ei repugnent, Ulpianus *d. tit.* 17. §. 1. & *ult.* & *tit.* 18. & Juſtinianus in *d. l. unic. in princ. verſ. & cum lex C. de caduc. toll.* dum iſte aperte ſcribit: *ſolis liberis & parentibus legem Papiam jus antiquum ſervaſſe.* uterque autem magno conſenſu id jus antiquum in liberis, & parentibus usque ad tertium gradum, neque ultra, neque in aliis ſupponit. Unde & in primis proprieque evincitur, non fuiſſe id jus ſervatum transverſalibus, deinde & multo minus datum eisdem transverſalibus id jus usque ad ſextum gradum, ut inſinuavimus §. 5. *in fine.* cum liberis & parentibus non indulgeretur niſi usque ad tertium, in quibus tamen major omnino, & manifeſtior indulgendi ratio. *l.* 1. §. *largius* 12. *ff. de ſucceſſ. edicto.* Verum hæc juris & rationum pugna, quæ fortaſſe hactenus multis impoſuit, noſtratesque in contrariam ſententiam transverſos egit, componetur ceſſabitque, ſi obſervetur, quod neſcio an adhuc diſtincte obſervatum, nempe diverſum eſſe jus antiquum illud, cujus in liberis, & paren-

parentibus mentio apud Juſtinianum, Ulpianumque nuper laudatos, & illud, quod etiam in cognatis transverſalibus pro interpretatione *noſtri textus* ſupponitur. namque Ulpianus Juſtinianusque loquuntur de jure retinendi pro non ſcripta & ſine onere portionem coheredis aut legatum, quod ex perſona ejus, cui relictum ſic deficiebat, aut tanquam caducum vel in cauſſa caduci fiſco deferendum eſſet ex lege Papia, per quam tamen eo jure & privilegio retentionis fruebantur liberi aut parentes heredes inſtituti; idque antiquum jus dicitur, quia ante legem Papiam omnia deficientia pro non ſcriptis, & ſine onere apud heredes vel ſubſtitutos aut conjunctos manebant. *d. l. unic.* §. *in primo* 3. *l. pater* 29. §. *ult. ff. de leg.* 2. diximus ſupra §. 4. *in fine*. de eo autem jure loqui Ulpianum conſtat aperte ex verbis ejus *d. tit.* 18. *ut heredibus illis inſtitutis, quod quis ex eo teſtamento non capit, ad hos pertineat.* & *d. tit.* 17. §. 1. ubi ſic continuate cum §. *ſequenti* legendum: *ſed ſervato jure antiquo liberis & parentibus, caduca cum ſuo onere fiunt:* & quoad Juſtinianum apparet ex *d. l. unic. verſ. & cum lex.* ibi: *ſolis liberis & parentibus teſtatoris atque ad tertium gradum, ſi ſcripti fuerant heredes*; & poſtea in *fine* illic: *jus antiquum intactum eis conſervans, nos omnibus noſtris ſubjectis ſine differentia perſonarum hoc concedimus.* ſi conſerantur, conjunganturque extrema verba *d. l. unic.* §. *in primo* 3. ibi, *nullo gravamine niſi perraro in hoc pro non ſcripto ſuperveniente, quod noſtra majeſtas quaſi antiquæ benevolentiæ conſentaneum, & naturali ratione ſubnixum intactum atque illibatum præcipit cuſtodiri.* diverſum autem eſt jus, de quo in *præſenti* loquimur, aſſerimusque indultum non ſolis liberis & parentibus, ſed etiam genere proximis teſtatori, cognatisque ex latere usque ad ſextum gradum, ſcilicet ut relictum ſibi legatum vel hereditatem capiant ſolidam, etiamſi cœlibes vel orbi ſint, de quo jure non loqui Juſtinianum in *d. l. unic. verſ. & cum lex.* perſpicue probo ex eo, tum quia parentes teſtatoris, de quibus loquitur, cum filium teſtatorem haberent, eo ipſo non eſſent orbi, & haberent ſolidi capacitatem etiam ſine reſpectu ſanguinis, & ex aliorum teſtamentis, ut Ulpianus docet *tit.* 16. *verſ. aut quatuordecim.* tum etiam quia ante Juſtinianum incapacitas cœlibum & orborum etiam reſpectu teſtamenti extraneorum ſublata fuerat, & omnibus cœlibibus atque orbis indiſtincte jus antiquum capiendi ex teſtamento reſtitutum conſtitutionibus Conſtantini & Honorii. *l.* 1. & 2. *C. de infirm. pœnis cœlib.* atque ita, ſi de eo jure capacitatis cœlibum & orborum Juſtinianus loqueretur, vane & falſo jactaret in *d. verſ. & cum lex in fine.* ſi omnibus ſubjectis ſine diſtinctione perſonarum concederet id ipſum, quod ante illum omnibus jam conceſſum fuerat. Plane obſervata diſtinctione utriusque antiqui juris propoſiti, non eſt in obſcuro differentiæ ratio, ob quam primum jus illud retinendi portionem coheredis, aut legatum pro non ſcripto ſit datum ſolis liberis & parentibus inſtitutis, & usque ad tertium gradum; ſecundum autem jus capiendi ſolidum ſibi relictum fuerit conceſſum etiam cognatis ex transverſo usque ad ſextum gradum; nimirum quoniam favorabilior eſt, neque adeo ſtricte circumſcribenda cauſſa eorum, qui de conſervando ſolido ſibi relicto, atque ita quodammodo de damno vitando, & jure ſuo ſatagunt, & aperta voluntate defuncti nituntur, quam eorum qui portionem coheredis, aut legatum alii relictum, & in coherede aut legatario caducum factum fiſcoque deferendum ipſi, quibus aperte a teſtatore relictum non fuit, vindicare & alienum veluti jus in ſuum lucrum convertere contendunt, *arg. l. juris* 7. *cum l. ſeq. ff. de juris & facti ign.* juncta *d. l. unic. in princ. verſ. ſed & ipſis C. de caduc. toll.*

§. VIII. Retenta itaque noſtra aſſertione & interpretatione tradita ſupra §. 4. & rejecta alia nuperi Anteceſſoris, qui ſpeciem *l. noſtræ* fingebat in avo materno, cujus filia, eademque impuberis mater prædeceſſerat, atque ita avus idemque ſocer, quamvis orbus eſſet, ideoque non poſſet ex teſtamento patris impuberis ſive generi ſui ſolidum capere, poterat tamen ex ſubſtitutione, & ab impubere nepote ſuo, ut pote cui ſecundo gradu conjunctus. §. *ſecundo gradu inſtit. de gradibus.* quæ tamen cogitatio convincitur aperte ex eo, quia qui filium quatuordecim annorum, aut filiam duodecim amiſit, habet ſolidi capacitatem etiam ex teſtamento conjugis, teſte Ulpiano *d. tit.* 16. *verſ. aut quatuordecim.* & conſequenter multo magis ex teſtamentis aliorum, juxta tradita ſupra §. 5. *in fine.* atque ita avus maternus, qui amiſit filiam, quæ jam nupſerat, & moriens reliquerat filium, cui ſubſtitutio facta eſt, fuiſſet eo ipſo capax ſolidi, etiam ex teſtamento patris generi ſui. Ergo ut pergamus, retenta, ut diximus, ſpecie, de qua *d.* §. 4. ut jam Terentium noſtrum explicemus, ſi avunculus impuberis, vel alius ejus intra ſextum gradum cognatus orbus ſubſtitutus impuberis ſit, & is in pupillari ætate decedat, quamvis ſolidam hereditatem paternam non poſſet capere, tamen ex filii teſtamento ſolidum capit, quia a filio, cum quo jure proximitatis ſolidi capacitatem habet, ut a ſuperioribus manet, non a patre capit. Hanc tamen Terentii deciſionem ita interpretatur Julianus, ut ex bonis, quæ filio ſuperſunt ex hereditate paterna, amplius capere non poſſet, quam ei per leges licet, ſolidum tamen capiat ex bonis pupilli, quæ ei aliunde obvenerunt poſt mortem patris; hæc enim & ad ſubſtitutos pupillares pertinent. *l. ſed ſi plures* 10. §. *ad ſubſtitutos hoc tit.* vel ſi exheredatus ſit, cui etiam pupillariter ſubſtituitur. *l.* 1. §. *penult. l. ſed ſi plures* 10. §. *ad ſubſtitutos hoc tit.* §. *non ſolum* 4. *inſtit. de pupillari.*

§. IX. Sed primæ parti explicationis Juliani opponi non leviter poteſt, poſt filii impuberis ejusdemque heredis inſtituti aditionem junctas eſſe cœpiſſe patris & filii hereditates, & per hoc unam quodammodo fieri. *l. ſed ſi plures* 10. §. *filio impuberi hoc tit.* ſive ut Neratius ait, hereditatem filii paternæ conjungi. *l. qui patri* 59. *ff. de acquir. hered.* nec cauſſam alterutrius hereditatis dividi poſſe. *l. ſi quis* 7. §. *ult. ff. eod. tit.* ergo vel ex utraque ſolidum orbus erat capturus, vel ex neutra ultra legis modum: & in ſpecie produci non improprie poteſt textus Pauli in *l. ſi is qui heres* 11. *hoc tit.* fuit inſtitutus cœlebs, qui nihil capere poterat in teſtamento patris, ſubſtitutus filio impuberi eidemque coheredi, (quod ſupponi vellem) qui intra centum dies cretionis legi non paruit, & ob id portio ejus apud filium ex jure veteri remanſit, ut expoſitum eſt ſupra §. 7. poſt deinde uxorem duxit, filiosque ſuſcepit, & pupillus cui ſubſtitutus fuit obiit, ait Paulus, ſi tunc capere poſſet, cum impubes deceſſit, quamvis hereditatem patris non potuiſſet capere, nihil ei obfuturum, quominus ex ſubſtitutione hereditatem filii patrisque capiat: ergo utriusque hereditatis par cauſſa eſt, ita ut, qui hereditatis filii ſolidum capere poſſet, & patris poſſet, contra quod Julianus in *præſenti* explicuit: ſed licet jure communi utriusque patrimonii par cauſſa ſit, poſtquam immiſtione filii junctum eſſe cœpit, non jure legum caducariarum, dividunt hereditates, ne alias fraus legibus fieret, & ſolidum frequenter caperet ex bonis teſtatoris per impuberem, qui alias non poſſet. Hujus fraudis evitandæ cauſſa & fideicommiſſa legatorum nomine comprehenſa fuerunt, & mortis cauſſa donationes. *l. fideicommiſſum* 87. *ff. de leg.* 3. & quod conditionis adimplendæ datur. *l. quod conditionis* 26. *ff. de mortis cauſſa don.* licet hoc legatis annumerari non ſoleat. *l. quæ ſub conditione* 8. *ff. ſi quis om. cauſſa teſtamenti.* & ſpecies Pauli diverſa eſt non contraria noſtri Juliani interpretamento: nam in ea machinatio in leges metui non poteſt, cum potius maxime juxta eas fit,

ut

ut qui intra dies cretionis legi paruiſſet, capax ſolidi efficiatur. Ulpianus *d. tit.* 17. jam enim poſt immixtionem ſolidum hereditatis filii eſt tam patrimonium ſuum, quam patris. *d. l. ſed ſi plures* 10. §. *filio impuberi*. cum contra, qui capere potuit ex teſtamento patris, poſſit incapax fieri ex teſtamento pupillari, veluti ſi quis maritus mortis teſtatoris tempore fuit, viduus inveniatur, cum impubes decedit vacationis tranſacto tempore, ſi ullum fuit, quod non putat Cujacius *lib. 6. obſ. cap.* 38. & interim in medio relinquimus, ut jam labor noſter cum *hac l. is qui ex bonis* 6. finem inveniat, & donec ſuccedamus, poſt ferias ad ſubſellia vos revocet, diſcendi ut ſemper avidos.

CAPUT QUARTUM.

Ad L. lex Cornelia 28. *cum L. ſequenti hoc Tit.*

De Fictionibus Legis Corneliæ & Poſtliminii

COMMENTARIUS.

§. I. Verſatur Juliani & Scævolæ diſputatio in *noſtra l.* 28. & 29. in explicando effectu fictionis legis Corneliæ circa ſubſtitutionem pupillarem, habetque adjunctum veluti & adjacentem tractatum fictionis poſtliminii, utrumque ex veteris Jurisprudentiæ deliciis, & in quo utroque pleraque nondum vulgo fortaſſe lecta, collecta, ſelecta pridem obſervavimus, quæ nunc hic commentarius ex privato in publicum dabit. Ergo ut in primis originem fictionis poſtliminii, & Corneliæ legis, & a capite, ut dicitur, aquam deducamus, ſciendum eſt, militaris diſciplinæ, ſive, quod idem eſt, ſeveræ inſtitutionis militum ad robur & virtutem præmiis, pœnis, & exercitationibus, cujus diſciplinæ mentio in *l.* 4. §. *ult. l. officiam* 17. *l. milites* 13. §. 1. *de re militari. l. ſi ignorans* 50. *locati.* §. *præterea* 11. *inſt. de exception.* quæ quidem parentibus Romanis antiquior ſive potior, venerabiliorque fuiſſe dicitur, quam charitas liberorum. *l. poſtliminium* 19. §. *filias* 7. *de capt. & poſtlim.* Denique quæ Romanis fuit *decus præcipuum & ſtabilimentum imperii*, ut ex Valerio Begeſſio & aliis probaot Lipſius *lib. 5. politicorum cap.* 13. & *lib. 5. de militia dialogo ult.* & *lib. 4. de magnitudine Romana cap.* 4. Franciſcus Patricius *de Regno lib. 2. cap.* 7. & ante eos Polybius *lib. 6. hiſtoriæ.* Frontinus *lib. 4. ſtrategemat. cap.* 1. & *ſeqq.* ejus, inquam, militaris diſciplinæ, ſimulque antiquæ Jurisprudentiæ Romanæ fuiſſe inſigne inter alia, & ad rem pertinens documentum illud, ut Romani milites bello capti numquam publica auctoritate aut pecunia redimerentur, imo neque privata pecunia redempti, aut ab hoſtibus redditi aut remiſſi, reciperentur reſtituerenturque in civitatem, nulloque alio præter bellicam virtutem modo jus poſtliminii integrum, ſive, quod idem eſt, viam recuperandi priſtini ſtatus & dignitatis civium haberent, ut pote per captivitatem capite minuti, ab alienati jure civium, & ſervi hoſtium effecti, quæ ſingula ideo introducta a Romanis Legumlatoribus, ut ſeveritatis exemplo militum animos ad fortitudinem extollerent, eisque vel invitis ſuaderent aut vincere aut mori, cum ſcirent, ſi armati ab hoſtibus caperentur, nullam recuperandi priſtini ſtatus ſpem ſupereſſe redemptione aliove modo, præterquam ſi dextra ſua & ſanguine ſibi libertatem ex captivitate paraviſſent, ut obſervavit primus noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractata* 3. *cap.* 5. *num.* 1. & *cap.* 6. *num.* 1. & 7. *cum ſequentibus.*

§. II. Quod juris documentum ejusque rationem firmat inprimis ratio Servii Sulpicii apud Triphoninum in *l. in bello* 12. *de captivis.* ibi: *quod ideo placuiſſe Servius ſcribit, quia ſpem revertendi civibus in virtute bellica magis, quam in pace Romani eſſe voluerunt.* Deinde quoad ſingulas ejus documenti partes, & præcipue, primam illam de captivis publice non redimendis extat nobile SCtum apud Livium *lib.* 22. ubi cum octo circiter millia Romanorum civium Cannenſi prælio ab Hannibale capta fuiſſent, & captivorum legati, conſentiente Hannibale, a Senatu Romano peterent parva pecunia redimi, idque expedire videretur, cum eo ipſo tempore ob penuriam civium octo millia ſervorum ſenatus emiſſet, & armaviſſet, obtinuit tamen, & SCto cautum, ne captivi redimerentur, ea maxime ratione, ut ſcribit Livius, *ut morem traditum a patribus neceſſario ad rem militarem exemplo ſervarent.* ideoque, ut loquitur Macrobius *lib.* 1. *Saturnal. cap.* 11. *maluit ſe reſpublica ſervis in tanta tempeſtate committere.* & ut Seneca expendit *lib.* 5. *controverſ.* 7. *cum ſervorum deſideraret auxilia, captivorum contempſit, & credidit eos magis libertatem tueri poſſe, qui nunquam habuiſſent, quam qui perdidiſſent:* memor ſcilicet ut ait Valerius *lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 15. *Tantam multitudinem armatorum juvenum, ſi honeſte mori voluiſſent, turpiter capi non potuiſſe.* & ut Eutropius reſpondiſſe ſenatum refert *lib.* 2. *hiſtoriæ: eos cives non eſſe neceſſarios, qui cum armati eſſent capi potuiſſent.* ſed eos potius, quibus, ut ad rem ſcribit Cicero 3. *de offic. inſitum eſſet aut vincere aut emori.* Denique ut eleganter rem ſignificat Silius Italicus *lib.* 10. *Belli Punici* his verſibus.

Idem obſecrantes captivum vulgus ut auro,
Penſarent parvo, nec pauca fuere precantum
Millia, mirati durarant prodere Pœno.
Cuncta adeo ſcelera, & noxam ſuperaverat omnem
Armatum potuiſſe capi.

Rurſus eamdem partem probat aliud SCtum in cauſſa Attilii Reguli, qui a Carthaginenſibus bello captus, & poſtea Romam ſub juramento redeundi miſſus, ut redemptionem ſui ipſius, & commutationem cum captivis aliis in ſenatu ſuaderet, ſuaſit e contrario & obtinuit, ne contra mores, jusque Romanum ipſe aut alii redimerentur, rediitque mox Carthaginem inſigni fidei & patientiæ exemplo, ut memorat ex noſtris Pomponius in *l.* 5. §. *ult. de captivis.* & ex hiſtoricis Polybius *lib.* 1. Appianus Alexandrinus in *Punicis*; Epitome Livii *lib.* 17. Aurelius Victor *de viris illuſtr. in Attilio Regulo.* Eutropius *lib.* 2. *hiſt.* A. Gelius *lib.* 6. *noctium attic. cap.* 4. Silius Italicus *lib.* 6. & præ cæteris Horatius *lib.* 3. *oda* 5. *per totam.* præterea quoad ſecundam illam partem de armatis bello captis non recipiendis neque admittendis ad integrum jus poſtliminii, etiamſi privata pecunia redimantur, aut ab hoſtibus ultro remittantur, confirmat hoc ipſum aperte Paulus in *l. poſtliminio* 17. *de captivis.* cujus ſententia ex præcedentibus ſequentibusque illuſtranda, & conjungenda ratio & regula propoſita in re ſimili in *l.* 2. §. *non idem de captivis.* accedit, quod de militibus bello captis, ultroque remiſſis ab hoſtibus, fuiſſe eos ignominioſos habitos, neque admiſſos ad antiquos honores & gradum militiæ, niſi bina hoſtium occiſorum ſpolia retuliſſent ex ſententia Appii Claudii cœci, in ſenatu dicta de captivis a Rege Pyrrho remiſſis, cujus mentio in *l.* 1. §. *ſecunda loco* 5. *verſ. Appius*, ubi Gofredus, *ff. de poſtulando.* juncta *l.* 2. §. *fuit* 36. *verſ. poſt hunc Appius de orig. jur.* probant ante Entropium *lib.* 1. & 2. laudatum a Valentia *ubi ſupra.* Valerius Max. *lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 15. & *cap.* 9. *num.* 8. Julius Frontinus *lib.* 4. *ſtrategematum cap.* 1. *num.* 18. conducunt præter Platonis legem de captivis non redimendis neque admittendis, *lib.* 5. *de legibus*, tradita a Livio *lib.* 38. ubi de pace Romanorum cum Ætolis, Diodoro Siculo *lib.* 17. *Bibliothecæ.* Tertulliano *de fuga in perſecutione cap.* 12.

§. III. Sed principio, & documento ſuppoſito de

Digitized by Google

de poſtliminio in pace, ſive per redemptionem aut remiſſionem denegatn illis, qui bello capti ſunt, nec conceſſo, niſi bellica virtute meruerint; adverſatur acriter Triphoninus in *l. in bello* 12. *de capt.* ubi ſcribit, in bello poſtliminium eſſe, in pace autem eſſe poſtliminium illis, qui bello capti ſunt, *de quibus nihil in pactis erat comprehenſum.* Nec probamus Cujacii, Petri & Antonii Fabri emendationem, quam ſequitur noſter Valentia *lib. 1. illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 6. *num.* 8. nempe ut pro verbo *nihil* legatur *id* in *d. l. in bello* 12. quia ſi Triphoninus dixiſſet, bello captos habere poſtliminium in pace, de quibus in pactis pacis id erat comprehenſum, ut poſtliminio redirent, non conveniret huic præcedenti ſententiæ ratio, quæ ibi ſubjungitur, nimirum ideo id placuiſſe, quia ſpem revertendi civibus Romani eſſe voluerunt in virtute bellica magis quam in pace, cum illi, de quibus ante dictum, in pace & per pactiones pacis poſtliminio revertantur; quare accedimus potius interpretationi Cujacii *lib.* 24. *obſerv. cap.* 31. & in repetita *prælectione ad l. unicam ff. ſi quis jus dic. non obtemp.* obſervat ille per figuram ἔλλειψιν ſeu *reticentiam* eſſe interſciſſam & deminutam orationem in *d. l. in bello* 12. *in princ. verſ. in pace.* & poſt illa verba, *in pace autem his qui bello capti ſunt, de quibus nihil in pactis erat comprehenſum*, ſubaudiri & ſubintelligi debere *poſtliminium non eſt*: cui ſententiæ apprime applicatur ratio, quæ ſequitur in *d. verſ. quod ideo.* extatque ejuſdem figuræ ſimile exemplum in obſcuro alioquin textu, atque ita explicando in *l. unica* §. 1. *verſ. veluti ff. ſi quis jus dicen. non obtemper.* ubi in verbis illis, *veluti ſi quis rem mobilem vindicari a ſe paſſus non eſt, ſed duci eam vel ferri paſſus eſt.* ſubaudiri ſic debet, *non incidit in Edictum*, ut ſuadet clauſula adverſativa, quæ ſequitur in *verſ. cæterum.* & juris manifeſta ratio, ut animadvertit poſt Bulgarum *ibi*, Cujacius *ubi proxime*, & *lib.* 24. *obſerv. cap.* 25. Duaren. *lib.* 1. *diſputationum cap.* 50. Hilliger. ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 24. *litt. V.*

§. IV. Deinde ſuperioribus objicitur, quod ſcriptum eſt in *l. cum non* 5. *C. de poſtlim. reverſis.* captivum, qui a barbaris Romani imperii hoſtibus præfecto Romanæ legionis traditus, & benigne remiſſus eſt; habere illico jus poſtliminii, ſicut & in *l. ab hoſtibus* 12. *C. eod. tit. l. nihil* 27. *in fin. de capt.* §. *ſi ab hoſtibus* 5. *in fin. inſt. quibus mod. jus patr. pot. ſolv.* affirmatur, captivos qui vel dimiſſi ab hoſtibus vel dolo aliquo ſuo, vel virtute aliorum militum victis hoſtibus recuperantur, vel denique, qui ab hoſtibus ad nos profugerunt, ut proponit Theophilus in *d.* §. *ſi ab hoſtibus in fin.* frui ſtatim poſtliminio, cum tamen priore ex his caſibus benignitate hoſtium, & poſterioribus vel dolo ſuo, vel aliena bellica virtute non propria revertantur captivi; nec conſentimus, quamvis inviti diſſentiamus, Anteceſſori noſtro Valentiæ *d. tractatu* 3. *cap.* 7. *num.* 2. aſſirmanti, tractari in eis locis non de poſtliminio proprio juris civilis Romani, cujus illa ſpecialis conditio fuit, ut bello captis non niſi in bello, & per bellicam ipſorum virtutem concederetur, ſed de poſtliminio juris gentium, de quo in *l. poſtliminium de captivis.* quod etiam in pace & qualitercunque reverſis captivis competit, de quo loqui Florentinum in *d. l. nihil* 26. ſuadet inſcriptio, quæ eſt *ex libris inſtitutionum*, in quibus juris ſcientiæ prima elementa & generalia magis præcepta tradi ſolent, ut Juſtinianus docet in *proœmio inſt.* §. *igitur* 4. *cum ſeqq.* & de eodem poſtliminio juris gentium accipiendam *d. l.* 5. *C. de poſtlim. reverſ.* ſuadetur ex eo, quia pertinet ad captivum provincialem, qui civis Romanus non erat, neque compos poſtliminii Romanorum, non, inquam, conſentimus, tum quia non eſt veriſimile, in libris inſtitutionum juris civilis Romani omitti regulas poſtliminii Romanorum, & proponi alias poſtliminii aliarum gentium, præſertim cum in *d. l. ab hoſtibus* 12. *C. de poſtlim. reverſ.* etiam extra *libros inſt.* ut verba præferunt reſpectu ipſius juris Romani illud idem decidatur, quod in *d. l. nihil* 26. & ex *libris inſt.* Ulp. & Marciani principia juris poſtliminii Romanorum propria, ut poté pertinentia ad jus patriæ poteſtatis in liberos juſtos. §. 1. *inſt. de patria poteſt.* & ad definitionem hoſtium. *l. qui nos* 234. *de V. S.* proponantur ante *d. l. nihil* 26. in *l. hoſtes*, & *l. divi* 25. *de captivis.* tum & præcipue, quia quoad *d. l.* 5. *C. de poſtl. rever.* minus recte colligitur ex eo, quod provincialis fuit, captivum illum non fuiſſe civem Romanum, quoniam Conſtitutio illa eſt Diocletiani & Maximiani, centumque & amplius ante eos annis provinciales omnes civitate Romana donati ſunt ex Conſtitutione Antonini Pii. *l. in orbe* 17. *de ſtatu hom.* quam idem Anteceſſor noſter illuſtrat *d. lib.* 1. *tractatu* 3. *cap.* 7. *num.* 3. & biennio ante illius libri editionem exornavimus in prima noſtra recitatione extemporanea ad *l. ſi uſusfructus* 8. *de uſufr. leg.* §. 42.

§. V. Ergo affirmamus potius, & quidem breviter, documentum illud ſupra expoſitum pertinere dumtaxat ad bello captos armatoſque, quibus imputari poteſt, cum ſe capi permiſerint, & ideo non eſt poſtliminium eis niſi in bello: diverſum autem eſt in captis in pace, quales ſunt, qui cum pacis tempore ad gentem aliquam exteram perveniſſent, poſtea bello exorto & indicto, retenti ab eis ut ſervi, ſive captivi ſunt, quibus poſtliminium eſt, etiam in pace, & qualitercunque vi, vel fallacia vel redemptione aut remiſſione redierint, quomodo hæc duo poſtliminiorum genera in bello & pace diſtinguuntur in *d. l. in bello* 12. *l. poſtliminii* §. 1. & 2. *de capt.* quoniam non ſicut bello captivis poteſt ignavia imputari eis, qui pacis tempore & fiducia, & vel commercii cauſſa, vel alia juſta ante bellum pervenerunt ad eos, apud quos poſt bellum jam hoſtes factos non tam ſua culpa, quam ſorte & infelicitate quadam, ſive *ſuo fato deprehenduntur*, quomodo Accurſ. cum vulgatis codicibus legit, & legiſſe velint in *d. l. in bello verſ. verum* potius, quam ut in Florentinis, *ſuo facto*, quemadmodum ſimili errore eiſdem Florentinis, *factum humanæ ſortis* legitur pro *fatum* in *l. ſi ſervus* 21. *de eviction.* quæ emendanda ex *l. utique* 16. ubi de conciliatione utriuſque Cujac. *lib.* 21. *Pauli ad Edictum ff. de rei vindic.* & *cauſſarum facta* pro *fata* in *l.* 3. *C. de legibus. l. advocati* 14. *C. de advocatis diverſ. judiciorum. l. rationales* 41. *C. Theodoſ. de appellation.* junctis traditis a Cujac. *lib.* 16. *obſervat. cap.* 7. Claudio Salmaſio in *Capitolinum in Gordianis pag. mihi* 259. ut proinde rejicienda ſit emendatio Hugonis a Porta, & Budæi in *annotat. poſterior. ad Pandectas in d. l. in bello* 12. reponentium pro verbis *ſuo facto*, illa *ſuo pacto*, & multo magis ex propoſitis explodenda ſit Ant. Fabri ſententia in *Juriſpr. Papin. titulo* 11. *principio* 8. *illatione* 5. legentis *ſuo facto* in *d. l. in bello* 12. *verſ. verum.* & adſcribentis totum eum verſiculum imperito interpreti, aut Triboniano, cum tamen ex jam traditis facile explicetur. Itaque juxta eam diſtinctionem poſtliminii in bello & in pace accipi probabiliter poſſunt loci ſupra in contrarium expenſi, ita ut quoniam non conſtat, in eis agi de armatis bello captis, & præterea ne jam tradito principio repugnent, ſupponendi ſint termini habiles, ſcilicet in quibus etiam dimiſſi vel remiſſi ab hoſtibus, aut fuga dolove, aut aliena virtute liberati habeant jus poſtliminii, nempe quia vel in pace capti fuerunt, vel quod plus eſt, etiam belli tempore non tamen in prœlio, ſive ita ut eis nota ignaviæ vel deditionis imputari poſſit, ut accidit in fœminis bello captis, & poſtea virtute militum ſimul cum alia præda recuperatis, ad quam ſpeciem pertinet textus in *l. ſi quis ingenuam* 21. *verſ. quod ſi publice de captivis.*

§. VI. Eſt & aliud exemplum poſtliminii in pace dati etiam bello captis, quia nihil eſt quod eis im-

imputetur in *l.* 3. §. *ſed ſi ex improviſo* 12. *l. non omne* 5. §. *qui captus* 5. & §. *ſi poſt* 7. *de re milit.* ubi ſcriptum eſt, etiam militi extra prœlium & procinctum, ex improviſoque, dum iter faceret, ab hoſtibus capto, ſi poſtea expleto interim militiæ tempore redierit, non ſolum medii temporis, quo in captivitate fuit, ſtipendia ſed etiam veteranorum præmia & emerita reſtitui, atque ita dari integrum jus poſtliminii, & quidem qualitercunque redierit, etiamſi remiſſus ab hoſtibus, ut in *d. l. non omne* 5. §. *a barbaris* 6. ubi in verbis illis, *ſi probabunt ſe captos evaſiſſe, non transfugiſſe:* quamvis primo adſpectu referri poſſe videantur ad principium illud poſtliminii, non conceſſi armatis bello captis, niſi non fuga, ſed vi & virtute bellica evaſerint, tamen probabilius, aut neceſſarium omnino eſt, ut legatur, *ſe captos fuiſſe*, quia Conſultus a principio proponit, a barbaris milites remiſſos, & proinde eos, quos conſtabat ex captivitate neque vi evaſiſſe, neque transfugiſſe, & quia in §. *ſi poſt* 7. & *ſequenti d. l.* 5. exigitur eadem qualitas & probatio ibi, & *captum eum non transfugiſſe conſtiterit:* nempe ut appareat, non poſſe militi capto imputari deſertionem militiæ, aut transfugium ad hoſtes, & conſequenter non eſſe indignum poſtliminio. Denique quia ad eumdem finem reſpiciunt, ſcilicet ad inducendam præſumptionem captivitatis inculpatæ, aut deſertionis vel transfugii ad hoſtes in milite ſe captum dicente conjecturæ illæ, & argumenta deducta a Conſulto ex actu præcedentis vitæ militis, ut ſcriptum eſt in *d. l.* 3. §. *ſed ſi ex improviſo* 12. ſive ex eo, quod vel ante miles bonus, vel e contrario emanſor negligens & extra contubernium agens, ut in *d.* §. *a barbaris* 6. ideo igitur ut pergamus, integrum poſtliminium eſt etiam militi capto ab hoſtibus, atque etiamſi non bellica virtute, ſed a barbaris remiſſus redierit in *d.* §. *ſed ſi ex improviſo* 12. & in *d. l.* 5. §. *qui captus in fin. cum* 2. *ſeqq.* quia ſupponuntur termini, in quibus captivitas, etiamſi belli tempore fuiſſet, vacabit tamen culpa ignaviæ, quoniam ex improviſo, dum iter faceret, captus fuit, ut in *d.* §. *ſed ſi ex improviſo* 12. *d.* §. *qui captus* 5. *in fin.* & vacabit nota transfugii ad hoſtes ſeu deſertionis, ut in *d.* §. *ſi barbaris* 6. *cum* §. *ſeq.* unde & ſtipendia & veteranorum præmia atque emerita reſtituuntur his caſibus jure poſtliminii, cum tamen e contrario, ſi captivitas fuiſſet cum nota deſertionis, etiamſi poſtea reſtitutus militiæ eſſet a Principe, neque ſtipendia neque donativa medii temporis recuperaret jure reſtitutionis. *l. qui excubias* 10. §. 1. *l. penult.* ubi ſimilis differentia a Papiniano proponitur, *de re milit. l. cum allegatis* 5. *C. de re mil.* junctis traditis a Budæo in *annotation. poſter. in d. l. qui excubias* 10. §. 1. & in *d. l. penult.* Cujac. *ibidem lib.* 19. *reſponſorum Papiniani*, & in *l.* 1. *C. de re milit.* Pancirol. *lib.* 2. *theſauri var. cap.* 146.

§. VII. Secundum quæ ſimiliter explicanda eſt Antonini Conſtitutio in *l.* 1. *C. de re milit.* ubi ideo militi ab hoſtibus poſtliminio reverſo non reſtituuntur ſtipendia & donativa ejus temporis, quo apud hoſtes fuit, quia non vacabit culpa deſertionis in captivitate, ut vel ex eo intelligitur, quod ſupponitur, fuiſſe eum etiam a Principe reſtitutum militiæ, ut inſinuant verba illa, *poſtliminio regreſſo & reſtituto:* atque ita non habuit integrum plenumque jus poſtliminii, ſed deminutum, ut captivi illi a Pyrrho remiſſi, de quibus ſupra §. 2. *in fin.* ſive poſtliminium improprie & abuſive, ut uſurpatur ea vox in *l.* 2. *C. Theodoſ. de repudiis.* quia non captivus ſed deſertor apud hoſtes fuit, ut ſentit Cujac. in *d. l.* 1. ſecundum quæ etiam elucidandum eſt, quod Menander ſcribit in *d. l. non omne* 5. §. *qui captus* 5. *verſ. item de re mil.* eum, qui in præſidio captus eſt, eſſe in eadem conditione, in qua habetur transfuga, de quo in *principio ejusdem* §. quod quamvis ratione carere viſum fuerit Cujacio *lib.* 16. *obſerv. cap.* 26. ideoque affirmet, pro verbis *in præſidio* legendum eſſe *in profugio*, idque exponendum juxta *l.* 3. §. & *is qui* 11. *de re milit.* tamen omiſſis Accurſii in *d.* §. *qui captus* 5. *verbo præſidio.* notis, in quibus nihil præſidii ad rem eſt, poteſt recepta lectio ſuſtineri & exponi, ſi obſervetur, præſidium in *d.* §. *qui captus*, & præſidia in *l.* 5. §. *in bello* 1. & in *l. in bello* 12. §. *manumittendo* 9. *de capt.* & apud Pompejum Feſtum in *voce præſidium* vocari caſtra, caſtella, Burgos, ſeu munitiones, quæ *clauſuræ*, ſive *cluſuræ* dicuntur in *l.* 4. *C. de offic. Magiſtr. offic. l.* 2. §. *homines* 4. *C. de offic. Præfect. Prætorio Africæ.* quæ nunc vocamus *los Preſidios de las Fronteras;* & uno verbo propugnacula, quæ in Romani imperii limitibus, & in hoſtico ſive barbarico ſolo inſtructa erant, & in quibus milites limitanei pro tutela imperii excubabant contra præſidia barbarica ex adverſo oppoſita, ut explicat exornatque poſt Pancirollum, Bulengerum, & alios noſter Amaya in *l.* 1. *num.* 2. & 5. *C. de fundis limitrophis*, *ſub tit. C. de annonis & tributis.* quo ſuppoſito docet Menander militem, qui in præſidio captus eſt, non eſſe quidem eo ipſo proprie transfugam, & tamen eſſe in conditione transfugæ, ſaltem quoad præſumptionem & pœnam, quia ſi præſidium & propugnaculum Romanum fuit, in quo captus, habet contra ſe ſuſpicionem affectatæ aut ignavæ captivitatis, & voluntariæ deditionis, aut deſertionis, qui ſe capi paſſus eſt in præſidio, ubi & facilior propugnatio hoſtium, & ſtrictius debitum excubandi & pugnandi, quam ſi alibi impugnaretur, ut in re ſimili deduci poteſt ex *l.* 3. §. *is qui* 11. *cum* §. 5. & 6. *l. qui excubias* 10. *de re milit.* ſive quod expeditius & probabilius eſt, ſi præſidium, in quo captus, fuit hoſtium ſeu barbarorum major & manifeſtior præſumptio transfugii & deſertionis eſt contra eum, qui ſine ducis ſui permiſſu receſſit a præſidio ſuo, pervenitque uſque ad hoſtium præſidia, ubi & certa captivitas, & nulla fere evadendi probabilis ſpes, *arg. d. l.* 5. §. 1. *in fin. de captivis.* quibus expoſitionibus & magis huic poſteriori favet tranſlatio Græca, quam pro ſe affert Cujac. *d. lib.* 6. *cap.* 26. quæ pro verbis *in præſidio* vertit *in hoſtico ſive in barbarico ſolo.* ſunt enim in hoſtico ſive barbarico præſidia utrinque in limite inſtructa, tam barbarica quam Romana. *l. ult. de teſtamento mil. l. unica de bonorum poſſ. ex teſtamento militis.* favet & quod adverſative ſubjungitur in *d.* §. *qui captus verſ. plane.* de eo, qui ex improviſo captus eſt, dum iter faceret, vel epiſtolam ferret, ubi quia probabilis cauſſa excedendi e præſidio, venia datur, & poſtliminium non negatur, ut in *d. l.* 3. §. *ſed ſi ex improviſo* 12.

§. VIII. Tandem & ex propoſita diſtinctione probabiliter exponuntur, quæ alioquin primario illi elemento de captivis non redimendis, & negato eis poſtliminio valde & valide repugnarent, & in libris noſtris traduntur de captivis redemptis ab hoſtibus, non tantum in eo, ut libertatem & ingenuitatem recuperent, retineantque redempti etiam ante ſolutum pretium redemptori. *l.* 2. *C. de poſtlim. reverſ. l.* 3. §. *ſi quis eum* 31 *de libero homine exhibendo. l. nam & Servius* 21. *de negotiis geſt.* probant variis argumentis Cujac. ad *tit. C. de poſtlim. reverſ. circa fin.* Giphanius in *l.* 2. *ejusdem tituli* Fab. in *Juriſpr. Papin. titulo* 3. *principio* 4. *illatione* 3. & *titulo* 11. *principio* 8. *illat.* 11. *cum ſeqq.* Schifordegherus *ad Fab. lib.* 2. *tractatu* 22. *quæſtione* 2. & *lib.* 3. *tractatu* 21. *quæſtione* 7. *cum ſeqq.* Pinellus *lib.* 1. *ſelect. cap.* 3. *num.* 66. Rodriguez *de concurſu creditorum parte* 1. *art.* 3. *num.* 15. ſed quod & amplius & invulgatum magis eſt, fiat redemptus ſtatim civis Romanus, habeatque ea, quæ propria civium Romanorum ſunt, (& conſequenter poſtliminium juris civilis Romani contra ſententiam, quam retulimus refutavimusque ſupra §. 4.) ut vel ex his evincimus, quod redemptus etiam ante luitionem eſt capax connubii Jure Romano. *l.* 2. *l. ſi is qui* 13. *C. de poſt-*

lim. reverſ. l. ſi quis ingenuam 21. *de captivis.* & hereditatis eodem jure contra teſtamentum & ab inteſtato. *l.* 1. §. *qui ab hoſtibus* 17. *in fin. de collat. bon. l. ſi is qui liber* 15. *C. de poſtlim. reverſ.* & legati ſui ipſius. *l. ſenatus* 43. §. *ult. de leg.* 1. & heredem ſuum habet. *l. ſi pater* 15. *de captivis.* juncto non protrito ad rem textu in *l.* 1. §. *ſi filius* 4. *de ſuis & legit.* & proinde etiam jus patriæ poteſtatis, ſine quo ſuum heredem habere non poteſt. *l. lex Cornelia* 12. *in fin. qui teſtamentu fac. poſſ.* & actione civili agere poteſt. *l. nam & Servius* 21. *de neg. geſt.* quæ tamen ſingula cenſentur propria Juris Romani & civium Romanorum, ſcilicet jus connubii. *principio inſt. de nuptiis.* & capiendi hereditatem legatumve aut bonorum poſſeſſionem. *l.* 1. *C. de hered. inſtit. l.* 1. *ad l. Falcid. l.* 1. §. *penult. de bon. poſſ. contra tab. l.* 4. §. 1. *de bon. libert.* & habendi ſuum heredem, eique annexum jus patriæ poteſtatis. §. *jus autem* 2. *inſt. de patria poteſt. d. l.* 1. §. *ſi filius* 4. *de ſuis & legit.* & exercendi directas actiones. *l.* 2. §. *deinde ex his* 6. *de orig. jur.* unde & generaliter deduci poſſe videtur, etiam bello captis redemptis nec bellica virtute reverſis integrum poſtliminii jus indulgeri; ſed exponenda hæc ſingula, ut præmonuimus, juxta diſtinctionem propoſitam, nempe ut intelligantur de captivis redemptis, quibus nulla ignaviæ aut transfugii nota imputari potuit, ſive quia in pace capti, ſive quia quamvis belli tempore, tamen ex improviſo & ſine culpa transfugii aut deditionis, ut ad rem exprimitur in *l. penult. C. de poſtlim. reverſis.*

§. IX. Expoſuimus hactenus originem, & veluti primordia poſtliminii. Jam vero ut ejus vim, effectumque ordinate & breviter complectamur, proponemus poſtliminii definitionem, ſingulisque ejus verbis ſigillatim expoſitis adjungemus ad rem pertinentia, & obſcuriora Juris Auctorum placita in *hoc tractatu.* Definitur ergo ſeu deſcribitur poſtliminium in *l. poſtliminium* 19. *de capt.* ita, ut ſit *jus amiſſæ rei recuperandæ & recipiendæ ab extraneo, & in ſtatum priſtinum reſtituendæ inter nos ac liberos Populos, Regesque moribus legibus ſtatutum:* a qua deſcriptione non diſcrepant, quamvis diverſis & paucioribus verbis eam exprimant concinnatores Eclogæ Baſilicōn *lib.* 34. *titulo* 1. *cap.* 16. Theophilus in §. 5. *inſt. quibus mod. jus patr. pot. ſolv.* Harmenopulus in *promptuario juris lib.* 2. *titulo* 7. & ex antiquis JCtis Aelius Gallus apud Pompejum Feſtum in *voce poſtliminium.* Quintus Mucius Scævola apud Ciceronem in *Topicis.* & ibi Boëthium, & ex novioribus præter laudatos a noſtratibus Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 7. *num.* 13. Amaya *lib.* 2. *obſervat. cap.* 1. *num.* 3. late Petrus Aerodius *rerum judicat. lib.* 10. *titulo* 2. Claudius Cotereus *de jure militum lib.* 2. *cap.* 26. *& ſeqq.* Petr. Bellus *de re milit. parte* 3. & 4. *titulo* 1. *cum ſeqq.* definitur itaque poſtliminium in primis, *jus*, id eſt, *modus ſive facultas jure tributa.* & ut in fine definitionis exprimitur, moribus legibus conſtituta, quomodo in definitionibus actionis, uſusfructus, aliarumque ſervitutum uſurpari & exponi verbum *jus* ſolet, ut in *principiis inſt. de uſufr. & de ſervitutibus & de action.* unde & perpetuo veluti, aut ſaltem ſolito & ſolenni adjuncto poſtliminii verbo in libris noſtris adjungitur verbum *jus*, & vocatur *jus poſtliminii.* §. *ſi ab hoſtibus* 5. *inſt. quibus mod. jus patr. poteſt. ſolv.* § *ult. inſt. quibus non eſt permiſſum fac. teſt. l.* 4. & 5. *l. non ut a patre* 8. & *toto tit. de captivis. l. cum non* 5. *cum l. ſeq. l. jus poſtliminii* 14. *C. de poſtlim. reverſ. l. illa inſtitutio* 32. §. 1. *de hered. inſt. l. ſi ſervus* 16. *de interrog. in jure faciend. l. ſi quis filio* 6. §. *quatenus* 12. *de injuſt. rupt.* cum aliis ſexcentis, & ſuſpenſi juris Conſtitutio in *l. penult. de ſuis & legit.*

§. X. Ex qua definitionis prima nota, aſſertioneque colligitur in primis, & intelligitur poſtliminii poteſtate & fictione, cum nota Juris ſit, ſuſtineri quidem ſive retineri in ſuſpenſo jura omnia captivi, quamdiu apud hoſtes eſt, eidemque reverſo reſtitui. *d. l. illa inſtitutio* 37. §. 1. *de hered. inſt. d. l. penult. de ſuis & legit. l. ſi quis poſthumos* 9. §. *ſi filium* 2. *de lib. & poſth.* non tamen ſuſtineri aut ſuſpendi, neque reverſo captivo reſtitui ea, quæ facti ſunt, quia in eis poſtliminii fictio & poteſtas, ut pote tota juris, nihil operatur. *l. in bello* §. *facti* 2. *de captivis. l. denique* 19. *in fin. ex quibus cauſſis major.* & quemadmodum civilis ratio, quamvis civilia jura perimat, non tamen naturalia. §. *ult. inſtit. de legit. agnat. tut. l. eas* 8. *de capit. min.* ita poſtliminii jus & poteſtas, quamvis valeat vigeatque in his, quæ juris ſunt, non tamen ſuſpendit aut reſtituit, quæ facti ſunt, & facto ipſo amiſſa, ſcilicet quoniam nec ſuſpenſio procedere poteſt, niſi ſupponat habeatque pro infecta rei, quæ facti eſt, amiſſionem quæ facto ipſo præceſſit, nec reſtitutio, niſi inducat rei, quæ facti eſt, acquiſitionem ſine facto, atque ita factum aut infectum reddat aut infirmet, quod utrumque jure impoſſibile. *d. l. in bello* 12. §. *facti. l.* 1. §. *ſi vir uxori de acquir. poſſeſſ. l. verum* 31. *de reg. jur.* juncta *l. ſi unus* 27. §. *pactus ne peteret de pactis.* & præcipue factum infectum reddere, quod naturæ ipſi, quam jus & juris fictio imitatur. §. *minorem inſt. de adoption.* & quod magis eſt, naturæ ipſius auctori impoſſibile cenſetur, quia naturalem implicat contradictionem. *cap. ſi Paulus* 11. *diſt.* 32. *quæſtione* 5. juncta *l. unica in principio C. de rapt. virgin.* & pro illuſtratione congeſti a Tiraquell. *de jur. conſtit. limit.* 7. *num.* 6. *& ſeqq.* unde & ad rem proprie Juriſprudentes noſtri deducunt, poſſeſſionem captivitate poſſeſſoris, qui per ſe in civitate poſſidebat, ſic interrumpi amittique, ut neque ſuſtineatur, neque reſtituatur poſtliminio. *l. ſi is qui pro emptore* 15. *in principio de uſucapion. l. cum heredes* 23. §. 1. *de acquir. poſſeſſ. l. ait Prætor* 23. §. 1. *l. denique* 19. *ex quibus cauſſis major. d. l. in bello* 12. §. *facti.* quibus duobus locis poſtremis ea ratio hujus principii redditur, quia poſſeſſio tota facti eſt. *d. l.* 1. §. *ſi vir uxori de acquir. poſſeſſ.* res autem facti nec ſuſpenditur, nec ſuſcitatur poſtliminio. *d. l. denique. d. l. in bello* 12. §. *facti.*

§. XI. Sed cum poſtliminium fingat captivum reverſum, qui facto ipſo poſt captivitatem in civitate eſſe deſiit, & apud hoſtes fuit, tamen retro ſemper in civitate fuiſſe. *l. retro* 16. *de captivis.* & e contrario lex Cornelia fingat captivum, qui revera apud hoſtes & eorum ſervus deceſſit, tamen mortuum ante ſervitutem in civitate fuiſſe eo ipſo inſtanti, quo captus eſt. *l. in omnibus* 18. *l. pater* 10. *de captivis. l. cum hic ſtatus* 32. §. *ſi ambo verſ. ſecundum in fin. de donat. inter vir. & ux.* atque ita utraque fictio factum vel mortis, vel captivitatis pro infecto habeat, & contra veritatem facti & naturæ operetur. Ne hæc ipſa primo adſpectu conſiderata apud diſcentes, immo & apud docentes fortaſſe, ut quandoque experti ſumus, obſtare videantur nuper traditæ regulæ de poſtliminio non reſtituente poſſeſſionem, quia facti eſt, & ut ea regula & ratio ſane ſobrieque intelligatur, obſervandum eſt, non negare nos fictionem poſtliminii, & ſimiles alias, aſſumere pro facto id, quod factum non fuit, & pro infecto quod vere factum fuit, atque ita induci contra veritatem facti & naturæ. *l. contractus* 54. *de oblig. & action.* Cæterum affirmamus, fictiones eas & ſumptiones falſi pro vero non induci jure, niſi ex juſta & neceſſaria cauſſa utilitatis æquitatiſque, & ad effectum aliquem juris obtinendum, cum alioquin jus ipſum commenta & falſitates maxime deteſtetur, ut poſt Bart. & Antiquiores in *l. ſi is qui pro emptore* 15. *de uſucap.* notat Faber *lib.* 19. *conject. cap.* 16. *& de error. Pragmat. decade* 3. *errore* 1. *num.* 9. ſecundum quæ fictio illa poſtliminii, de qua quærimus, mediante falſa ſuppoſitione exiſtentiæ captivi in civitate, quam pro vera contra veritatem facti aſſumit, inducitur qui-

quidem neceſſario & utiliter ad reſtituenda captivo reverſo ea, quæ juris ſunt, & captivitate amiſit, quoniam ea quamvis vere amiſſa, quia juris ſunt, ſola juris poteſtate, & ſine ullo captivi facto tamquam non amiſſa conſervari, & reverſo reſtitui poſſunt; non autem idem operatur poſtliminii fictio in rebus facti, veluti poſſeſſione, quam ideo captivus amittit, quia rem in civitate relictam, quam per ſe poſſidebat, nec tenet corporaliter, poſtquam captus eſt, neque tunc facto ipſo, ſi velit, tenere poteſt, cum ipſe ab hoſtibus teneatur poſſideaturque. *l. cum heredes* 23. §. 1. *de acquir. poſſeſſ. d. l. in bello* 12. §. *facti.* amittitur autem poſſeſſio, quoties deficit poſſeſſionis corporaliter continuandæ facultas naturalis, quatenus facti eſt. *l.* 3. §. *Nerva* 13. *de acquir. poſſeſſ.* & poſtliminii fictio, quamvis ſtatum & libertatem captivi, ſimulque naturalem facultatem, quatenus juris eſt & propria libertatis. §. 1. *inſt. de jure perſon.* ſicut & alia jura tamquam non abrupta ſuſpendat & ſuſtineat, ut contra plures oſtendemus, & quamvis captivum reverſum pro numquam capto, & ſemper præſente habeat, non tamen poteſt ſuſtinere aut tribuere captivo naturalem facultatem facti, ſive continuandæ facto ipſo poſſeſſionis, dum captivus eſt, & ideo nec poteſt habere pro non amiſſa poſſeſſionem facto ipſo amiſſam, quoniam, ut appoſito exemplo utamur, etiamſi non captivus, ſed in civitate ſemper poſſeſſor fuiſſet, & facultatem naturalem libertatis propriam, quatenus juris eſt, retineret, & quod magis eſt, etiamſi juris conſideratione, quoad aliquos juris effectus, pro poſſeſſore haberetur, ut in *l. ſi quis vi* 17. *de acquir. poſſeſſ. l. quod ſi in diem* 16. §. *Julianus de hered. petit.* tamen ſi amitteret corporaliter poſſeſſionem, & facultatem ejus corporaliter ſive facto ipſo continuandæ, veluti ſi dejectus per vim ex fundo fuiſſet, non poſſideret vere proprieque. *l.* 1. §. *ſive autem* 24. & §. *penult. de vi & vi arm.* quocirca ut concludamus, cum etiam ſuppoſita poſtliminii fictione, & captivi exiſtentia in civitate verum ſit, cum non habuiſſe medio illo tempore facultatem facto ipſo ingrediendi, continuandique poſſeſſionem, ut conſequenter *verum ſeu certum ſit, eum poſſidere deſiiſſe*, ut pro ratione ud rem ſcriptum eſt in *l. in bello* 12. §. *facti verſ. quia certum.* & in *d. l. ſi is qui pro emptore* 15. *verſ. ſed verum.* mirum non eſt, amiſſam facto ipſo poſſeſſionem, quæ nec ſine facultate facti retineri, neque amiſſa acquiri ſine facto apprehenſionis poteſt, non ſuſtineri nec reſtitui poſtliminio, quamvis diverſum ſit in his, quæ juris ſunt, veluti dominio, patria poteſtate, & ſimilibus, quæ ſicut ſola juris ratione amittebantur, quia per captivitatem jura libertatis & civitatis captivus amiſerat, ita & juris poteſtate & fictione, quæ reverſum ſupponit, ſemper liberum civemque fuiſſe, ſuſtinentur recuperanturque. *d. l. cum heredes* 23. §. 1.

§. XII. Unde etiam, ut pergamus, prompta & parata ratio eſt, cur quamvis uſucapio, non ut poſſeſſio facti, ſed tota juris ſit. *l. bonæ fidei* 48. §. *in contrarium de acq. rer. dom.* tamen uſucapio inchoata a bonæ fidei emptore & poſſeſſore, qui poſtea ab hoſtibus captus eſt, ſic interrumpatur captivitate, ut nec reverſo reſtituatur poſtliminio. *d. l. ſi is qui pro emptore* 15. *d. l. denique* 9. nimirum quoniam, ut his ipſis locis inſinuatur, poſſeſſio amiſſa fuit, & uſucapio ſine poſſeſſione continuari non poteſt. *l. ſine* 25. juncta *l. juſto* 44. §. *ult. verſ. nec jure poſtliminii de uſucapion.* idque exprimunt verba illa Papiniani in *d. l. denique* 19. *poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui, quia hæc ſine poſſeſſione non conſiſtit.* ſi priore loco vocem *poſſeſſionem* accipias pro uſucapione, ut accipitur in *l. ait Prætor* 23. §. 1. *l. cum miles* 30. *verſ. quia poſſeſſio.* ubi poſt Albericum Cujacius *lib.* 12. *Pauli ad Edictum, ex quibus cauſſis majores.* poſt plures Hilliger. ad Donell. *lib.* 7. *cap.* 10. *litt.* G. & quoad *d. l. denique* 19. poſt Accurſ. & Claſſicos ſic exponunt Eguinarius Baro *ibidem*, & Cujac. *lib.* 19. *quæſtionum Papiniani.* Briſſonius *de V. S. verbo poſſeſſio.* Radulphus Fornerius *lib.* 2. *rerum quotidian. cap.* 25. Giphanius in *l. cum heredes* 23. *num.* 12. *de acquir. poſſeſſ.* & exponendum omnino eſſe ſuadet tum propoſitio quæ ſequitur, *quia hæc ſine poſſeſſione non conſiſtit.* quæ proprie convenit uſucapioni. *d. l. ſine* 25. tum quia in libris juris Baſilicôn *poſſeſſionis* verbo poſito in *princ. d. l.* 19. reſpondet [illegible], id eſt, dominii per uſum acquiſitio, quam *uſucapionem* vocamus, ut animadvertit Cujac. *lib.* 12. *Pauli ad Edict.* in *d. l. cum miles* 30. & in *d. l. cum heredes* 23. tum denique quia oratio illa, quæ ex relatis elicitur, *poſſeſſio ſine poſſeſſione non conſiſtit*, non eſt inelegans indignave Papiniano, ut cenſuit Petrus Faber *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 25. ideo pro voce *poſſeſſionem* reponens *uſucapionem* in *d. l. denique* 19. nec felicius Pratejus in *Juriſpr. media lib.* 3. *inverſionum cap.* 22. & poſt Ant. Fabrum noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 4. *num.* 15. contendentes, a Triboniano vocem *poſſeſſionem* pro *uſucapione* ſubſtitutam in *d. l. denique* 19. & in *d. l. cum miles* 30. nec dexterius tandem rem varie exponentes Vaconius *lib.* 3. *declarationum cap.* 33. *num.* 5. Fab. *de error. Pragm. decade* 5. *errore* 4. & in *Juriſpr. Papin. titulo* 2. *principio* 5. *illatione* 3. & *titulo* 6. *principio* 5. *illatione* 9. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 1. *ad tit. de acquir. hered. cap.* 2. *num.* 15. ſed, ut dixi, ea oratio neque inelegans, neque indigna Papiniano: namque ut notat Cujac. in *d. l. denique* 19. & in *paratit. ad tit. ff. de uſucapion.* continet familiarem Rhetoricis figuram, quam Græci πλοκὴν & Latini *repetitionem* vocant, ſeu traductionem, per quam eadem vox in eadem clauſula alio ſenſu in principio, & alio in fine uſurpatur, ut exemplis docent Auctor *Rhetoricorum ad Herennium lib.* 4. Marcus Fabius *lib.* 9. *inſtit. oratoriarum cap.* 3. Aquila Romanus *de figuris ſentent.* in πλοκὴ. Marcianus Capella *lib.* 5. *Satyrici, ſive de nuptiis philologiæ*, ubi de figuris elocutionis; & apud JCtos extat figuræ ejuſdem exemplum in verbo *donare*, Cujacio *lib.* 13. *obſerv. cap.* 40. in *fin.* obſervatum in *l. ſi mulier* 59. §. *ult.* in *fin. de jure dotium.* aliud pridem nobis notatum in verbo *poſſeſſionis*, & *poſſeſſoris* in *l. ſciendum* 15. §. *ſi fundus in dotem* 3. *qui ſatisdare cogantur.* quam ita intelliges, juncta *l. interdum* 78. *de V. S.* cum notitis a Fab. in *Ration. d.* §. *ſi fundus.* Schifordegher. *ad Fab. lib.* 2. *tractatu* 15. *quæſtione* 2. & rejecta emendatione Cujacii *lib.* 10. *obſerv. cap.* 32. Heringii *de fidejuſſoribus cap.* 7. *num.* 414. & aliorum expoſitionibus, quas ſequitur Caſtillo *de uſufr. cap.* 4. *num.* 47. & *ſeqq.* accedit & ſubjungitur Papiniano poſt *d. l. denique* 19. alia ratio, ob quam uſucapio non reſtituitur poſtliminio, nempe quia, ut in re ſimili quoad actionem utilem reſtitutoriam, per quam captivo & aliis majoribus juſte impeditis ad amiſſa recuperanda ſubveniri ſolet, ſcriptum eſt in *l. nec utilem* 20. *ex quibus cauſſ. major.* iniquum eſſet, ut continuata aut reſtituta uſucapione in perſona captivi ſine poſſeſſione, atque ita contra regulare jus & receptum, de quo in *d. l. ſine* 25. auferretur priori domino rei ſuæ dominium, quod communi & recepto jure ei non abſtulit uſus, id eſt poſſeſſio. *l. quæſtio* 115. *de V. S.* ut pote amiſſa per captivitatem: neque intelligitur captivus interrupta uſucapione dominium rei, quam uſucapiebat, amiſiſſe, ut quaſi eo prætextu æquum ſit ei ſubveniri, ut pote cum eo tempore, quo captus fuit, nondum uſucapio completa, & ſic nondum dominium priori domino ablatum fuiſſet, & conſequenter neque acquiſitum uſucapienti, neque ab eo per captivitatem amiſſum: quomodo rationem & verba *d. l. nec utilem* 20. docte & paraphraſtice exponunt Eguinarius Baro, & Fab. in *Ration. ibidem.* quamvis captet potius quam capiat Cujac. *lib.* 5. *quæſt. Papiniani* in *d. l. denique* 19.

& lib. 13. quæſt. ejuſdem Papin. in *d. l. nec utilem* 20.

§. XIII. Urget tamen & quidem valde valideque contra aſſertionem nuper propoſitam de uſucapione poſtliminio non reſtituenda, non minus explicatu digna quam difficilis electaque conſideratio, deducta ex comparatione hereditatis & debitoris in pignore; quippe in hereditate, quamvis ipſa incapax ſit poſſeſſionis, vel acquirendæ, vel continuandæ illius, quam defunctus habuit. *l.* 1. *§. Scævola ſi is qui teſtamento liber.* tamen receptum eſt, ut uſucapio cœpta a defuncto continuetur, impleaturque in hereditate ſine poſſeſſione jure ſingulari & utilitatis cauſſa. *l. numquam* 31. *§. penult, l. captam* 40. *l. juſto* 44. *§. nondum de uſucapion. l.* 2. *§. etiam* 18. *l.* 6. *§. ult. pro emptore. l. cum miles* 30. *verſ. quia ex quibus cauſſ. major.* eodem exemplo, quamvis pignoris traditi vera poſſeſſio non apud debitorem, ſed apud creditorem ſit, ex certiore receptioreque inter noſtros ſententia. *l. ſi creditor* 28. *l. ſolutam* 11. *§. per liberam. l. cum & ſortis* 35. *§. ult. l. ſi pignus* 37. *de pignorat. actione. l. per ſervum* 37. *de acquir. rerum dom. l. ſciendum* 15. *§. creditor qui ſatisdare cog. l. quæcunque* 13. *§.* 1. *de Publiciana. l. ſi ſervus* 22. *§.* 1. *de noxalibus.* obtinuit tamen, debitorem intelligi poſſidere pignus quoad uſucapionem, id eſt, ſine poſſeſſione uſucapere ſingulari jure. *l.* 1. *§. per ſervum corporaliter. l. qui pignoris* 36. *de acq. poſſ. l. ſervi* 16. *l. non ſolum* 33. *§. qui pignori cum ſeqq. de uſucapion. l. ſi rem* 29. *de pignorat. actione.* quæ exempla eorumque comparatio cum captivo evincere videntur, quemadmodum in hereditate & debitore quoad pignus uſucapio continuatur ſine poſſeſſione, & ſingulari jure ſubvenitur hereditati & debitori, ut uſucapiat auferatque priori domino, quod uſus & commune jus non abſtulit, contra regulas rationesque *d. l. denique* 19. *& d. l. nec utilem* 20. ita etiam admitti debuiſſe ſine poſſeſſione continuationem uſucapionis ſingulari poſtliminii jure in captivo, aut ſicut huic negatur, negari hereditati & debitori; ſed quamvis differentiæ inter hereditatem, debitorem, & captivum ratio deduci poſſe videretur ex eo, quod frequentior mortis caſus in hereditate. *l. ſi de eo* 40. *§.* 1. *de acquir. poſſeſſ.* & utilitas pignoris in debitore. *l. qui autem* 14. *§.* 1. *de conſtit. pecun. l. certa* 6. *§. ult. de precario.* ideoque uterque caſus favorabilior eſt, *l. juſto* 44. *de uſucapion.* quam caſus captivitatis, quam plerumque ignaviæ & timori imputabat *Romana civitas, minime in captivos indulgens*, ut loquitur Manlius Torquatus apud Livium *lib.* 22. & docuimus ſupra §. 1. & 2. tamen reſponderi ſubtilius poteſt, in captivo, quamdiu apud hoſtes eſt, & incertum an reverſurus vel apud hoſtes moriturus, non induci interim poſtliminio, niſi ſuſpenſionem tam perſonæ ſtatusque ejus, quam jurium & acquiſitionum, quæ captivi, ſi captus non eſſet, forent; & ſi revertatur reſtituantur. *l. illa inſtitutio* 32. *§.* 1. *de hered. inſtit. l. penult. de ſuis & legit. l. bona* 22. *§. quæ peculiari de capt.* quapropter ea jura, quæ ſolo tranſcurſu & continuatione temporis inſpiciendi in perſona captivi, ſi ille in civitate fuiſſet, acquireret vel amitteret, ſic ſuſpenduntur poſtliminio, ut neque interim tempus cedat, ut captivo noceat. *l. penult. §.* 1. *de bon. poſſeſſ. ſecundum tab. l. neque* 36. *de fideicomm. libert. l. ſed etſi* 23. *de uſuris.* neque etiam ut captivo proſit. *l.* 2. *§.* 1. *quando de pecul. actio annalis eſt.* & ideo neque cedit captivo militi tempus ſtipendiorum, ut fiat veteranus, præmiaque & emeritum capiat, niſi concurrente reſtitutione Principis cum integro jure poſtliminii, & inculpata captivitate. *l.* 3. *§. ſed etſi ex improviſo* 12. *l.* 5. *§. ſi poſt* 7. (ibi: *erit reſtituendus.*) *de re milit.* junctis traditis ſupra §. 6. & 7. quamvis diverſum ſit, quoties tempus, quod nocere aut prodeſſe captivo in conſequentiam poteſt, non in perſona illius inſpicitur, ſed alterius qui in civitate eſt, quo caſu non ſuſpenditur poſtliminio, quominus cedat damno aut lucro captivi. *l.* 4. *de diverſ. & temporal. præſcription.* quæ intelligenda de tempore inſpiciendo in perſona rei non captivi, qui uſque ad certum tempus promiſit, & ideo tempus cedit contra actorem captivum: ſicut e contrario *lex ſi ſervus* 25. *de ſtipul. ſervor.* accipienda de tempore inſpiciendo in perſona actoris captivi in actione temporali, & ideo non cedente contra captivum, ut exponit componitque latius Cujac. *lib.* 16. *obſerv. cap.* 38. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. ad tit. de acquir. hered. tractata* 1. *cap.* 2. *num.* 11. quamvis aliter poſt multos Schiſordegherus *ad Fab. lib.* 2. *tractatu* 16. Heringius *de fidejuſſor. cap.* 6. *num.* 65.

§. XIV. Proinde ut jam ex propoſitis ad propoſitum, cum uſucapionis continuatio fiat tempore, idque inſpiciatur in perſona uſucapientis. *l.* 3. *de uſucapion.* non cedit tempus uſucapionis, dum captivus apud hoſtes eſt, neque ei proficit, ut uſucapiat, quoniam illa perſonæ & jurium, etiam quæ tempore acquiruntur, ſuſpenſio contraria eſt ceſſioni temporis & continuationi uſucapionis, facitque, ut quamdiu incertum, an captivus reverſurus vel in hoſtico moriturus, non ſit perſona certa, cujus emolumento tempus cedat, & uſucapio continuetur, *arg. l. poſtquam* 5. *ut legat. nom. caveatur.* plane omnino aliud eſt in hereditate & debitore, in quibus conſtat adeſſe perſonam, & quidem in debitore veram, & in hereditate, quamvis fictam civilemque, tamen certam ſtatim capacemque eorum, quæ juris ſunt ſine ulla ſuſpenſione, etiam antequam heres exiſtat. *l. novatio* 24. *de novation. l. ſi a te* 10. *ut leg. nom. caveatur.* ubi ideo hereditate nondum adita incipit obligatio fidejuſſorum, quia principalis debitoris perſona certa, ſaltem ficta non deficit. *l. qui contra* 11. *l. mortuo* 22. *de fidejuſſor. l. ad diem* 77. *de V. O.* quæ tamen perſona deficit, & ideo neque obligatio fidejuſſorum incipit, dum principalis apud hoſtes eſt. *d. l. poſtquam* 5. ex qua cum *d. l. ſi a te* 10. hanc inter hereditatem & captivum differentiam deducunt, variceque explicant poſt Cujacium *lib.* 28. *quæſt. Papiniani* in *d. l. poſtquam* 5. *& lib.* 15. *obſerv. cap.* 9. Pacius *cent.* 4. *quæſt.* 75. Heringius *de fidejuſſor. cap.* 12. *num.* 18. noſter Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 28. *&* 29. aliter nos ad *rubr. de V. O.* §. 15. cui differentiæ ſelectiorem aliam ſimilemque omnino conjungimus, obſervamusque in *l. ſpecies* 11. *§. ſi ſervus* 2. *cum §. ſeq. de acceptil.* ubi ſi ſervo hereditario acceptum fiat, liberatio ſtatim contingit, ſcilicet etiam ante aditam hereditatem, *ut per hoc hereditas ipſa liberetur*, ut ſcriptum eſt in *d. §. ſi ſervus* 2. cum tamen e contrario, ſi captivi ſervo acceptum feratur, expectanda ſit poſtliminii confirmatio. quæ non niſi reverſo captivo incipit, ut liberet acceptilatio, quæ interim in pendenti eſt, ſicut ſtipulatio eodem tempore interpoſita. *l. in bello* 12. *§.* 1. *l. bona* 22. *§. quod ſi filius, & §. quæ peculiari de capt. l. filius* 11. *de V. O. l. ſi ſervus* 18. *§. ſervus capto de ſtipul. ſerv.* quamvis in eo ſaltem hereditas & captivus conveniant, quod utrobique deficit perſona, quæ appareat, jurisque effectus exercere facto poſſit. *l. hactenus* 11. *de conſtit. pecun.* ubi ideo, qui conſtituit ſe ſoluturum quod captivus debet, obligatur ſtatim, quia conſtitutum accedit obligationi, eamque ſolam requirit, non ut fidejuſſio etiam perſonam. *d. l. poſtquam* 5. & in eo etiam conveniunt, quod tam hereditas, quam captivus incapaces ſunt experiundi, ſive agendi in judicio. *d. l.* 4. *de diver. & temp. præſcription. d. l. ſi ſervus* 25. *de ſtip. ſervorum.* unde & quoad effectum agendi tam ſtipulatio, ſervi hereditarii, quam ſervi captivi nullam vim habituræ ſunt, niſi hereditas adita, aut captivus reverſus ſit, eamque tacitam conditionem habent. *l. interdum* 73. *§.* 1. *juxta communem, de V. O.* imo & quoad obligationem inutiles omnino futuræ, niſi hereditas aut captivus rever-

reverſus, ſi vel ſervus hereditarius futuro heredi, vel captivi ſervus captivo domino ſtipulatus ſit. *l. ſi ſervus* 18. §. *ſervus de ſtip. ſervorum.* unde & quoad effectum agendi tam ſtipulatio ſervi hereditarii, quam ſervi captivi nullam vim habituræ ſunt, niſi hereditas adita, aut captivus reverſus ſit, eamque tacitam conditionem habent. *l. interdum* 73. §. 1. juxta communem interpretationem, *de V. O.* imo & quoad obligationem inutiles omnino futuræ, niſi hereditas adita, aut captivus reverſus, ſi vel ſervus hereditarius futuro heredi, vel captivi ſervus captivo domino ſtipulatus ſit. *l. ſi ſervus* 18. §. *ſervus capto de ſtipul. ſervorum.* ſecundum quam & quidem proprie magis exponenda eſt *d. lex interdum* 73. §. 1.

§. XV. Enimvero ex traditis pro ratione differentiæ inter hereditatem, debitorem, & captivum, quoad uſucapionem lux præferenda eſt Papiniano, non vulgariter ad rem expenſo & explicando in *l. juſto* 44. §. *& ſi poſſeſſionis de uſucapion.* ubi ſingulares duo caſus proponuntur, quibus ſufficit bona fides neceſſaria ad uſucapionem initio primæ poſſeſſionis, quamvis non adſit tempore ſecundæ poſſeſſionis, contra regulam *l. ſi is qui* 15. §. *penult de uſucapion. l. qui fundum* 7. §. *qui bona pro empt.* Primus caſus eſt in partu alienæ ancillæ, quam prægnantem poſſidere quis bona fide & juſto titulo cœpit, & poſtea alienam eſſe ſcivit, antequam pareret: quo caſu duæ ſunt quodammodo poſſeſſiones partus, prima ejus temporis quo fuit in utero, & cum matre prægnante ſimul traditus & poſſeſſus intellectu juris. *arg. l. rerum* 30. §. *Labeo in fine de uſucapion. l. inſiciando* 67. *de furtis.* Secunda autem propriaque & vera magis poſſeſſio ejus temporis, quo poſtquam naſcitur poſſidetur. *l. ſi ego* 11. §. *partus de Publiciana.* & tamen quamvis initio ſecundæ hujus, præſentisque poſſeſſionis mala fides adſit, ideoque & impedienda uſucapio videretur ex regula *d. l. ſi is qui* 15. §. *penult. de uſucapion.* inſpicitur tamen potius cauſſa ſeu titulus traditionis matris, & bona fides ejus temporis, ut uſucapio partus continuetur, ea forſitan ratione, quia poſſeſſio prima non tam amiſſa & interrupta, quam continuata & juncta ſecundæ, & ut pro unica veluti habeantur: notant quamvis nec ſatis explicantes, neque omnino conſentientes, poſt Cujac. *lib.* 23. *quæſt. Papiniani* in *d. l. juſto* 44. §. *& ſi poſſeſſionis.* noſter Amaya *lib.* 3. *obſerv. cap.* 1. §. 2. *num.* 61. *&* §. 3. *num.* 20. *&* §. 4. *num.* 33. Carranza in *diſp. de partu cap.* 3. §. 1. *num.* 51. Secundus caſus eſt in ſervo, qui bona fide poſſideri cœpit, & poſtea ab hoſtibus captus eſt, ac deinde poſtliminio revertitur, & poſſeſſionem ejus recuperat poſſeſſor eo tempore, quo jam alienum eſſe ſcit, in qua ſpecie idem jus eſſe, atque in priori docet Papinianus in §. *& ſi poſſeſſionis.* & conſequenter ſentit, continuari in ea ſpecie uſucapionem fictione poſtliminii, vel jure ſingulari, ſine poſſeſſione ejus temporis, quo ſervus apud hoſtes fuit, vel continuata & juncta priori poſſeſſione ante captivitatem cum recuperata poſt reverſionem.

§. XVI. Sane utrocunque ex propoſitis modo uſucapio continuetur in *d.* §. *& ſi poſſeſſionis in fine.* impugnatur ex eo aperte & acriter ſententia *d. l. denique* 19. *ex quibus cauſſ. major.* ejusque ratio & effectus propoſiti ſupra §. 12. *&* 13. quia negari non poteſt, non minus captivitate rei poſſeſſæ ſive ſervi, qui poſſidebatur, quam poſſeſſoris captivitate amitti & interrumpi facto ipſo poſſeſſionem, ut pote amiſſa pariter utroque caſu & detentione, & naturali facultate continuandæ corporaliter poſſeſſionis. *l. cum heredes* 23. §. 1. juncta *l.* 3. §. *Nerva* 13. *de acquir. poſſ.* idque quoad captivitatem ſervi poſſeſſi, & quoad amiſſionem naturalis facultatis neceſſariæ ad continuandam poſſeſſionem, ita ut, etiam quatenus juris eſt, ea facultas amittatur, & ne quidem fictione poſtliminii intelligatur interim eſſe in poteſtate poſſeſſoris, evincere videtur Ulpianus vulgo ad hanc rem ignotus in *l. ſi cum quis* 41. §. *ult. de furtis.* dum ſcribit, actionem noxalem, quæ contra eum, in cujus poteſtate ille qui noxam commiſit eſt, dari ſolet. §. *omnis* 5. *inſt. de noxal. l. noxalis* 5. *l. quoties* 21. §. *Prætor cum leg. ſeqq. de noxalibus.* ſi ille poſt noxam commiſſam ab hoſtibus capiatur, extingui, quæ tamen actio non extingueretur, ſed ceſſaret, ſive in ſuſpenſo eſſet, ſi poſtliminio fingeretur ſervum interim eſſe in poteſtate poſſeſſoris, argumento textus proprie nec vulgariter cum *d. l. ſi cum quis* 141. §. *ult.* jungendi & conferendi in *l. qui res* 98. §. *aream verſ. neque admiſſum eſt, & verſ. diverſum de ſolution.* evincit denique hoc ipſum, ſaltem quoad amiſſionem naturalis facultatis, quatenus facti eſt, continuandæ poſſeſſionis in ſervo capto Ulpianus ibidem in *l. ſi ſervus* 16. *de interrog. in jur. fac.* ubi noxio ſervo ab hoſtibus capto docet, non eſſe locum interim noxali actioni etiam contra eum qui reſponderit, in ſua poteſtate ſervum eſſe, *quamvis jura poſtliminiorum poſſint efficere dubitare nos*; quatenus ſcilicet ſicut alia jura, ita & quatenus juris eſt, poteſtas ſeu facultas poſſeſſoris in ſervum captum ſuſtineri intelligatur, tamen verum certumque eſt, ſervum, qui apud hoſtes eſt, non eſſe interim facto ipſo in poteſtate poſſeſſoris, qui in civitate manſit, ut ſimiliter de poſſeſſore capto ſcriptum eſt in *d. l. in bello* 12. §. *facti verſ. quia certum.* & in *d. l. ſi is qui pro emptore* 15. *verſ. ſed verum.* unde ut jam argumentum conficiamus, quemadmodum captivitate ſervi poſſeſſi, & amiſſa detentione & facultate detinendi, vel quatenus juris eſt, ut in *d. l. ſi cum quis* 41. §. *ult.* vel ſaltem quatenus facti, ut in *d. l. ſi ſervus* 16. tamen continuatur uſucapio, ut in *d. l. juſto* 44. §. *& ſi poſſeſſionis in fine.* ita & ſatendum prorſus videtur, continuari debere uſucapionem poſſeſſore ipſo capto contra *d. l. denique*, cum ſupra laudatis.

§. XVII. Non vident, aut attendunt ad hanc juris rationumque pugnam Cujac. Amaya, Carranza, laudati ſupra §. 15. ſed probabiliter poſt Accurſ. Bart. Caſtrenſ. & Cuman. in *d. l. juſto* 44. §. *& ſi poſſeſſionis.* reſpondent, non eam Papiniani mentem eſſe, ut idem ſit in ſervo ab hoſtibus capto & reverſo, atque in priore caſu partus ancillæ alienæ, quoad hoc ut uſucapio, aut etiam poſſeſſio cœpta ante captivitatem ſervi continuetur, & poſt captivitatem aut reverſionem; ſed in eo potius hunc caſum priori comparari, ut quemadmodum bona fides, quæ ante editionem partus fuit, jungitur poſſeſſioni ejusdem jam editi, prodeſtque uſucapioni continuandæ poſt editionem, ita etiam bona fides, quæ fuit ante captivitatem, jungatur poſſeſſioni ejusdem apprehenſæ poſt reverſionem, & proficiat uſucapioni non quidem continuandæ, quæ per captivitatem interrupta fuit, ſed inchoandæ poſt reverſionem, etiamſi bona fides tunc non adſit. Nobis autem fortaſſe audentius, ſed congruentius ad priorem caſum *d.* §. *etſi poſſeſſionis* tentari poſſe videbatur, continuari uſucapionem, neque interrumpi captivitate ſervi, qui poſſidebatur, quamvis interrumpatur captivitate poſſeſſoris: nempe quoniam captivo poſſeſſore inducit in ejus perſona poſtliminium tam perſonæ quam jurium, etiam quæ tempore acquiruntur, ſuſpenſionem; eaque obſtat continuationi uſucapionis, facitque, ut non ſit interim perſona, quæ uſucapere poſſit, etiam ſine poſſeſſione & ſingulari jure: at ſervo capto, qui poſſidebatur, quamvis perinde atque captivo poſſeſſore poſſeſſio amittatur, nulla tamen ſuſpenſio perſonæ aut jurium inducitur poſtliminio in perſona poſſeſſoris, qui in civitate manſit, *arg. l.* 4. *de diverſ. & temp. præſcript.* junctis traditis ſupra §. 13. *in fine*, & §. 14. quin potius capax compoſque manet in civitate poſſeſſor continuandæ uſucapionis in caſum, quo ſervus revertatur, & quidem ſine poſſeſſione ſingulari jure, & exemplo debitoris in pignore hereditatisque, unde & bona fides, quæ in prima poſſeſſione ante capti-

vitatem ſuit, inſpicitur, neque continuationi uſucapionis nocet mala fides ſecundæ poſſeſſionis poſt reverſionem, quia & ante illam ſine poſſeſſione vera continuabatur, ut in priore ſpecie *d. §. & ſi poſſeſſionis.* juncta *l. Pomponius §. ſi is qui precario. l. qui pignoris 36. de acquir. poſſ. l. non ſolum 33. §. ult. de uſucapion.*

§. XVIII. Neque cogitationi huic noſtræ repugnant, quamvis inter ſe alioquin pugnantes & ſubtiliore interprete digni textus in *d. l. ſi cum quis 41. §. ult. de furtis. d. l. ſi ſervus 16. de interrog. in jur. faciend. d. l. qui res 98. §. aream verſ. nec ſimili, & verſ. diverſum de ſolution.* quibus appoſite conciliandis obſervandum breviter eſt, ſingulare jus eſſe actionum noxalium & ſimilium, quæ quamvis ex maleficio, vel contractu, ſimilive cauſſa competant, nou tamen tamquam in delinquentem aut debitorem, ſed tamquam in eum, qui rei reſtituendæ facultatem habet, dolove fecit quominus habeat, dari ſolent, ut ſive ceſſent, quia nondum res in poteſtate ejus, qui convenitur, ſuit, ſive etiam cum ſemel natæ hæ actiones fuiſſent, quia reus in poteſtate rem habuit, extinguantur, quia poſtea ſine dolo habere deſiit, tamen renaſcantur luſcitenturque, quaſi renovato maleficio aut contractu ex nova poſſeſſione & dolo, ſi res iterum in poteſtatem rei conventi redierit, ut de actione noxali traditum eſt in *l. quoties 21. §. ult. l. ſed etſi 23. de noxal.* & de rei vindicatione & actione ad exhibendum in *l. ſi rem 17. cum l. ſeq. de except. rei jud.* & de actione depoſiti in *l. 1. §. inde ſcribit 21. l. 3. l. ſine 20. depoſiti.* junctis traditis a Cujac. *lib. 22. obſerv. cap.* 30. & *lib. 18. Pauli ad Edict.* in *d. l. ſine* 20. ubi & poſt Claſſicos Fab. in *Rat.* ſecundum quæ & præſertim juxta *d. l. ſine* 20. explananda eſt ſequens *lex ſi apud* 21. & componenda cum *l. 1. §. ſi apud ſervum 18. depoſiti.* ex ſententia Fabri in *Ration.* & Cujacii *lib. 60. Pauli ad Edict.* in *d. l. ſi apud* 21. & *lib. 22. obſerv. cap.* 30. Donelli in *l. 2. num. 8. C. an ſervus pro ſuo facto*, & ante eos Fulgoſii in *l. Pomponius 18. num. 5. de negot. geſt.* quamvis aliter poſt Bart. Pacius *centur. 4. quæſtione* 76. Pichard. in *§. actionum quæſtione 20. num. 11. inſt. de action.* quocirca in ſuperioribus actionibus nihil effectu intereſt, ideoque nec ſcrupuloſe diſtinguitur, an ceſſaſſe vel extingui videantur, quia quamdiu ſatisfactum actori non eſt, ſupereſt ſemper cauſſa novæ poſſeſſionis, ex qua reviviſcere actio poſſit, in quo diverſum prorſus jus eſt aliarum actionum, quæ ex delicto & contractu tamquam in delinquentem vel debitorem dantur, in quibus unica cauſſa actionis eſt obligatio contractus, ſeu maleficii ſine reſpectu facultatis reſtituendi, ideoque extincta ſemel obligatione non ſufficit nova reſtituendi facultas, ut obligatio & actio extincta ſuſcitetur, eaque ratione ſubtiliter diſtinguitur, an actio extincta fuerit, ut in *d. l. qui res §. aream verſ. nec ſimili.* an potius ad tempus ceſſaverit, ut in *verſ. diverſum ejusdem §.* qua differentia actionum ſuppoſita facile apparet, rectiſſime Ulpianum in *d. l. ſi cum quis 41. §. ult.* affirmare actionem noxalem natam ex noxa admiſſa ante captivitatem, & eo tempore quo facultas noxii noxæ dedendi erat; ſi poſtea ab hoſtibus capiatur, extingui, quia facultas dedendi, quæ in noxali actione requiritur, quatenus facti eſt, extincta fuit, ſicut extinguitur, ſive amittitur rei poſſeſſæ captivitate poſſeſſio ejusdem, quia facti eſt, quamvis uſucapio, utpote juris, continuetur eo caſu ſine poſſeſſione, ut in *d. §. etſi poſſeſſionis in fin.* & ruſus, ſi noxius poſtliminio reverſus in poteſtate eſſe incipiat, renaſci noxalem actionem, quamvis inſpecto jure poſtliminii & fictione, per quam naturalis facultas poſſeſſoris, quatenus juris eſt, ſicut & alia jura, ſuſtinetur ſive ſuſpenditur, ut monuimus ſupra §. 11. & inferius plene dicemus, dubitari poſſet, an non tam extincta, quam ceſſaſſe interim noxalis actio videatur, ut ſignificatur in *d. l. ſervus 16. verſ. quamvis de interrog. in jur. fac.* quam ita accipio; & de actione ex ſtipulatu pro ſervo capto, quia tota juris, non facti eſt, ceſſare eam interim potius, quam extingui, deciſum eſt in *d. l. qui res §. aream verſ. diverſum.*

§. XIX. Sed ut rurſus ex diverticulo ad viam, & ex propoſitis de interruptione poſſeſſionis & uſucapionis captivitate poſſeſſoris, qui per ſe poſſidebat, ad duas finitimas ſpecies tranſeamus; conſequens, & conſentaneum jam traditis videtur, primo in his rebus, quas per ſubjectas juri ſuo perſonas, veluti filium, aut ſervum poſſidebat captivus, antequam caperetur, interrumpi ſimiliter poſſeſſionem uſucapionemque. Secundo in rebus, quæ poſt captivitatem per filium ſervumve captivi ex peculiari cauſſa apprehenduntur, non incipere poſſeſſionem uſucapionemque, quamdiu ille apud hoſtes eſt, ut pote deficiente in captivo facultate quatenus facti eſt, acqurendæ continuandæve poſſeſſionis, & deficiente etiam perſona, repugnanteque perſonæ & jurium ſuſpenſione, quæ poſtliminio inducitur continuationi uſucapionis, & tamen in prima ſpecie poſſeſſionem uſucapionemque coeptam ante captivitatem continuari poſt illam, & in ſecunda incipere continuarique, etiam dum captus apud hoſtes eſt, conſtat ex *l. in bello 12. §. facti. l. bona 22. §. quæ peculiari. l. ſi poſtliminio 29. de capt. l. juſto 44. §. ult. de uſucapion. l. ait Prætor 23. §. hi plane, ex quibus cauſſ. maj.* Quare ut & differentia & differentiæ ratio inter caſum, quo per ſe captivus poſſidebat, de quo in *d. l. denique* 19. cum ſimilibus, de quibus ſupra §. 10. & ſpecies, in quibus per filium aut ſervum ante captivitatem poſſidebat, aut poſtea peculiari nomine poſſeſſio quæſita eſt, de quibus in *d. §. facti verſ. eorum.* eum nuper laudatis, intelligatur, animadvertendum eſt, in poſterioribus his ſpeciebus, cum exiſtant filios vel ſervus in poſſeſſione, ut ſignanter & pro ratione veluti exprimitur in *d. §. facti.* ibi: *remanentibus iisdem perſonis in poſſeſſione*, quicquid in poſſeſſione meri facti ſuit, non deficere, aut amitti corporaliter, quin potius retineri continuarique poſſeſſionem facto ſervi vel filii, quamvis captivus facultatem per ſe continuandi, quatenus facti eſt, amiſerit, ut in re ſimili proprie deducitur ex *l. 1. §. non alii 45. de vi & vi arm.* Proinde cum & ultra poſſeſſionem naturalis facultas, quatenus juris, ſicut & alia perſonæ jura poſtliminio in captivo non tam abrumpi, quam ſuſtineri intelligatur, & abſurdum videatur continuata poſſeſſione, in qua, quia facti eſt, poſtliminium non operatur, non continuari uſucapionem, quæ juris eſt, & tota obnoxia poſtliminii fictioni, ideo receptum eſt, ut etiam uſucapio his caſibus continuetur, quia quamvis poſtliminii ſuſpenſio interim captivo perſonam, quæ uſucapiat, non tribuat, facit tamen, ut neque abſciſſa, aut ſublata perſona captivi videatur: atque ita in eo incerto perſonæ nec deficientis nec exiſtentis ſubſequitur poſtliminium continuatam poſſeſſionem perſonarum, quæ in civitate manſerunt. *d. §. facti.* diverſum autem eſt in rebus, quas per ſe poſſidebat captivus, antequam caperetur, quo caſu neceſſe eſt, poſſeſſionem & conſequenter uſucapionem interrumpi, quia detentio & facultas poſſeſſionis corporaliter continuandæ, atque ita quicquid facti in poſſeſſione fuit, amittitur. *l. cum heredes 23. §. 1. de acquir. poſſ.* & neque poſtliminio inducitur interim in captivo perſona, quæ uſucapiat, neque in poſſeſſione manet perſona, cujus continuationi & facto poſtliminium ſerviat.

§. XX. Plane quod propoſuimus in his rebus, quas per ſubjectas juri ſuo perſonas poſſidebat captivus ante captivitatem, vel poſtea ex peculiari cauſſa apprehenduntur, procedere captivo uſucapionem, fuit controverſiæ magnæ & moroſæ inter Julianum & Marcellum, qoam ut breviter illuſtremus, affirmabat Marcellus nihil intereſſe, captivus ipſe poſſediſſet, an ſubjecta ei perſona, ut ſcrip-

Digitized by Google

ſcriptum eſt in *d. §. facti verſ. Marcellus.* quoniam ſcilicet cum utroque caſu captivus ipſe ſit, qui per ſe vel per ſervum poſſidet. *l. 3. §. cæterum 12. de acq. poſſ.* non debet poſtliminio reverſus plus juris habere in his, quæ per ſervos, quam quæ per ſe poſſedit, ut ex eodem Marcello proponitur in *l. ſi is qui pro emptore 15. verſ. Marcellus de uſucapion.* & hoc amplius electa elegantique ratione, quia cum ſervum ipſum, quem per ſe poſſidebat, deſinat poſſidere captivitate. *d. l. denique 19.* abſurdum videtur, per ſervum, quem non poſſidet, acquiri captivo, continuarive poſſeſſionem aliarum rerum, etiam ex peculiari cauſſa. *l. homo liber 54. §. ult. l. ſi ſervus 21. de adquir. rerum dominio. l. 1. §. ſed & per eum de acquir. poſſeſſ. l. 1. §. idem Vivianus 46. de vi & vi armat.* Verior tamen & utilior fuit Juliani ſententia & diſtinctio inter caſum, quo per ſe, & quo per filium ſervumve poſſidetur, propoſita in *d. §. facti verſ. Julianus.* & in *d. l. ſi is qui pro emptore 15. verſ. quod ſi ſervus.* & expoſita a nobis *§. præced.* neque ſubtilis minus, ut aſſirmat temere Faber in *Juriſpr. Papin. titulo 11. principio 8. illatione 9.* namque & quod pro Marcello conſideravimus, non poſſe dominum poſſidere per ſervum, quem non poſſidet, verum eſt, quoties ſervus ab alio poſſidetur, ut in *d. l. 1. §. idem Vivianus*, cum nuper laudaris. Cæterum quamdiu ab alio non poſſidetur, poteſt per eum dominus alias res poſſidere & uſucapere. *l. ſi cui 25. §. ult. de liberali cauſſa. l. 1. §. per ſervum qui in fuga. l. 3. §. ſi ſervus. l. ſi me in vacuam 34. §. ult. de acquir. poſſeſſ.* quamvis aliter reſpondeat Cujac. *lib. 23. quæſt. Papiniani in d. l. juſto 44. §. ult. de uſucapion.*

§. XXI. Illud ſane vel adhuc apud interpretes controverſum eſt, an in his rebus, quas per ſubjectas ſibi perſonas poſſidebat, antequam caperetur, qui poſtea captus eſt, admittenda ſit continuatio poſſeſſionis & uſucapionis dumtaxat ex peculiari cauſſa, an potius indiſtincte, ſive ex peculiari cauſſa, ſive extra eam poſſeſſio & uſucapio inchoata fuerit, in quo quamvis Accurſius in *d. l. ſi is qui pro emptore 15. gloſſa 2. & alt. in principio.* & cum eo Bart. & communiter magis ibi Antiquiores cenſuerunt, uſucapionem non continuari niſi ex peculiari cauſſa, *arg. l. bona 22. §. quæ peculiari. d. l. ſi poſtliminio 29. de capt. d. l. ait Prætor 23. §. hi plane ex quibus cauſſ. majores.* verius tamen omnino eſt, poſſeſſionem & uſucapionem coeptam per ſervum aut filium ante captivitatem continuari, & poſt eam ſive ex peculiari cauſſa, ſive non, ut indiſtincte quoad hanc partem probat Julianus in *d. §. facti verſ. eorum.* & contra communem diſputat late Jaſon in *d. l. ſi is qui pro emptore 15. num. 30. & 34.* Faber in *Ration. d. l. denique 19.* nec ſuffragantur communi contrariæ ſententiæ textus nuper laudati in *d. l. bona 22. §. quæ peculiari*, cum ſimilibus: ſunt enim accipiendi, & loquuntur de rebus apprehenſis a filio vel ſervo captivi, poſtquam ille apud hoſtes eſt, in quibus receptiſſima diſtinctio obtinuit, ut ſi ex cauſſa peculiari apprehendantur, incipiant a captivo poſſideri & uſucapi, extra eam vero minime. *d. l. juſto 44. §. ult.* ubi diſtinctionis ratio proponitur. *d. §. facti verſ. vel ſi qua. d. l. bona 22. §. quæ peculiari. l. penult. de captivis. d. l. ait Prætor 23. §. hi plane.* cujus verba illa *ex peculiari cauſſa* ad diſtinctionem hanc reſpiciunt, neque irreptitia ſunt, ut ſuſpicatur Faber in *Ration. ibidem.* ſicut & juxta eamdem diſtinctionem exaudienda eſt *lex neque 11. de uſucapion.* ut poſt Accurſium *ibi* notat Cujacius *lib. 19. Pauli ad Edictum in l. 2. ad finem de Publiciana in rem act.*

§. XXII. His quæ de caſu, quo captivus revertitur, & de poſtliminii tunc jure quoad poſſeſſionem & uſucapionem, quam per ſe aut ſubjectas ſibi perſonas ante captivitatem habuit, aut poſtea ei acquiſita eſt, ſubnectimus jam, ne rem per ſe connexam disjungamus, & integram ſententiam nobiliſſimæ *legis ſi is qui pro emptore 15. de uſucapion.* brevi paraphraſi elucidemus, caſum quo captus apud hoſtes moritur, & jus in eo caſu Corneliæ legis, fictioniſque quoad uſucapionem. Ergo cum Cornelia lex fingat captivum præmortuum ex die captivitatis. *d. l. juſto 44. §. ult. l. in omnibus de captivis.* veriſimilius eſt uſucapionem, quam per ſe captivus, antequam caperetur, inchoavit; quamvis reverſo ipſi non proſit per poſtliminium, quia in ſua vita poſſeſſionem amiſit, ut expoſuimus ſupra §. 11. *in fin.* prodeſſe tamen heredi ejus per legem Corneliam, quia non in ſua vita, ſed eo tempore quo captus, & per fictionem mortuus eſt, deſiit poſſidere, ut inſinuat Paulus ſic explicandus in *d. l. ſi is qui pro emptore 15. in principio verſ. ſed verum.* idque ipſum eadem ratione in uſucapione, quam per ſervum ante captivitatem habuit, vel poſt eam ex peculiari cauſſa inchoavit; cenſet Julianus circa legem Corneliam *d. §. facti verſ. eorum. d. l. bona 22. §. quæ peculiari.* ita tamen, ut in uſucapione poſtea inchoata per ſervum (ſcilicet ex peculiari cauſſa, ut ſupponendum eſt in *d. l. ſi is qui pro emptore 15. verſ. quod ſi ſervus.* ſicut & in *l. ſi ſervo 28. l. juſto 44. §. nondum de uſucapionibus. l. ſi me in vacuam 34. §. ult. de acquir. poſſeſſione. l. ſive 9. §. ult. de Publiciana.*) agnoſceret Julianus, dubitari cautius poſſe, an per legem Corneliam ad heredes captivi pertineat, ut proponitur in *d. verſ. quod ſi ſervus.* idcirco ſcilicet, quia lex Cornelia, per quam captivus mortuus fingitur ex die captivitatis, non videtur poſſe pertinere ad uſucapionem inchoatam poſt ejus captivitatem mortemque ſuppoſitam, *arg. l. ejus qui 8. qui teſtamenta fac. poſſ. l. quædam 7. de jure codicill.* ſed Marcellus in hac ſpecie exiſtimavit, poſſe plenius fictionem legis Corneliæ accipi quam poſtliminii, quia & in hoc eadem dubitandi ratio, quam ex Juliano in lege Cornelia adduximus, immo & major in poſtliminio ex conſideratione Marcelli in *d. l. ſi is qui pro emptore 15. verſ. Marcellus.* quem expendimus ſupra §. 20. & lex Cornelia nihil in poſſeſſione, aut uſucapione fingere neceſſe habet, ſed hereditatem captivo tribuit tanquam mortuo, ex quo captus eſt. *l. 1. §. lex Falcidia. l. lex Cornelia 18. ad l. Falcid.* qua hereditate inducta deinceps ſingulare jus facit, uſucapionem in hereditate continuari, aut ex peculiari cauſſa incipere, ex traditis ſupra §. 13. & 21. *in fine.* & conſequenter in heredibus locum habere uſucapionem. *d. l. 15. in fin.* juxta vulgatam lectionem affirmativam, quam poſt alios ſequitur noſter Valentia *lib. 1. tractatu 3. cap. 11. in fin.* proſequuntur varie ſentientes poſt Claſſicos in *d. l. ſi is qui pro emptore 15.* & congeſtos ab Hilligero ad Donell. *lib. 5. cap. 20. lit. L.* & ex noſtratibus Amaya *lib. 2. obſerv. cap. 1. num. 4.* Velaſco in *concertation. Proculi & Caſſii pag. 135.* Covarr. in *regula poſſeſſor parte 2. §. 1. num. 6.* Cotereus *de jure militum lib. 2. cap. 26.* Duar. ad *tit. de in integ. reſtit. parte 2. Edicti pag. mihi 129.* Gilkenius *de præſcription. parte 3. cap. 5.* quamvis negativam lectionem in *fine d. l. ſi is qui pro emptore 15.* agnoſcant Florentini Codices, & ſequantur latini interpretes Antiquiores, & ex Græcis Scholiaſtes Baſilicôn *lib. 60. tit. 12. num. 41.*

§. XXIII. Deinde ut peracta jam & profligata veluti poſſeſſionis, & uſucapionis captivi quæſtione pergamus, ex prima illa definitionis poſtliminii illatione propoſita ſupra §. 10. ubi docuimus, poſtliminium ut pote juris non ſuſtinere, neque reverſo captivo reſtituere ea, quæ facti ſunt, deduci ſimiliter ſolet effectus alius juriſque aſſertio nobilis, quæ docet, matrimonium ita captivitate conjugis dirimi, ut neque ſuſtineatur, neque reſtituatur poſtliminio, neque uxor a marito captivo & reverſo recuperetur, niſi illa novo conſenſu nuptias redintegraverit. *l. non ut a patre 8. l. in bello 12. §. ſed captivi 4. l. cum duæ 14. §. 1. de capt. l. 1. de divortiis. l. in eo 45. §. ult. de ritu nupt.*

nupt. l. ſi quis ſic 57. ſoluto matrim. cujus principii ratio ea redditur a Cujac. *Novella* 22. Fabro in *Juriſpr. Papin. titulo* 11. *principio* 8. *illatione* 8. quia matrimonii conſervatio & retentio jure civili Romano tota pendet ex conjugum conſenſu & voluntate, ſine qua & inter invitos, neque contrahitur neque retinetur. *l. ſi patre* 22. *de ritu nupt. l.* 1. *de divortiis.* ea autem voluntas cum animi & affectus ſit, inter res facti connumeratur, & conſequenter matrimonium ex ea pendens, ſicut eadem ratione poſſeſſio & conventiones. *l. bona fidei* 48. *§. in contrarium de acquir. rerum dominio. l. conſilio* 7. *§. ult. de curatore furioſo. l. ſi unus* 27. *§. pactus ne peteret de pactis.* eoque forſitan reſpectu Triphoninus poſt regulam illam de facti cauſſis infectis non habendis poſtliminio, & exemplum ejus regulæ in poſſeſſione propoſitum in *d. l. in bello* 12. *§. facti* 2. interjecto caſu matrimonii filiifam. cujus pater captivus eſt, de quo in *§. medio* 3. ſubjungit veluti aliud exemplum, effectumque illius regulæ in matrimonio captivi, quod perinde ac poſſeſſio tamquam res facti poſtliminio non conſervatur, neque uxor in matrimonio captivi eſt. *d. l. in bello* 12. *§. ſed captivi* 4.

§. XXIV. Nec nos ab hac ratione movet in contrarium, aut mutat argumentum illud, quo contra eam utitur nititurque noſter Amaya *lib.* 2. *obſervat. cap.* 1. *num.* 11. *& ſeqq.* exemplo aliarum conjunctionum, quæ quamvis perinde ac matrimonium conſenſu conſtent & contrahantur, eoque reſpectu ſint facti. *d. l. ſi unus* 27. *§. pactus. l.* 1. *§. conventionis verſ. adeo de pactis. d. l. conſilio* 7. *§. ult. de curat. furioſo.* tamen eum ſemel contractæ ſunt, etiamſi poſtea alter ex contrahentibus, aut uterque ab hoſtibus capiatur, ſuſtinentur reſtituunturque poſtliminio, quia & juris vinculum, ſive obligatio orta ex his conventionibus non abrumpitur, ſed ſuſpenditur. *l. ſpecies* 11. *§. ult. de acceptilationibus. l. hactenus* 11. *de conſtit. pecunia. l. ſi pupillus* 6. *§.* 1. *de tutela & rat. diſtrahend. l.* 4. *§. ſi tutor rem pupilli ſalv. fore.* & conſenſum in matrimonio, ſicut in aliis conventionibus a principio interveniſſe ſufficit, ut contractum ſemel vinculum maneat, quamdiu non ſolvitur divortio & diſſenſu, qui tamen diſſenſus non ſequitur re ipſa ex eo, quod alter conjux ab hoſtibus captus ſit, non inquam eo argumento, ſive exemplo moveor: quippe obſervandum in primis eſt, poſtliminii fictionis duas veluti partes & functiones eſſe, primam ſuſpenſivam, & ſecundæ præparatoriam, per quam captivi jura, quamvis vere abrupta & abſciſſa, tamen quamdiu apud hoſtes eſt, ſuſpenduntur & ſuſtinentur, ut reverſo reſtituantur. *l. penult. de ſuis & legitimis. l. illa inſtitutio* 32. *§.* 1. *de hered. inſtituend.* ſecundam & præcipuam poſtliminii vim receptitiam ſive reſtitutoriam, per quam ea ipſa jura vere amiſſa, quæ in ſuſpenſo interim fuerunt, captivus recipit, ſive ei reverſo reſtituuntur. *§. ſi ab hoſtibus inſtitut. quibus mod. jus patriæ poteſtat. ſolvitur. l. cum duæ* 14. *l. poſtliminium* 19. *de captivis. l. ſi mater* 11. *§. eamdem de except. rei judic.* Prima autem illa functio in eis dumtaxat operatur, ſive ea ſola tamquam non abrupta ſuſpendit, quæ ſecunda fictione & poſtliminii poteſtate reſtitui capto reverſo poſſunt, quia reſtitutio hæc eſt præcipuus veluti finis effectuſque poſtliminii, cui ſuſpenſio ut præparatoria præit & ſervit, ideoque in poſtliminii definitione exprimitur ſola hæc ejus vis recuperandi ſive recipiendi. *d. l. poſtliminium* 19. ibi: *jus amiſſæ rei recipiendæ ab extraneo, & in ſtatum priſtinum reſtituendæ*; ſive *redintegrandi*, & *retrotrahendi*, ut dicitur in *l. quamvis* 8. *de tutelæ & rat. diſtrahend. l. de hereditate* 19. *§. pater in fin. de caſtren. peculio. l. ab hoſtibus* 12. *l. ab hoſtibus* 18. *cum l. ſeq. C. de poſtliminio reverſ.* juncto *cap. prima actione* 19. *quæſtione* 3. *cap. redintegranda* 3. *quæſtione* 1. Gallo Ælio JCto apud Feſtum *de V. S in voce poſtliminium.* E contrario ſecunda functio reſtitutoria non operatur, niſi in his, quæ ſola juris poteſtate etiam ab alio invito recipi & reſtitui captivo poſſunt, ut ſignificant verba illa, *jus amiſſæ rei recipiendæ ab extraneo.* in *d. l. poſtliminium* 19. juncta *d. l. in bello* 12. *§. facti.* Deinde obſervandum eſt, matrimonium & cæteros contractus, quamvis in eo conveniant, quod a principio pendent perinde & pariter ex partium conſenſu, ſine quo & inter invitos non contrahuntur. *d. l. ſi patre* 22. *de ritu nupt. d. l.* 1. *§. conventionis verſ. adeo de pactis. l. nec emere* 16. *C. de jure deliber.* differre tamen in eo aperte, & inter ſe diſtare, quod conventiones aliæ ſemel inter volentes contractæ, ſuſtineri poſtea poſſunt ſola juris poteſtate, & ſuſtinentur etiam invito altero ex his, qui contraxerunt, quia juris illa vis & vinculum, quod *obligationem* dicimus. *princip. inſtit. de obligation.* debitorem, qui ſemel voluit, etiam invitum poſtea tenet. *l. debitor* 108. *de V. S.* facitque indiſſolubilem contractum, niſi utroque volente, & ut neceſſitatis ſit, quod a principio fuit voluntatis. *l. ſicut* 5. *C. de obligation. & action. l. non idcirco* 12. *in fin. C. de contrah. emptione.* matrimonium autem ex civilis Romani juris cenſura, quamvis erronea, & divinis eccleſiaſticiſque præceptis oppoſita, nunc tamen pro exponendo illo jure ſupponenda non ſolum a principio ex conſenſu pendet, & inter invitos non contrahitur, ſed etiam ex poſtfacto non ſuſtinetur aut permanet, invito altero ex contrahentibus, quia licuit eo jure ſemper tam marito quam uxori repudio vel divortio matrimonium diſſolvere, & ad aliud matrimonium tranſire valide ſemper, quamvis non ſemper impune, atque ita matrimonium eo jure nunquam fuit neceſſitatis, ſed tam a principio, quam ex poſtfacto voluntatis, nullumque ex eo etiam contractu juris vinculum naſcebatur, quod poſſet alterum ex contrahentibus invitum in matrimonio retinere. *l.* 2. *C. de inutilibus ſtipulation. l. neque ab initio* 14. *C. de nuptiis. l. conſenſu* 8. *§. hæc niſi vir C. de repudiis.*

§. XXV. Quibus ita obſervatis facile apparet, ideo alias conventiones præter matrimonium ſuſtineri & reſtitui poſtliminio, quia quamvis a principio ex conſenſu pendeant, eoque reſpectu, dum contrahuntur, facti ſint, ſemel tamen contractæ juris ſunt, naſciturque ex eis obligatio, quæ etiam invitos tenet, & in qua ut pote juris vinculo operari jus poſtliminii poteſt, & vinculum obligationis tanquam non abruptum captivitate ſuſtinere, & captivo reverſo contra alterum invitum reſtituere ſola juris poteſtate; e converſo autem matrimonium, & dum contrahitur, & jam contractum pendet ex conſenſu utriuſque conjugis jure Romano, ideoque & facti ſemper eſt, nullumque ex eo vinculum juris, ſive obligatio naſcitur, quod invitum alterum in matrimonio retineat, & conſequenter totum facti, nihilque juris eſt, in quo operari poſtliminium, & matrimonium tanquam non abſciſſum ſuſtinere, atque uxorem invitam in matrimonio retinere, & reſtituere capto reverſo poſſit: ut pote cum & ſi captus maritus non eſſet, non ſuſtineretur matrimonium invita uxore; neque contrarium eſt, quod ex captivitate mariti non neceſſario ſequitur diſſenſus uxoris, neque ideo ſtatim uxor invita dici poteſt. *d. l. in bello* 12. *§. ſed captivi* 4. *de captivis.* quia quamvis hoc verum ſit, tamen obſervaſſe oportebit, rationem diſſolvendi matrimonii eſſe proprie immediateque captivitatem conjugis. *l.* 1. *de divortiis. l. ſi quis ſic* 57. *ff. ſoluto matrimonio.* quia jus Romanum nuptias cum conjuge, qui ſervus eſt, non agnoſcit. *principio inſtit. de nuptiis. Novella* 22. *de nuptiis cap.* 7. ubi hæc ratio diſſolutionis matrimonii redditur, & in ea huic effectui applicanda, neque ultra ſentit recte Amaya *d. lib.* 2. *obſervat. cap.* 1. *num.* 14. *&* 19. Cæterum ratio, cur matrimonium, quamvis jure diſſolutum, poſtliminio non ſuſtineatur, ſicut alia jura, tametſi ſervitute

capti

capti perinde abrumpantur, ſuſtinentur poſtliminio, veluti jus dominii, poteſtatis, contractuum, & ſimilia. *d. l. illa inſtitutio* 32. §. 1. *de heredibus inſtit.* pendet ex eo, quod diximus, in his quæ non ex facto & conſenſu alterius, ſed ex jure pendent, adeſſe juris vinculum, quod tamquam non abruptum ſuſtineri & reſtitui contra invitum poſſit: in matrimonio autem nihil juris eſſe, in quo operetur poſtliminium: unde & quamvis mulier poſt captivitatem mariti invita non ſit, & quod magis eſt, etiamſi maxime velit in matrimonio mariti permanere, tamen in matrimonio non eſt. *d. l. in bello* 12. §. *ſed captivi* 4. nempe quia voluntas uxoris facere non poteſt, ut matrimonium ſervitute mariti capti jure diſſolutum non ſit. *princ. inſtit. de nuptiis.* Deinde neque ut ſuſtineatur poſtliminio matrimonium, quia conſenſus uxoris non juris ſed facti eſt, in quo operari poſtliminium non poteſt, neque debet juris poteſtas, & poſtliminii reſtitutio, & ſuſpenſio pendere ex voluntate uxoris, quæ quamvis hodie & toto tempore captivitatis in matrimonio permanere debet, ſi tamen poſtea nolit, non poteſt invita in matrimonio retineri.

§. XXVI. Favet autem propoſitis potius quam obſtat Ulpiani locus in *l. in eo* 45. §. *ult. de ritu nuptiarum.* ubi ſi patronus idemque libertæ ſuæ maritus ab hoſtibus captus ſit, ſcriptum ex Juliani ſententia eſt, durare ejus libertæ cum patrono matrimonium etiam in captivitate propter patroni reverentiam, unde & inferri poſſe videtur, rationem non ſuſtinendi poſtliminio extra eum caſum matrimonii non eſſe in eo, quod matrimonium facti ſit; ſi enim hæc ratio eſſet, militaret etiam in caſu *dictæ legis in eo* 45. §. *ult.* & ideo neque ibi matrimonium ſuſtineretur, ſed rationem, cur aliis caſibus non ſuſtineatur, eſſe inæqualitatem ſervitutis inductæ captivitate, quæ tamen inæqualitas non attenditur, ſive excluditur ob reverentiam a liberta patrono debitam, ut fere cenſet Amaya *ubi ſupra num.* 17. & 21. ſed ut dicere cœpimus, Ulpianus dextre expenſus & expoſitus ſtat potius pro ſententia noſtra, & contrariam infirmat, quod poſtremum apparet vel ex eo, quod in *fine d. l. in eo* §. *ult.* traditum eſt, nempe ſi in aliam ſervitutem quam captivitatem hoſtium deductus patronus ſit, veluti ſi ad pretium participandum ſe vendiderit, atque ita ſervus fiat, quo exemplo in explicando utitur contextus juris Baſilicôn *lib.* 28. *titulo* 2. in *d. l.* 45. §. *ult.* procul dubio diſſolutum eſſe matrimonium, & tamen ſi patroni reverentia inæqualitatem excluderet, etiam eo caſu durare matrimonium dici deberet: ergo ut Ulpianum explicemus, prænotandum eſt, Juliæ legis de maritandis ordinibus ſingulari inter alia capite cautum fuiſſe, ut libertæ, quæ patrono nupta eſt, faciendi divortii poteſtas ne eſſet, quamdiu patronus eam uxorem ſuam eſſe vellet, ut præter Suetonium in *Auguſto*, *cap.* 34. memorant noſtri Juriſprudentes in *l. in eo* 45. *de ritu nuptiarum. l. ult. de divortiis. l. ult.* §. 1. *unde vir & uxor.* junctis ad idem caput pertinentibus & inde explicandis *l. invitam* 28. *cum l. ſequenti. l. illud* 46. *l. filio* 48. *per totam. l. proxime* 50. *cum l. ſequenti de ritu nuptiarum. l. penult. de divortiis. l. & ideo* 62. §. 1. *de donationibus inter virum & uxorem. l.* 1. & 2. *de concubinis. l. liberta* 35. *ſoluto matrimonio. l. libertæ* 8. *C. de operis libertorum. l.* 1. *C. de inceſtis nuptiis.* illuſtrant Antonius Auguſtinus *de legibus cap. de lege Julia de maritandis ordinibus pag.* 75. Balduinus ad *leges de jure civili pag.* 80. & *ſeqq.* Briſſonius *de jure connubiorum pag.* 36. & *ſeqq.* Faber in *Juriſprud. Papin. titulo* 9. *principio* 5. *illatione* 22. & 26. *cum ſeqq.* Cujacius in *lege unica ff. unde vir & uxor.*

§. XXVII. Plane ex eo capite Juliæ legis juncta alia ejuſdem parte, qua cautum fuit, libertam quæ patrono nupta eſt, non poſſe invito eo alii nubere, ut ſcriptum eſt in *d. l. in eo* 45. *in principio.* non immerito dubitatur, an ſi liberta contra legis prohibitionem a patrono invito diverterit, & alii nupſerit, prius matrimonium jure permaneat, & divortium matrimoniumque poſterius irritum ſit, ut pote factum contra legem Juliam, ex regula *legis non dubium* 15. *C. de legibus.* in quo ut pugnantia alioquin Juris & rationum momenta exponantur ſimul & componantur, in *d. l. ult. de divortiis.* & in *d. l. unica* §. 1. *ff. unde vir & uxor* cum ſimilibus jam explicandis, diſtinguendum eſt jus a facto, & affirmandum in primis eſt, attenta facti & rei veritate, matrimonium divortio libertæ etiam invito patrono dirimi, neque dici poſſe, aut divortium infectum lege Julia fieri, quod re ipſa & facto interceſſit, aut matrimonium prius conſtare, ſeu conſiſtere, quod ſeparatum fuit: eaque ſententia & ratiocinatio eſt Ulpiani in *d. l. ult.* in eoque legis Juliæ prohibitio imperfecta fuit, ſeu minus perfecta, & ex numero earum, quas Ulpianus recenſet in *fragm. titulo* 1. §. 1. & 2. Macrobius *lib.* 2. *in ſomnium Scipionis cap.* 17. quales plerumque leges erant ante Theodoſii *Novellam* 4. *ne curialis prædium alterius conducat*, quæ extat in *d. l. non dubium* 5. *C. de legibus.* ejusque Ulpiani ſententiæ in *d. l. ult.* ratio ibidem fere inſinuata ea forſitan eſt, quia cum matrimonii ſeparatio, ſive divortium jure Romano ex voluntate uniuscujusque conjugis pendeat, eoque reſpectu ſit facti, non potuit Julia lex facti cauſſam, ſive divortium facto ipſo ſequutum infectum reddere, ex ratione *dictæ legis in bello* 12. §. *facti* 2. enimvero quoad jus jurisque effectus obſervandum eſt, matrimonium vel pro diremto vel pro adhuc conſtante, & divortium vel pro rato vel pro irrito haberi, quatenus utrumque jurisque effectus ſinguli, aut favorem patroni relicti, aut libertæ contra legem divertentis odium pœnamque continent, quia incivile iniquumque eſſet, matrimonium illud divortiumque patrono nocere, aut proficere libertæ, quæ in legem commiſit, ex ſententia *legis auxilium* 37. §. *ult.* in *fine ff. de minoribus. legis filio* 48. §. 1. *ff. de ritu nuptiarum.* unde quoad actionem rerum amotarum, quæ non niſi matrimonio ſoluto & divortio facto exerceri contra uxorem ſolet. *l. rerum* 25. *l.* 3. *l. ſed & ſi* 19. *ff. de actione rerum amotarum. l.* 1. & *l.* 2. *C. eodem titulo. l. in duobus* 28. §. *quæ jurabit ff. de jurejurando. l. neque ſcriptura* 6. *C. de compenſationibus.* & quoad accuſationem adulterii, ſimilesque actiones famoſas, quæ conſtante matrimonio in uxorem non competunt. *d. l.* 2. *C. rerum amotarum.* matrimonium pro ſoluto, & divortium libertæ pro rato habetur, ideoque exercentur hæ actiones a patrono in libertam, quæ invito eo divertit. *d. l. ult.* §. *ult. ff. de divortiis.* quia quoad juris effectus, in quibus ex diſſolutione matrimonii poſſet liberta damnum pœnamque pati, matrimonium in pœnam odiumque ejus habetur pro ſoluto, & divortium pro legitime facto. Unde & ſimiliter quoad bonorum poſſeſſionem, quæ ex Edicto Prætorio *unde vir & uxor*, ei ſoli mulieri competit, quæ mortis tempore uxor fuit, matrimonium divortio libertæ diremptum, ipſamque uxorem eſſe deſinere intelligimus: ideoque ea bonorum poſſeſſio libertæ denegatur, quia quoad eum juris effectum, qui ex duratione matrimonii in favorem libertæ naſci poſſet, & ne ipſa ex matrimonio, quod contra legem ſeparavit, commodum ſentiat, pro non uxore habetur, & matrimonium pro ſoluto, quamvis quoad alios juris effectus, de quibus poſtea matrimonium jure durare cenſeatur. *d. l. unic.* §. 1. *ff. unde vir & uxor.* denique eadem conſideratione, quia matrimonium libertæ divortio valido, quamvis non juſto diſſolutum lex Julia intellexit, ademit libertæ ſpeciali prohibitione jus legitimi connubii, & liciti concubinatus cum altero, ut Ulpianus conſiderat in *d. l. ult. verſic. merito de divortiis.* quæ tamen prohibitio, & ſpecialis ademptio neceſſaria non eſſet, niſi matrimonium divortio li-

bertæ diſſolutum agnoſceretur, quia regulari & recepto jure etiam ante legem Juliam improbata, prohibita, & punita fuit polygamia, ſive ſecundum connubium manente primo. *l. cum qui duas* 18. *C. ad l. Juliam de adulter. l.* 1. *l. quid erga* 13. *§. item ſi* 3. *ff. de his qui notantur infamia. l.* 2. *C. de inceſtis nuptiis.* & improbatus concubinatus in eo, qui uxorem, vel ea, quæ maritum habet, etiam ante Conſtantinum in *l.* 1. *C. de concubinis.* ut cenſuimus verius jam olim ex lege Numæ apud A. Gellium *lib.* 4. *noctium Atticarum cap.* 3. Feſtum in *verbo pellices.* juncta & hue referenda *lege Maſurius* 144. *de V. S. l. ex ea parte* 121. *§.* 1. *de V. O. d. l. ult. §. ult. in fine de divortiis. l. ult.* in *fine C. communia de manumiſſion.* Paulo *lib.* 2. *ſententiarum tit.* 20.

§. XXVIII. E contrario eademque in contrarium verſa ratione matrimonium pro adhuc conſtante & divortium pro irrito habetur, quoad eos juris effectus, in quibus ex matrimonii ſolutione & divortio rato emolumentum libertæ ſequi poſſet, quapropter quoad actionem de dote, quæ ſoluto matrimonio uxori competit, non autem conſtante, niſi in caſu *l. ſi conſtante* 24. *ſoluto matr. l. ubi* 29. *C. de jure dotium.* habetur matrimonium pro conſtante etiam poſt divortium libertæ invito patrono factum, & perinde acſi divortium factum non eſſet, denegatur libertæ actio de dote. *d. l. ult. in princ. verſ. denique de divortiis. l. liberta* 35. *ſol. matr.* eademque ratione & jure, quoad donationes inter conjuges, quæ divortio bona gratia facto confirmari ſolent, eodemque non jure ſive non bona gratia facto infirmantur *l. ſi non ſecundum* 35. *l. vitricus §.* 1. *de donat. inter vir. & ux.* cenſetur divortium libertæ ab invito patrono non jure ſive non bona gratia factum, & donationes a patrono in libertam collatæ non confirmantur, ſed infirmantur. *l. & ideo* 62. *§.* 1. *de donat. inter vir. & ux.* denique quoad ſecundi connubii cum alio jus, quod uxori jure divertenti liberum & impune eſt jure Romano. *l.* 2. *C. de inut. ſtipul. l. uſque ab initio* 14. *C. de nupt. l. conſenſu* 8. *C. de repudiis.* divortium libertæ invito patrono intelligitur non jure factum, & matrimonium jure durare, libertaque in eo retineri, ne poſſit alii juſte nubere, ſive ut, ſi nupſerit, quamvis re ipſa & facto nuptiæ ſint, quatenus ex conſenſu conſtant, tamen non ſint nuptiæ juſtæ aut legitimæ jure Romano. *l.* 1. *C. de inceſtis nupt. l. liberta* 8. *C. de oper. libert. d. l. ult. in princ. verſ. merito de divort. d. l. unica §.* 1. *unde vir & uxor.* & ſimiliter ne poſſit liberta a patrono invito divertens in concubinatu alterius eſſe. *d. l. ult. in fine princ.* juncta *l.* 1. *in princ.* & *l.* 2. *de concubinis.* cum tamen ſi divortium jure factum, & matrimonium pro ſoluto haberetur, libera licitaque eſſet libertæ datio in concubinatu. *l.* 3. *de concubinis. l. probrum* 41. *§.* 1. juncta *l. etiam* 56. *de ritu nupt.* in quibus ſingulis diſtinguendis captant potius quam capiunt juris rationem Balduinus, Briſſonius, Fab. Cujac. laudati ſupra *§.* 26. *in fine.*

§. XXIX. Jam itaque ex nuper præmiſſis explanandus facile eſt Ulpianus in *d. l. in eo* 45. *§. ult.* ubi quæſtionem non in eo proponit, an patroni captivitate matrimonium diſſolutum ſit, ita ut nec poſtliminio ſuſtineatur, de eo enim Ulpianus non dubitat, quin potius diſſolutum vere eſſe, nec ſuſtineri poſtliminio pro explorato ſupponit: ideoque eo ſuppoſito quærit, an perinde atque diſſoluto matrimonio divortio libertæ ſine voluntate patroni facto, non poſſit captivo patrono liberta connubium cum alio habere, inclinatque a principio in id, ut poſſit habere connubium, quemadmodum haberet, ſi patroni morte naturali diſſolutum eſſet matrimonium, ut ſic captivitatis mors civilis morti naturali non divortio æquiparetur, ut in *l. ſi quis ſic* 57. *ſolut. matr.* poſtea tamen omiſſa ea veluti dubitandi ratione, decidit potius, non poſſe libertam captivo patrono alii nubere, argumento deducto ex ſententia Juliani, qui putavit, matrimonium libertæ invito patrono divertentis, quamvis vere diſſolutum ſit, tamen durare intelligi non proprie & abſolute, ſed quoad juris effectus inhibitionis, actionis de dote, & connubii, ſive concubinatus cum alio, ut ex Juliano proponitur in *d. l. ult. verſ. denique, & verſ. Julianus de divort.* & quidem etiam in caſu captivitatis ex eodem Juliano in *l. uxores* 6. *de divortiis.* unde & Ulpianus infert, eos, qui Juliani ſententiam ſequuntur, dicturos eſſe non habituram libertam connubium captivo patrono, ut pote cum etiam in captivitate matrimonium quoad hunc juris effectum adimendi connubii cum alio libertæ durare intelligatur. *d. l. unica §.* 1. ibi, *retinet iſtam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere. d. l. uxores* 6. ibi, *poſſunt videri nuptarum locum retinere eo ſolo, quod alii temere nubere non poſſunt,* eamque Juliani ſententiam, quia poſtremam Ulpianus proponit, probare etiam magis videtur in *d. l. in eo* 45. *§. ult.* ratio autem deciſionis ideo ad patroni reverentiam refertur, quia cum captivitate matrimonium diſſolutum vere ſit, non autem divortio libertæ, quæ quamdiu matrimonium conſtitit non divertit, ideoque dici non poſſit, in pœnam odiumve libertæ connubium ei adimi, ut in *d. l. ult. verſ. merito.* ſola ratio ademptionis connubii eſt patroni reverentia, quæ facit, ut liberta, quæ ſemel patrono nupſit, nubere alii non poſſit ſine aſſenſu patroni. *d. l. ult. §. illud. & l. penult. de divort. d. l. in eo* 45. *princ.* qui tamen aſſenſus patroni non recte infertur ex captivitate. *d. l. in bello* 12. *§. ſed captivi* 4. quemadmodum neque ex eo, quod furioſus ſit vel ignorans. *d. l. in eo* 45. *§. deinde.* quia neque recte quoad hunc effectum comparatur captivitas morti patroni, quia captivitate jus patronatus quamvis vere abſciſſum ſuſtinetur tamen interim & reſtituitur poſtliminio. *l.* 4. *§. ſi deportatus in fine de bon. libert. l. ult. §. penult. de aſſig. libert. l.* 1. *§. ſi apud* 2. *de legit. tutoribus.* morte autem naturali patronus eſſe deſinit, qui moritur, ideoque legis Juliæ connubium libertæ adimentis auctoritas finitur, ut ſcriptum eſt in *d. l. ult. §. ait lex.* quemadmodum & morte civili, ſeu deducto patrono in aliam quam captivitatis ſervitutem, (de qua, ut a captivitate diſtinguat Ulpianus, ſtatim loquitur in *fine d. l. in eo §. ult*) extinguitur jus patronatus, & quidem ſine ſpe probabili reſtitutionis. *l. intercidit* 59. *in fine de condit. & demonſtr. l. ex factis* 17. *§. ex factis* 5. *ad S. C. Trebell. l. qui res* 98. *§. aream verſ. neque admiſſum, & verſ. diverſum de ſolution.* neque interim ſuſtinetur jus patronatus in eo, qui patronus fuit, & ſervus eſt, quamvis reſtituto eo reſtituatur. *l. ſive* 21. *de jure patron.* juncta *l. generaliter* 24. *§. ſi in metallum* 5. *de fideicomm. libertat.* aliaque omnino ratio eſt in ſpecie *d. l. ſi quis ſic* 56. *ſolut. matrim.* ubi captivitas morti potius quam divortio æquiparatur, quoad repetitionem dotis, quia non niſi poſt mortem naturalem captivæ dos repetitur. *l. ſi ab hoſtibus* 10. *ſolut. matrim. l. ſi quidem* 5. *C. eodem tit.*

§. XXX. Sed objicitur jam nunc & obnititur acriter his, quæ cum Juliano in *d. l. in eo* 45. *§. ult.* tradidimus; Julianus ipſe in *d. l. uxores* 6. *de divortiis.* ubi non de liberta ſola, ſed generaliter de uxoribus captivorum ſcribit, retineri eas in nuptiis, quatenus alii nubere non poſſunt, quamdiu certum eſt, vivere apud hoſtes maritum, vel ſi incertum ſit, non niſi poſt quinquennium, & ſi interim nupſerint, ſubjiciuntur pœnis injuſti divortii, ut & confirmatur in *l. non ut a patre* 8. *de capt.* ergo nec neceſſaria rectave fuit ratio reverentiæ patroni ad ſuſtinendum matrimonium libertæ, quoad effectum adimendi cum alio connubii, in *d. l. in eo* 45. *§. ult.* & indiſtincte generaliterque idem obtinet in quacunque uxore contra regulam propoſitam ſupra §. 23. quibus difficultatibus omiſſa conjectura Cujacii, Goveani, Briſſonii,

Fa-

Fabri agnoſcentium (& quidem probabiliter ut ſtilus indicat, ſi ex fide bona neque ſuperſtitioſe cenſendum eſt) in *d. l. uxores* 6. & in *d. l. non ut a patre* 8. interpolationem Triboniani reſpicientis ad Juſtiniani *Novellam* 22. *de nupt. cap.* 7. quibus tamen, quatenus licet, ſatisfacit noſter Amaya *d. lib.* 2. *obſer. cap.* 1. *num.* 28. reſpondendum eſt, quoad primam difficultatem, ideo in *d. l. in eo* 45. §. *ult.* rationem deciſionis deduci ex reverentia patroni, quoniam ibi non quamdiu certum eſt patronum vivere, neque in caſu incertitudinis intra quinquennium, ut in *d. l. uxores* 6. ſed ſine diſtinctione certitudinis, & limitatione temporis etiam ultra quinquennium, quamdiu patronus vivit, adimitur libertæ connubium: id autem non niſi ob reverentiam patroni fit; quoad ſecundam autem difficultatem in promptu ſolutio eſt, quia quamvis captivitate diſſolutum ſit matrimonium, neque id ut pote facti ſuſtineatur poſtliminio, neque divortium & ſecundum matrimonium impediri poſſit, quominus valeat, tamen quoad juris effectum pœnaſque connubii cum altero, potuit recte id captivitatis miſeratione & favore puniri pœnis injuſti divortii, perinde ac ſi juris cenſura quoad eum effectum adhuc in matrimonio captivi retineretur uxor, & ſine juſta cauſa diverteret. *d. l. uxores* 6. *d. l. non ut a patre* 8. *in fine.* ubi verba illa, *quod ſi voluerit*, rejecta emendatione Balduini ad *leges de jure civili pag.* 80. Fabri in *Juriſpr. Papin. tit.* 11. *princ.* 8. *illation.* 8. affirmantium, legendum eſſe *quod ſi noluerit*, ſic explicanda ſunt, relatione facta ad præcedentia, ac ſi ſcriptum eſſet, quod ſi voluerit, ſcilicet alii nubere, & eum effectu volens alii nupſerit ſine cauſa probabili, quemadmodum in *l. ult. de diviſ. rer.* verba *tranſcendere voluerit*, accipienda perinde ſunt, ac ſi ſcriptum eſſet, *volens tranſcenderit*, ut explicat poſt alios Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 1. *lit. Z.*

§. XXXI. Illud tandem attentis eccleſiaſticis legibus, quibus in hac re, quæ ad matrimonii ſacramentum & animæ ſalutem pertinet, ſtandum potius eſt quam civilibus. *cap. ult. de ſecund. nupt. cap. Euphemium* 7. ubi Gratianus in §. *hinc colligitur* a. *quæſt.* 3. obſervandum eſt, hodie matrimonium captivitate non diſſolvi, tum quia jus Pontificium aliter quam civile Romanum nuptias ſerviles, ſive inter liberos & ſervos non improbat, ſed agnoſcit pro ratis validiſque. *cap.* 1. & *toto tit. de conjug. ſerv.* tum etiam, quia quos ſemel Deus matrimonii ſacramento conjunxit, humani juris vis aut ratio ſeparare non poteſt, ut in ſpecie noſtra conſiderat Leo Primus in *cap. cum per bellicam* 34. *quæſt.* 1. & generaliter Trid. concil. *ſeſſ.* 24. *de ſacramento matrimonii cap. unico in princ.* atque ita ex matrimonio ſemel contracto juris & ſacramenti vinculum indiſſolubile, ſive obligatio naſcitur, qua, qui ſemel conſenſerant, retinentur poſtea etiam inviti & adſtringuntur matrimonio; ut exponunt poſt alios Sanchez *de matrim. lib.* 2. *diſp.* 13. noſter Baſilius Legionenſis *eodem tract. lib.* 1. *cap.* 12. & 13. unde ſicut diverſa in hac re juris divini & eccleſiaſtici cenſura eſt ab erronea exiſtimatione civilis Juriſprudentiæ Romanæ, quæ matrimonium ſemper habuit pro diſſolubili ex voluntate uniuſcujuſque conjugis, nullumque in matrimonio agnovit juris vinculum, quod poſtliminio ſuſtineri & reſtitui poſſet, ut docuimus ſupra §. 24. & 25. & ita diverſa deciſio eſt, quoad poſtliminium in matrimonio jure eccleſiaſtico, quo attento quamvis uſus & cohabitatio conjugum, quatenus facti eſt, captivitate ſeparetur, tamen matrimonii vinculum, quod juris eſt & indiſſolubile, ſuſtinetur & conſervatur etiam in captivitate, ideoque & poſtliminio redintegratur ac reſtituitur. *d. cap. cum per bellicam cum ſeq.* 34. *quæſt.* 1. quibus tamen non viſis aut omiſſis, non ita in re explicanda ex diſciplina utriuſque juris philoſophantur Petrus Barb. in *rubr. parte* 2. *num.* 71. Sanchez *de matrim. lib.* 2. *diſp.* 46. & *lib.* 7. *diſp.* 75. *num.* 4. idcircoque non intra quinquennium dumtaxat, ſed in perpetuum quamdiu certo nuntio non conſtat, maritum mortuum fuiſſe, prohibetur uxor alii nubere. *cap. in præſentia* 19. *de ſponſal. cap.* 2. *de ſecund. nupt.* de quibus multa ad praxim noviores congeſti ab Aug. Barb. in *collect. utriuſque textus.*

§. XXXII. Progredimur a rebus facti, in quibus poſtliminii fictionem ut pote juris non operari aſſeruimus & docuimus huc uſque §. 10. & *ſeqq.* ad eas res, quæ proprie juris ſunt & cenſentur, in quibus contraria ſuperiori aſſertio firmanda eſt, & nempe ea quæ juris ſunt, quamvis captivitate vere & proprie adſtringantur, intercidantque in captivo, quia ille ut pote ſervus incapax ſit eorum, quæ juris ſunt. *l. nullo* 7. *de lege Cornel. de falſis. l. quod attinet* 32. *de reg. jur.* tamen fictione & jure poſtliminii propter ſpem reverſionis captivi, tamquam non abrupta ſuſtineri, ſive in ſuſpenſo retineri, & reverſo reſtitui. *l. illa inſtitutio* 32. §. 1. *de hered. inſtit. l. cum heredes* 23. §. 1. *de acq. poſſ. l. in bello* 12. §. *cætera* 6. *de captiv. l. ab hoſtibus* 18. *cum l. ſeq. C. de poſtlim. revers.* §. *ſi ab hoſtibus inſt. quibus mod. jus patr. pot.* unde & in primis ſuſtinetur conſervaturque tamquam non factum irritum, & ut captivo reverſo valeat jure poſtliminii teſtamentum, quod ante captivitatem condiderat. §. *ult. inſt. quibus non eſt permiſſ. l. ſi quis filios* 6. §. *irritum de injuſt. rupt.* juncto §. *quatenus* 12. *ejusdem l.* niſi teſtamentum in captivitate fiat. *l. ejus* 8. *qui teſtamenta fac. poſſ. l. facere* 10. *de teſtamento mil.* non autem ſi in hoſtico, id eſt, in Romani imperii limitibus, & in hoſtili ſeu barbarico ſolo ab eis, qui ibi contra hoſtes militant. *l. ult. de teſtamento milit. l. unica de bonorum poſſ. ex teſtamento milit.* eademque juris ratio & diſtinctio in codicillis eſt, eo excepto, quod codicilli facti in captivitate, ſi ante captivitatem teſtamento confirmati fuerint, quamvis ſtricto & ſubtili jure non valeant. *l. quædam* 7. *de jure codicill.* tamen humanitatis ratione ſuſtinentur poſtliminii jure, & captivo reverſo confirmantur eo colore, quaſi ex tempore confirmationis & ante captivitatem cœpiſſent. *d. l. in bello* 12. §. *codicilli* 4. *de capt.* Secundo & ſuſtinetur reſtituiturque poſtliminio jus tutelarum. *l. quamvis* 8. *de tutela & rationibus diſtrahend. l.* 4. §. *ſi tutor rem pup. ſalv. fore.* quamvis mero jure finiatur tutela, ſive tutor ſive pupillus ab hoſtibus captus ſit. *l. ſi adrogati* 14. §. *aliis cum l. ſeq. de tutel. l.* 1. §. *ſi apud* 2. *l.* 3. §. *ſed ſi aliquis* 5. *de legit. tutor. l. ſi quis tutor* 60. *de ritu nupt. l. ſi pupillus* 7. §. *ult. de tutelæ & rationibus diſtrahen.* §. *ab hoſtibus* 2. *inſt. de Atiliano tut.* Tertio jus patronatus juraque ei adjacentia, ſive patronus ſive libertus ab hoſtibus capiatur. *d. l. in eo* 45. §. *ult. de rit. nupt. l.* 4. §. *ſi deportatus in fin. de bonis libert. l.* 1. §. *is quoque* 2. *l. ult.* §. *penult. de aſſignan. libert. d. l.* 1. §. *ſi apud* 2. *d. l.* 3. §. *ſed ſi aliquis* 5. *de legit. tut.* Quarto jus adeundæ hereditatis. *l. ſi heres* 7. *fam. erciſc. l.* 3. *de condict. indeb.* & petendæ bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas, contra tabulas, & ab inteſtato. *l. qui ex liberis* 11. §. 1. *de bon. poſſeſſ. ſecundum tab. l.* 1. §. *ſed & ſi* 3. *de bon. poſſeſſ. contra tab. l.* 1. §. *qui ab hoſtibus* 17. *de collat. bon. l.* 1. §. *ſi poſtliminio* 8. *de conjungen. cum emancip. l.* 1. §. *ult. unde cognati. l.* 1. §. *ſi filius* 4. *l.* 2. *in principio de ſuis & legit. l.* 2. §. *ſi vero* 7. *ad S. C. Tertyll.* Quinto jus legitimarum actionum, petitionumque civilium prætoriarumve. *l. ob id* 43. *ad l. Aquil. l. atquin natura* 19. §. *ult. cum l. ſeq.* juncta *l. ſucceſſori* 12. *de negot. geſt. d. l.* 3. *de condict. indeb.* & quidem etiam earum actionum, quæ domino vel in dominum competunt propter ſervum, qui ab hoſtibus captus eſt. *l. ſi mater* 11. §. *eandem* 4. *de except. rei judic. l.* 2. §. 1. *quando de pecul. actio annal. eſt. l. qui res* 98. §. *aream verſ. diverſum de ſolution. l. ſi cum quis* 41. §. *ult. de furtis. l. ſi ſervus* 16. §. *ult. de interrog. in jure facien. l. rem* 21. §. *ult. commodati.* itemque obligationum. *l. hactenus* 11. *de conſtituta*

pecunia. libeŕationum. *l. ſpecies* 11. *§. ult. de acceptilationibus.*

§. XXXIII. Sexto denique ſuſtinetur ſive ſuſpenditur tamquam non abruptum, & reſtituitur poſtliminio, ſive pater ſive filius ab hoſtibus captus ſit & redierit, jus patriæ poteſtatis in liberos. *§. ſi ab hoſtibus* 5. *inſt. quibus mod. jus patr. pot. l. penult. de ſuis & legit. l. non ut a patre* 8. *l. in bello* 12. *§.* 1. *l. cum duæ* 14. *in principio, & §.* 1. *cum l. ſeq. l. bona* 22. *§. quod ſi filius cum l. ſeq. de captivis.* junctis inde explicandis *l.* 1. *§.* 1. *de S. C. Macedon. l.* 1. *§. ſi pater* 12. *cum §. domini* 7. *de S. C. Syllaniano. l. impuberem* 22. *§.* 1. *de l. Cornel. de falſis.* & connexum poteſtati patriæ in liberis jus ſui heredis. *d. l. in bello* 12. *§. medio* 3. *l. ſi patre* 15. *de captivis. l. ſi quis filio §. ſed ſi pater* 1. *cum §§. ſeqq. de injuſto rupto. l. apud* 8. *C. de ſuis & legit.* & jus conſanguinitatis, ſive legitimæ agnationis inter fratres. *l.* 2. *de ſuis & legit. l. penult. §.* 1. *& l. ult. unde legit.* idcircoque jus filii ſive ſui heredis & conſanguinitatis inter fratres, quamvis revera abruptum ſit captivitate. *l. lege Cornelia* 12. *in fin. qui teſtamenta fac. poſſ. l. penult. de liber. & poſth. l.* 1. *§. penult. in fin. de ſuis & legit.* tamen pendere interim dicitur propter ſpem poſtliminii. *d. l. in bello* 12. *§.* 1. *l. bona* 22. *§. quod ſi filius de capt. l.* 2. *§. ſi quis deceſſerit unde legit. l. ſi quis poſthumos* 9. *§. ſi filium verſ. diverſum de liber. & poſth.* quam exponit recte noſter Valent. *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 1. *ad tit. ff. de liber. & poſth. cap.* 4. *num.* 13. quamvis aliter Amaya *lib.* 2. *obſervat. cap.* 1. *num.* 16. unde & exheredato filio, qui apud hoſtes erat, & poſtea reverſo exheredatio antea facta nocet, quoad contra tabulas bonorum poſſeſſionem. *l. non putabit* 8. *§. poſtliminio de bonorum poſſeſſ. contra tab.* & e contrario non exheredato ſed præterito eadem bonorum poſſeſſio competit. *l.* 1. *§. ſed etſi* 3. *de bonorum poſſeſſ. contra tab. l.* 1. *§. qui ab hoſtibus* 17. *de collatione bonorum. l.* 1. *§. ſi poſtliminio* 8. *de conjungen. cum emancip.* & præteritus, quamvis interim & veritate attenta recte præteritus dici poſſit. *l. Gallus* 29. *§. in omnibus* 10. *l. penult. de liber. & poſth.* tamen reverſus poſtliminii jure teſtamentum patris injuſtum facit. *d. l. ſi quis filio* 6. *§. ſed ſi pater* 1. *in fin. de injuſto rupto.* non autem ſi inſtitutus ſit vel exheredatus. *l. ſi pater* 9. *cum l. ſequenti de injuſto rupto.* & interim ſive quamdiu filius aut conſanguineus apud hoſtes eſt, obſtat filius nepotibus, & conſanguineus cæteris gradu ſequentibus, ne in ejus locum ſuccedant. *l.* 1. *§. ſi filius* 4. *cum §§. ſeqq. l.* 2. *de ſuis & legit. l.* 2. *§. ſi vero* 7. *l. ult. §. ult. ad S. C. Tertyllianum. l. penult. unde legit.* juncta *l.* 4. *§. ſi deportatus in fin. de bon. libert.* cum tamen ſi filius apud hoſtes moriatur, quoniam eo tempore, quo captus fuit, præmortuus fingitur, ſuccedant in ſui heredis locum & jus nepotes, & ſuccedendo, ſi præteriti ſint, rumpant teſtamentum. *d. l. ſi quis filio* 6. *§. ſed ſi pater* 1. *cum ſeq. & §. quocunque* 4. *d. l. ſi quis poſthumos* 9. *§. ſi filium verſ. diverſum. l. Gallus* 29. *§. quid ſi qui filium* 6. *usque ad §. in omnibus* 10. *& §. videndum* 14. *de liber. & poſth. l.* 1. *§. ſi filius* 8. *de ventre in poſſeſſ. mitten. l. ſi filiusfamilias* 39. *de teſtamento milit.* Denique & ſimiliter filius ex uxore prægnante relicta in civitate natus, quamdiu pater apud hoſtes vivit, ſi poſtea pater apud hoſtes decedat, teſtamentum, in quo præteritus fuit, infirmat, ita ut vel nullum faciat, tamquam filius vivo adhuc vere patre natus, & in ejus poteſtate per ſuſpenſi juris conſtitutionem exiſtens. *l. bona* 22. *§. ult. de capt.* vel rumpat tamquam poſthumus, ut pote natus eo tempore, quo jam captus pater, & conſequenter præmortuus erat, attenta fictione legis Corneliæ. *l. qui uxorem* 15. *de injuſto rupto.* de qua noſter Valent. *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 8. & de ſimilibus nuper laudatis multa Faber in *Juriſpr. Papin. titulo* 11. *principio* 7. *illatione* 1. *&* 7. *&* 11. *cum ſeqq. & principio* 9. *illatione* 4.

§. XXXIV. Septimo ſuſtinetur recipiturque poſtliminio jus dominii in ſervos, aliaſque res, quæ ante captivitatem fuerunt ejus, qui poſtea captus eſt. *l. poſtliminium* 19. *de captivis. l. poſtliminii* 5. *§.* 1. *l. in bello* 12. *§.* 1. *in fin. & §. cætera* 6. *eodem tit. l. ab hoſtibus* 18. *cum l. ſeq. C. de poſtlim. rever. l. ult. C. quibus ex cauſſis major. l. cum heredes* 23. *§.* 1. *de acquir. poſſeſſ. cap. prima actione* 16. *quæſtione* 3. Quapropter in pendenti interim eſt, & captivus reverſus recipit jure poſtliminii tamquam ſibi jure dominii in ſervo, aut poteſtatis in filio acquiſitum, quicquid captivi ſervo aut filiofamilias interim delatum, ſtipulatione, acceptilatione, legato, traditione, aliave ex cauſſa ſimili. *d. l. in bello* 12. *§.* 1. *l. bona* 22. *§.* 1. *& §. quæ peculiari de capt. l. penult. de ſuis & legit. l. proponebatur* 9. *in fin. l. de hereditate* 19. *§. pater verſ. ſed in ſuperiore de caſtr. pecul. l.* 4. *de diver. & tempor. præſcript. l. ſi ſervus* 25. *de ſtipulat. ſerv. l. ſpecies* 11. *§. ult. de acceptilation. l. filius* 11. *l. interdum* 73. *§.* 1. *de V. O.* vel uſucapione ex peculiari cauſſa. *d. l. in bello* 12. *§. facti verſ. vel ſi qua. l. penult. de captivis. l. juſto* 44. *§. ult. de uſucapion. l. ait Prætor* 23. *§. hi plane ex quibus cauſſis majores.* junctis traditis ſupra *§.* 19. *& ſeqq.* non autem hereditate, quippe ſi captivi filius, vel ſervus interim inſtituti heredes ab alio ſint, hæc hereditas captivo reverſo non tamquam retro acquiſita reſtituitur, ſed nunc reverſi juſſu, & aditione filii vel ſervi acquirenda eſt, neque interim adiri ab eis, ut patri vel domino acquirerent, potuit ut pote ſine juſſu, & ne invitum hereditati obligarent. *d. l. in bello* 12. *§.* 1. *l. illa inſtitutio* 23. *§.* 1. *in fin. de hered. inſtit.* Fab. *d. principio* 7. *illat.* 9. quamvis ut ſibi filius acquirat in caſum, quo pater apud hoſtes moriatur, adire interim filium poſſe, probabile apud me ſit ex ſententia *l. ſed etſi* 34. juncta *l. qui in aliena* 6. *§. ſi is qui* 4. *de acquir. hered. l.* 2. *§. ſi quis deceſſerit unde legit.* eſt autem in propoſito diverſa hereditatis ratio, & nuptiarum filiifamilias, quæ quamvis ſine conſenſu patris, in cujus poteſtate eſt, non ſint juſtæ, ſive quoad civiles effectus legitimæ nuptiæ jure Romano. *principio inſt. de nuptiis. l. nuptiæ* 18. *de ritu nupt.* Gratianus in *cap. ult.* 28. *quæſtione* 2. poſſunt tamen a captivi filio interim contrahi ex ratione & regula juris illa, quia non ut in hereditate patris juſſus & conſenſus poſitivus, ut ſic dicam, exigitur in nuptiis, ſed ne pater diſſentiat: non poteſt autem captivus diſſentire, ſive non ita ut ejus diſſenſus ut pote ſervi ratio jure habeatur. *d. l. in bello* 12. *§. medio* 3. juncta *l. in ſponſalibus* 7. *§.* 1. *de ſponſalibus. l.* 5. *C. de nuptiis. princ. inſt. verſ. unde eodem tit.* & in nepotem ex eo filii matrimonio ſuſceptum recipit avus reverſus jus poteſtatis, eique quodammodo invito agnaſcitur ſuus heres ex ratione *d. §. medio in fin. l. ſi quis prægnante* 23. *de capt.* quamvis ex conſtitutionibus Principum, quas in hac parte, ut & in aliis ſæpe a juris regulis & ratione diſtinguimus, inductum ſit, ne captivi filiis liceat nuptias contrahere ante triennium elapſum captivitatis patris, niſi eam uxorem ducant, cujus nuptiis certum ſit patrem fuiſſe conſenſurum. *l. ſi nepos* 9. *§. ult. cum l.* 10. *&* 11. *de ritu nupt.* junctis & juxta eas accipiendis *l. profectitia* 5. *§. ſed etſi proponas* 4. *de jure dotium. l. quoties* 8. *de pactis dotalibus.* quæ ſic forſitan probabiliter componendæ exponendæque, tametſi neque improbabiliter Triboniani emblema in *d. l. ſi nepos* 9. *§. ult. cum l.* 10. *&* 11. agnoſcant Cujac. *lib.* 35. *Pauli ad Edict.* in *l.* 2. *de ritu nupt.* & *lib.* 62. *Dig. Juliani* in *d. l.* 11. Fab. in *Juriſpr. Papin. titulo* 9. *principio* 4. *illat.* 5. Plane quod ad quæſita interim attinet, ſi pater, dominusve apud hoſtes moriatur, diſtinguuntur filius & ſervus, quippe filius tamquam ſui juris factus patris captivitate, cujus ex die patrem mortuum lex Cornelia fingit, ſibi etiam interim acquiſiiſſe intelligitur; ſervus autem captivi domini heredi ſive hereditati,

quam

quam eadem Cornelia lex inducit. *l. 1. d. l. in bello 12. §. 1. l. bona 22. §. 1. cum 2. §§. ſeqq. de capt. l. proponebatur 9. in fin. de caſtr. pecul. d. l. penult. de ſuis & legit. d. l. illa inſtitutio 23. §. 1. in fin. l. juſto 44. §. ult. de uſucapion. l. ſervus 18. §. ſervus capto de ſtipul. ſervorum.* Valentia *lib. 1. illuſtr. tractatu 3. cap. 7. num. 12.*

§. XXXV. Octavo, & vere forſitan, quamvis præter vulgarem ſenſum & mentem, quoad omnia captivi perſonam attinentia in civitate & geſta contingentiave ante captivitatem, vel ea durante conſervantur tamquam non abrupta, & reſtituuntur poſtliminio jura etiam ſtatus & perſonæ captivi propria, & quodammodo perſonalia, perinde ac ſi ille non hoſtium ſervus, ſed in civitate ſemper fuiſſet; eaque aſſertio apud nos, quamvis reſiſtantur negentque Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. titulo 3. illat. 2. principio 1. & titulo 11. principio 7. per totum.* Hillig. ad Donell. *lib. 2. cap. 26. lit. B.* Valent. *d. lib. 1. tractatu 3. cap. 7. num. 11.* contendentes, ſtatum perſonæ captivi, juraque ſtatus propria, veluti libertatem, civitatem, & familiæ non ſuſtineri ſive ſuſpendi poſtliminio, quin potius ſicut vere interim ſervus hoſtium eſt, ita & pro ſervo jure haberi & ſupponi, tamen ea, ut propoſuimus, aſſertio certa rectaque eſt, & probatur, quia niſi in captivo, etiam dum vere ſervus eſt, ſtatus libertatis civitatiſque & ſimilia perſonæ jura ſuſtineri per poſtliminii ſuſpenſionem fingerentur, neque ſuſtineri in eo poſſent, niſi violata ipſius juris ratione, quæ in ſervo ejuſmodi jura non agnoſcit, jura liberi hominis ſimulque civis propria, qualia ſunt teſtamenti. *l. 1. ad legem Falc.* tutelæ. *§. 1. inſt. de tutel.* & *§. ſed & capitis inſt. quibus mod. tutel. fin.* hereditatis adeundæ. *l. 1. §. filium 8. de bon. poſſ. contra tab.* patronatus. *l. 4. §. ſi deportatus de bon. libert.* obligationum, actionumque civilium. *l. 2. §. deinde ex his legibus de orig. juris.* poteſtatis patriæ, & ſuitatis, conſanguinitatiſque. *§. jus autem 2. inſtit. de patria poteſt. l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium in principio de liber. & poſth. l. penult. & ult. unde legit.* Denique dominii ſaltim quiritarii & civilis. *l. unica C. de nudo jure quiritium toll.* quæ tamen jura ſingula poſtliminio ſuſtineri & ſuſpendi oſtendimus *§. 32. & ſeqq.* Deinde quia & acquiſitiones medii temporis, quo captivus apud hoſtes eſt, & quarum ſervus interim niſi ex perſona domini capax non eſt, quia juris civilis ſunt, veluti legata. Ulp. *titulo 19. §. legatum.* inſtitutiones. *l. 1. C. de hered. inſt.* ſtipulationes. *l. ſed etſi 20. de fidejuſſor. l. quoties 14. §. ult. de novation.* uſucapiones etiam ex peculiari cauſſa. *l. Labeo 8. §. 1. de uſucapion.* non poſſent per ſervum in civitate manentem ad captivum pertinere, neque interim ſuſtineri & ſuſpendi; niſi & interim pro ſuſpenſa non pro abſciſſa haberetur perſonæ captivi capacitas, quam ab illo ſervus mutuatur, quæ tamen jura acquiſitionum interim ſuſtineri docuimus §. 34. Rurſus, quia & captivi ipſius inſtitutio, legatumve ei relictum, & aſſignatio ejus tamquam liberti, & ſimilia quamdiu apud hoſtes eſt, niſi interim liber civis capaxque jurium civilium cenſeretur, pro non ſcriptis eſſent. *l. 3. l. 4. §. 1. de his quæ pro non ſcript. habentur.* & tamen ſuſtinetur inſtitutio. *l. illa 32. §. 1. de hered. inſt. l. ſi quis filio 6. §. ſed ſi pater 1. in fin. l. ſed nec filius 10. de injuſto rupto. l. qui ex liberis 11. §. 1. de bonorum poſſ. ſecundum tab.* legatum. *l. ſi ſervo 101. §. 1. de leg. 1. l. 1. §. ſed etſi 4. ad l. Falcid. l. impuberem 22. §. 1. ad l. Cornel. de falſ.* aſſignatio tamquam liberti. *l. 1. §. his quoque 2. de aſſig. libert.* uſus procuratoris jam olim ex lege Hoſtilia in actione furti. *princ. inſt. verſ. præterea de his per quos ag. poſſumus.* quod ut ſingulare neque alibi legendum notat Cujac. *lib. 11. obſerv. cap. 38.* poſtremo quia & ipſa jura civitatis in perſonam captivi, quæ nihil aliud ſunt, niſi ſtatus civitatis, libertatis, familiæ, & civilis capacitas eis juribus annexa, retinentur in ſuſpenſo, neque abrumpuntur poſtliminio, ut aperte, niſi cavillemur, eſt ſcriptum in *d. l. illa inſtitutio 32. §. 1.* nec ad rem pertinet unicum argumentum, quo moventur Fab. Hilliger. & Valent. ut affirment, ideo fictione poſtliminii non ſuſpendi capti ſtatum, quia hic cohæret perſonæ illius, qui vere hoſtium ſervus tunc eſt, nec contra facti veritatem & certitudinem haberi ſtatus ejus pro incerto aut fingi liber interim poteſt; quippe reſpondendum, poſtliminii fictionem quamvis nec facti veritatem infectam reddere, nec in rebus facti operari poſſit. *d. l. in bello 12. §. facti.* tamen verum pro falſo, & fictum pro vero aſſumere, & ſupponere quoad juris effectus, etiam in his quæ facti ſunt & perſonæ cohærent, qualis eſt exiſtentia captivi in civitate, quam poſtliminium ſupponit & fingit contra veritatem facti & exiſtentiæ apud hoſtes. *l. retro 16. de capt.* junctis traditis ſupra §. 11. & in juribus ſtatus veluti filii, cujus pater apud hoſtes eſt, quo caſu quamvis filius vere paterfamilias & pater non paterfamilias fiat, diſſoluta poteſtate per captivitatem. *§. ſi ab hoſtibus 5. inſt. quibus mod. jus patr. pot.* tamen utriuſque ſtatum in pendenti & pro incerto poſtliminium ſuſtinet, & in caſum reverſionis filium ſemper filiumfamilias & captivum ſemper patremfamilias fingit. *l. penult. de ſuis & leg. l. 2. §. ſi quis deceſſerit unde legit. d. l. in bello 12. §. 1. l. bona 22. §. quod ſi filius 2. de captivis.* & ſimiliter ingenuum captum ſemper ingenuum. *l. ſi libertina 9. C. de ingen. manumiſſ. l. 1. C. de colluſione detegenda.*

§. XXXVI. Nono denique ex ſupra tradita ſuſpenſione jurium captivi, & ſpe reſtitutionis fit, ut quamdiu ille apud hoſtes eſt, curator ejus bonis tamquam liberi hominis abſentis detur. *l. in poſſeſſionem 6. §. ult. quibus ex cauſſ. in poſſeſſ. eatur. l. idem 22. §. 1. de rebus auct. jud. poſſiden. l. ab hoſtibus 15. ex quibus cauſſ. majores. l. 3. C. de poſtliminio rever.* neque interim bona vendantur a creditoribus, quamvis in ea mitti cuſtodiæ cauſſa poſſint. *d. l. in poſſeſſionem 6. §. ult. l. ult. §. ult. de rebus auct. jud. poſſid. l. 4. titulo 29. Partita 2. l. 12. titulo 2. Partita 3.* & ut captivo neque mora imputari, neque nocere cum effectu poſſit. *l. ſed etſi 24. de uſuris. l. neque infantes 36. de fideicomm. libertat. l. qui ex liberis 11. §. 1. de bon. poſſ. ſecundum tab. l. ſi ſervus 25. de ſtipulat. ſervor.* quapropter captivis reverſis, & ne interim eis captivitas nocuiſſe intelligatur, ſicut & quoad res captivitate amiſſas, nec tamen aliis interim acquiſitas, ſed in eadem juris cauſſa manentes, civili poſtliminii jure reſtituuntur veteres directæ actiones. *l. ab hoſtibus 18. C. de poſtlim. rever.* ita & pro recuperandis rebus interim mero jure in alios tranſlatis, veluti per uſucapionem, aut debitoris liberationem tempore contingentem, actio reſciſſoria, uſucapionis, liberationiſque, ſimulque in integrum reſtitutio intra annum reverſionis indulgetur prætorio jure. *d. l. ab hoſtibus 18. l. 1. §. 1. l. item 14. cum l. ſeq. l. ait Prætor 23. §. item ei 2. ex quibus cauſſ. maj. l. ult. C. eodem tit.* quemadmodum & eadem ex cauſſa æqualitatis ſive æquitatis, & ne cum alterius damno captivitas captivo proſit, indulgetur ei, qui in civitate manſit, eadem & intra eumdem annum reverſionis reſciſſoria & reſtitutoria actio contra uſucapionem captivi interim ex peculiari cauſſa per ſervum completam, vel liberationem tempore conſequutam. *§. rurſus ex diverſo 5. inſt. de action. d. l. 1. §. 1. verſ. item ſi quis. d. l. ait Prætor 23. §. hi plane ex quibus cauſſ. maj.* Denique eodem jure epiſcopatui, ſive eccleſiæ cathedrali ab hoſtibus occupatæ, & poſtea recuperatæ reſtituuntur poſtliminio veteres Parochiæ ejuſdem eccleſiæ ab aliis interim epiſcopatibus occupatæ, ut in controverſia eccleſiæ Malacitanæ cum Egabrenſi & Aſthigitana, & Eliberitana ſingulariter cum alluſione ad legem, ut vocatur, Mundialem, quæ extat in *l. ult. C. de poſtlim. rever.* decretum eſt in concilio Hiſpalenſi 2. *can.* 1. relato in *cap. prima*

Digitized by Google

actione 16. *quæſtione* 3. juncto *cap. redintegranda* 3. *quæſtione* 1. *l. cum loca* 36. *de religioſis.* & civitati ab hoſtibus captæ, & receptæ reſtituuntur vetera jura, ut in quæſtione Thebanorum cum Theſſalis, quam vehementem aſperamque vocat Marcus Fabius *lib.* 5. *inſtitutionum oratoriarum cap.* 10. diſputat late, & decidit Hotmanus *illuſtr. quæſtione* 5.

§. XXXVII. Huc uſque ex §. 9. ad primam primariamque veluti notam & partem definitionis poſtliminii potiora ejuſdem jura & effectus retulimus & expoſuimus: ſequuntur in definitione verba illa, *amiſſæ rei recipiendæ & ab extraneo & in ſtatum priſtinum reſtituendæ. d. l. poſtliminium* 19. *de captivis.* quibus in verbis illud breviter adnotamus, poſtliminii ſcilicet duplicem cauſſam, ſive juris poteſtatem eſſe, primam circa perſonas ipſas captivorum, quibus reverſis omnia jura reſtituuntur, ut docuimus §. 32. *& ſeqq.* ſecundam circa res ipſas ab eo, qui in civitate manſit, amiſſas captivitate ipſarum rerum vel perſonæ, quæ ejus juri ſubjecta erat, quo caſu res ipſæ amiſſæ, ſi ab hoſtibus recuperatæ ſint, reſtituuntur in ſtatum priſtinum, eaſque ille, qui in civitate manſit, recipit jure poſtliminii. *d. l. poſtliminium* 19. §. *ult.* idque eſt quod dicitur, poſtliminii duas ſpecies eſſe, ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus. *l. cum duæ* 14. *de capt.* plane ex ſecunda hac vi poſtliminii, & ex perſona ejus, qui in civitate manſit, ut ita res ſuas captivitate amiſſas recipiat, datur poſtliminium rebus ipſis ab hoſtibus recuperatis, ideoque & agri ab hoſtibus capti, poſtea hoſtibus inde expulſis, redeunt poſtliminio ad priores dominos. *l. ſi captivus* 20. §. 1. *de capt. l. ſi ager* 26. *quibus mod. uſusfr. amitt.* & loca ſacra ad veterem religionem. *l. cum loca* 36. *de religioſis.* juncta *l. in tantum* 6. *de diviſ. rerum. l. ſepulchra.* 4. *de ſepulc. violato.* & res mobiles recuperantur poſtliminio, exceptis armis & veſtibus militaribus aliiſque rebus, quæ exprimuntur in *l.* 2. *&* 3. *de captivis.* juncta *l. inter omnes* 46. *verſ. hoc idem dicendum de furtis.* & ſervi, quamvis alioquin per ſe nullam juris civilis communionem habeant. *l. qui teſtamento* 20. §. *ſervus* 7. *qui teſtamenta fac. poſſ.* tamen ab hoſtibus capti, & ad fines noſtros redeuntes habent jus poſtliminii ex perſona dominorum, & in eorum dominium redeunt. *d. l. poſtliminium* 19. §. *ſi vero* 5. *&* §. *ult. l. latrones* 27. *cum l. ſeq. l. ult. de captivis. l. ſi mater* 11. §. *eamdem verſ. quid enim de except. rei judic. l. ſi patronum* 44. §. *ult. de bon. libert. l. ſervi* 43. juncta *l. in ratione* 30. *ad l. Falcid.* exceptis tamen ſervis unius, quos alius ab hoſtibus redemit, qui ſiunt interim redemptoris jure dominii, nec poſtliminio redeunt ad priorem dominum, donec ipſe pretium offerat redemptori. *l. in bello* 12. §. *ſi quis ſervum cum ſeqq. uſque ad finem ejuſdem legis de capt.* de quo jure pluribus Fab. in *Juriſpr. Papin. titulo* 11. *principio* 8. *illatione* 11. *cum ſeqq.*

§. XXXVIII. Enimvero ex hoc poſtliminio dato ſervis, aliiſque rebus ex perſona dominorum fit, ut & actiones ſervi nomine in dominum competentes, ſervo ab hoſtibus capto & reverſo, reſtituantur poſtliminio. *l. ſi cum quis* 41. §. *ult. de furtis. l. ſi ſervus* 16. §. *ult. de interrog. in jure facien. l. qui res* 98. §. *aream verſ. diverſum de ſolution. l.* 2. §. 1. *quando de peculio actio annalis eſt. l. cum res* 47. §. *itaque* 2. *in fin. l. quid ergo* 53. §. *ult. de leg.* 1. *l. rem* 21. §. *ult. commod.* junctis traditis ſupra §. 16. *& ſeqq.* & ut ſervi & res aliæ, quamdiu apud hoſtes ſunt, poſſint legari propter ſpem poſtliminii. *l. id quod* 9. *l. ſervus* 98. *de leg.* 1. & vendi. *l. ult. de act. empt.* & deduci in judicium familiæ erciſcundæ. *l. item* 28. §. *ult. cum l. ſeq. famil. erciſc.* Denique ut & ſervo ipſi, qui noſter fuit, poſteaque captus eſt, poſſit, dum apud hoſtes eſt, hereditas vel legatum relinqui. *d. l. ſervus* 98. *l. ſi ſervo* 101. §. 1. *de leg.* 1. & libertas. *l. ſi ſervi* 30. *de manum. teſtamento.* quamvis in fundo aut ſervo, qui numquam noſter ſed ſemper hoſtium fuit, quia in eo poſtliminii & conſequenter neque commercii ſpes ulla eſt, non valeat etiam legatum, ſtipulatio, emptio, aut libertas. *l. liber* 103. quam ſic necipio, *de V. O.* niſi hæc ſingula relinquantur, fiantve in caſum, quo in commercio noſtro ſit. *l. ab omnibus* 104. §. *etiam* 2. *de leg.* 1. *l. generaliter.* 24. §. *hoſtium* 2. *de fideicomm. libertat. d. l. ult. de act. empti.* illud tandem obſervaſſe oportebit, ſingulare jus eſſe dationis tutoris in perſona filii, cujus pater apud hoſtes eſt, quia quamvis alia interim geſta in pendenti ſuſtineantur. *l.* 2. §. 1. *ad S. C. Maced. l. penult. de ſuis & legit.* tamen tutoris datio ſtatim & omnino inutilis eſt. *l. muto* 6. §. *ult. de tutelis.* junctis ex *lib.* 8. *Ulpiani de omnibus tribunalibus l. abſentem* 199. §. *ult.* nbi Cujacius, *de V. S. l.* 5. *&* 6. *de tutor. dat. ab his.* videndus Fab. in *Juriſpr. Papin. titulo* 12. *principio* 1. *illatione* 15.

§. XXXIX. Poſtrema ſunt in definitione poſtliminii verba illa, *inter nos ac liberos populos, Regeſque moribus legibus conſtitutum. d. l. poſtliminium* 19. quibus verbis elucidandis duo breviter obſervanda. Primum eſt, moribus conſtitutum poſtliminium dici, quatenus juris gentium eſt uſu & approbatione. *cap. jus gentium* 9. 1. *diſt.* & legibus, quatenus poſtliminio ſpecialis forma conditioneſque datæ jure civili. *l.* 2. uſque ad 7. *l. in bello* 12. *l. poſtliminio* 17. *l. poſtliminium* 19. §. *filius de capt. l. ult. de legation.* quomodo moribus jus gentium & legibus civile tribuitur in *l. libertinus* 8. juncta *l. ult. de rit. nupt.* Secundum eſt, vocari poſtliminium jus conſtitutum *inter nos ac liberos populos Regeſque*, ut comprehendantur non tantum hoſtes, inter quos & nos poſtliminium eſſe non dubitatur. *l. hoſtes* 24. *de capt. l. hoſtes* 118. *l. quos nos* 234. *de V. S.* ſed etiam Populi Regeſque exteri liberi non fœderati, quibuſcum neque bellum neque pax eſt, & tamen poſtliminium eſt, quia ab eis capti ſervi fiunt, & reverſi jus ſuum recipiunt, ut pote ab extraneis. *l. poſtliminii* 5. §. *in pace* 2. *de capt.* & ut e contrario excludantur hæ nationes, quæ bello victæ in ditione noſtra ſunt, inter quas, quia liberæ non ſunt, etiamſi ab eis noſtri capiantur, poſtliminium non eſt, ut docet Ælius Gallus vetus JCtus apud Feſtum *verbo poſtliminio receptum:* & ut excludatur ſimiliter poſtliminium inter nos & populos fœderatos æquo fœdere aut inferiore, ſic tamen fœderatos, ut liberi maneant, & ideo, ut inter eos ac nos nec captivitati nec poſtliminio locus ſit. *l. non dubito* 7. *in princ. &* §. 1. *de capt.* junctis traditis a Cujacio ad *tit. C. de poſtlim. rever.* & *lib.* 12. *obſerv. cap.* 23. Fabro in *Juriſpr. Papin. titulo* 11. *principio* 8. *illatione* 7. Denique ut excludantur capti a prædonibus piratiſve, qui, quia neque hoſtes ſunt, neque liberi extranei, non ſiunt capti ſervi capientum, & ideo neque indigent poſtliminio. *l. poſtliminium* 19. §. *a piratis* 2. *l. hoſtes* 24. *l. mulier* 6. *l. latrones* 27. *de captivis. l. qui a latronibus.* 13. *qui teſtam. fac. poſſ. l.* 1. *de leg.* 3. Fab. in *Juriſpr. Papin. titulo* 3. *principio* 4. *illatione* 2. idemque eſt in captivis in bello civili. *l. ſi quis ingenuam* 21. §. *ult.* juxta quam explicanda eſt *lex* 4. *C. de ingen. manum.* ubi ideo ſcriptum eſt, non potuiſſe redimi, aut diſtrahi tamquam captivum eum, qui captus fuit in factione Palmyrena, id eſt, in rebellione, tyrannide, & civili bello excitatis ab Odenato & Zenobia ducibus Palmyrenorum, tempore Gallieni Cæſaris, ut notat Cujac. *lib.* 3. *obſerv. cap.* 29. eodemque argumento hodie captos in bellis inter Chriſtianos, quia inter eos ut pote inter unius Dei, civitatis, & reipublicæ cives civilia bella cenſentur, & hæc plus quam civilia ſunt, nnn fieri ſervos neque indigere poſtliminio, receptiſſimum eſt, ut docet poſt multos & pro multis unus noſter Solorzano *lib.* 3. *de Jure Indiarum cap.* 7. *num.* 51.

§. XL. Succedit penſi noſtri pars altera, fictio

Cor-

Corneliæ legis, & Juliani Scævolæque ad eam pertinens diſputatio in *præſenti*. Lata ea lex, ut creditur, a Lucio Cornelio Sulla ſecundum conſule cum Metello Pio anno urbis conditæ, 673. & quidem probabiliter, quia & ab eodem Corn. Sulla latæ pleræque aliæ Corneliæ leges, & inter eas Cornelia teſtamentaria de falſis. *l. 2. §. capta 32. verſ. deinde Cornelius de orig. jur. §. item lex Cornelia inſt. de pub. judic.* Cic. 3. in *Verrem.* cujus Corneliæ teſtamentariæ appendix aut pars forſitan noſtra fuit de teſtamentis captivorum, nec tamen lata ea, ut noſtrates minus conſpecta notant, occaſione primi punici belli, in quo cum Marco Attilio Regulo quindecim millia Romanorum a Carthaginenſibus capta: id enim centum & quinquaginta circiter annis ante ſecundum Sullæ conſulatum evenerat, ut ex hiſtoricis & faſtis conſularibus diſces: ſed quandocunque & qualicunque occaſione fuerit lata, certe fuit lex Cornelia eo fine & conſilio, ut civium Romanorum teſtamenta, quæ illis poſtea bello captis, neque poſtliminio reverſis confirmari poſtliminio non poterant, idcircoque irrita remanebant. *l. ſi quis filio §. irritum 5. de injuſt. rupt. §. non tamen inſt. quibus mod. teſtam. infirm.* eisdem apud hoſtes mortuis confirmarentur lege Cornelia, qua in primis cautum, ut perinde ea teſtamenta valerent, ac ſi hi, qui capti ſunt, in hoſtium poteſtatem non perveniſſent, ſed in civitate deceſſiſſent, ut præter Julianum in *principio noſtræ l. lex Cornelia* 28. docent juris Auctores in *d. l. ſi quis filio 6. §. quatenus 12. l. qui uxorem 15. de injuſto rupt. l. lege Cornelia 12. qui teſtam. fac. poſſ. l. 1. §. 1. ad l. Falc. l. 4. §. 1. de bonis libert.* Deinde & ſecundo cautum, ut bona eorum, qui in hoſtium poteſtatem perveniſſent, & ibi deceſſiſſent, ſive teſtamenti factionem ante captivitatem habuerint, ſive non habuerint, ad eos pertineant, ad quos pertinerent, ſi in poteſtatem hoſtium non perveniſſent; idemque jus eaque cauſſa omnium rerum ſit, quæ futura eſſet, ſi hi, de quorum hereditatibus & tutelis conſtituitur, in hoſtium poteſtatem non perveniſſent, ut ex Cornelia lege Julianus memorat in *l. bona 22. de capt.* Quo conſtituto ita a JCtis legis Corneliæ cautio accepta & intellecta eſt, acſi fingeret civem Romanum captum ab hoſtibus, ibique vere decedentem deceſſiſſe eo temporis primo momento, quo captus eſt, & conſequenter deceſſiſſe civem Romanum. *l. in omnibus 18. l. 1. l. pater 10. in princ. cum l. ſeq. de capt. l. juſto 44. §. ult. de uſucapion. l. cum hi ſtatus 32. §. ſi ambo in fin. de donat. inter vir. & ux.* non autem hora præambula captivitatis, ut loquuntur conſentque interpretes vulgares, & cum eis Cujac. Hotmannus, Fab. & alii apud Amayam *lib. 2. obſerv. cap. 2. num. 4.* ſive non primo momento ante captivitatem, ut ſcribit Coſta in *cap. ſi pater parte 2. verbo teſtatore mortuo num. 15. de teſtamentis in 6.* ſed ut diximus & JCti ſentiunt, eo ipſo momento, quo captus eſt, quoniam &, poſtquam captus, manet liber civiſque ſimul, donec in præſidia hoſtium perducatur. *l. poſtliminii 5. §. 1. l. in bello 12. §. manumittendo 9. de capt.* explicant poſt Chriſtoph. de Caſtellion & Cumanum ex noſtris Amaya *ubi proxime.* Valentia *lib. 1. illuſtr. tractatu 3. cap. 5. num. 9.*

§. XLI. Jam itaque ex priore cautione ſive capite Corneliæ legis, quo teſtamenta ante captivitatem facta ab his, qui poſtea capti & in captivitate deceſſerunt, confirmantur perinde acſi in civitate deceſſiſſent. *§. ult. inſt. quibus non eſt perm. l. 6. in fin. titulo 26. Part. 2.* profluit in primis, ut quamvis vere & proprie neque hereditas ſit ejus, qui ſervus hoſtium deceſſit. *l. 3. §. ult. de V. S.* neque heres ei exiſtere poſſit neceſſarius, ſuus, aut voluntarius. *l. lege Cornelia 12. in fin. qui teſtam. fac. poſſ.* ideoque captivorum bona relicta in civitate tanquam ſine herede, & vacantia fiſco deferri. *l. quidam 96. §. quoties de leg. 1.* ſive publica fieri & ad rempublicam & populi ærarium pertinere deberent, ut ego didici ex *l. bona 22. §. 1. verſ. quod ſi nemo de capt. l. non eſt ambigendum 12. de bon. poſſeſſ.* juncto Ulp. in *fragm. titulo 28. §. inteſtati 7.* tamen ex lege Cornelia confirmato captivi teſtamento hereditas etiam ejus, & heres inducitur. *l. filiusfam. 18. verſ. nec huic contrarium ad l. Falcid. l. in bello 12. §. 1. de captivis.* eaque hereditas ad eoſdem & perinde pertinet, acſi in civitate deceſſiſſet. *d. l. lege Cornelia 12.* ideoque extraneus heres a captivo inſtitutus hereditatem adire vel bonorum poſſeſſionem petere poteſt. *l. quod ſi dubitet 33. de acquir. hered. l. 3. §. ſed & ejus 6. d. l. non eſt ambigendum 12. de bonorum poſſeſſ.* dum tamen certum ſit, jam captivum vere deceſſiſſe. *l. nec nos 4. C. de poſtlim. rever.* alioquin interim ſola bonorum poſſeſſio ex decreto datur. *d. l. non eſt ambigendum 12.* ubi Cujacius: & ſervus, qui captivi proprius fuit, exiſtit ei neceſſarius heres; & ſimiliter filius ſuus & neceſſarius, ſi a captivo inſtituti ſint. *d. l. lege Cornelia 12. l. apud 8. C. de ſuis & legitimis. l. apud 9. l. Divi 25. de captivis. l. captum 9. C. de poſtlim. rever.* contra quas inconſpecte peccat Faber in *Juriſpr. Papin. titulo 11. principio 9. illatione 2. & lib. 10. conject. cap. 4. 9. & 10.* cui reſpondet noſter Valentia *lib. 1. tractatu 3. cap. 9. num. 4. & 7. cum ſeqq.* Plane quod attinet ad *d. l. captum 9.* rejectis Accurſii & Ferreti cogitationibus, Connani *lib. 3. comment. cap. 14. num. 3.* & emendatione Fabri *lib. 10. conjectur. cap. 8. & lib. 9. cap. 6.* & in *Juriſpr. Papin. titulo 11. principio 7. illatione 19.* qui verbum *lex Cornelia* pro irreptitio habet, ſupponendum eſt, fuiſſe ibi cum filio patrem ſimul captum, ut proponitur ab eiſdem Cæſaribus in *l. ult. C. ex quibus cauſſis majores.* quo caſu in filio præter poſtliminium, quod filio ex ſua perſona competit, neceſſaria eſt, ut patri ſuus heres exiſtat, fictio legis Corneliæ, qua teſtamentum & hereditas patris firmetur, ut poſt Accurſ. in *d. l. captum 9. verbo lex Cornelia* notat Cujacius in *l. nec nos 4. C. de poſtlimin. reverſ.* noſter Pich. ad *hunc tit. cap. 23. num. 9.* Denique ex eodem capite fit, ut & teſtamentum filiiſam. militis de caſtrenſi peculio confirmetur lege Cornelia. *l. ſi filiusfam. 39. in princ. de teſtam. milit. l. filiusfam. 14. de caſtrenſ. peculio.* & ut de captivi teſtamento competat interdictum de tabulis exhibendis. *l. 1. §. idem eſt 9. de tabulis exhiben.* & contra teſtamentum ejuſdem detur patrono bonorum poſſeſſio contra tabulas. *l. 4. §. 1. de bonis libert.* & in eodem teſtamento & hereditate captivi lex Falcidia & cæteræ teſtamentariæ exerceantur. *l. 1. §. lex Falcidia 1. l. filiusfam. 18. verſ. nec huic contrarium ad l. Falcid.*

§. XLII. Deinde & principaliter ex eodem capite principioque efficitur, quod Julianus in *noſtra l. lex Cornelia 28.* in primis proponit, nempe lege Cornelia non duntaxat captivi teſtamentum & hereditatem confirmari, ſed etiam alia teſtamenta & hereditates, quæ ex captivi teſtamento pendent, pertinerentque ad alios, ſi ille in hoſtium poteſtatem non perveniſſet, cui aſſertioni conſequens eſſe Julianus docet, ſi pater filio impuberi pupillariter ſubſtituerit, & poſtea pater ab hoſtibus captus ibi deceſſerit, ac deinde filius impubes in civitate relictus mortuus ſit, ſubſtitutionem pupillarem confirmari, & ex ea hereditatem ad ſubſtitutum [illegible] pertinere, perinde acſi pater non apud hoſtes, ſed in civitate deceſſiſſet; quæ prima ſpecies eſt *noſtræ legis lex Cornelia 28. & l. pater 10. de captivis.* quia quamvis ſubſtitutio pupillaris fiat irrita in perſona pupilli, qui moriente patre in ejus poteſtate non fuit, ſive quod idem eſt, qui vivo patre factus fuit ſui juris. *l. coheredi 41. §. cum filiæ 2. hoc tit.* & in propoſita ſpecie filius captivitate patris, & conſequenter patre adhuc vere vivo factus ſit ſui juris. *l. ſi quis filio 6. §. quæcunque 4. de injuſto rupt. l. Gallus 29. §. videndum*

dum 14. *de liber. & poſth. l. proponebatur* 9. *in fin. de caſtren. peculio. l. in bello* 12. *§.* 1. *l. bona* 22. *§. quod ſi filius de captivis.* quæ in propoſita ſpecie dubitandi ratio fuit, imo & decidendi apud quosdam, quibus videbatur, ſubſtitutionem pupillarem irritam factam fuiſſe, nec tabulas ſecundas ſeu pupillares locum habere in perſona impuberis patrisfam. vivo patre facti, ideoque hereditatem pupilli non ſubſtituto ſed legitimo heredi ejus ab inteſtato deferri, ut Papinianus memorat in *principio d. l. pater* 10. tamen ei quorundam ſententiæ, ut Papin. loquitur, refragatur juris ratio, quoniam fictione attenta legis Corneliæ, per quam pater, qui ab hoſtibus non redit, non eo tempore, quo vere ſervus hoſtium deceſſit, ſed momento captivitatis primo, quo adhuc liber civisque Romanus filium in poteſtate retinebat, deceſſiſſe fingitur. *l. in omnibus* 18. *de captivis. l. ſi filiusfam.* 39. *in fine de teſtam. milit. §. ſi ab hoſtibus* 5. *inſtit. quibus mod. jus patriæ poteſt. ſolv.* apparet filium eo tempore, quo pater mortuus fingitur, in poteſtate fuiſſe, atque ita non captivitate, quæ patrem ſervum non fecit, antequam in præſidia hoſtium perduceretur. *d. l. poſtliminii* 5. *§.* 1. *de captivis.* ſed morte patris ficta ante ejusdem ſervitutem patremfam. factum fuiſſe, & proinde ſubſtitutionem ſuas vires neceſſario tenere, ut Papinianus ratiocinatur in *d. l. pater* 10. *in fin. principii.*

§. XLIII. Nec ad rem pertinet, quod contra Papinianum expendit Faber *lib.* 10. *conject. cap.* 4. contendens fictionem Corneliæ de ſolo teſtamento & hereditate patris captivi inductam, nec in filio, qui captus non fuit, operari, neque in eo ſuſtinere aut ſuſpendere jus poteſtatis: utrumque enim manifeſte falſum eſt, namque & conſtat, capto patre operari legem Corneliam in jure poteſtatis circa filium, qui in civitate manſit, & in jure ſui heredis annexo poteſtati, nempe quia utrumque neceſſarium eſt, ut patri captivo ſuum heredem lex Cornelia tribuat. *l. ſi filiusfamilias* 39. *in fine de teſtamento milit. l. captam* 9. *C. de poſtlim. rever. l. apud* 8. *de ſuis & legitimis. l. qui uxorem* 25. *de injuſto rupto.* quibus tamen non expenſis occurrunt aliter Fabro noſtrates Pichar. ad *hunc tit. cap.* 24. Valent. *d. lib.* 1. *tractatu* 3. *cap.* 9. *num.* 4. Amaya *lib.* 2. *obſervat. cap.* 2. *num.* 18. diverſum autem nec diſtincte expoſitum hactenus aut obſervatum eſt, non patre ſed filiofam. capto & apud hoſtes mortuo, quo caſu, cum neque teſtamentum filii, quod confirmet, neque ejusdem bona, vel hereditas ſit, quam lex Cornelia inducere, & in qua heredem ei tribuere poſſit, non pertinet ad hunc caſum fictio legis Corneliæ, neque ex primo, neque ex ſecundo capite, ut Julianus in *præſenti* docet *verſ. ſi vero.* neque in filiofam. capto operatur circa jus poteſtatis, aut ſui heredis, ideoque fictione ceſſante filius captivitate, & conſequenter vivo patre in poteſtate eſſe deſineret, & jus ſui heredis amiſiſſe dicitur, ut expreſſum eſt in *d. l. Gallus* 29. *§. videndum* 14. *in fine de lib. & poſth. d. l. ſi quis filio* 6. *§. quocunque* 4. *de injuſto rupto.* Neque ad rem magis pertinet, aut contra Julianum & Papinianum probat acrius, aut pungit ratio alia dubitandi, deducta ex eo, quod Papinianus idem ſcribit in *d. l. pater* 10. *§.* 1. legem Corneliam de tabulis ſecundis nihil locutam demonſtraſſe duntaxat ejus perſonam, qui teſtamenti factionem habuiſſet. Quapropter cum impubes teſtamentum facere non poſſit. *§. præterea inſtit. quibus non eſt permiſſum.* & teſtamentum pupilli, ſeu ſubſtitutio, hereditasque ejus diverſa ab hereditate patria ſit. *§. igitur* 2. *inſtit. de pupillari ſubſtitut. l. Papinianus* 8. *§. ſed nec impuberis de inofficioſo teſt.* non videtur potuiſſe lex Cornelia ad teſtamentum ei a patre factum, ſive ad ſubſtitutionem & hereditatem pupilli pertinere. *d. l. pater* 10. *§.* 1. quippe reſpondent noſtri nuper laudati teſtamentum pupillare & paternum, quamvis duarum diverſarum hereditatum, & eo reſpectu diverſa ſint, tamen reſpectu judicii paterni, ex quo unico utrumque pendet, pro unico haberi. *d. §. igitur* 2. *l.* 2. *§. illud* 2. *de hereditate vel actione vendit. l.* 2. *§. prius* 4. *l. patris* 20. *hoc tit.* & pupillare teſtamentum eſſe partem, ſequelam, ſive acceſſionem paterni teſtamenti. *l. qui plures* 38. *§. ult. l. ex pupillari* 44. *hoc tit. l. penult. quemadmodum teſtamenta aperiantur. l. quidem* 5. *§. ult. C. de neceſſariis ſervis.* idcircoque, quemadmodum deſtituto, aut irrito facto paterno teſtamento pupillare irritum fit. *l.* 2. *§.* 1. *hoc tit.* ita & illo confirmato lege Cornelia, hoc etiam tamquam acceſſorium confirmari conſequens eſt. *l. apud Julianum* 11. *§.* 1. *ad S. C. Trebell.* ultra quæ animadverto, Papiniani aſſertionem illam de lege Cornelia non pertinente niſi ad eum, qui teſtamenti factionem habuerit. *d. l. pater* 10. *§.* 1. reſpicere & referri ad primum caput ſeu cautionem Corneliæ, quæ de confirmatione teſtamenti fuit. Cæterum ſecundum caput, quod fuit de bonis captivi, ſive teſtamenti factionem habuerit, ſive non habuerit, proponitur in *d. l. bona* 22. *in princ. de captivis.* quam ita cum *d. l. pater* 10. *§.* 1. ex diſtinctione utriusque capitis expono & compono, ideoque ex hoc ſecundo capite etiam impuberis hereditas ab inteſtato lege Cornelia deferri dicitur, & ſubſtitutio ex ejusdem capitis voluntate & ſententia, tametſi non verbis; confirmatur in ſpecie *d. l. pater* 10. *§.* 1.

§. XLIV. Difficilioris ſane & deploratæ pene interpretationis eſt id, quod contra *noſtram l.* & *d. l. pater* 10. *in princ.* ex diametro veluti opponitur in *l. quod ſi filius* 11. *in princ. de captivis.* ubi Papinianus cum in *d. l. pater* 10. *in princ.* tractaſſet ſpeciem de patre capto, & filio in civitate mortuo poſt captivitatem patris & mortem naturalem; docuiſſetque in ea ſpecie ſubſtitutionem pupillarem valere, tranſit ad aliam proximam ſpeciem ſententiamque, in qua proponit patrem captum & filium impuberem in civitate mortuum poſt patris captivitatem, ſed ante patris mortem naturalem; in eaque ſpecie affirmat, nihil eſſe quod de ſecundis ſive pupillaribus tabulis tractari poſſit, atque ita ſentit eas nullo caſu valere poſſe, ſive quia ſi pater ab hoſtibus reverſus ſit cum jure poſtliminii, filium in poteſtate habuiſſe retro fingatur. *l. in bello* 12. *§.* 1. *de captivis.* intelligitur vivo patre & ſic filiusfam. mortuus, & proinde incapax teſtamenti & hereditatis, ut in *noſtra l. lex Cornelia* 28. *verſ. ſi vero.* ſive etiam quia ſi pater non revertatur, ſed apud hoſtes decedat, cenſetur filius ſui juris factus a primo inſtanti captivitatis patris, & conſequenter vivo patre, ideoque & pupillaris ſubſtitutio irrita cenſenda. *d. l. coheredi* 41. *§. cum filio hoc tit.* in quo poſtremo ſibi ipſi refragari Papinianus videtur, & ſuffragari illis quibusdam, quorum ſententiæ juris rationem refragari ſcripſerat in *d. l. pater* 10. *in fine princ.* ſi omiſſa in re explicanda ſententia Bartoli in *præſenti*, & in *d. l. quod ſi filius* 11. aliorumque, quos ſequitur Emanuel Coſta in *cap. ſi pater parte* 2. *verſ. teſtatore mortuo num.* 13. *de teſtamentis in* 6. exploſa & ſimiliter emendatione vulgari apud Accurſ. in *d. l. quod ſi filius* 11. *verbo exinde.* Haloandri *ibidem*, qui in *verſ. quoniam non reverſo* negatione adjecta legunt, *exinde ſui juris non videtur fuiſſe*, quam impugnat merito poſt Alciatum Antonius Auguſtinus *lib.* 1. *emendationum cap.* 2. & *lib.* 4. *cap.* 20. rejectis denique Gofredi in *præſenti*, & aliorum aliis expoſitionibus, placuit magis Academicis Antecceſſoribus interpretatio Accurſii in *d. l.* 11. *verbo exinde.* quam inter alios probat noſter Valent. *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 9. *num.* 14. & in quam effecta incidunt aut inclinant minus perſpicue Pichardus ad *hunc tit. cap.* 29. *num.* 11. Amaya *lib.* 2. *obſervat. cap.* 2. *num.* 35. affirmantes, Papiniani ſententiam eam eſſe, ut de ſecundis tabulis nihil ſit, quod tractari poſſit in *d. l. quod ſi filius* 11. quoniam utroque ejusdem caſu in-

uel-

utiles & irritæ pupillares tabulæ ſunt reverſo quidem patre, quia retento interim in ſuſpenſo jure poteſtatis per jus poſtliminii filiusfam. deceſſiſſe intelligitur, & proinde impos teſtamenti ſive bonorum & heredis habendi ex ſubſtitutione, ut in *præſenti verſ. ſi vero:* patre autem non reverſo cenſetur filius ſui juris fuiſſe, ex quo pater captus, & quidem ſui juris non morte patris ficta ſed ſervitute, quam induxit captivitas, atque ita vivo patre. *d. l. coheredi* 41. §. *cum filiæ hoc tit.* ejusque ſecundæ propoſitionis & rationis ratio in eo eſt, quia quamvis poſtliminii vis & virtus illa ſuſpenſiva, de qua ſupra §. 24. incipiat a tempore captivitatis, & exinde ſuſpendat & ſuſtineat omnia jura captivi in caſum, quo revertatur, ideoque operetur etiam in juribus, quæ ante reverſionem captivi extincta ſunt, ſi tamen conſiſtebant eo tempore, quo captus fuit, namque & hæc ſuſtinentur poſtliminio usque ad tempus extinctionis, ſicut & ſuſtinentur jura filii, qui tempore captivitatis patris vivebat, quamvis poſtea deceſſerit ante reverſionem patris, cui reſtituuntur. *l. penult. in fine de ſuis & legit. l. proponebatur 9. in fine de caſtr. peculio.* tamen Corneliæ legis fictio ut pote non ſuſpenſiva ſed inductiva hereditatis & heredis, & retrotractiva temporis mortis naturalis captivi ad tempus captivitatis primum. *l. juſto 44. §. ult. de uſucapion.* non incipit niſi a tempore mortis captivi apud hoſtes, quia neque ante ejus hereditas induci poteſt. *l. nec nos 4. C. de poſtlim. reverſis.* quo tempore, ceſſante caſu, vi, & ſuſpenſione poſtliminii, non operatur lex Cornelia niſi in his, quæ tunc in rebus humanis ſunt, neque ad ea pertinet, quæ ante captivi naturalem mortem extincta & abſciſſa, & conſequenter neque in quæſtione noſtra ad filium, qui ante veram mortem patris mortuus, quia nec retrotractio operatur in his, quæ jam non ſunt eo tempore, quo retrotractio incipere debet. *l. quoties 14. in princ. verſ. & ideo, & §. 1. in fine de novation. l. quidam 14. de jure codicill. l. ult. communia prædiorum.* junctis in propoſito traditis ab Ant. Fab. *lib. 10. conjectur. cap. 6. & 10.* idcircoque nihil operante lege Cornelia quoad filium præmortuum, cenſetur ille factus ſui juris non morte ficta patris, ſed ſervitute captivitatem ſequuta vivo patre, unde & ſubſtitutio fit irrita. *d. l. quod ſi filius* 11. ubi hoc fortaſſe reſpectu ſic loquitur Papinianus, ut dicat filium ſui juris fuiſſe non ex quo pater captus, quomodo loqueretur, ſi lex Cornelia locum haberet, ut locutus fuerat in *d. l. pater 10. in princ.* quia id ipſum primum momentum, quo pater captus & nondum ſervus, ſed adhuc liber civisque permanet, eſt in quo mortuus fingitur lege Cornelia, ſed ſui juris fuiſſe, *ex quo pater hoſtium potitus eſt*, id eſt, ex quo eorum ſervituti & poteſtati ſubditus, quod, poſtquam captus, perductione ejus in præſidia contingit. *l. 5. §. 1. de captivis.* atque ita ſui juris non morte patris ficta, ſed ſervitute, quam proprie ea loquutio JCtis noſtris familiaris ſignificat. *l. in bello 12. §. cætera 6. l. bona 22. §. 1. de captivis. l. ab hoſtibus 15. ex quibus cauſſis majores. l. facere 10. de teſtamento milit.* & contra Accurſ. & Budæum in *annotat. poſterioribus* in *d. l. quod ſi filius* 11. pro verbis *hoſtium potitus*, reponentem *hoſtium poteſtati ſubditus*, obſervat ex Plauto Alciatus *lib. 4. de V. S.* & *lib. 1. parerg. cap.* 35. Ant. Auguſt. *d. lib. 4. emendat. cap.* 10.

§. XLV. Verum etſi inviti a præceptoribus tot diſſentiamus, tamen huic interpretationi nos conſentire fidei bonæ & conſcientiæ ratio non patitur; quippe ut mittamus interim, quæ contra eam expendit poſt Gofredum Amaya *d. lib. 2. cap. 2. num.* 31. convincitur in primis ex eo, quod negari non poteſt, etiam mortuo patre apud hoſtes ſuſpenſionem poſtliminii non cenſeri omnino in præteritum evanuiſſe, ſed operari in filio ante patrem mortuo in civitate, ut dici non poſſit, quamdiu vixit patria poteſtate in plenum liberatus, ut ſcriptum eſt in *l. penult. de ſuis & legit.* & quod magis, operari etiam eo caſu fictionem legis Corneliæ, ut filius præmortuus heredem habeat tamquam exemptus poteſtate patris per mortem ejus, quam primo tempore captivitatis lex Cornelia fingit, quem tamen heredem filius non haberet, niſi beneficio legis Corneliæ, quia poſtliminio numquam ſui juris factus, quamdiu vixit, cenſetur. *d. l. penult. in princ. l. proponebatur 9. in fine de caſtrenſ. peculio.* Secundo & quidem fortius, quia ſi poſthumus medio tempore inter captivitatem patris & mortem naſcatur & moriatur, rumpitur ſtatim agnatione ſui heredis poſthumi teſtamentum patris per legem Corneliam, ut expreſſe ſcriptum eſt in *l. qui uxorem 15. de injuſt. rupt. d. l. bona 22. §. ult. de captivis.* quod tamen fieri non poſſet, niſi etiam reſpectu hujus poſthumi nati & mortui poſt captivitatem patris, & ante ejus mortem conſervaretur poſtliminio in pendenti jus ſui heredis & teſtamenti, etiam in caſum quo pater apud hoſtes moriturus, & lex Cornelia teſtamentum confirmatura, quod poſthumus ut ſuus rumperet, & hereditatem, in qua ſuus exiſteret: & conſequenter apparet, poteſtatem legis Corneliæ quamvis non incipiat niſi a tempore mortis naturalis captivi, tamen operari etiam, quoad præterita ante mortem captivi vere extincta, quia adjuncta poſtliminii ſuſpenſio efficit, ut non extincta ſed in pendenti ſemper fuiſſe videantur, quæ ſuſpenſio cum in aliis fictionibus retrotractivis deficiat, mirum non eſt, non retroduci eas ad retroſtincta. *d. l. quoties 14. verſ. & ideo de novation.* cum ſupra laudatis, quemadmodum eadem ratione non pertinet legis Corneliæ fictio ad filium, qui tempore captivitatis patris nondum conceptus, neque in rebus humanis erat, quia neque in eo poſtliminii ſuſpenſio incipere & operari potuit reſpectu patris. *l. 1. in fine C. de poſtlim. rever.* quare ea interpretatione omiſſa, & quamdiu probabiliores aliæ occurrunt, ſubſcribimus potius Cujacio *lib. 29. quæſt. Papiniani in d. l. quod ſi filius* 11. Claudio Chifletio *lib. 1. de ſubſtitut. cap.* 14. & ante eos Cumano in *præſenti num. 6.* affirmantibus, non eo ſenſu Papinianum ſcribere in *d. l.* 11. nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, quaſi omni caſu irrita ſubſtitutio, ſed potius, quia pro varietate duorum caſuum, quos ſubjungit, ſicut indubitatum & extra controverſiam eſt primo caſu, & patre reverſo pupillares tabulas non valere, quia filiusfam. mori intelligitur; ita e contrario certum eſt, & extra dubitationem eſt ſecundo caſu, & patre non reverſo ſed apud hoſtes mortuo valere eaſdem tabulas, & confirmari lege Cornelia, quia non filiusfam. ſed ſui juris factus filius videtur exinde, neque antequam pater ab hoſtibus captus eſt, ſive hoſtium potitus, (neque inter hæc temporis & loquendi momenta Papinianus ſcrupuloſe diſtinguit, ſicut nec diſtinguuntur in *l. in bello 12. §. cætera 6. l. bona 22. §. 1. de captivis.*) atque ita ſui juris factus ficta morte patris, non autem eo vivo & per captivitatem, id quod ex eo proprie colligitur, quia ſi Papinianus captivitate filium ſui juris factum ſignificare debet, atque ita veritatem reſpiceret, non uteretur verbo *videtur*, quod ſicut verbum *intelligitur* non veritatis, ſed improprietatis & fictionis eſt nota. *l. in omnibus 18. de captivis. l. ſi filiusfamilias 39. de teſtamento milit.* itaque utroque caſu apud Papinianum nihil eſt, quod egeat tractatu, ſive conſultatione & diſputatione: in quem ſenſum *tractatus* & *tractandi* verbum proprium eſſe JCtis & oratoribus obſervat ex Theodoſii *Novella de offic. & numerariis præfectorum tit.* 51. aliisque veterum teſtimoniis Joannes Savaro in *Sidonium lib. 1. epiſt. 7. pag. 53. & lib. 5. epiſt. 20. in princ.* & ex *l. tractabatur 14. de teſtamento milit. d. l. in bello 12. §. 1.* Chifletius *d. cap. 14.* & me docuit D. Ambro-

broſius *lib. 1. de Virginibus ad fin.* ibi, *hic tracto & alibi perſuadeo, ſi ita eſt, alibi tractemus, ut vobis perſuadeamus.* nec movemur duobus argumentis, quibus contra hanc interpretationem utuntur Coſta in *cap. ſi pater parte 2. verſ. teſtatore mortuo num. 17. de teſtamentis in 6.* Faber *lib. 10. conject. cap. 6.* Primo ex eo, quod prima ratio Papiniani in *d. l. 11. verſ. ſive quoniam vivo* ſubſtitutionem non valere intendit, & proinde ſic etiam ſecuoda intelligenda videtur; quia reſpondemus, non ſine exemplo apud Papinianum eſſe, ab in contrarium verſa aſſertione, aut ratione variis caſibus adaptata, eodem varie & in contrarium decidere. *l. mortis 53. verſ. divortii*, ubi Cujacius *lib. 4. reſponſorum Papiniani, de donat. inter vir. & ux.* Secundo autem argumento ex eo, quod Papinianus ipſe eamdem quæſtionem in ſpecie expeditiore dignam fuiſſe tractatu & diſputatione agnoſcit in *d. l. pater 10. in princ.* fit facile ſatis ex eo, quia quamvis per ſe quæſtio digna tractatu fuerit, tamen vel eo ipſo, quod jam expedita ſit in *d. l. pater* 10. ſupponit poſtea Papinianus in *d. l. 11.* nihil, quod de ea tractari poſſit.

§. XLVI. Progreditur Julianus noſter in *præſenti*, & docet in *verſ. ſed ſi pater.* quod ſi patre jam mortuo in civitate filius impubes ab hoſtibus capiatur, atque ibi deceſſerit, *non commode dicitur*, ut in Pandectis Florent. ſcriptum eſt, ſive *non incommode dicitur*, ut io vulgatis, hereditatem impuberis ex lege Cornelia ad ſubſtitutum pertinere, quarum lectionum ſi ea ſententia eſt, Florentinæ quidem, ut ſubſtitutio inutilis ſit, neque hereditas ad ſubſtitutum pertineat; vulgatæ autem lectionis, ut pertineat & ſobſtitutio valeat ex lege Coroelia, refragatur atrique lectioni & ſententiæ Papinianus in *d. l. pater* 10. §. 1. *de captivis.* abi imprimis contra vulgatam lectionem affirmat, ſubſtitutionem non valere ex lege Corneſia, quia ea de ſecundis tabulis nihil loquuta: & deinde contra Florentinam concludit, actiones utiles in hereditatem ſabſtituto dari a Prætore oportere: unde & diſſenſionem Juliani & Papiniani in ea ſpecie agnoſcit Faber *lib. 10. conjectur. cap. 5.* ſed expedita conciliatio eſt, ſi animadvertas, Papinianum non abſciſſe affirmare, ſubſtitutionem non confirmari lege Cornelia, ſed oon confirmari ex verbis primi capitis, quod de confirmatione teſtamenti captivi fuit, & conſequenter non de ſecundis tabulis ſive de impubere, qui teſtari non poteſt, ut expoſuimus ſupra §. 43. *ad fin.* Cæterum ex mente & ſententia ſecundi capitis, quod fuit de hereditate captivi, ſive teſtamenti factionem habuerit ſive non habuerit. *l. bona 22. de captivis. l. 1. de ſuis & legit.* agnoſcit Papinianus, deferri per legem Corneliam etiam impuberis legitimam ab inteſtato hereditatem, *quoniam*, inquit, id eſt *quamquam verum eſt, ne impuberem quidem teſtamenti factionem habuiſſe.* ſic autem contra emendationem Cujacii *lib. 15. obſervat. cap. 17. & lib. 29. quæſtion. Papin.* in *d. l. 10. §. 1.* retinenda ibi ea vox *quoniam*, & exaudienda eſt non pro cauſali ſed pro adverſativa *quamvis*, ut in *l. ſi hominem 19.* rejecta Cujacii ibi emendatione, *de uſucapion.* & in *principio verſ. ſed & ſi quis.* rejecta itidem ibi emendatione Hotmani, *inſtit. de ingenuis.* & apud Plautum in *prologo Aululariæ v. 9.* exploſis etiam Criticorum notis: ibi,

> *Is quoniam moritur, ita avido ingenio fuit,*
> *Nunquam indicare id filio voluit ſuo.*

unde & ſimiliter agnoſcit Papinianus, ex mente & voluntate legis Corneliæ, quamvis non ex verbis, Prætorem utiles actiones in hereditatem ſubſtituto dare debere, idque ipſum eſt, quod Julianus in *præſenti* ſentit, dum juxta Florentinam lectionem ſcribit, *non commode*, id eſt, non expedite & ſine difficultate, ut pote non ex verbis legis Corneliæ dici hereditatem ex ea lege ad ſubſtitutum pertinere, quamvis juxta volgatam lectionem *non incommode* id ipſum dicatur, ut pote oon alienum a voluntate legis & ſententia, quæ ſufficit, ut ex lege pertinere proprie affirmetur, etiam deficientibus verbis. *l. nominis 6. §. 1. de V. S. l. non dubium 5. C. de legibus.* quomodo atraque lectio diverſis reſpectibus accipi & ſuſtineri poteſt, ut animadvertunt reliqua plenius explicantes poſt Cujacium nuper laudatum ex ooſtratibus Coſta *num.* 19. Pichard. *cap.* 27. Amaya *num.* 37. & Valentia *num. 18. ubi proxime.* Enimvero ſi, ut Julianus in *noſtra l. verſ. ſi vero.* ſubjungit, vivo adhuc patre filius ab hoſtibus captus ſit ibique decedat, ſubſtitutio omnino evaneſcit, quia etiamſi non captivitate, ſed morte ficta tunc inducta ex lege Cornelia, filium deceſſiſſe dicetur, quod tameo dici non poteſt, ut docuimus ſupra §. 43. cum tamen ad inducendam legis Corneliæ fictionem in filio neceſſe ſit ſupponere, eum deceſſiſſe tunc cum captus fuit, & proinde patre adhuc vivo, ſemper filiumfamilias mori fatendum erat, & proinde incapacem teſtamenti & hereditatis; ideoque nec lex Cornelia ad hanc ſpeciem pertinet, quia neque efficit, ut qui tamquam filiusfamilias nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat, quibus & conſequenter tandem Julianus in *verſ. ult. noſtræ legis* a filio impubere ad puberem tranſit, adjicitque, etiamſi *pubes filius*, ſic enim legimus, noo autem *impubes*, ut reponit Cujac. *lib. 15. obſerv. cap.* 17. vivo patre, in cujus poteſtate erat, captus ab hoſtibus fuerit, ac deinde pater in civitate, poſteaque filius apud hoſtes deceſſerit, hereditatem patris, & cum ea filii peculium, ſi quod in civitate habuit, deferri deficientibus liberis proximo agnato patris ex lege XII. Tabb. non autem hereditatem filii ex lege Cornelia, quia neque ulla hereditas eſt filiifamilias capti & apud hoſtes mortui, quam inducere lex Cornelia poſſit.

§. XLVII. Succedanea propoſitis, poſtremaque ordine non dignitate, difficultateve eſt ſpecies tractata a Scævola in *noſtra l. ſi pater 29. hoc tit.* Papiniano in *l. quod ſi filius* 11. §. 1. *de captivis.* de patre & filio captis & apud hoſtes decedentibus, in qua ſpecie legem Corneliam ad pupilli ſubſtitutionem non pertinere, niſi reverſus in civitate impubes decedat, Scævola affirmat, & e contrario ſufficere legem Corneliam ſubſtituto, docet Papinianus, cui adhærentes varie contextum Scævolæ corrigunt, aut corrumpunt negatione detracta, & deleto integro verſiculo *niſi*, Fab. *lib. 10. conject. cap. 7.* noſter Pich. ad *hunc tit. cap. 26. num.* 41. nec diſſimiliter, tametſi lenius leviuſque emendantes, Cujac. in *l. ſi hominem 19. de uſucapion.* noſter Valentia *d. lib. 2. tractatu 3. cap. 9. num.* 23. quibus tamen omiſſis, ſimulque expoſitionibus Bart. aliorumque in *præſenti*, alia Zaſii in *d. l. quod ſi filius* 11. alia Coſtæ in *d. cap. ſi pater parte 2. verſ. teſtatore mortuo num.* 22. aliis congeſtis a Nicolao Genua *legum conciliat.* nec non a Martino del Rio *miſcellan. in præſenti*, & in *d. l. quod ſi filius* 11. alia denique noſtri Amayæ *lib. 2. obſerv. cap. 2. num.* 57. quam refutabis ex traditis ſupra §. 45. ſupponendum imprimis eſt, verba *non alias* io *d. l.* 11. §. 1. exaudienda eſſe pro *non aliter quam*, ſive, *non niſi*, ut exponunt communiter Antiquiores, & ex eis Jaſoo io *præſenti num.* 9. atque ita conſentit Scævolæ Papinianus, dum docet legem Corneliam non ſufficere, ſeu non proficere ſubſtituto, niſi poſt patrem apud hoſtes mortuum filius reverſus in civitate decedat: quo ſuppoſito ſi quæratur, cur non proficiat, ſive ad hanc ſpeciem oon pertineat lex Cornelia, in quo prora veloti & puppis difficultatis eſt, reſponderi nove forſitan poteſt, ideo non pertinere, quia nec pertinet ex primo capite ſolo, neque ex ſecundo ſolo, neque ex utroque

ſimul

ſimul juncto & commixto, non ex primo ſolo, quia id non poteſt confirmare teſtamentum filii, qui vivo patre captus, ejusque poteſtate exemptus eſt, poſtea ſervus hoſtium, ideoque incapax ſubſtitutionis deceſſit, ſi veritatem & non ſecundi capitis fictionem in perſona filii attendamus, non item ex ſecundo capite ſolo, quia id non ad teſtamentum patris, & conſequenter neque ad ſubſtitutionem ex eo pendentem pertinet, ſed ad hereditatem inducendam ab inteſtato eo caſu, quo ex primo capite teſtamentum captivi confirmatum non fuit, & proinde non ad ſubſtitutionem, per quam ex teſtamento non ab inteſtato ſucceditur. *l. bona* 22. *de captivis. l.* 1. *de ſuis & legit. l. ſi bis* 8. *C. de legitimis hered. l.* 1. *C. de poſtlim. reverſ.* Denique non ex utroque capite ſimul, quia cum non tantum ad diverſos, ſed etiam ad contrarios caſus teſtati & inteſtati pertineant, non poſſunt ad unam ſpeciem conjungi, *arg. l. jus noſtrum* 7. *de reg. juris. l. Titiæ* 100. *de condit. & demonſtr.* quamvis ſi diverſi dumtaxat, non contrarii caſus capitum eſſent, conjungi poſſent. *l. Gallus* 29. §. *ille caſus de lib. & poſth.* atque hæc interim ſcripſiſſe ſatis.

F I N I S.

INDEX CAPITUM.

Cap. I. *Ad Rubric. & l.* 1. *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*
De ſubſtitutionis Nomine, Origine, Definitione, & Speciebus. 321. a.
Cap. II. *De Origine & cauſſa inducendi ſubſtitutiones, & de mutuis, ſive reciprocis ſubſtitutionibus.*
Ad *l. ſi in teſtamento* 5. *l. qui plures* 23. *cum l. ſeq. l. quidam* 30. *l. cum ex filio* 39. §. *ult. l. coheredi* 41. §. 1. & §. *qui diſcretas cum* §. *ſeq. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* 338. a.
Cap. III. Ad Nobiliſſimam *leg. ſi is qui ex bonis* 6. *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* 347. a.
Cap. IV. Ad *l. lex Cornelia* 28. *cum l. ſeq. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*
De Fictionibus Legis Corneliæ & Poſtliminii. 351. a.

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES,

JCTI HONTIVERIENSIS,

PRIMARII ANTECESSORIS IN SALMANTICENSI ACADEMIA, ET POSTEA REGII CASTELLÆ SENATUS CONSILIARII,

TRACTATUS ACADEMICI

NUNC PRIMUM EDITI.

Digitized by Google

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES,

IN SALMANTINA ACADEMIA VESPERTINI LEGUM INTERPRETIS,

REPETITA PRÆLECTIO, AD

TITULUM DIG. DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

DICTATA ANNO MDCLVI. ET SEQUENTIBUS.

REPETUNT libenter noſtræ ſecundæ curæ inſignem hunc tractatum de Verborum Obligationibus, ſive de ſtipulatione, nam licet olim patuerit latius Verborum Obligatio, hodie tamen in hoc titulo tantum de ſtipulatione agitur, & quia luſtro prætetito de dictione dotis tractavi, antequam in manus meas perveniſſet liber *de uſufructu* M. Aur. Galvani, qui per idem tempus formis cudebatur, egitque de eadem re late *cap. 15. a principio*, & de jurejurando liberti late tractavit in exordio hujus prælectionis magnus Præceptor meus Franc. Ramos Conſiliarius Regius, abſtineo ne repetam quæ dicta, & bene dicta ab aliis ſunt, & ut ſtatim rem ipſam ingrediar, eſt ſane utiliſſima, quia ut olim nulla erat fere dominii tranſlatio, quæ non perageretur per imaginarias venditiones, ut notavi *lib. 1. opuſc. cap. 18.* ita nullum fere erat negotium, cui non adhiberetur ſtipulatio, ut ex dicendis in *tractatu* I. patebit, difficilemque appellant, quia nulla eſt juris pars, quæ magiſtro in tantum egeat, ut experiemini. A me laborem promitto, a vobis ſtipulor ſedulitatem, ſtudium, & intentionem: veſtra autem modeſtia, Cariſſimi & Clariſſimi Auditores, ultro ſpondebit mihi reverentiam & gratitudinem: *Ingratus eſt enim*, inquit Seneca *lib. 6. de benef. cap. 16. qui Magiſtrum inter gratiſſimas neceſſitudines non diligit.* ſed jam ad rem.

PARS PRIMA.

TRACTATUS PRIMUS.

In quo de nova, & vetere ſtipulatione, de cauſſa inventionis, origine, natura, & uſu in commune diſſeritur,

in Academia Salmanticenſi dictatus Anno 1656. & 1657.

§. I. Antequam de ſtipulatione dicere incipiam, de ejus origine, & inveniendi cauſſa paucis diſſerendum eſt, ad quod præmonendi eſtis, omnem conventionem aut promiſſionem ſerio, & deliberate factam efficacem eſſe a jure illo gentium, quod ex ratione naturali fluxit, fides enim, quæ verſatur in adimplemento promiſſorum, eſt fundamentum juſtitiæ, quæ corruit contempta fide, ut poſt Platonem & Ariſt. docet Cicer. *lib. 1. offic.* ex qua doctrina Ulp. in *l. 1. de pactis* dixit, nihil eſſe tam congruum humanæ fidei, quam ſervare pacta, & in *l. 1. de pecunia conſt.* grave eſſe fidem fallere, & Juſtin. in §. *per traditionem* 40. *inſt. de rer. div.* nihil tam naturale eſſe, quam ratam haberi voluntatem ejus, qui vult rem ſuam in alium transferre; fides autem ab eodem Cic. *ubi proxime* definitur *dictorum conventorumque conſtantia & veritas:* ergo qui non præſtat opere, quod verbis promiſit, infidelis eſt.

§. II. Promiſſa vero in duplici ſunt differentia, vel enim promittimus alicui id, ex quo ejus conditio fiat locupletior; vel id quod ſpectat ad honeſtatem ſine lucro, vel intereſſe alterius: primæ partis exempla ſunt, veluti ſi promiſi centum, vel domum ſtruere; ſecundæ ſi promiſi ad prandium, vel una tecum proficiſci Romam ſolius ſocietatis, & mutuæ converſationis gratia: pacta primi ordinis dant ex promiſſione alteri jus ad rem, ergo qui eam non implet, aufert quod alteri eſt quæſitum, & per conſequens non tribuit unicuique quod ſuum eſt, quæ eſt injuſtitia. *l. juſtitia* 10. *de juſt. & jur.* notat Grot. *de Jur. Bell. & Pac. lib.*

2. *cap.* 11. *num.* 3. & hæc pacta ſervare ad obligationem juſtitiæ pertinet, cujus officium in dando & reddendo cuique quod ſuum eſt conſiſtit. *d. l.* 10. docuit præclare Ariſtot. *lib.* 4. *ethic. tex.* 19. ibi: *non de eo loquimur, qui in conventionibus verax eſt, & in his, quæ ad juſtitiam & injuſtitiam pertinent; ſunt enim hæc alterius virtutis.* loquebatur Philoſophus de veracitate, & docuit fidem ſervare in pactis, non pertinere ad objectum veracitatis proprie, ſed magis ad objectum juſtitiæ: pacta vero ſecundi ordinis, ex quibus non reſultat intereſſe pecuniarium, non pertinent ad virtutem juſtitiæ ſed ad officia fidei & veracitatis, ne fidem frangamus, quæ etiam ſervanda eſt contra propriam utilitatem promittentem. Cic. *lib.* 5. *de fin.* pro qua parte fides & veritas continent ſpeciem juſtitiæ, quia verſantur circa bonum alterius, ut juſtitia; quare Divus Ambroſius *lib.* 2. *de offic. cap.* 29. pro eodem poſuit fidem & juſtitiam; itaque qui frangit fidem alteri in pactis primi ordinis, facit contra juſtitiam, qui vero illam frangit in pactis ſecundi ordinis, facit contra veracitatem, & utroque modo iniquus eſt ſecundum rationem naturalem. Pater Molin. *de juſt. & jur. tom.* 2. *tractatu* 2. *diſp.* 262. Juſtitia commutativa, quæ verſatur circa contractus, petit æqualitatem in reddendo unicuique ſuum debito modo, ergo qui ſic impler, æquus eſt, qui vero implere detrectat, iniquus eſt; igitur idem eſt, dicere pacta niti æquitate naturali in *l.* 1. *de pactis.* ac dicere, niti æqualitate juſtitiæ, quam efflagitat jus naturale, quo etiam in ſenſu jus dicitur ars boni & æqui in *l.* 1. *de juſt. & jur.* apud Horatium in *Arte*, & Ariſt. *lib.* 5. *Ethicorum cap.* 10. eritque per conſequens in hoc tractatu idem æquitas naturalis, & juſtitia naturalis, ut videntur ſentire Doaren. *de pactis cap.* 1. Ant. Fab. in *l. quod non ratione* 14. *de legib.* quamvis non diffitear, in aliis juris articulis varie *æquitatis* vocem uſurpari, ut latius pro more diſputat B. Ferd. de Mendoſa *lib.* 1. *diſp. de pactis cap.* 3. & noviſſime poſt alios Joannes Jacobus Wiſſembachius impiiſſimus hæreticus ex fermento Calviniſtarum, quem deleri oportuit ſpongia Sacræ Inquiſitionis, nec veſtris oculis permitti, *lib.* 1. *diſp. tit.* 2. Ex quibus apparet, quo ſenſo JCti dicant, æquitatis naturalis & fidei eſſe pacta ſervare, addendus eſt Mendoza *d. lib.* 1. *cap.* 4. qui late & ſolide hæc tractat.

§. III. Inde apparet, pacta & quaſcumque conventiones ex jure gentium obligationem producere, hoc eſt vinculum faciendi ſolvendique promiſſum. Apul. in *apolog.* ibi, *fides ſupremum rerum humanarum vinculum eſt.* Ariſt. *d. lib.* 4. *Ethic. cap.* 19. Cicer. *lib.* 1. *de offic.* quod JCti Romani, qui peritiſſimi fuerunt juris gentium, agnoſcunt, in primis Papinianus in *l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de ſolut.* docet ex pactis conventionibuſque obligationem naturalem naſci, per hoc argumentum; naturalis obligatio pacto, quod non eſt contra leges vel bonos mores, aut jurejurando tollitur ipſo jure, quia vinculum æquitatis, id eſt, juſtitiæ naturalis, quo ſuſtinetur, contraria æquitate conventionis diſſolvitur; tum ſic, nihil tam naturale eſt, quam eodem modo unumquodque diſſolvi, quo colligatum eſt. *l. prout* 80. *de ſolutionib.* ſed pactum tollit obligationem naturalem ipſo jure, ergo pactum illam inducit. *l. nihil* 35. *de reg. jur.* diſertiuſque idem docemur in *l. in his* 5. §. *Imperator de ſolut.* ubi ex pacto naturalis obligatio naſcitur, non minus quam ex implemento contractus innominati in *l. ſi operas* 25. *de præſcriptis verbis.* Triphoninus etiam in *l. ſi quod* 64. *de condict. indeb.* ubi decidit, dominum non poſſe repetere, quod ſervo promiſit, & poſtea ſolvit manumiſſo, quia fidei præſtatio antiquior eſt quam ſervitus, obligatio quippe a primævo jure gentium oritur, ſervitus vero a ſecundario. *l. manumiſſiones* 4. *de juſt. & jur.* agnovit etiam Joannes Saresbirienſis, quem miror ab auctoribus noſtris prætermitti, *lib.* 3. *polic.* ſive *de nugis curialium cap.* 11. cujus verba dabo §. *ſeq.* & procul dubio ſententia hæc verior eſt, & tenenda, quæ in noſtra ſchola communiter placuit, eamque ſundant latius Mendoza *d. lib.* 1. *cap.* 4. Donellus *lib.* 12. *cap.* 8. ubi Hillig. *lit.* G. Ant. Fab. in *l. juris gentium* 7. § *ſed cum nulla de pactis.* Cujac. in *l.* 1. *eod* tit. Duaren. ad *tit. de oblig. & act. cap.* 2. Mader. *cap.* 8. *animadv.* Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 11. Wiſſembachius *diſputationum juris civ. diſp.* 31. *num.* 11. Galv. *de uſufr. cap.* 16. licet in *fine* non recte ſenſerit de firmitate hujus obligationis; ſunt tamen qui contrarium male cenſuerunt, quos refert & improbat Hillig. *ubi proxime lit. H.*

§. IV. Sed quamvis jus Romanorum fidem in contractibus negotiorum egregie ſtatuerit, ut ait A. Gellius *lib.* 20. *noctium atticar. cap.* 1. tamen hac in parte non parum receſſit a jure gentium; ita enim jus civile efficitur, nec in totum recedendo a jure gentium, neque per omnia illud ſequendo. *l. jus civile* 6. *de juſt. & jur.* notant Donell. & Hillig. *lib.* 1. *cap.* 12. *lit.* E. Cujac. in *l.* 1. §. *hujus ſtudii de juſt. & jur.* ergo jus civile Romanorum contractibus efficaciam tribuit; pacta nuda prætermiſit, & in puris terminis obligationis naturalis reliquit, non prohibendo illa, ſed omittendo, itaque non erunt contra legem ſed præter legem. docet poſt alios Mendoza *lib.* 1. *diſput. cap.* 4. *num.* 37. 42. *& ſeq. & lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 2. & 5. hanc differentiam eleganter expreſſit Joannes Saresb. *d. lib.* 3. *policrat. cap.* 21. ibi: *licet enim nuda promiſſio apud juris, ut dicitur, peritos non pariat actionem, promiſſor omnis apud veritatem, ut dici ſolet, pollicem fixit, & jure civili ceſſante fidei naturaliter obligatur.* & inferius ibi, *quiſquis ergo promittit, debitor eſt, & veritatis urgente ſententia ſponſionis fidem compellitur implere.* nullus ſane hoc melius expreſſit quam auctor iſte; conſiſtit enim obligatio naturalis in coactione interna ex morſu conſcientiæ, & gravamine pudoris ſeu juſtitiæ, quæ læduntur, niſi ſtemus promiſſis: pariunt ergo naturalem obligationem, quam Romani non ſuſtulere, ſed non pariunt civilem, quia non conceſſerunt. *l. juris gentium* 7. *in princ.* & §. *ſed cum nulla de pactis.* Paulus *lib.* 2. *ſent. tit.* 14. §. 1. alludunt textus in *l. legem* 10. *l. in bonæ fidei* 13. *C. de pactis. l.* 3. *C. de uſuris. l. ſi tibi* 27. *C. de locato.* Seneca juxta jus Romanum intelligendus *lib.* 5. *de beneficiis cap.* 21. ratio eſt, quia voluerunt amputare cauſſas obligandi, ne ex multis conventionibus homines obligarentur: conſiſtit enim Reipublicæ ſalus in evitandis litium occaſionibus. *l. ult. pro ſuo.* maxime quia negari non poteſt, nudas conventiones plerumque pangi ſine plena animi deſtinatione, quam præſtiterunt Duarenus in *l.* 1. *de pactis.* Covar. in *cap. quamvis pactum parte* 2. §. 4. *num.* 13. Galvan. *d. cap.* 16. *num.* 11. ideo Socrates ſive Plato in *libris de Repub.* eadem ratione adductus ſancivit, ne efficaces eſſent conventiones in familiari ſermone factæ, ſed tantum illæ, quæ celebrarentur in foro ad id deſtinato, ut inprudentes evitarent laqueos obligationum, nec facile conſtringerentur promiſſis.

§. V. Romani igitur Platonis exemplo, quamvis ad contrahendum non deſtinaſſent forum, induxerunt tamen contractum ſolemnem, per quem alter alteri ſerio & deliberate promitteret, ut cauſſare non poſſet, ſine plena animi deſtinatione celebratum fuiſſe. Hæc dicebatur *ſtipulatio*, & peragebatur hunc in modum. Qui accedebant ſimul ad contrahendum, ſtipulam tenebant in manibus, quam frangebant, cum contractus peragebatur, & unuſquiſque fragmentum ſtipulæ ſibi ferebat, mox cum volebant agnoſcere ſponſiones ſuas, conjungebant ſtipulæ fragmenta, quæ ſi invicem inter ſe reſpondebant, ſignum dabant peractæ ſtipulationis. Div. Iſid. *lib.* 5. *orig. cap.* 24. *prope finem.* notant Mendoza *lib.* 1. *diſput. cap.* 13. *num.* 6. Pichard. in *rubr. hujus tit. num.* 4. Giphan. in *rubr.*

ff.

Digitized by Google

ff. eod. num. 2. accedebant etiam tabulæ, teſtes, & perſonæ publicæ, quæ auctoritatem præbebant actui, ut colligi poteſt ex *l. ſi quis ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus hoc tit.* & ex veteri inſtrumento, quod refert Briſſ. *lib.* 6. *de form. pag.* 581. Quin imo adeo frequens fuit redigere ad ſcripturas veteres ſtipulationes, ut conjecturam caperent Romani, ſtipulationem recte contractam fuiſſe ex eo ſolo, quod ſcriptum in inſtrumento inveniretur, promiſiſſe aliquem. Paulus *lib.* 5. *ſententiarum tit.* 2. §. 2. §. *ſi ſcriptum inſt. hoc tit.* utique ſi inter præſentes contractus celebratus fuit, alioquin inter abſentes ſtipulatio contrahi non poteſt. *l.* 3. *C. de inutilibus ſtip.* ceſſatque prædicta conjectura, ut docuit Paulus *ubi proxime*, & in *l. Titia* 134. §. *idem reſpondit penult. hoc tit.* ex quo intelligitur textus in *l. ea quæ* 56. *de don. inter vir. & ux.* ubi cautio, ſeu inſtrumentum emiſſum per uxorem marito de reddendo, quod acceperat ex donatione, ſi ipſa cauſſam divortio dediſſet, parit actionem & ſtipulatio appellatur, quoniam fuit emiſſa inter præſentes, ut cenſuit ibi Accurſ. & in *l.* 1. *C. de contrah. & comm. ſtip.* Cujac. ad *ſententias Pauli d. lib.* 5. *tit.* 7. ex adverſo in *l. Lucius* 25. *in princ.* & in *l. Publia* 26. *in fine ff. depoſiti.* extant epiſtolæ, quæ tantum pacta conventa continent, ergo difficile erit ſcire, quando ad præſentes, vel quando ad abſentes datæ ſint.

§. VI. Sed ut dignoſcatis differentiam, ſuperſunt aliqua indicia, epiſtolæ enim, quæ mittuntur ad abſentes, habent in limine ſalutationem per illud verbum *ſalutem*, & in extremo adprecationem per illud verbum *vale.* notavit Lipſius *de inſtitutione epiſtolica cap.* 8. licet ſalutatio aliquando omitteretur, ut de Alexandro tradit Plutarch. in *vita Photionis.* & ab eo Lipſius *ubi proxime.* itaque, ut cenſet Robertus a Gotfredo laudatus in *d. l.* 26. *in fine.* non eſt perpetuum ſignum epiſtolæ ad abſentes datæ, habere ſalutationem; ſed negari non poteſt, illum fuiſſe frequentiorem uſum, quo obſervato ſciendum eſt, in *d. l.* 26. ita legi: *Lucius Titius Semproniis ſalutem*, & eodem modo in *d. l.* 24. unde cum epiſtola ex vi proprii inſtituti ſit abſentium, ut probat Lipſius *ubi ſupra cap.* 2. facile deſumi poteſt conjectura, locutum fuiſſe Conſultum de epiſtolis ad abſentem datis; per contrarium ſalutatio deeſt in *d. l.* 56. quamvis male illam adjiciat Joannes *lib.* 1. *de epiſt. legalibus* §. 49. ex quo ſuſpicari valemus, ad præſentem miſſam fuiſſe more apud veteres recepto, alloquendi etiam præſentes per epiſtolas, quos *codicillos* appellabant. Suet. in *Aug. cap.* 84. Plutarchus in *Cæſare.* Tacitus *lib.* 4. *annal.* & ibi Lipſius *num.* 87. ut ceſſet admiratio Accurſ. de litteris ad præſentem miſſis, quaſi epiſtola ſemper ad abſentem mittatur: contra enim uſu evenit, ut notat Lipſius *d. cap.* 2. verum eſt tamen, in *d. l.* 56. epiſtolam ſumi pro cautione ſtipulationis ex uſu juris, quo plerumque ſtipulationes ad ſcripturam redigebantur. *l. juris gentium* 7. §. *quod fere* 12. *de pactis.* ut agnovit Duarenus *lib.* 1. *diſput. cap.* 45.

§. VII. Deinde maxima cura, & ſcrupuloſa diligentia in verbis exacta fuit, ut per eadem verba quis reſponderet, per quæ interrogaretur. Paulus *lib.* 2. *ſentent. tit.* 3. §. 1. *inſt. hoc tit. l.* 1. §. *verbis* 7. *l. obligamur* 52. §. *verbis* 2. *de obl. & act.* inde obligatio verbis contrahitur in *l. ſi rem* 12. *C. ſi certum pet. l.* 1. *de novat. l. græco* 8. §. 1. *de fidej.* ſive verborum ſolennitate in *d. l. ſi rem* 12. aut verborum conceptione in *l.* 1. §. 1. & §. *communis de ſtipul. ſerv. l.* 5. §. 1. *hoc tit. l. cum patrem* 19. *C. de jure dot. l.* 3. *C. de contr. & commit. ſtip.* conceptio autem verborum ſive concepta verba nihil aliud ſignificant, quam verborum ſeriem & conſonantiam a jure introductam pro forma iſtius contractus, quam contrahentes transgredi non poterant, veluti in nuncupatione teſtamenti apud Ulpianum in *fragm. tit.* 20. §. *in teſtamento* 9. & in legatis *tit.* 24. ejuſdem Ulpiani: & in heredis inſtitutione in *l.* 1. *de hered. inſt.* & in manumiſſionibus emancipationibusque ex optimis auctoribus Briſſon. *lib.* 1. *ſelect. antiq. cap.* 11. Rævard. *lib.* 4. *var. cap.* 9. Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 2. *num.* 3. & in mille exemplis, quæ congeſſit Briſſon. in ſuo elaboratiſſimo opere *de form. per* 8. *libros.* formula ergo in hoc contractu talis erat, *dabis? dabo:* vel *promittis? promitto:* vel *ſpondes? ſpondeo:* vel *fidejubes? fidejubeo.* Paulus *d. lib.* 2. *tit.* 3. Gajus *lib.* 2. *inſt. tit.* 9. vel 17. §. 3. §. *in hac re inſtis. hoc tit.* ideo græci abbreviatores Baſil. *lib.* 52. *Synopſis tit.* 1. vocant verba ſtipulationis σύμφωνα, id eſt, *ejusdem ſoni*, quia olim non aliter contrahebatur ſtipulatio utiliter, quam ſi per idem verbum interrogationis reſponſum redderetur, ut ſuadetur ex multis exemplis ſtipulationum, quæ ex Plauto adducit Briſſon. *lib.* 6. *de formul. pag. mihi* 560.

§. VIII. Poſtmodum tamen JCti, penes quos maxima auctoritas fuit in formulis & verbis ſolemnibus, ſive concipiendis ſive reformandis. *l.* 2. §. *deinde* 6. *& ſeqq. de orig. jur.* cœperunt uſu diſputationis paulatim rigorem ſtipulationis in hac parte relaxare; quo ſpectat Ulpiani diſputatio in *l. græce* 8. *de fidejuſſ.* docentis, fidejuſſorem obligari, ſive dixerit *fide mea eſſe jubeo, mando*, vel *dico*, vel *affirmo:* ita etiam in *l. blanditiis* 12. *C. eod. tit.* verbum græcum ποιῶ id eſt *facio*, ſufficiens eſt ad inducendam fidejuſſoriam obligationem, quæ ſtipulatione contrahitur. notant Alciatus *lib.* 1. *parerg. cap.* 3. Cujac. *lib.* 14. *obſerv. cap. ult.* valuit etiam ſtipulatio ex eadem ratione, ſi interrogatus *dabis?* reſpondeat inperſonaliter *dabuntur.* docent veteres & poſt eos Donell. & Hillig. *lib.* 14. *cap.* 36. *lit. G.* Giphan. in *l.* 5. *hoc tit. num.* 52. exempla affert Briſſ. *d. l.* 6. *de form. ubi proxime:* in quo ſtipulatio a conſtituto diſtat, quod per verbum inperſonale non celebratur, veluti ſi conſtituens dixerit *ſatisfiet, auth. ſi quando C. de conſt. pec.* ratio differentiæ eſt, quia in ſtipulatione præcedit interrogatio, quæ determinat rationem ad perſonam reſpondentis, & quando dixit *dabuntur*, cenſetur reſpondere de ſe, qui fuit interrogatus. Cæterum in conſtituto cum interrogatio non præcedat, ſed negotium incipiat ab eo, qui pro alio vel pro ſemet ipſo ſe ſoluturum conſtituit. *l.* 1. §. 1. *de pec. conſt.* non eſt, a quo determinetur verbum inperſonale, & ob id non valet. docet poſt Alciat. Giphan. *ubi proxime.* quam differentiam non percalluerunt veteres, & poſt eos Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. cap.* 3. *num.* 34. & ideo inutilem ceoſuerunt ſtipulationem conceptam inperſonaliter per verbum *dabuntur*, quam opinionem ſequuta fuit *l.* 2. *tit.* 2. *Part.* 5. ſed rationem non habet; inde etiam ortum habuit Ulpiani diſputatio in *l.* 1. §. *ſi quis ita hoc tit.* an valeat ſtipulatio, ſi interrogatus *dabis?* reſponderit *quid ni?* quia ſuppletur *dabo*; quamvis deſit verbum principale reſponſionis, ut apud Mart. *lib.* 11. *epigr.* 23. *v.* 3.

—— Decies mihi dotis in auro
Sponſa dabis, dixi: quid minus eſſe poteſt?

Probat idem *d. lex* 2. *Part.* 2. Valentia *d. tractatu* 4. *cap.* 3. *num.* 3. Pich. in §. 1. *hoc tit. num.* 6. Duar. Cujac. Donell. Giphan. in *d.* §. 2. ſic panlatim miteſcere cœpit rigor ſtipulationis auctoritate JCtorum, qui talis ab initio erat, ut illi contrahendæ adhiberentur Juriſperiti, qui ſolemnia verba conciperent, ne contrahentes errarent, ut ex Cicerone oſtendunt Cujac. in *l.* 1. *C. hoc tit.* Briſſ. *lib.* 6. *de form. in princ.*

§. IX. Verum quia JCti in una vel in altera formula diſputare & decidere quæſtionem potuerunt, non tamen in univerſum jus conſtituere, ut quæcumque verba ſufficerent ad ſtipulationem celebrandam, (hoc eoim excedit poteſtatem interpretum juris, & ſoli principi reſervatum eſt. *l.* 1. *C. de legibus.* obſervant Connan. *lib.* 1. *comment. cap.* 11. Donell. *lib.* 1. *cap.* 13. Wiſſembach *lib.*

1. *diſp. tit.* 2. *num.* 11.) ideo ut generaliter ſtatueretur, quæcumque verba ſufficere ad ſtipulationem, modo congruerent menti contrahentium, imperiali conſtitutione opus fuit, quam emiſit Imperator Leo in *l. omnes* 10. *C. hoc tit.* ſanciens, ſtipulationem obtinere firmitatem, etſi non ſolemnibus ſed quibuscumque verbis contraheretur, quæ conſtitutio refertur in §. 1. *inſt. hoc tit. l.* 2. *titulo* 11. *Part.* 5. ejusque mentem ſequutus Juſtinianus in §. *præterea* 5. *inſt. de inutil. ſtip.* dixi non eſſe neceſſe, cum, qui reſpondet, repetere omnia verba interrogantis, & ſatis eſſe, quæcumque verba proferre, ex quibus colligi poſſit congruus ſenſus, & in *l. ne in arbitris* 4. §. *ult. C. de receptis arbitris* aſſeruit, verba conſueta ſtipulationum, & ſubtilem obſervationem ab aula receſſiſſe, notandum eſt receſſiſſe ſolemnia verba & ſcrupuloſam obſervationem, ſed omnino verba non eſſe ſublata, uno verbo dicam, verba neceſſaria fuerunt, ſed non formula ſcrupuloſa poſt Leonem, quæ eſt communis & vera opinio in hac ſchola, quam tenent poſt veteres Valentia *ubi proxime cap.* 4. Pichard. in §. 1. *hoc tit. num.* 4. Giphan. in *l.* 1. *eod. num.* 24. Donell. & Hillig. *lib.* 14. *cap.* 36. Treutl. *vol.* 2. *ſelect. diſp.* 22. *theſi* 1. Galvanus *de uſufructu cap.* 18. *num.* 12. qui cum judicio rem explicat, a qua tamen receſſit perperam & ſine fundamento Mendoza *lib.* 1. *diſp. cap.* 13. *num.* 10.

§. X. Ultra verba requirebat ſtipulatio continuum actum interrogandi & reſpondendi. *l. continuus* 137. *hoc tit.* Continuus actus eſt, qui non intermittitur per extrema negotia & diſconvenientia ab ſtipulatione. Cæterum non eſt neceſſarium ſtatim reſpondere, ut ſtipulatio contrahatur, quia continuitas cum aliquo laxamento temporis accipienda eſt: ſed ſi integer dies excurrerit, ſtipulatio non valebit, quia in tanto intervallo temporis credibile non eſt, contrahentes ad extrema negotia non divertiſſe. *l. duos* 6. §. *ſed ſi. l. ſi ex duobus* 12. *de duobus reis.* Ex quo ſi interrogatus ſtatim habuit, & poſt diſceſſionem promiſit, non obligatur; debet enim fieri actus continuate, & in utriusque præſentia. *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* quemadmodum ſolemus dicere, in teſtamentis, in quibus teſtator & teſtes in uno loco perſeverare debent ſine intermiſſione, donec conteſtatio ſolemnis peragatur, ſive ut nos dicimus, *el otergamiento*, quia eſt actus continuus. *l. teſtamento* 20. §. *& veteres. l. heredes* 21. §. *ult. qui teſtam. facere poſ. l. hac conſultiſſima* 21. *l. cum antiquitas* 28. *C. de teſtam.* §. *ſed cum paulatim* 3. *inſt. eodem.* Theodoſ. *Novel. de teſtam.* 8. Pichardus in §. 1. *de teſtamentis num.* 32. Wiſſembach *lib.* 1. *diſp.* 7. *num.* 1. qui excipiunt caſum peſtis, in quo valet teſtamentum licet interrumpatur. *l. caſus* 8. *C. eod. tit.* unde ſi quis interroget & diſcedat, & mox reverſus promittat, valet ſtipulatio. *d. l.* 1. §. 1. *hoc tit.* quia ut ibi dicitur, medium intervallum non vitiat ſtipulationem, videlicet ſi ad extrema negotia digreſſus non fuit. *d. l.* 6. *de duob. reis.* utique ſi intervallum non fuiſſet magnum, videlicet unius diei. *d. l.* 12. *ejusd. tit.* ut ponunt Caſtrenſis & Jaſ. in *d.* §. 1. Hillig. ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 36. *lit. P.*

§. XI. Has omnes ſolemnitates tanti faciebat Hopperus ab Hillig. laudatus *d. cap.* 36. *lit. J.* ut exiſtimaverit, nullius eſſe momenti ſtipulationem, niſi ad acta redigeretur teſtato confectis ſcripturis & arrhis datis, quippe ſi verba ſola intervenissent, nihil a pacto differre ſtipulationem, ſed aperte decipitur, quia licet fateamur, majoris ſolemnitatis cauſſa & omnia ſtipulationi apponi ſolere, tamen propria illius ſubſtantia conſiſtit in interrogatione & reſponſione in continenti facta verbis ore prolatis. docent Donell. in *l. legem* 10. *num.* 11. *C. de pact.* Rævar. *lib.* 2. *var. cap.* 5. Mant. *de tacit. & ambig. convent. lib.* 14. *titulo* 10. *num.* 7. Ant. Gomez. *tom.* 2. *var. cap.* 9. *num.* 3. ubi alios adducit, hoc enim fuit ſymbolum & hujus contractus nota, qua a cæteris diſtinguebatur, ut docent Connan. *lib.* 6. *comm. cap.* 1. *a princ.* Giphan. in *l.* 1. *hoc tit. num.* 1. nec eſt cur Hopperus cauſſaretur, non eſſe differentiam inter conventionem & ſtipulationem, quia eſt maxima, ex verbis civilibus animus ſtipulandi & ſeſe obligandi dignoſcitur, qui non dignoſcitur ex alio modo conveniendi. *l. ſi ſtipuler* 35. §. *ult. hoc tit.* Quæſita enim fuerunt verba ſolemnia, ut ſic colligeretur deliberatus animus contrahendi, & ad id viſa fuerunt ſufficere. notat Donell. *ubi proxime, & lib.* 14. *cap.* 36. *in fin.* & Hillig. ad *eund. lib.* 12. *cap.* 11. *lit. E.*

§. XII. Ex his primo conſequimur, ſtipulationem contractum eſſe, quod mihi perſuadent textus in *l. certi condictio* 9. §. *quoniam* 3. *de reb. cred.* ubi inter contractus, ex quibus certi condictio naſcitur, enumeratur ſtipulatio ibi, *ſive verbis. l.* 1. §. 1. & §. *verbis* 7. *de oblig. & act. l. verum* 31. *de reg. jur.* ubi eleganti antitheſi opponuntur pacta ſtipulationibus, & pacta referuntur ad nudas conventiones, ſtipulatio ad contractus refertur, ut in *l.* 3. *de uſufr.* §. 1. *inſt. ejusd. tit.* ubi docemur, uſumfructum conſtitui pactionibus & ſtipulationibus, hoc eſt, contractibus non ſolemnibus & ſolemnibus, ut recte explicat Galvan. *de uſufructu cap.* 18. *per totum.* ſic quoque in *l. non ſolum* 33. *de oblig. & act.* traditur, vitiari ſtipulationem adjecta impoſſibili conditione, ut cæteri contractus vitiantur, quod etiam legitur in *l. ſemper* 34. *de reg. jur. l. in conventionalibus* 52. *hoc tit. l. eandem* 9. *de duobus reis.* Vivaque juris ratio hoc ipſum perſuadet, quia contractus eſt conventio efficax a jure civili ad producendam actionem, ut notatur vulgo ex *l. juris gentium* 7. *de pact.* Donellus *lib.* 12. *cap.* 6. Wiſſembach *diſput.* 31. *num.* 22. ſed illa definitio convenit ſtipulationi, quæ eſt efficax ad producendam actionem, ergo eſt contractus. docuerunt Petrus Greg. *part.* 3. *Syntagm. lib.* 24. *cap.* 1. *num.* 4. Ludov. Charond. *lib.* 2. *verofim. cap.* 7.

§. XIII. Neque obſtat textus in *l. Labeo* 19. *verſ. contractum de V. S.* ubi a Labeone, qui fuit verborum ſtudioſiſſimus, proponitur propria ſignificatio verborum *actum*, *geſtum*, *contractum*: *actum* eſt quod fit re, aut verbis, veluti mutuum, aut ſtipulatio; *geſtum*, quod fit re, nec ullis verbis indiget, veluti obligatio, quæ naſcitur ex adminiſtratione tutelæ, negotiorum geſtione, & ex cæteris cauſſis, ex quibus obligamur ex quaſi contractu, quæ enumerantur in *tit. inſt. de oblig. quæ ex quaſi contract. naſcuntur. Contractum* eſt res, ex qua naſcitur utrimque obligatio ſive conventio, qua invicem contrahentes adſtringuntur, veluti emptio, conductio, & ſocietas. Ex *hac l.* fere omnes veteres deducunt, ſtipulationem non eſſe contractum, eadem vero ratione idem deducere poſſent in mutuo, commodato, & depoſito, & cæteris negotiis, in quibus non intercedit utrimque obligatio; ne autem immoremur in refellendis aliorum dictis, dicendum eſt, verbum *contrahendi* ex rigoroſa proprietate ſignificare negotium, ex quo uterque ad obligationem trahitur, ut *conſenſus* ſignificat ſimul ſenſum, *concurſus* ſimultaneum curſum. Alberic. Gentil. in *d. l.* 19. in qua ſignificatione non accipitur frequenter in jure, cum nullus alius locus ſit, in quo ſecundum hanc ſignificationem accipiatur: Labeo autem interpretatus verba Edictorum Prætoris, in quibus hæc inveniuntur, *actum geſtum contractum*, ſubtilem ſignificationem præſtitit, ſed minus uſitatam: communis enim ſignificatio contractus comprehendit omnes conventiones a jure civili efficaces ad producendam actionem. *l. omnes* 20. *de judic.* itaque diſtinctio Labeonis, & ſubtilis ejus interpretatio tantum erit admittenda, quando acta inveniantur diſtincta a contractibus. Ego vero, quamvis acta & geſta diſtingui viderim in *l.* 1. *de offic.*

Procur.

Digitized by Google

Procur. Cæſ. & in *l.* 2. §. 1. *de curat. bon. dan.* numquam tamen alibi legi, diſtingui acta a contractibus: ita in effectu explicant, licet aliquomodo diſcrepent, Cujac. in *d. l.* 19. Mendoz. *lib.* 1. *diſput. cap.* 4. *num.* 33. *pag.* 108. Donell. & Hillig. *lib.* 12. *cap.* 6. Duaren. in *l.* 1. §. *& ideo de pact.*

§. XIV. Conſequimur ſecundo, ſtipulationem eſſe contractum nominatum, quod aperte probat textus in *l.* 1. §. *ult. de pact.* ubi poſtquam Ulp. docuit, nomen *conventionis* generale eſſe, adeo ut omnes contractus comprehendat, ſive re, ſive verbis, ſive conſenſu ſolo perficiantur, ſubjungit pleraſque conventiones tranſire in proprium, & peculiare nomen contractus: adjicitque exempla, ut ſtipulatio, emptio, locatio, & pignus. Non poteſt negari emptionem & conductionem contractus eſſe, & quidem nominatos. *l. juris gentium* 7. §. 1. *de pact.* ergo nec poterit negari de ſtipulatione, cum comprehendatur ab Ulpiano ſub eadem ſerie verborum & exemplorum: ſtat etiam pro hac parte viva & ſpirans juris ratio, quia innominati contractus dicuntur, quibus non eſt certa forma, per quam a cæteris diſtinguantur; nominati vero appellantur, qui habent certam formam, veluti emptio & venditio exigit ex altera parte pretium in pecunia numerata conſiſtens. §. *pretium* 2. *inſt. de emp. & vend. l.* 1. §. *ult. & l.* 2. *de contrah. empt. l. naturalis* 5. §. *at cum do de præſcr. verb.* idem in locatione & conductione. *l.* 2. *ff. locat.* dixi *lib.* 2. *opuſcul. ſect.* 1. *cap.* 1. addendus Hillig. ad Donell. *lib.* 12. *cap.* 10. *lit. B.* ſed ſtipulatio habet certam formam, qua diſtinguitur ab aliis contractibus, videlicet continuitatem & conceptionem verborum, ut nuper dixi; ergo eſt contractus nominatus. Docent Bartolus in *l.* 2. *in fin. C. de condict. ob cauſſ. datorum.* Alciat. in *rubr. hujus tit. num.* 28. Mendoz. *lib.* 1. *diſp. cap.* 13. *per totum.*

§. XV. Ex eadem forma colligitur, ſtipulationem contractum eſſe juris civilis, a Romanis introductum firmioris commercii cauſſa, ſequentibus fundamentis. Primo quia ex jure gentium ſolus, & naturalis conſenſus ſufficit, ut producatur obligatio, quod etiam valet in illis contractibus, quos jus civile approbavit, veluti in emptionibus, locationibus, & ſimilibus; ſed ſtipulatio requirit ſolemnitatem, ergo non eſt juris gentium: quod argumentum ex eo ſulcitur, quod nihil inventum eſt a jure gentium, quod egeat ſolemnitate. docet Galvan. *de uſufr. cap.* 18. *num.* 12. Secundo quia certum eſt, eſſe aliquos contractus a jure civili inductos, cum pleroſque & non omnes a jure gentium originem trahere doceamur in *l. ex hoc jure* 5. *de juſt. & jur.* §. *jus autem gentium inſt. de jur. nat.* ſed nemo dicet, rudes conventiones eſſe juris civilis; ergo nec dicet, ſolemnes eſſe juris gentium, quæ diſtinguuntur in *l.* 2. §. 1. *de oblig. & act.* Tertio ab effectu, nam ideo inducta fuit ſtipulatio, ut per eam confirmarentur conventiones, quibus robur jus civile præſtare noluit propter nuditatem conſenſus, ne ex quavis pactione homines obſtringerentur, ut dixi ſupra §. 5. ſed abſurdum eſt dicere, defectum juris gentium ab ipſo jure gentium ſuppleri, ergo dicendum eſt, inventionem ſtipulationis fuiſſe a jure civili, ut ſentiunt cum multis Hillig. ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 36. *lit. A.* Giphan. in *rub. ff. hoc tit. num.* 16. Rævar. *lib.* 2. *var. cap.* 5. Pichard. in *rub. inſt. hoc tit. num.* 15. Mendoz. *lib.* 3. *diſput. cap.* 1. *quæſtione* 1. *num.* 21.

§. XVI. Ab auctoritate & peculiaribus effectibus probatur ex §. *de conſtituta* 8. *inſt. de act.* ubi jure civili dicitur obligari, qui per ſtipulationem promiſit, jure autem Prætorio, qui conſtituit ſe ſoluturum quod debebatur, ex eadem cauſſa quidquid adquiritur per ſtipulationem, jure civili adquiri dicitur in *l. ea quæ* 53. *de adquir. rer. dom.* juncta *l. ſtipulatio* 38. §. *alteri hoc tit.* ſic quoque in *l. pen. de ſolut.* acceptilatio dicitur civilis modus tollendæ obligationis, & in *l. ex diverſo* 17. §. 1. *ſol. matr.* dicitur ſtipulatio jure civili obligare, quia quod de modo contrahendi dicitur, facile ad modum diſtrahendi accommodatur. *l. prout* 80. *de ſolut. l. nihil* 135. *de reg. jur.* item in *l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus verſ. ſupereſt hoc tit.* traditur obligationem, quæ in mutuo ex numeratione naſcitur, naturalem eſſe, non quia jure civili admiſſa non ſit, ſed quia ex naturali & juris gentium contractu naſcitur, at vero obligationem, quæ naſcitur ex ſtipulatione, dicitur eſſe juris civilis, ergo ideo, quia contractus civilis eſt. Fit etiam inde, ut ſervus obligari non poſſit ex ſtipulatione, ideoque nec fidejuſſor accipi poteſt. *l. de die* 8. §. *ſi ſervus* 2. *qui ſatisdare cogant.* cum fidejuſſio olim ſine ſtipulatione celebrari non poſſet. *l. blanditiis* 12. *C. de fidejuſſ.* de quo dixi in *tract. de fidejuſſ. cap.* 4. §. 19. nec novare. *l. in perſona* 30. § 1. *de pact.* ubi ſi ſervus promittit novandi animo, quod alter debet, inutiliter contrahit. §. *præterea inſt. quib. mod. tol. obl.* novatio enim non fiebat niſi per ſtipulationem, ut cum aliis obſervat Petrus Barb. in *l. ſi cum detera* 23. *num.* 5. *ſoluto matr.* deportatus etiam, quia incapax eſt eorum, quæ juris civilis ſunt. *l.* 3. *l. inter pœnas* 6. *l. deportatus* 15. *de interd. & releg.* ſtipulari non potuit, adeo quidem ut, ſi conditio ſtipulationis veniat, dum promiſſor eſt deportatus, non obligetur. *l. quoties* 14. *de novat.* quam ſic recte accipit Cujac. in *l.* 1. *hoc tit.* quamvis contradicat Giphan. in *rubr. num.* 20. devenit enim ad caſum, a quo incipere non poſſet, contra regulam textus in *l. ſi pluribus* 140. §. *etſi hoc tit.* quæ omnia prætermittere non licet, licet ex profeſſo tractentur a Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 1. *num.* 15.

§. XVII. Nec obſtat textus in *l. an inutilis* 8. §. *ult. de acceptil.* qui facto argumento a diſtractu ad contractum videtur probare, ſtipulationem eſſe juris gentium: ſententia hæc eſt, ſi filius per ſtipulationem promittat, ipſe quidem obligatur, filius enim familias ex omnibus cauſſis tanquam pater obligatur. *l. filius* 39. *de obl. & act.* patrem vero non obligat, quia pater per filium obligationem adquirere poteſt, non vero obligari; niſi quatenus in peculio eſt. *l. cum filius* 99. *hoc tit.* poteſt quippe melior conditio patris fieri per filium, ſed non deterior. *l. melior* 133. *de reg. jur.* ex quo infert Conſultus, filium, qui obligatus fuit, poſſe per acceptilationem liberari, quia fuerat obligatus. Infert quoque, patrem liberari non poſſe, quia liberatio præſupponit præcedentem obligationem, a qua non obligatus liberari non poteſt. *l. & per jusjurandum* 13. §. *tutor* 10. *de acceptilat.* juncta *l. decem* 116. *hoc tit.* hæc cum de filiofam. diſputaſſet, ſubjungit poſtea de ſervo, poſſe eum per acceptilationem liberari, quia ſervus ſpondens ex cauſſa peculiari & ipſe obligatur. *l. ſervi* 14. *de obl. & act.* & dominum obligat, quatenus in peculio eſt. *l. in perſona* 30. §. 1. *de pactis. l.* 3. §. *ſervus* 5. *de peculio. l. ſervus* 19. *de fidejuſſ.* ergo una acceptilatione & ſe & dominum liberat, quia ut ſervus poteſt domino adquirere actionem, ita poteſt adquirere liberationem. *l. ſi debitor* 63. *de ſolution. l. ſpecies* 11. *de acceptil.* Hic eſt ſenſus illorum verborum, *tolluatur etiam honorariæ actiones, ſi quæ ſunt adverſus dominum*; quales ſunt de peculio, de in rem verſo, & ſimiles, quæ cum ex ſervi contractu originem trahant, ſublato illo tolluntur: ſed etſi ſervus ipſe ſolus obligatus ſit ex contractu non peculiari, poteſt etiam per acceptilationem liberari, utrumque enim caſum complexus fuit Conſultus, ut conſtat ex illis verbis, *ſi quæ ſunt*; ponit quippe, accidere poſſe, ut dominus non ſit obligatus, vel quod ſit, & æqualiter in utroque caſu fatetur, ſervum obligatum poſſe accepto rogare. Obligatur autem ſervus citra caſum peculii, non quidem per ſtipulationem, ut dixi *ſuperiore* §. ſed ex cæteris conventionibus ſi-

ris gentium. *d. l. ſervi* 14. & licet ſervus tunc obligatus non ſit, tamen per acceptilationem poteſt liberari; inducta enim fuit Aquiliana acceptilatio, & per eam inventus modus, quo omnis obligatio tolleretur. *l. Aquiliana* 4. *de tranſact. l. & uno* 18. §. 1. *de acceptil.* §. *præterea inſt. quibus mod. tollitur oblig.* cum ergo Cujac. rationem redderet, quare ſervus per acceptilationem poſſit liberari, ſive cum domino ſive ſolus ipſe obligatus eſſet, oppoſuit hæc verba, *quia hoc jure utimur, ut juris gentium ſit acceptilatio.* quaſi apertius diceret, omnes obligationes ex quocumque contractu provenientes acceptilatione tolli, quia juris gentium eſt. Cujus rei aliud ſignum præſtat, quod græca & quacumque lingua poteſt celebrari, ut ſtipulatio. *l.* 1. §. *ult. hoc tit. l. græce* 8. *de fidejuſſ.* cum alioquin, quæ meri juris civilis ſunt, non niſi Romana lingua celebrentur. *l. decreta* 48. *de re jud.* in cujus ſelectione notavi tunc: ſic acceptilatio eſt diſtractus verbosum obligationis eadem ſolemnitate ex adverſo conſtans. *l.* 1. *de acceptil.* ſed diſtractus eſt juris gentium ergo & contractus: facile tamen & vere reſpondent poſt Accurſ. noſtri interpretes, acceptilationem juris civilis eſſe forma & origine, ſed poſtquam ad omnia negotia accommodata fuit, ut eſſet modus tollendæ omnis obligationis, cœpiſſe reputari juris gentium uſu & approbatione, quia ab omnibus communiter abrepta fuit, & ideo Ulpianus dixit, *hoc jure utimur*, ſignificans ſua ætate juris gentium eſſe, quaſi aliud eſſet antea; ita explicuerunt Valentia *d. cap.* 1. *num.* 36. Ant. Fab. in *Juriſprud. Papin. tit.* 2. *princ.* 4. *illat.* 1. & *princ.* 5. *illat.* 4. Giphan. in *rubr. hoc tit. num.* 19. quamvis aliter expoſuerint Grotius *de jur. bell. & pac. lib.* 2. *cap.* 4. §. 4. & Galvan. *de uſufruct. cap.* 16. *num.* 14.

§. XVIII. Ille quoque rigor & forma ſtipulationis efficit, ut ſit ſtricti juris, quod latius erit examinandum, quia leviter ab auctoribus tractatur, & quia utilius difficiliusque eſt in hac materia: videtur dicendum, ſtipulationem eſſe bonæ fidei ex ſequentibus. Primo quia differentia inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris eſt, quod in illis venit non ſolum, quod expreſſe dictum fuit inter contrahentes, ſed etiam id, de quo cogitatum, veluti ſi vendis & tradis mihi domum, & ego tibi pretium non ſolvi, licet de uſuris dictum non fuiſſet, tamen ſi moroſus extiti, non tantum teneor ad pretium, ſed etiam ad uſuras ex mora, quia probabiliter debuimus cogitare, ut emptor, qui gaudet rem emptam, reſarciat venditori detrimentum præſtando uſuras. *l. pupilli* 6. §. *ult. cum l. ſeq. de neg. geſt. l. qui per colluſionem* 49. §. 1. *de act. empt. l. quærs* 54. *locati. l. curabit* 5. *C. de act. emp.* ſic ſimiliter, ſi ex judicio bonæ fidei debeo centum Hiſpali, nec ibi ſolvo, venit in actione intereſſe, quia qui expreſſe pepigit in aliquo loco ſolvere, cogitavit per conſequens de intereſſe refundendo, ſi in illo loco ſolutum non fuiſſet. *l. in bonæ fidei* 7. *de eo quod cert. loco.* per contrarium in actionibus ſtricti juris ſolum venit, quod dictum fuit; nec ultra extenditur judicium, veluti ſi mutua dedi centum ſolvenda, aliquo die præfinito, neque de uſuris expreſſe cautum fuit, uſuræ ex mora non debentur, quia condemnatio excedere non poteſt dictum a contrahentibus. *l.* 3. *C. de uſur.* idem dicendum eſt, ſi certo loco pecunia ſolvenda ſit, quia ex vi judicii ſtricti non creſcit obligatio ad intereſſe; idcirco opus fuit actione arbitraria, per quam rigor ſtricte laxaretur. *l.* 2. §. *ult. de eo quod certo loco.* quam differentiam inter actiones bonæ fidei & ſtricti juris notant Covarr. in *reg. poſſeſſor part.* 2. §. 6. *num.* 4. Menoch. *de arbitr. caſu* 3. *num.* 20. & 21. Duaren. in *l. juris gentium* 7. §. *& ideo de pactis.* & ad tit. *de in litem jur. num.* 12. Cujac. *lib.* 12. *quæſt. Pap.* in *l. ſi culpa* 63. *de rei vindic.* & *lib.* 28. *Pauli ad Edictum* in *d. l. in bonæ fidei* 7. ubi Donell. & Ant. Fab. idem *lib.* 15. *conject. cap.* 1. & *de erroribus Pragm. decad.* 9. *errore* 1. Ræward. *de auct. prud. cap.* 3. & *ſeqq.* Wiſſembach *diſp. juris civil. tit.* 45. *num. ult.* & *titulo* 46. *per totum.* Pich. in §. *actionum* 28. *quæſtione* 6. *inſt. de act.*

§. XIX. Sed in ſtipulationibus non tantum venit, quod expreſſe dictum eſt, ſed extenduntur magis magiſque verba contrahentium, ut valeant. *l. quotiens* 80. *hoc tit. l. ſemper* 34. *de reg. jur.* unde interdum capiunt ex re ipſa dilationem, quamvis appoſita a contrahentibus non ſit. *l. interdum* 73. *hoc tit.* & ad mentem atque cogitationem ſtipulantium reſpicere jubemur in *l. ſi mihi* 110. §. 1. & in *l. ſeq. l. ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus in fin. hoc tit.* ergo ſtipulatio laxæ naturæ eſt, & per conſequens bonæ fidei.

§. XX. Secundo ſic argumentor, ſi aliqua cauſſa poteſt dari generaliter, ex qua alii contractus ſint bonæ fidei, alii ſtricti juris, eſt quod omnes contractus ultro citroque obligatorii ſunt bonæ fidei; eſt enim æquum & rationi conſentaneum, ut quod ego exigo ab adverſario, invicem illi præſtem, veluti ſi emi, exigo ut ſine mora res mihi tradatur: ergo idem debeo præſtare, nempe ut, ſi moroſus ſim in ſolvendo pretio, dependam intereſſe, & generaliter, ſi cupio ut alter mihi obligatus ſit ad bonum & æquum, ſic ſimiliter me debeo præſtare obligatum. docet ex communi Pich. in *d.* §. *actionum quæſtione* 2. *num.* 12. quod etiam militat in commodato, depoſito, tutela, & ſimilibus, ex quibus, etſi utrinque actiones directæ non naſcantur, naſcuntur tamen directa & contraria, per quas invicem contrahentes a ſe exigunt, quod alter alteri præſtari cupit; nam contrariæ actiones bonæ fidei ſunt, ut docent recte contra Hotmanum Bachovius *de action. diſp.* 6. *theſ.* 7. & *diſp.* 8. *theſ.* 14. Wiſſemb. *d. tit.* 45. *num.* 55. per contrarium mutuum, ex quo accipiens tantum obligatur, ſtricti juris eſt, ut vulgo docemur tunc, ſic ſtipulatio eſt ultro citroque obligatoria, ut probari poteſt ex *l.* 1. *de acceptil.* ubi acceptilatio ſolvit utrumque, quia ſtipulatio utrumque ligavit, ergo ſtipulatio bonæ fidei eſt.

§. XXI. His tamen non obſtantibus ſequenda eſt communis opinio, quæ docet, ſtipulationem ex ſe ſtricti juris eſſe. Primo, quia Juſtinianus in §. *actionum* 28. *inſt. de act.* omnia judicia bonæ fidei recenſuit, ſed non recenſuit ſtipulationem, ergo eſt ſtricti juris, recenſuiſſe autem omnes bonæ fidei actiones, communis & vera opinio eſt, quam poſt gloſſam & communiter doctores ſequuntur, Pichard. in *d.* §. 28. *quæſtione* 3. Wiſſemb. *d. tit.* 45. *num.* 55. probatur etiam ex præclaro loco Ciceronis in *oratione pro Roſcio.* ubi tradit, tres tantum ſpecies eſſe obligationis certæ, id eſt ſtrictæ, mutuum, ſtipulationem, & penſilationem, ergo ut mutuum ita ſtipulatio ſtricti juris eſt; diſerta etiam ſunt verba Sever. Boëthii *comment.* 6. *in topica Cicer.* ibi: *in bonæ fidei judiciis judices non ſtrictas inter litigantes ſtipulationes, ſed bonam fidem quærunt.* ubi notandum eſt, antonomaſtice ſtipulationes poſuiſſe pro omnibus judiciis ſtricti juris, quaſi illa præcipua ſit inter contractus hujus naturæ. Deinde quia Juſtinianus in *l. unica* §. *ſed etſi* 2. *C. de rei uxor. act.* & in §. *fuerat autem* 29. *inſt. de act.* expreſſe fatetur, ſtipulationem ſtricti juris eſſe, & favore dotium induxit, ut quæ celebratur ſuper reſtitutione dotis, vel quæ fingitur interveniſſe dotium favore, quamvis non celebretur, bonæ fidei ſit: hujus transformationis effectus eleganter explicat magnus præceptor meus Dominus Ramos in *d.* §. *ſed etſi a princ. usque ad num.* 8. & per adverſum idem probatur ex *l.* 3. §. *præterea* 2. *C. de jur. dot.* ubi Juſtinianus favore maritorum conſtituit, ut transacto biennio ſolverentur illis uſuræ trientes, id eſt, quatuor pro centum dotis promiſſæ & non traditæ, cum antea uſuræ non deberentur, niſi in ſtipulationem deductæ fuiſſent a maritis. *l.* 2. *C. de dotis promiſſione.* quod neceſſarium eſt in judiciis ſtricti juris. *l.* 3. *C. de uſur.* ita has leges accipiunt

[illegible] [illegible] in *d. l. ult.* Cujac. & Wiſſembach *ubi proxime num.* 59. non quia ſtipulatio interpoſita a marito bonæ fidei facta ſit a Juſtiniano in *d. l. ult.* ut facta fuit ſtipulatio uxoris in *d. l. unic.* ſed quia bi[illegible] tempus ſufficiens fuit ad puniendam moram ejus, qui dotem promiſit, ut cum aliis docet Petrus Barboſ. in *l. de diviſione* 5. *num.* 40. & 76. *ſoluto matrim.* Denique pro hac parte [illegible] allegatur textus in *l. quidquid* 99. *hoc tit.* ubi [illegible] ait, omiſſum cenſeri, quod expreſſe dictum non eſt, cum agitur de adſtringenda obligatione per ſtipulationem, ergo ſtipulatio non eſt laxæ naturæ ſed ſtrictæ.

§. XXII. A ratione juris ſuadetur ſequenti conſideratione quia judicium ſtricti juris melius reputatum fuit quam judicium bonæ fidei; quippe judicium bonæ fidei præbet judici amplam poteſtatem arbitrandi ex bono & æquo, in quo plerumque prætextu juris ſcientiæ pernicioſe erratur, ut JCtus ait in *l. ſi ſervum* 91. §. *ſequitur* 3. *hoc tit.* notat Ant. Fab. in *Juriſprud. Papin. tit.* 1. *principio* 2. *illat.* 1. Judicium vero ſtricti juris adſtringit judicem formulæ, a qua ei recedere non licet: eleganter Seneca *lib.* 3. *de beneficiis cap.* 7. a quo notavit Revardus *de auctor. prudentum cap* 3. meliusque viſum fuit ſortiri judicem adſtrictum formulæ, quam arbitrarium cenſuit Cujac. in *l.* 1. *C. hoc tit.* & in *l.* 1. *in princ. C. de rei uxoriæ act.* & in §. *actionum* 28. *inſt. de act.* communiterque in hac ſchola ſuſtinetur, & merito, quia actio bonæ fidei eſt tanquam regula leſbia, quæ cum fuiſſet plumbea accommodabatur lapidi, per contrarium ferrea, cui comparo judicium ſtrictum, eſt, cui lapis accommodari debet: ita de regula leſbia Ariſtot. *lib.* 5. *Ethic. cap.* 10. Eraſmus in *chiliad. cent.* 5. *adagio* 99. ſed ſtipulatio inventa fuit cauſa confirmandi & ſtrictius ligandi negotia, quibus accedebat. *l.* 5. §. *conventionales hoc tit.* ergo producere debuit actionem ſtricti juris, ut magis magisque obligationis vinculum adſtringeretur, ut cogitavit Cujac. in *d. l.* 1. *hoc tit.*

§. XXIII. Ab effectibus differentiarum inter utrumque judicium idem ſolidiſſime fundatur ex ſequentibus. Primo ex *l. videamus* 38. §. *ſi a* [illegible] 7. *cum ſeqq. de uſur.* [illegible] docetur, in actione ex ſtipulatu non venire fructus rei promiſſæ, niſi a lite conteſtata, in actionibus vero ex empto & pro ſocio venire a die contractus, quæ differentia deducitur ex *l. Julianus* 13. §. *ſi fructibus* 10. *de act. emp.* juncta *l. ſi filius* 8. §. 1. *hoc tit.* notant Cujac. *tractatu* 7. *ad Afric.* in *l. quæſitum* 37. *de uſufructu.* Pichard. in *d.* §. *actionum quæſtione* 7. Donell. *de fructibus cap.* 3. addendus etiam E[illegible] bar *tom.* 2. *de ratioc. comput. ult.* deinde contractus bonæ fidei dolo dante ei cauſſam initus ipſo jure nullus eſt. *l. & eleganter* 7. §. 1. *de dolo. l.* 3. §. [illegible] *ſocio. l. in cauſæ* 16. §. *item ſi* [illegible] *de minor.* ut vero dolus dans cauſſam contractui ſtipulationis non reddit illum nullum, ſed oppoſita exceptione elidit: *l. ſi quis cum alter* 36. *hoc tit. l. dolo* 5. *C. de inut. ſtip. princ. inſt. de except.* docent Claſſici, & præcipue Giphanius in *d. l.* 36. Revard. *lib.* 2. *vari cap.* 5. Valentia in *epiſtolicis ad Fab. epiſtola* 9. *exercitatione* 42 *num.* 6. [illegible] in actionibus bonæ fidei juratur in litem. *l.* 5. *de in litem juran.* ſed in actione ex ſtipulatu non [illegible] in litem jurari, niſi quando in ceteris ſtrictis judiciis. *d. l.* 5. §. *ult. cum l. ſeq.* ubi Donell. & *lib.* 26. *cap.* 8. & 10. ubi Hilig. *lit.* F. Pichard. *ubi proxime quæſtione* 12. ubi docent, hoc juramentum in ſtrictis judiciis non eſſe æſtimatorium litis ad arbitrium jurantis, ſed taxatorium de veritate dicenda; tandem quia olim in actione rei uxoriæ, quæ optimæ fidei fuit. §. *fuerat* 29. *inſt. de act.* ſi æſtimatis rebus in dotem datis pacto in continenti convenisſet, ut tantundem æſtimatæ res redderentur, partus ancillarum manebant penes maritum. *l. ſi inter* 21. *C. de jure dotium. l. penult.* §. *mancipia ſoluto matrim.* quia cum pactum hoc non eximeret maritum ab omnimodo periculo, quod alioquin per æſtimationem rerum dotalium ſubiit. *l. plerumque* 10. *de jur. dot. l. æſtimatis* 50. *ſolut. matr.* cum viſum fuit, ut in compenſationem periculi partus ancillarum ipſius lucro cederent, verum enim eſt, prædictam pactionem efficere, ne res dotales eſſe deſinant, quamvis ſint in fructu. *l. cum poſt* 69. §. *cum res de jur. dot. l. unic.* §. *cum qui* [illegible] *ſtipulatu C. de rei uxor. act.* & per conſequens uxoris manere; unde ad eam ſtricto jure partus ſpectare debebant, ut non ſint in fructu. *l. vetus* 68. *de uſ. fr.* ſed æquitas temperavit ſummum jus, ut maritus pro periculo retineat partus in actione rei uxoriæ propter optimam fidem; quando vero actione ex ſtipulatu petebatur dos, licet periculum ad maritum ſpectaret, non retinebat partus, ſi extabant petebanturque ab uxore ancillæ, ſed uxori reſtituendi erant, cum eſſent ex ancillis dotalibus procreati. *l.* 1. *C. ſolut. matr.* quia in actione ſtricti juris nulla poteſtas erat judici arbitrandi ex bono & æquo, ut præſenſit Cujac. in *d. l.* 1. & accurate docuit Magnus præceptor meus Dominus Ramos in *d.* §. *ſed etſi num.* 6. hodie tamen bonæ fidei facta ſit ſtipulatio pro dote, ut dixi ſupra §. 21. a marito retinentur partus. *d.* §. *cum qui.* Contrarium vero apud nos ſervatur ex *l.* 20. *titulo* 12. *Partit.* 4. quia Regi noſtro antiquior fuit mulierum favor, quam qualitas actionum bonæ fidei, & ideo in hac ſpecie partus reſtituuntur uxori; in quo lapſus fuit Doctiſſimus alioquin Covarr. in *practic. cap.* 28. *num.* 3. *in fin.* Hæc ſunt fundamenta, quibus probatur, ſtipulationem eſſe contractum ſtricti juris, quæ apud nullum potui invenire, licet ſit omnium communis hæc doctrina.

§. XXIV. His poſitis parum obſtant contraria, quorum primo ut ſatisfaciam, diſtinguendus eſt contractus ipſe ab obligatione, quam producit, quia ut contractus valeat, verba latius recipiuntur, & ex mente contrahentium accipiunt interpretationem, inſpecto eo, quod inter contrahentes veroſimiliter agebatur, quia in dubio verba ita interpretanda ſunt, ut aliquid operentur. *l. ſi quando* 109. *de leg.* 1. late Barboſ. *axiom.* 229. *num.* 11. *cum ſeqq.* ex quo auctores noſtri deferunt interpretationem ad *d. l. ſi ſtipulatus* 115. *hoc tit.* u[illegible] qui ſtipulatur, ut ſibi liceat aliqua [illegible] uti, vel ire agere per illam [illegible] iam, quamvis [illegible] ſolus meminerit, tamen latius verba accipiuntur. Primo ut contineant uxorem, quæ eſt domus [illegible] ſive ſumi ſocia, ut inquit Ariſt. *lib.* 1. *polit. cap.* 2. & in *l.* 1. *de ritu nuptiarum. l. adverſus* 4. *C. de crim. expil. hered.* ex quo in uſu domus cum marito comprehenditur in *l. ceterum* 4. §. 1. alioque perſonæ familiares in *ll. ſeqq. de uſu & habit.* item in uſu itineris comprehenduntur ſervi & omnes, qui nomine ejus eunt per ſundum ad opus rurales, alioquin ſi verba ſtricte, ut ſonant, ſumerentur, inutilis & damnoſa eſſet ſtipulatio, cum uxore & miniſtris carendum eſſet, ut [illegible] Petrus Surdus *de aliment. titulo* 9. *quæſtione* 16. *num.* 60. Menoch. *conſ.* 122. *num.* 48. & *conſ.* 373. *num.* 8. Barboſ. *ubi proxime.* ſic etiam ſi ſtipuler ab homine veſtem, qua ſolet uti, muliebris etiam debetur, ſi illa frequenter uſus fuit. *d. l. ſi mihi* 110. §. 1. *hoc tit.* Cujac. in *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *hoc tit.* Petrus F[illegible]b. *lib.* 1. *ſemeſtr. cap.* 15. in verbis enim potius inſpicitur mens quam ſonus. *l. non omnis* 19. *de reb. cred. l. non aliter* 69 *de leg* 3. ex quibus fluit intellectus ad *legem quoties* 80. *hoc tit.* ubi docemur, in ambiguo ſenſu ſermonis illum ſumendum eſſe, quo magis ſtipulatio ſuſtineatur, & qui aptiſſimus ſit contractui, ut poſt Accurſ. & Claſſicos explicat Alciat. in *d. l.* 80. addendus etiam Petrus Fab. in *l. in teſtamentis* 12. *de reg. jur.* at vero ubi contractus valet, tunc actio, quam producit, ſtricti juris eſt; verba enim laxantur, ſive adſtringuntur ut aliquid faciant contrahentes, & perfecto contractu ſtipu-

lationis obligatio ſtricti juris eſt, ut indicavit potius quam docuit Giphan. in *d. l. quidquid* 99. *titulo* 4.

§. XXV. Majorem operam expoſtulat ſecundum argumentum & quæſtio, utrum ſtipulatio ſit contractus ultro citroque obligatorius, ut emptio, locatio, ſocietas, an μονόπλευρος ſeu ea altera tantum parte obliget, ut mutuum: ſane ea vi & propria natura ex una tantum parte obligat; alter enim ſtipulatur alter promittit, ex quo unus eſt creditor alius eſt debitor, quare inter contractus reciprocos non enumeratur in *l. Labeo* 19. *de V. S.* ex accidenti tamen, id eſt, ratione materiæ ſubjectæ poteſt aliquando eſſe ultro citroque obligatorius. ſi ergo ex propria natura ſtipulatio unum tantum ligat, cur acceptilatio dicitur liberatio ab utroque nexu? Accurſ. & veteres, quos ſequuntur Donell. *lib.* 16. *comment. cap* 21. Wiſſemb. ad *tit. de acceptil. num.* 1. reſponderunt, intelligi de creditore & debitore, nam cum diſſolvatur obligatio, uterque deſinit eſſe talis, & ſimul utrique contingit liberatio: eſt enim obligatio quadantenus creditore, nempe ne moroſus ſit. *argum. l. pupilli* 6. §. *ult. de neg. geſt.* juncta *l. quoties* 9. §. *ficus* 5. *de administrat. tutor.* ſed hæc ſolutio præceps eſt, quia verba nexus & vinculi tantum ad obligatum referuntur. *princ. inſt. de oblig. l.* 3. *de oblig. & act.* refellendus etiam eſt noviſſime Barthol. Cheſius *lib. ſing. interpr. cap.* 47. qui *prædictam l.* 1. ſingulariter accepit de acceptilatione, qua liberantur duo rei in ſolidum obligati, motus inſcriptione ejuſdem; quæ eſt *Modeſtini lib.* 2. *reg.* ex quo deſumitur etiam *lex* 1. *de duob. reis.* & ideo culpavit Tribonianum, qui ſingularem regulam pro generali definitione acceptilationis nobis obtrudit: ſed hæc explicatio nec menti JCti nec ejus verbis quadrat; quia ſi de duobus reis loqueretur, non diceret competere utrique liberationem; ſed ambobus, præterquam quod in inſpecta eſt interpretatio, ideo Revar. in *l. nihil* 35. *de reg. jur.* & Hotman. *lib.* 8. *obſerv. cap.* 18. illa verba non accipiunt generaliter, ne ſemper acceptilatio liberet ab utroque nexu, ſed aliquando, veluti in acceptilatione Aquiliana, in qua per ſtipulationem promittitur, quod ex alio contractu debebatur, liberaturque reus per illam a duplici obligatione vetere, & nova. §. *eſt autem* 3. *inſt. quib. mod. tollitur oblig.* unde reſultat interitus duplicis nexus: ſed etiam hæc expoſitio non convenit verbis JCti, qui non loquitur de duplici ſed de utroque nexu, quare Cujac. *lib.* 5. *obſerv. cap.* 36. melius rem explicant, ſupponens agi de quacumque ſtipulatione, etiam de ea, quæ poteſt ſub ſe comprehendere obligationem ultro citroque; veluti ſi vendidi, nec tradidi domum, & venditor non ſolvit pretium, vel ſi duo ſocii invicem ſibi tenebantur, & ab omni debito omnique ratione volunt liberari per acceptilationem, neceſſe eſt ut invicem promittant, qua parte debent, & invicem ſtipulentur, qua parte creditores ſunt; & tunc utrique contingit ab eodem nexu ſolutio. Hic intellectus in ſe verus eſt: ſed tamen explicatione indiget, quæ ex ſequenti inſpectione dilucide apparebit.

§. XXVI. Notandum ergo eſt, ſtipulationem ſortitam fuiſſe nomen a robore, ſive quod idem eſt a *ſtipulo*, quod veteres firmum appellabant, quaſi deſcendens a *ſtipite* ſive trunco arboris; illa enim pars robuſtiſſima eſt, ut Paulus docuit *lib.* 5. *ſentent. titulo* 7. §. 1. Juſtin. *princ. inſt. hoc tit.* ſed Varro *lib.* 4. *de ling. lat.* derivavit a *ſtipe* ſive *ſtipando*, & obſervo *ſtipandi* verbum ſignificare per metaphoram addere firmitatem; cum enim proprie ſignificet, componere & aggerere ligna & res quaſcumque, quæ ſuo ordine collocantur, per tranſlationem ſignificat unum alii adjicere, ex quo utrumque roboretur, ut ex Horat. *lib.* 2. *ſatyr.* 3. *prope initium* recte docet Turnebus *lib.* 9. *adverſ. cap.* 6. ſic ergo qui negotio adjicit ſtipulationem, ſtipat illud ſtipulatione, ut ſic evincam præter noſtros non diſtare inter ſe utramque alluſionem, de qua late varieque ludunt Pichard. in *rub. noſtri tit. num.* 2. Giphan. in *rub. ff. eod. num.* 8. Hillig. ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 36. *lit. F.* Frederic. Lindenbrog. in *Gloſſario legum antiq. verbo ſtipulas.* Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 3. *cap.* 1. *num.* 2.

§. XXVII. Ex quo apparet, fidem ſtipulationis eſſe, roborare negotia, quibus apponebatur: inprimis, ut dixi ſupra §. 5. adjiciebatur pacto nudo, quando contrahentes volebant efficaciter paciſci, quia confirmato negotio actio ex contractu ſtipulationis oriebatur; eleganter Paulus *lib.* 2. *ſent. tit.* 22 §. 2. *l. juris gentium* 7. §. *quod fere* 12. *de pactis. l. petens* 7. *cum l. ſeq. C. eod. tit. l. pacto* 15. *de tranſact.* & in aliis multis locis congeſtis ab Alciato §. 3. Donello *num.* 12. in *l. in bonæ fidei* 13. *C. de pactis.* Valentia in *epiſtol. ad Fab. epiſtola* 3. *exercitat.* 4. *num.* 19. Fabro *ad eundem epiſt.* 4. *reſp.* 4. *num.* 16. etiam adjiciebatur donationi, quæ a promiſſione incipiebat, quia cum ante Juſtinianum in *l. ſi quis* 35. *C. de donat.* §. 1. *inſt. eod. tit.* promiſſio ſimplex de donando non eſſet efficax, conſequens fuit, ut qui ex donatione obligari volebat, promitteret per ſtipulationem. *d. l. ſi quis* 35. §. *ſed ſi quidem* 5. *l.* 2. *l. eum qui* 22. *l. quod quod* 33. *de donat. l. ſi quis* 24. & *ſeq. de uſufr. l. ſi ita* 135. §. *ea lege hoc tit.* Unde actio ex contractu ſtipulationis dabatur ad donationem implendam; nullus enim alius contractus præter ſtipulationem inveniebatur in illo negotio, ex quo exponitur facile textus in *l. liberalitatis* 16. *de uſur.* ubi docemur, uſuras non deberi ex donatione facta Reipublicæ, quia ſive ſtipulatione ſive nuda pollicitatione celebrata ſit, neutrum negotium bonæ fidei eſt, ut uſuræ veniant ex mora. notarunt Cujac. *lib.* 10. *obſerv. cap.* 28. & *lib.* 29. *quæſt. Papin.* in *l. Aquilius* 27. *de donat.* Hillig. ad Donell. *lib.* 13. *cap. ult. lit. C.* Giphan. in *rubr. hoc tit. num.* 25. & ad *titulum de donat. num.* 20.

§. XXVIII. Tranſactio ſimilis eſt pacto, niſi quod hæc a litigantibus interponitur de re dubia & lite incerta. *l.* 1. *de tranſact.* Paulus *lib.* 1. *ſentent. tit.* 1. §. *ult.* itaque cum tranſigentes nude paciſcebantur, tranſactio non producebat actionem. *l.* 3. *ff. l. apud acta* 28. *C. de tranſact. l. diviſionis* 45. *de pactis. l. diviſionem* 15. *verſ. ſi vero C. famil. erciſc.* quod ſi unus ex parte ſua implevit, alter tenebatur actione præſcriptis verbis ad implendum ex negotio contracto datione, vel facto alterius. *l. diviſionis* 45. *l. in traditionibus* 48. *de pactis. l. cum mota* 6. *l. ſi pro fundo* 33. *C. de tranſact.* igitur ut ſtatim ſe obſtringerent tranſigentes, invicem ſeſe ſtipulatione obligabant. *l. ſcire* 6. *C. hoc tit. l.* 2. *l. Aquiliana* 4. *ff. cum aliis de tranſactionibus.* notant Bart. & Jaſ. in *l. ubi pactum* 40. *C. eod. tit.* Giphan. in *d. l. apud acta.* Donellus ad *eund. tit. cap. quæ ſit vis tranſact.* Cujac. in *l.* 2. & 4. *eod. tit.* & ibi Ant. Fab. eadem ratione fit, ut adjiceretur contractibus innominatis, & magno quidem effectu; nam licet ex eis agi non poſſit, niſi prius adimpleat is, qui agit. *l. juris gentium* 7. §. 1. *de pactis. l. naturalis* 5. *de præſcript. verb.* ſi ſtipulatio adjicitur, ſtatim agi poteſt ex contractu ſtipulationis. *l.* 3. *C. de rer. permut. l. ſi dominus* 8. *de præſcript. verb.* item in his contractibus licitum eſt ſtatim reſilire, vel qui implevit ex ſua parte. *l. ſi pecuniam* 5. *de condict. cauſ. dat.* adjecta vero ſtipulatione nemini licet a contractu recedere. *l. nudo* 5. *C. hoc tit.* quod qualiter accipiendum ſit, dixi *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 3. *cap.* 5. *num.* 10. ſic ſimiliter quando ſocii aut coheredes hereditatem vel rem communem dividebant nuda pactione, ne ſimplex pactum inefficax eſſet, ut in *l. cum proponas* 22. *C. l. diviſionis* 45. *ff. de pactis. l. ſi diviſionem* 15. *C. fam. erciſc.* adjiciebant ſtipulationem, ut efficax eſſet conventio de dividendo. *l. ſi fratres* 7. *C. communia utr. judic. l. tale pactum* 40. §. *poſt*

dita-

Briſſonium de pact. l. qui Romæ 122. §. *ult. hoc tit.* Jaſ. in *d. l. cum proponas num.* 1. & 2. Cujac. *lib.* 52. *reſp. Papin.* in *l. ult. famil. erciſc.*

§. XXIX. Et quod magis eſt, adjiciebatur ſtipulatio etiam contractibus nominatis, & negotiis per ſe firmis; ſic contractui locationis adjectam cernimus in *l. ſi a colono* 58. *locati.* emptionis *l. cum ab eo* 41. *de contrahenda empt.* ſocietatis in *l. duo* 21. *pro ſocio.* mutui in *l. ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus hoc tit.* quos omnes firmos eſſe nemo eſt, qui dubitet. Diſpari autem ratione vel cauſſa adhibebatur, vel ut adjiceret, aut detraheret aliquid ex primitivo contractu, vel ſola cauſſa confirmandi: erat enim ſtipulatio generalis clauſula omnium actionum, per quam expreſſius præſtabatur conſenſus, ut in *l. lecta* 40. *de reb. cred. l. qui Romæ* 122. *per totam hoc tit. l. juris gentium* 7. §. *quod fere* 12. *de pact.* & mox majoris fidei cauſſa & ſolidioris probationis redigebantur ad ſcripturam, ut notavi ſupra §. 5. Itaque contractus, qui ſolo conſenſu perfici poſſent, majori ſolemnitate perficiebantur per ſtipulationem, & tunc dicebatur rogare emptum. *d. l. ab eo* 41. Plaut. in *captivis.* ibi. *Roga emptum*, & *mutuam pecuniam rogare* apud Senecam *lib.* 3. *de beneficiis cap.* 8. ex quo facile exponitur locus ejus Senecæ *d. lib.* 3. *cap.* 15. ibi: *Utinam nulla ſtipulatio emptorem venditori obligaret.* De hac enim confirmatoria ſtipulatione loquitur, non de ſtipulatione evictionis vel duplæ, quia per hanc e converſo venditor obligatur emptori. notant Briſſon. *lib.* 6. *de formulis in princ.* Cujac. *lib.* 3. *ad Urſejum Ferocem* in *d. l. ab eo.*

§. XXX. Ut autem fert mea ſententia, ſtipulatio omnino confirmatoria contractus nominati, ejus naturam & qualitatem per omnia ſequitur: fuit hæc opinio communis apud veteres, quæ nuperis quibusdam diſplicuit, ſed leviter ab illis intellecta, quam ideo cum cura fundabo tertio nixu; bis enim eam propoſui in hac Academia noſtris ſtudioſis. Primo ſic argumentor: ſtipulatio ſequitur primordialem cauſſam actus, cui adderet; quia cauſſa præcedens non immutatur ab ſtipulatione, ergo ſi actus habet qualitatem illam, etiam ſequetur ſtipulatio: antecedens probatur ſequentibus exemplis: qui ex cauſſa donationis debet, in quantum facere poteſt convenitur, & non amplius. *l. maritus* 54. *ſolut. matr. l. qui ex donatione* 12. *de donat. l. inter eos* 19. §. *ult. l. cum ex cauſſa* 30. *l. Neſennius* 41. *l. exheredatum* 49. *cum l. ſeq. de re jud. l. ſi Titius* 33. *de nov. l. Divus Pius* 28. *de reg. jur.* ſed qui donationi adjicit ſtipulationem, non in plus convenitur quam facere poteſt. *l. qui id quod* 33. *de donat.* ergo quia ſtipulatio primordialem cauſſam actus imitatur, ut notant Bart. Caſtrenſ. Cumanus, & Giphanius in *d. l.* 33. item quod debetur ex conditionali ſtipulatione, ſi dum pendet conditio decedat creditor, ad heredes tranſmittitur, ad quos tranſit integra illa ſpes debitum iri, quæ in auctore radicata fuit. §. *ex conditionali* 6. *inſt. l. ſi filius* 78. *hoc tit.* ad differentiam legati conditionalis, quod ad heredes legatarii non tranſmittitur, ſi ille pendente conditione decedat. *l. quæ legata* 17. *de reg. jur. l. ſi poſt diem* 5. *quando dies leg. ced.* atqui ſi ſtipulatio ab herede fiat ex edicto Prætoris de præſtando legato ſub conditione relicto, & interim legatarius ſtipulator decedat, evaneſcit utrumque. *l.* 1. §. *ſi quis* 14. *ut leg. nom. cav.* Ergo quia ſtipulatio amittit proprium effectum, & ſequitur ſpecialem cauſſam legati, quando ejus confirmandi gratia interponitur. docet Pich. in *d.* §. *ex conventionali num.* 13. Goveam. in *l.* 1. §. *ſi in annos* 16. *num.* 3. *ad leg. Falc.* alia exempla deſumi poſſunt in legatis ex *l. ſi legati* 56. *de leg.* 1. *l. ſi Titius* 54. *verſ. propter ad S. C. Trebell.* Denique ſi cauſſa præcedens privilegiata eſt, & accedit ſtipulatio, ipſa etiam eſt privilegiata. *l. quæſitum* 17. *verſ. parvi de reb. auct. jud. poſſ.* ergo etiam privilegium retinet, quod difficilius retinetur, quam naturalis cauſſa, ex quibus ita notant quos adduxi *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 3. *cap.* 5. *num.* 10. quibus addendus eſt Rodriguez *de annuis red. lib.* 1. *quæſt.* 18. *num.* 16.

§. XXXI. Deinde ut ad qualitatem bonæ fidei accedant, fundatur eleganter ex *l.* 1. §. *belliſſime* 13. *ut leg. nom. cav.* ad cujus intellectum prænotandum eſt, actionem ex teſtamento, quæ pro legato competit, habere aliquas dotes bonæ fidei, quia uſuræ & fructus in illa veniunt poſt moram. *l. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum* 5. *de leg.* 1. juncta *l.* 1. & *ult. C. de uſur. & fruct. leg.* ergo ſi ſtipulatio ſuper conditionali legato ab herede præſtita ſit, quæritur in *d.* §. 13. an recipiat incrementum uſurarum & fructuum ex mora; & reſpondet JCtus, recipere igitur, quia bonæ fidei eſt propter cauſſam præcedentem, alioquin ex ſe tale incrementum non reciperet, ut diſerte probat textus in *l. videamus* 38. §. *ſi actionem* 7. *de uſur.* Secundo cum Cujac. *lib.* 23. *Dig. Julian.* expendo textum in *l.* 3. §. *emancipatus* 5. *de collat. bon.* & prius noto exceptionem doli ineſſe ipſo jure bonæ fidei contractibus, id eſt, judicem aſſumptum poſſe cognoſcere de exceptione doli, quamvis in formula comprehenſa non ſit. *l. ſed etſi* 21. *ſolut. matrim. l. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum* 5. *de leg.* 1. *l.* 3. *C. de except.* ponit ergo Ulpianus, filium emancipatum præteritum promiſiſſe per ſtipulationem cæteris fratribus de conferendis bonis tanquam heredem futurum: poſtea repudiavit bonorum poſſeſſionem: fratres nihilominus agebant in illum actione ex ſtipulatu, ut bona conferret: quæritur an efficax ſit ſtipulatio? & reſpondet JCtus, fratrem ipſo jure tutum eſſe; cum enim cauſſa finalis promittendi fuiſſet agnitio bonorum poſſeſſionis, & hæc defeciſſet, conſequens eſt, ut dolo petant fratres, ſi ex illa promiſſione agant, cui ſtipulationi cum inſit exceptio doli, ut cæteris bonæ fidei judiciis, quia cauſſa conferendi bonæ fidei eſt. *l.* 2. §. *de illis* 2. *l. ſi quis* 5. §. *ult. de collat. bon.* efficitur ut ipſo jure tutus ſit, qui cavit, quamvis alioquin aliæ ſtipulationes ſine cauſſa celebratæ elidi debeant oppoſita doli exceptione, quia ſtricti juris ſunt. *l.* 2. §. *circa* 3. *de doli mali except.* Cujac. *ubi proxime.* Mendoz. *lib.* 1. *diſp. cap.* 4. *num.* 45. cum aliis quos refert doctiſſimus Olea *de ceſſ. jur. & act. tit.* 1. *quæſt.* 4. *num.* 22.

§. XXXII. Nec obſtat textus in *l. qui pecuniam* 30. *de reb. cred.* ibi. *qui pecuniam creditam accepturus ſpondet creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat.* Ex quibus verbis infert Donell. *ibi num.* 3. & 4. ſi ſpe futuræ numerationis tanquam propter cauſſam finalem quis promittat, & poſtea pecuniam non accipiat, reum ipſo jure tutum eſſe, nec indigere doli exceptione, quamvis præcedens cauſſa mutui ſtricti juris ſit. Verum quamvis aliquando multum me torſerit hic ſcrupulus, hodie facillimus mihi videtur, quia Paulus non dicit, non obligari qui pecuniam non accepit; ſed obligari efficaciter qui accepit, *in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat.* quod ſi non accipiat, efficaciter quidem non obligatur, quia numeratio pecuniæ eſt, quæ implet ſtipulationem. *l. ſi ita* 6. §. 1. *cum l. ſeq. de novat.* ſed opus eſt ei doli exceptione. *d. l.* 2. §. *circa.* nec contrarium poteſt colligi ex JCti litera, quam ſic accipiunt ibidem Caſtrenſ. *num.* 8. Jaſ. *num.* 10. Ant. Fab. in *Rat.* Coſta in *l. ſi ex cautione verbo ſi ex cauſſa ſine qua num.* 7. ex adverſo ſi ſtipulatio ab ſponſo interpoſita ſit ex cauſſa dotis, nec matrimonium ſequatur, evaneſcit, & ſocer aut futura uxor ipſo jure tuti ſunt. *l. ſtipulationem* 21. *l. promittendo* 41. §. 1. *de jur. dot.* facit textus in *l. plerumque* 1. §. *ſi ante eod. tit.* ratio eſt, quia cauſſa dotis eſt bonæ fidei. *l. & ſi ideo* 21. *ſoluto matrim. l. ſi cum Cornelius* 82. *de ſolut.* §. *fuerat autem* 29. *inſt. de act.* Ideo quia ex cauſſa dotis ſtipulatur ex bona fide, nec tantum ad verba attendi debet, quantum ad id, de quo tacite inter contrahentes actum ſit.

ut ſit cauſſa dotis mihi urgebat textus elegans in *l. item quia* 4. §. *hujus rei* 2. *de pactis.* agebatur autem velut ſub quadam conditione, ne dos peteretur, niſi matrimonium ſequatur, qua defecta deficit ipſo jure ſtipulatio: docent quamvis non ita explicent Cujac. *lib.* 17. *obſerv. cap.* 1. Ant. Fab. in *Rational.* ad textum in *l. qui ſe debere* 7. *de condict. cauſ. dat?*

§. XXXIII. Illud etiam admonendi eſtis, aliud eſſe ſtipulationem emittere ſine cauſſa, aliud ſine cauſſæ expreſſione, ſine cauſſa dicitur emiſſa, quando deficit ratio finalis, propter quam celebrabatur, ut in anterioribus exemplis: ſine expreſſione vero cauſæ fit, quando in verbis vel in inſtrumento non declaratur cauſſa aut motivum, propter quod emitti ur, quoniam loquitur indiſcrete, ſive indeterminate. In hoc caſu ſtipulatio quidem valet, ſed ſtipulator probare tenetur, juſtam cauſſam præceſſiſſe, alioquin inefficax redditur, tanquam prorſus facta ſine cauſſa: quod ſi in ipſo contractu cauſſa ſtipulationis expreſſa eſt, veluti quia debes ex cauſſa emptionis vel mutui, valet ſtipulatio, & debitor, qui contra illam venit, debet probare cauſſam narratam falſam fuiſſe, in ſumma, ſi cauſſa non eſt expreſſa, non ſuſtinetur ſtipulatio, niſi ſtipulator probet juſtam cauſſam interveniſſe, ſi eſt expreſſa ſtatim efficax eſt, & debitor probare tenetur, falſo inſertam fuiſſe. textus elegans & ſic explicandus in *l. cum de indebito* 25. §. *ult. de probat.* quod pariter de inſtrumento recipit Pontifex in *cap. ſi cautio* 14. *de fide inſtrum.* quos textus ſic explicant Mendoz. *lib.* 3. *diſp. cap.* 4. *num.* 52. Cujac. *lib.* 3. *quæſt. Pauli* in *d.* §. *ult.* Donell. *lib.* 25. *cap.* 8. & ibi Hillig. *lit. CC.* unde inſtrumenta noſtra guarentigia; quæ habent paratam executionem. *l.* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *Compilat.* ſi indiſcrete loquantur, id eſt; ſine expreſſione cauſſæ, non prius mandantur executioni, quam a creditore cauſſa approbata ſit: cæterum ſi cauſſam continent, ſtatim emittitur mandatum executorium; quod ſi reus alleget cauſſam falſo enuntiatam fuiſſe, debet illud probare in termino oppoſitionis, alioquin condemnatur, de quo late & utiliter Olea *d. tit.* 1. *quæſt.* 4. *per totam.* maxime *num.* 4. quem pro multis laudaſſe ſufficit.

§. XXXIV. Sed ut ad fundamenta procedentis doctrinæ, pro ea etiam expendo textum in *l. venditor* 14. *ff. comm. præd.* ubi qui habebat duos fundos maritimos, alterum vendidit alterum retinuit, in venditione pactum appoſuit, ne contra ſuum fundum piſcatio thynnaria exerceretur, id eſt, ne perducerentur retia fundum ſuum verſus, quamvis admirat JCtus, ſervitutem mari imponi non poſſe, quia omnibus patet per naturam. *l.* 3. *de diviſ. rerum.* §. *& quidem inſt. eod. tit.* tamen propter bonam fidem conventionis pactum ſervandum eſt vel actione ex empto, ſi emptio nudo contractu celebrata fuit, vel actione ex ſtipulatu, ſi contractui adjecta fuit ſtipulatio. Exponunt textum Fab. in *Ration.* Cujac. *tractatu* 8. *ad Afric.* in *l. ſi Titius* 24. *de præſcript. verb.* & *tract.* 9. in *l. cum eſſent* 33. *de ſervitutibus ruſtic. præd.* & *lib.* 69. *Pauli ad Edict.* in *l. competit* 16. *ff. quod vi aut clam.* & nos aliqua diximus *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 4. *cap.* 2. *num.* 6. nunc vero contra quod pridem cenſui ad hoc propoſitum, ſic illum expendo; generaliter Ulpianus ait, pactum ſervandum eſſe propter bonam fidem conventionis, & mox de actionibus ex empto & ex ſtipulatu loquitur, ergo utrique ineſt bona fides, cum illa ſit in utroque contractu cauſſa ſervandi pactum, ut obſervat licet ſtrictim Joannes Seldenus *lib.* 1. *maris clauſi cap* 14. *pag. mihi* 93.

§. XXXV. Expendo etiam textum in *l. duo* 71. *pro ſocio.* talis eſt ſpecies. Duo contraxerunt ſocietatem, ut grammaticam docerent, & ſalaria inter ſe dividerent, & non contenti nudo conſenſu, quo perficitur contractus ſocietatis, adjecerunt ſtipulationem his verbis: *Hæc quæ ſupra ſcripta ſunt, ita dari fieri, neque adverſus ea fieri; ſi ea ita data facta non erunt, tunc viginti millia dari.* Quæſitum fuit, ſi adverſus ſtipulata factum fuiſſet, an actione pro ſocio experiri poſſet, qui pro ſua parte implevit? Paulus diſtinguit, vel ſtipulatio facta fuit animo confirmandi præcedentem contractum, vel animo novandi. Si interceſſit novandi animus, tota ſtipulatio tranſlata cenſetur in ſtipulationis contractum ſubſequutum, & per conſequens agi non poteſt actione pro ſocio ſed ex ſtipulatione. Non decidit JCtus primum membrum diſtinctionis, ſed ex ſecundo videtur mihi clara deciſio illius, quod, ſi interpoſita fuit ſtipulatio animo confirmandi, manet primitivus contractus, & pro ſocio agendum erit; quia illa verba, *hæc quæ ſupra ſcripta ſunt ita dari fieri*, ſunt generalia. *l. juris gentium* 7. § *quod fere* 12. *de pactis.* nec mutant contractus naturam; ſequentia vero verba, *ſi ita data facta non erunt, viginti millia dari*, reformant & novam faciem præſtant contractui pœna adjecta, quare novatio inducitur. *l. ſtipulatus* 4. *de uſuris. l.* 3. §. 1. *l. prædia* 28. *de act. emp. l. quæro* 54. §. 1. *locati.* Briſſ. *de ſolut. lib.* 2. *tit. de novat. poſt med.* Pich. in *tract. de mora num.* 182. Donell. *lib.* 15. *comment. cap.* 2. Cujac. Giphanius, & cæteri Claſſici in *l. obligationum* 44. §. *ult. de oblig. & act.* ex ſpecie antecedenti hanc conſequentiam deduco, ergo ubi ſtipulatio nihil adjicit, vel detrahit præcedenti contractui, per omnia ejus naturam & qualitates imitatur?

§. XXXVI. Stipulatio vero, quæ detrahit vel adjicit præcedenti cauſſæ, illius naturam non imitatur, ſed propria & genuina qualitate ſtricti juris cenſetur, veluti ſi pœnam adjicit, ut proxime dicebam, vel ſi incertum, quod in primitiva actione veniebat, taxat præfinita quantitate. V. G. ſi rem vendidi tanquam meam, & poſtea evicta fuit, emptori teneor actione ex empto, ut reddam illi pretium, & id quod intereſt. *l. ex empto* 11. *in princ.* & §§. *ſeqq. de act. empt.* id autem, quod intereſt, incertum eſt. *l.* 1. *C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt. l. quatenus* 24. *de R. J.* §. *ult. inſt. hoc tit.* idcirco ſuccedebat ſtipulatio duplæ, per quam venditor promittebat emptori pretium, & alterum tantum nomine intereſſe, ſi res evinceretur. *l. ſervum* 4. *de act. empt. l.* 2. & 3. *cum multis de evictiom. l.* 56. *tit.* 18. *Partit.* 3. *l.* 32. *tit.* 5. *Partit.* 5. aliquando triplum vel quadruplum eadem ratione promittebatur. *l. ſi victum* 56. *de eviction.* apud nos tamen non ſolet promitti, ideo ſi omittatur, promiſſum non cenſetur, ut notat Greg. in *d. l.* 32. *gloſſ.* 8. quamvis jure Romano contrarium obſervaretur. *l. quod ſi nolit* 31. §. *quia aſſidua de ædil. Edict.* ex his ſequitur, actionem ex empto pro evictione eſſe bonæ fidei, & actionem ex ſtipulatione duplæ eſſe ſtricti juris, quia aliquid adjicit actioni ex empto. notant Cujac. *tractatu* 8. *ad Afric.* in *l. emit forte* 44. *de act. empt.* & *lib.* 7. *quæſt. Pap.* in *l. ex mil* 64. *de evict.* Donell. *lib.* 13. *cap.* 4. & ibi Hillig. *lit. F.* Amaya *lib.* 3. *obſerv. cap.* 1. §. 2. *num.* 58. Carranza *de partu cap.* 2. *num.* 18. unde recte inferunt, in actione ex empto venire bonitatem rei, quam habebat evictionis tempore, quia æquum eſt, ut ratio habeatur temporis, quo ablata fuit emptori; ne plus vel minus conſequatur, quam revera ex ipſa re eſſet habiturus. *l. evicta* 16. & 70. *de evict.* ſed in actione duplæ id tantum venit, quod erat tempore venditionis, non quo res evincebatur. *l. bonitatis* 13. *eod. tit.* inde in concordiam reducuntur textus in *l. ſi prægnans* 42. & *ſeqq. cum l. nave* 36. *eod. tit.* & textus in *l. ex mille* 64. *cum l. venditor* 66. §. *ult. eod. tit. l. ſi Titius* 43. *cum* ſ. *ſeqq. de act. empt. l. eum qui* 30. §. 1. *de uſur.* ex quibus perſpicua differentia colligitur inter utramque actionem, ut notant proxime laudati.

§. XXXVII. Sic quoque, quando ſtipulatio interponitur novandi animo, & ut diſcedatur a prima obligatione, non eſt dubium, quin infirmet & in ſe transfigat veterem contractum, ideoque in

ſua

ſua propria & peculiari natura conſideranda eſt. *l. 1. §. ult. l. ſi ita 6. §. 1. cum l. ſeq. de nov.* hi textus a contrario ſenſu expenduntur, ut ex ipſis conſtat, ſed & illud noto ex eis, ſtipulationem adjectam mutuo ſemper cenſeri propria ſua natura, quod habet elegantem rationem, quia uterque contractus ſtricti juris eſt, & unam eandemque condictionem certi producit, quare nihil refert, ut deſerat propriam naturam, & ſequatur naturam contractus confirmati.

§. XXXVIII. Videamus nunc, quid adverſus hanc opinionem opponant adverſæ aſſertores. Primo opponunt textum in *l. in bonæ fidei 7. de eo quod certo loco.* ubi docet JCtus, actionem arbitrariam, de qua agitur in *illo titulo*, non habere locum in contractibus bonæ fidei: veluti ſi vendidi, ut pretium ſolveres Hiſpali. *l. ſi ut certo 5. commodati. l. 3. §. ſi per venditorem de act. emp.* rationem tetigi ſupra §. 18. poſtea vero in §. 1. hæc verba ſubjungit: *ſi tamen certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit, hac actione utendum erit:* hæc eſt lectio florent. deducunt auctores ita argumentum; ecce ubi ſtipulatio adjecta fuit emptioni, & tamen ejus cauſſam non ſequitur, ergo &c. ſed peſſime ſupponunt, quia in *d.* §. 1. nihil tale dicitur, tantum differentia ponitur inter contractum bonæ fidei & ſtipulationem, per ſe & independenter conſideratam; ſed Bart. Caſtr. & alii antiquiores laudati a Jaſone in *d. l. 7. num.* 2. Alc. in *rubr. C. de transact. num. ult.* & in *prima rubr. noſtri tit. num.* 29. quamvis ſic cenſuerint, excuſandi ſunt; quia vulgati Codices, quibus utebantur, pro *traditurum* habent *conducturum*, & exiſtimarunt conducere ibi ſignificare contractum conductionis, quamvis revera non ſignificet niſi comportare. Cujac. vero in *l. 1. C. hoc tit.* Fab. & Donell. in *d. l. 7.* qui uſi ſunt florent. lectione, excuſationem in errore tam manifeſto non merentur.

§. XXXIX. Opponunt quoque textum in *l. 3. de reſcindenda vend.* proponitur ibi generalis regula, emptionem, quæ nudo conſenſu perficitur, contrario conſenſu diſſolvi. *l. ab emptione 58. de pact. l. 1. C. quando liceat ab emp. diſced. l. nihil 35. de reg. jur.* Deinde quærit, ſi fidejuſſor acceptus ſit ab emptore, & poſtea reſileant ambo ab emptione, an liberetur fidejuſſor, quum verbis acceptus ſit, & reſpondet JCtus, liberato reo principali ipſo jure liberari fidejuſſorem, quod clarum eſt ex *l. in omnibus 43. de ſolut.* Tandem quærit, ſi venditor ſtipulatus ſit ſibi pretium ſolvi, vel emptor ſibi rem tradi, & reſilierint ab emptione, an evaneſcat ſtipulatio, & reſpondet obſtaturam doli exceptionem ei, qui ex illo contractu agat: expendunt hunc textum ita, ſtipulatio adjecta fuit cauſſa confirmandi contractum, hoc ſupponunt, ſed ſtipulationi non ineſt exceptio doli, cum opponenda ſit, hoc etiam ſupponunt: ergo ſtipulatio ſemper ſtricti juris eſt, quamvis confirmet negotium bonæ fidei: ita concludunt Cujac. *lib. 33. Pauli ad Edict.* & Ant. Fab. in *d. l. 3.* Rævard. *de auct. prud. cap. 4. in fin.* Valentia in *epiſtol. ad Fab. epiſt. 3. exercit. 4. num.* 2. Fab. ad *eund. epiſtola 4. reſp. 4. num.* 20. ſed tota vis argumenti facile corruit. Primo quia nego, quod ſupponunt, ſtipulationem adjectam fuiſſe animo confirmandæ emptionis, imo proclivior ſum, ut exiſtimem, adjectam fuiſſe animo aliquid adjiciendi denuo, ut in *l. 3. §. 1. de act. emp. l. ſi ſtipulatus 4. de uſuris.* (de qua ex profeſſo agam obſequio & utilitati veſtræ in feriis ſaturnalium) alioquin ſine myſterio JCtus meminiſſet ſtipulationis, ut cum judicio cenſet Alciat. in *rub. avemonenſi hoc tit. num.* 40. deinde nego ſecundum ſuppoſitum; ait enim JCtus, exceptione ſummovendum, qui egerit ex ſtipulatione, poſtquam ab emptione reſiluerunt. Hoc verum eſt, quia obligatio verbis contracta ſolo conſenſu diſſolvi non poteſt. *d. l. nihil* 35. an autem exceptio vel inſit ipſo jure, ut in *l. 3. §. emancipatus de coll. bon.* non exponit JCtus, quamvis nimis ingenioſe exſcrutemur ejus verba; inerit itaque, ſi ſtipulatio confirmatoria ſit, & ſequatur naturam emptionis, quia erit bonæ fidei; opponenda erit, ſi aliquid adjicit, vel detrahit præcedenti contractui, quia erit ſtricti juris, & manebit in propria & peculiari natura; ergo male ſupponunt, quod Ulpianus non dixit. Primo ſtipulationem eſſe confirmatoriam, deinde exceptionem eſſe opponendam.

§. XL. Ex his tam longe petitis facile explicatur textus in *l. 1. de acceptilat.* quem expendi ſupra §. 25. definitur enim acceptilatio, ut eſt, ſolutio & diſtractio cujuscumque ſtipulationis; cum vero multoties interponatur ſuper emptione & venditione, & conductione, ſocietateque, qui ſunt contractus bonæ fidei, & ultro citroque obligant, conſequens eſt, ut tunc utrique contingat ab eodem nexu ſolutio, ut dicitur diſerte in *l. ult. de accepsil.* ſi replicetis, ergo tunc ſtipulatio bonæ fidei eſt, concedam conſequentiam, quia ubi contractus eſt ultro citroque obligatorius, eſt bonæ fidei, ſed non poteſt inde deduci argumentum ad ſtipulationem in communi. Ex his quæſtionem abſolvi, non ſic ab alio interprete vel Anteceſſore tractatam, quod præfiſcine dixerim: ſequitur alia non minus difficilis nec minus nova.

§. XLI. Ut ex omni contractu naſcitur obligatio., *l. 1. in princ. & §. 1. de oblig. & act.* & ex obligatione civili actio. *l. licet 43. §. ea obligatio de procur.* ſic ex ſtipulatione naſcitur verborum obligatio. *l. 1. §. verbis 7.* & ex hac neceſſe eſt naſci actiones, per quas in judicio conſequamur, quod nobis debetur. *princ. inſt. de act.* cum vero in pleriſque contractibus actio ſumat nomen a contractu, veluti actio depoſiti, commodati, & ſimiles, in noſtro contractu diverſum cernimus, quoniam ſi certum per ſtipulationem promiſimus, naſcitur *condictio certi: certum* eſt, quod ſtatim apparet, quid, quale, quantumve ſit, veluti ſi promittuntur centum. *l. ſtipulationum 74. hoc tit.* quæ petenda ſunt per condictionem certi. *l. certi condictio 9. fere per totam de reb. cred.* quod ſi incertum in ſtipulationem deducitur, condictioni incerti locus non eſt, ſed actio perſonalis ex ſtipulatu naſcitur. *l. ſi quis 24. eod. tit. princ. inſt. hoc tit.* ex qua diſtinctione textus in *l. ult. ff. ſi quis in jus voc. non ier.* & in *l. diem 22. §. ult. de recep. & qui arb. recep. l. 4. de uſur. l. 3. in fin. C. de inut. ſtip.* in quibus agitur actione ex ſtipulatu, quod incertum eſt, quod in ſtipulatione comprehenditur, aliquando tamen aliud agentes JCti actionem ex ſtipulatu vocant, vel ſtipulationis, quæ ex hoc contractu naſcitur, quamvis certa ſit, ut in *l. cum pater 77. §. pater 9. de leg. 2. l. inter 83. §. ſi rem 6. hoc tit.* ideo in *l. prædia 28. de act. empt.* & in *l. pactio 14. C. de pact.* ſtipulatio, quæ a pœna exigitur, videtur producere actionem, ſed revera certi condictio eſt, quamvis nuncupetur abuſive actio, ut docent Cujac. & Donell. in *d. l. ſtipulationum* 74. Pichard. *d. princ. inſt. hoc tit. num.* 48.

§. XLII. Cui autem ſtipulatio rei vel quantitatis certæ non producat actionem, ſed condictionem, viſa fuit controverſia examine digna ab Hieron. Treutl. *vol. 2. ſelect. diſp. 27. theſ. 8. lit. A.* quod nos brevi faciemus, & reſervabimus myſterium non quidem facile ſciendum, ergo eſt, condictionem eſſe qualitatem actionis perſonalis, per quam petimus, quod noſtrum non eſt, ſed quod nobis debetur. *l. 1. de liberat leg.* nunc loquor de condictione certi, veluti ſi debeantur centum vel homo, qui nondum in dominium noſtrum pervenit, condictio locum habet, quia petimus nobis dari, id eſt, dominium ejus rei in nos transferri. *§. ſic itaque 25. & §. ſeq. inſt. de act.* cauſſam & originem nominis *condictio* cum magna cura exſequitur Hillig. ad Donell. *cap. 7. lit. K.* & forte priſco jure omnis actio in perſonam *condictio* appellatur propter condictiones ſive denuntiationes, per-

Digitized by Google

per quas judicium incipiebat; hodie tamen ad eas reſtringitur, per quas petimus, quod noſtrum non eſt, & ſic, quia dicitur in *l. actionum 25. de oblig. & act.* actiones perſonales appellari condictiones, temperandum eſt ex *d. §. appellamus 16. inſt. de act.* & ex *l. 5. §. 1. de oblig. & act. & §. 1. quib. modis re contrah. oblig.* ut intelligatur de illis actionibus perſonalibus, per quas non petimus res noſtras nobis reſtitui, veluti in depoſito, commodato, & ſimilibus, ſcilicet de illis, per quas petimus res debitas nobis dari, ut expreſſius dixi *lib. 2. opuſc. ſect. 1. part. 8. num. 8.*

§. XLIII. Condictio autem ſtrictiſſimam naturam habens nunquam bonæ fidei eſt, ideoque per illam præciſe petitur, quod debetur, nec locus eſt certi condictioni, niſi cum ab initio ſcitur, quid, quale, quantumve ſit, quod debetur, quamobrem ex contractibus bonæ fidei naſcitur actio in perſonam, per quam judici præſtatur facultas arbitrandi ex bono & æquo in negotio: condictio vero certi, ut non excedat in arbitrando, darique jubeat, quanti res eſt ſine augmento vel deminutione, ut probant diſerti textus in *l. in duobus 28. §. exceptio 4. de jurejur. l. de eadem re 5. de excep. rei judic. l. ſi quis 12. de novat.* ubi ex contractu emptionis, mandati, & ſimilibus vel actione vel condictione poteſt agi, ſic etiam, quamvis dominus ex contractu ſervi præpoſiti teneatur actione inſtitoria ex jure & æquitate Prætoris, tamen etiam condictio adverſus dominum directe competit, ſublata mentione & intentione ſervi ex eo, quod dominus, qui præpoſuit, viſus eſt jubere, ut cum eo contrahatur. *l. ſi inſtitorem 29. de reb. cred. l. ſi quis 17. §. ult. de inſtit. act. §. ult. inſt. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt.* quia ex negotio bonæ fidei voluit jus concedere remedium ſtrictum, ne hæc æqualitas illi deficeret ex cauſſa Prætoris, quæ æquitate nititur. *l. quod ſi Epheſi 4. de eo quod certo loc.* voluit quoque certum & legitimum remedium præbere, in quo ſola juris ratio intuenda ſit directo, & contra dominum. docent Cujac. *lib. 28. Pauli ad Edictum* in *l. certum 6. de reb. cred.* Donell. in *l. 1. num. 3.* & in *l. certi 9. in princ. num. 9. eod. tit.*

§. XLIV. Cum autem ſtipulatio ſtricti juris ſit, ut mutuum, & ex contractibus ſtricti juris actio bonæ fidei naſci non poſſit, ideo licet cæteri contractus actionem perſonalem producant, quæ bonæ fidei eſt, ſtipulatio nullam aliam actionem produxit, quam condictionem certi, ut mutuum. *princ. inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* eſſet enim abſurdum ſine utilitate multiplicare actiones, ſed actio perſonalis ex ſtipulatione certa & mutuo futura erat ſtricti juris, ut eſt condictio. *l. 1. C. de condict. indeb.* ergo ſuperflua eſſet: vocantur autem certi condictiones, quia Prætor, cum ex aliqua cauſſa certum peteretur, talem actionem dabat, quæ certa etiam eſſet & circumſcripta, Donell. in *d. l. 1. num. 3.* hæc dicebatur condictio ad differentiam actionis, quæ poterat decreſcere vel minui, vel ex qualitate bonæ fidei, vel ex qualitate rei promiſſæ, ſi res incerta eſſet. *l. ſtipulationum 74. hoc tit. l. 1. de condict. tritic.* itaque nomen condictionis eſt tanquam nomen actionis; ut enim eſt actio ex vendito, ita eſt condictio ex vendito, & frequenter occurrunt condictiones ex mutuo, ex ſtipulatione, & penſilatione, & ſuffragio, quia omnis condictio cauſſam & nomen præſupponit, ut omnis actio. Ant. Fab. *de error. Pragm. decade 83. errore 3.* nec mihi videtur opportuna diſquiſitio, an hæc condictio generalis ſit vel ſpecialis, nulla enim eſt generalis condictio, quæ naſcitur ex negotio, contractu, aut delicto.

§. XLV. Cognita natura ſuccedit definitio ſtipulationis, quæ ita præſtatur a JCto in *l. 5. §. 1. hoc tit. verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve ſe id, quod interrogatus eſt, reſpondet.* Quam definitionem probavit Harmenop. in *promptuario lib. 6. titulo 3. circa princ.* parum diſcrepat alia Pauli *lib. 2. ſent. titulo 3. §. 1.* & aliæ duæ, quas ex vetere interprete recenſet ibi *Cujac.* ſed prædicta definitio communior eſt, & frequentius placuit, quamvis nuper in eam acriter ſe invehat Reynhar. Bachov. in *not. ad Weſemb. hoc tit.* cui licet ego non conſentiam, (quia juris interpres religioſius cenſere debet de placitis JCtorum) tamen non auſim negare, minus exprimere dotes & naturam hujus contractus: forſan notiora erant hæc omnia apud Romanos, quam ut egerent ſpeciali expreſſione; itaque ex omnibus, quæ ſupra retuli, ſic cum bona venia illam aut definio aut deſcribo: *ſtipulatio eſt contractus juris civilis a ſe ſtricti juris, nominatus, verbis ſolemnibus conſtans ore in continenti prolatis, quibus quis ſe aliquid daturum facturumve interroganti promittit.* non eſt opus repetere explicationem verborum, quæ in ſuperioribus manent, ſed illud notandum eſt, in ſtipulatione duo præcipue conſiderari, primum ſolemnitatem, deinde robur; ad ſolemnitatem ſpectat, quod præſens verbis interroget, & præſens in continenti verbis ore prolatis reſpondeat: de robore ſatis in ſuperioribus dixi, de ſolemnitate quædam in præſenti inferam.

§. XLVI. Primo mutum ſtipulari non poſſe. *l. 1. §. mutum 14. de obligat. & act. §. mutum 7. inſt. de inutil. l. 3. titulo 11. Partita 5.* facit textus in *l. ubi non voce 124. de reg. jur.* ſurdus etiam ſtipulari non poteſt. *d. l. 1. §. ult.* quia non ſolum requirebantur verba ſed auditus, nec ſigna aut ſcriptura ſatis erant in actu reſpondendi & rogandi: infans inutiliter quoque ſtipulatur. *l. 1. §. exigere 15. de magiſtr. conven. l. 1. §. huic proximus 13. de oblig. & act. l. 1. l. mulier 70. l. ult. §. pupillus hoc tit. l. 2. l. ſervus 6. rem pup. ſalv. fore.* ex quibus patet, pupillum qui fari poteſt poſſe ſtipulari; abſens quoque inutiliter ſtipulatur. *l. 3. C. hoc tit. l. 5. C. de inutil. l. bis verius 8. de duob. reis.* Paulus *lib. 5. ſentent. titulo 7. §. 2.* Gajus *lib. 2. inſt. titulo 9. § 14. §. inter abſentes 12. inſt. de inutil.* ſi vero in aliquo inſtrumento confecto inter præſentes ſcriptum ſit, *promiſiſſe aliquem*, intelligendum eſt, ſolemnem ſtipulationem præceſſiſſe, non quia verba ſuppleantur propter contrahentium præſentiam, ut aliquando docui, ſed quia præſumit jus favore inſtrumenti. *l. ſciendum 30. l. Titia 134. §. idem reſpondit 2. hoc tit. l. 1. C. eod. tit. §. ſi ſcriptum inſt. eod.* Jaſo, & Giphan. in *d. l. ſciendum.* Inde etiam, qui verbis interrogatus nutu reſpondet, omnino non obligatur, id eſt nec naturaliter nec civiliter. *l. 1. § ſi quis 2. hoc tit. l. 2. titulo 11. Part. 5.* quia ex conceptione interrogationis apparet, contrahentes voluiſſe celebrare ſtipulationem, non ſimplex pactum, *arg. l. non codicillum 14. C. de teſtam.* ut docet Fab. in *l. 1. §. cum qui de pecun. conſtit.* quare cum actus non valeat præter intentionem agentis. *l. 4. l. non omnis 19. de reb. cred.* cum ſtipulatio deficiat ex defectu ſolemnitatis, nec vice pacti ſuſtinetur: faciunt textus in *d. §. cum qui cum ſeq. l. 1. §. quid ergo 5. quod juſſu. l. in perſona 30. §. 1. de pact. cap. unico de poſtul. prælat. in ſext.* in acceptilatione vero diverſum placuit, quia ſi ex defectu ſolemnitatis inutilis eſt, valet tamen in vim pacti. *l. ſi unus 27. §. ſi acceptilatio 9. de pactis. l. an inutilis 8. l. ſi accepto 19. de acceptilat.* vel quia in animo liberandi alterum non poteſt dari diverſitas intentionis, vel quia jus pronius eſt ad liberandum quam ad obligandum. *l. Arrianus 42. de oblig. & act.* Briſſ. *de ſol. lib. 2. titulo 1.* Hillig. ad Donell. *lib. 14. cap. 36. lit. K.* quæ omnia late proſequitur Dominus Valentia in *toto primo tract. de V. O.*

§. XLVII. Ad robur ſtipulationis pertinent, quæ ad qualitatem rei promiſſæ & præſtationem conſenſus diriguntur; veluti ſi roganti Pamphilum promittatur Stichus, inutilis ſtipulatio eſt ex defectu conſenſus. *l. græce 8. §. ſi quis 8. de fidejuſ.* vel ſi Stichus aut Pamphilus alternative promiſſi ſunt,

ſunt, cum unus præciſe in ſtipulationem deduceretur. *l. inter* 83. *§. ſi ſtipulante* 2. *hoc tit.* vel ſi pure interrogatus promittat in diem vel ſub conditione. *l.* 1. *§. ſi quis* 3. *hoc tit. §. præterea inſt. de inutil. l.* 26. *titulo* 11. *Part.* 5. Huc etiam ſpectat error contrahentium, de quo dixi *lib.* 1. *opuſc. cap. ult.* item ſtipulatio ſub impoſſibili conditione contracta. *l. impoſſibilis* 7. *hoc tit.* vel rei ſacræ. *d. l. inter* 83. *§. ſacram.* vel rei chimæricæ. *l. ſi ita* 97. *eod. tit.*

§. XLVIII. Ut ergo utile ab inutili facili regula ſecernamus, hodie apud nos ex *l.* 2. *titulo* 16. *lib.* 5. *Compil.* quæ eſt *lex* 3. *tit.* 8. *lib.* 3. *Ordinam.* ſtatutum eſt, ut quomodocumque quis velit obligari, efficax ſit conventio ad agendum, neque ſtipulatio diſtet a pacto, unde omnes verborum obſervationes, actus continuitas, & cætera, quæ ad ſolemnitatem pertinent, prorſus antiquata ſunt, quæ ſigillatim recenſent præter Claſſicos Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. cap.* 3. Morla in *emp. titulo* 3. *quæſtione* 3. Gutier. *lib.* 3. *practicarum quæſtione* 96. *& ſeq.* Mendoz. *lib.* 3. *diſput. cap.* 9. *num.* 26. Sed ea, quæ ſpectant ad præſtationem conſenſus, vel ad rem ipſam, jure regni abrogata non ſunt, ut docent præcitati auctores.

§. XLIX. De jure Canonico eadem eſt cenſura; cum enim obſervatio pactorum ex lege naturali deſcendat, ut dixi ſupra §. 2. conſequens eſt, ut pontifex, qui animarum ſaluti conſulit, pacta ſervari præcipiat. *cap. qualiter* 3. *de pactis.* deinde quia, licet juramentum majorem religionem adjiciat actui, non præſtat majus robur ab intrinſeco. *l. ult. C. de non num. pec.* juncta *l. Stichum* 95. *de ſolut.* ſed ex pacto jurato nemo negavit actionem jure pontificio, ergo neque ex ſimplici. faciunt textus in *cap. juramenti. cap. quia Joannes* 22. *quæſt.* 5. Denique ſive decretum ſit conciliare, ſive decretalis epiſtola, nullibi invenitur exemplum pacti, ſive inter præſules, ſive inter Principes, ſive inter privatos, quod non jubeatur impleri, ut conſtat ex *cap.* 1. *cum ſua integra de pactis. cap.* 1. *de probat. cap. ex reſcripto de jurejur. cap. iudic. de teſt. cap. quicumque* 66. 12. *quæſt.* 2. Ergo a poſteriori probatur, pacta hoc jure efficacia eſſe, ut eſt communis opinio Civiliſtorum in *d. cap.* 1. *de pactis.* nec refert, expreſſe cautum non repetiri, ut actio ex pacto detur illo jure; quoniam ſatis eſt, juſſiſſe repetito & ſæpius, efficacia eſſe pacta: nec aliud apud nos jubetur in *d. l.* 2. *Compil.* ibi *que de obligado*, & nemo Hiſpanorum negabit, pactum apud nos actionem producere, maxime quia jure Canonico ex *cap. dilecti* 6. *de judic.* nulla alia actio ad experiendum in judicio requiritur, quam facti diſerta enarratio omni civili ſcrupuloſitate exprimendæ actionis inſuper habita, ut docet ibi graviter Panor. *num.* 2. 12. 15. *&* 17. jungendi cum aliis Pichard. *princ. inſt. de ſuc. ſub. num.* 9. Germanus Vultejus *lib.* 1. *de judiciis cap.* 2. *num.* 13. Mendoza *lib.* 3. *diſput. cap.* 9. *num.* 30. nec placet ſane modus diſputandi apud Morl. *d. titulo* 3. *quæſtione* 2. & Faclun. *lib.* 7. *controv. cap.* 100. in quibus referendis non immoror, ut aliquando finem inveniat hic primus tractatus.

TRACTATUS SECUNDUS.

De fine cur inventa ſit ſtipulatio, ubi diſputatur, per quem adquiri poſſit obligatio ex ſtipulatione.

§. I. Ad finem ſpectat, non tantum confirmare præcedentes cauſſas, quibus accedit ſtipulatio, ſed etiam inveſtigare, cur hic contractus inveniretur jure civili? a qua inveſtigatione pendet tota diſputatio, per quas perſonas obligatio exceptiove adquiri nobis poſſit, vel non poſſit. Ulpianus enim in *l. ſtipulatio* 38. *§. alteri* 17. *hoc tit.* & Juſtinianus in *§. alteri inſt. de inutil.* ponentes, neminem poſſe alteri ſtipulari, rationem reddunt, quia inventæ cujuſmodi obligationes ad hoc, ut unuſquiſque ſibi adquirat, quod ſua intereſt: hic ergo finis fuit ſtipulationis, ut ſtipulator ſibi alterum obſtringeret, quatenus ſua intereſſet, qui non fuit peculiaris finis hujus contractus, ſed communis cæterorum; nemo enim alteri conſulere poteſt ſtipulando, paciſcendo, aut legem contractui dicendo in favorem tertii, ut Scævola ait in *l. quod tutela* 73. *§.* 4. *de reg. jur.* appropriatur tamen ſtipulationi, quia frequentior & communior apud Romanos fuit hic contractus, & qui cæteros plerumque comitabatur, ut vobis conſtitit ex notatis *ſuperiori tractatu:* operæ ergo pretium erit, quæſtionem hanc univerſaliter diſputare, quia quotidiana eſt, & in ſcholis noſtris frequentiſſima, & quia ab Anteceſſoribus vel inſuper habita, vel prætermiſſa fuit.

§. II. Principio igitur hanc concluſionem ſtatuo, alter alteri ſtipulari non poteſt: probatur ex *d. l. ſtipulatis* 38. *§. alteri* 17. *hoc tit. d. §. alteri inſt. de inutil. l.* 3. *& ult. C. eod. tit. l. quo tutela* 73. *§. ult. de reg. jur.* & in omnibus conventionibus locum habere docemur in *l. quæcumque* 11. *de oblig. & act.* qui ſunt modi civiles adquirendi, ut dicitur in *l. ea quæ* 53. *de adq. rer. dom.* ſuponiturque pro certa in *l. ſi quis* 24. *§. mora* 2. *de uſur. l. probibere* 3. *in princ. quod vi aut clam.* habet locum in pactis nudis, quia nemo poteſt alteri, paciſci ſive ut detur, ſive ne ab extraneo petatur. textus difficilis in *l. ex conventione* 11. *C. de pact. l. ſi unus* 27. *§.* 1. *& §. pacta* 4. *verſ. ante omnia.* juncta *l. & heredi* 21. *§ nos autem* 2. *cum ſeq. l. fidejuſſoris* 23. *eod. tit.* quamvis procurator ſit, qui alteri ſtipuletur, vel paciſcatur. *l.* 1. *C. per quas perſonas nobis adq.* vel ſocius. *l. ſi quis* 74. *pro ſocio.* vel qui donat & paciſcitur alteri in ipſo actu donationis. *l. cum res* 22. *C. de donat.* vel qui dotem dat. *l. cum patrem* 19. *C. de jur. dot.* vel quamvis ſit conjuncta perſona, veluti filius emancipatus & ſimiles. *l. ſi gener* 26. *C. de jur. dot. l. pactum* 4. *C. de pactis conventis. l. inter* 26. *§. filia* 4. *de pactis dotal. l. debitor* 59. *§. ult. ad S. C. Trebell.* vel libertus. *l. ſi ita* 126. *§. Chryſogonus hoc tit.* vel uxor reſpectu mariti. *l. multum* 6. *C. ſi quis alt. vel ſibi.* habet etiam locum in contractu emptionis, quia nemo poteſt alteri emere. *l. ſi fundus* 64. *de contrab. emp.* & in adquiſitione pignoris, aut obligationis pignoratitiæ. *l. ſolutum* 11. *§. per liberam de pignoratit. act. l. ſi quis* 52. *§. ſi ex duobus* 18. *de furtis.* Adeo autem ſtipulatio alteri facta ab initio inutilis eſt, ut non convaleſcat, licet extraneus poſtea heres inſtituatur a ſtipulatore. *l. ſi tibi* 17. *§. pactus* 4. *de pact.* quam concluſionem de jure civili ſic comprobatam procedere docemur jure Canonico ex *cap. quamquam* 2. *de uſur.* & de jure Partit. ex *l.* 7. *titulo* 11. *Part.* 5. illuſtrant ultra repetentes in *d. l. ſtipulatio* 38. *§. alteri.* & ultra relatos a noſtro Pichard. in *d. §. alteri.* quos non refero, Mench. *lib.* 6. *illuſtr.* ſive 3. *uſufr. cap.* 58. *per totum.* Pater Sanchez *lib.* 1. *de matrim. diſp.* 7. *per totam.* Pater Molin. *de juſt. & jur. tom.* 2. *tractatu* 2. *diſp.* 264. *& ſeq.* Cujac. *tractatu* 7. *ad Afric.* in *l. pater* 23. *de pact. dot.* & in *recit. ad tit. C. per quas perſonas nobis adq.* & in aliis locis. Ant. Fab. in *Ration.* ad textus in *l. certi condictio* 9. *§. numerari*, *& §. ſi numos de reb. cred.* & in *l. ſolutum* 11. *§. per liberam de pignor. act.* late Donell. & Hillig. *lib.* 12. *commeat. cap.* 17. *&* 18. Giphan.

oan. in *alterſina ad l. quemcumque* 11. *de oblig. & act.* Petrus Fab. in *l. quo tutela* 73. §. *ult. de reg. jur.* & alii in diſcurſu tractatus referendi.

§. III. Sed contra concuſſionem ſic argumentor: non eſt major ratio, cur alium liberemus ab obligatione contracta, quam ut ei adquiramus obligationem; utrumque enim beneficium eſt, & intereſt hominis benefacere homini, ut inquit Pap. in *l. ſervus 7. de ſervis exportandis.* ſed licet extraneo ſolvere pro alio, quod ille debet, extraneumque a ſuſcepta obligatione liberare. *l. ſolvendo* 39. *de neg. geſt. l. ſolutione* 23. *l. ſolvere* 53. *de ſolut.* adeo quidem, ut ſi debeat ſub pignore ex ſolutione extranei, competat ei pignoratitia. *l. ſi pro me* 40. *de ſolut.* ergo ut poſſumus adquirere extraneo liberationem & actionem pignoratitiam, ita & poſſumus adquirere obligationem. Augetur dubitandi ratio ex *l. ſi quis* 24. §. *mora* 2. *de uſur.* & ex *l. prohibere* 3. *quod vi aut clam.* ubi extraneus interpellaverit debitorem meum congruo tempore, aut contradixerit, ne in ſolo meo aliquid faciat, ex ejus interpellatione jus mihi reſultat; ergo extraneus cavere, paciſci, & conſulere poteſt extraneo.

§. IV. Qua ratione dubitandi non obſtante retinenda eſt noſtra concluſio, ad cujus explicationem notanda eſt cum Modeſtino differentia inter ea, quæ civiliter, & quæ naturaliter adquiruntur. Quæ civiliter adquiruntur, ſolum adquiri poſſunt per noſmet ipſos, aut eos, qui in noſtra poteſtate ſunt; quæ vero adquiruntur naturaliter, adquiri poſſunt per quemlibet etiam extraneum. *l. ea quæ* 53. *de adq. rer. dom.* civiliter dicuntur adquiri, quæ ſolis verbis aut conſenſu geruntur, veluti ſtipulando, aut paciſcendo; naturaliter, quæ factum aliquod reale præ ſe ferunt, ut præſtatio, apprehenſio, aut quid ſimile: eoque reſpectu realia, aut naturalia appellantur, ut docet Donell. in *l.* 1. *C. per quas perſ. nob. adq. num.* 16. & 17. & obligatio naturalis dicitur eodem ſenſu, quæ ex mutuo reſultat, ad differentiam obligationis ex ſtipulatione, quæ appellatur civilis, quia altera re, altera ſolis verbis contrahitur in *l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus hoc tit.* notat Ant. Fab. in *l. certi condictis* 9. §. *numeravi* 4. *de reb. cred.*

§. V. Rationem differentiæ præſtitit Giphanius in *d. l. ea quæ* 53. *de adq. rer. dom. num.* 5. quia in civilibus adquiſitionibus culpa eſt immiſcere ſe rei ad ſe pertinenti, ut effert juris regula, in naturalibus non ita, quia in illis non tam ſtricte verſamur, ſed permittitur, ut alter alteri conſulat, quomodo poſſit, ſed hæc ratio diminuta eſt; rurſus enim quærimus hujus differentiæ rationem. Accurſ. in *d. l.* 53. *gloſſ. ult.* aſſeruit, in his quæ naturaliter adquiruntur, alienum factum noſtrum videri, quod poſſum probare ex textu electo in *l. qui ſaxum* 6. *de don.* ſed adhuc reſtat ſcrupulus, quem non fuit auſus amovere Fulgoſ. in *l. ſolutum* 11. *per liberam num.* 3. *de pign. act.* cur etiam contractus alienus non videatur noſter, cum contrahere facti ſit. *l. conſilis* 7. *in fine de cur. fur.* nec ſatisfacit, quod dixit idem Giphan. in *l. quæcumque* 11. *num.* 3. *de oblig. & act.* ex contractibus obligationes naſci, quæ juris ſunt. *princ. inſt. de oblig.* quoniam ex facto jus oritur. *l. ex plagiis* §. *in clivo ad l. Aquil.* ex facto enim adquiſitionis naturalis jus dominii vel obligationis reſultat extraneo, & quamvis ſit juris, tamen non denegatur adquiſitio. Quare Donell. in *l. ſtipulatio* 38. §. *alteri num.* 5. *hoc tit.* cenſuit rationem differentiæ inde petendam eſſe, quod adquiſitiones naturales alteri commodum afferunt ſine alterius detrimento, veluti ſi adquiro tibi poſſeſſionem, commodum conſequeris, & is, qui ante poſſidebat, nullum damnum patitur, quia licet tibi adquiſita non fuiſſet, ſtatim deſiiſſet poſſidere, ex quo illam transferre voluit. *l. quod meo nomine* 18. §. *ſi a furioſo de adquir. poſſeſſ.* vel ſi pro te ſolvo, creditori commodum affero, quia pecuniam accipit, & deſiderio ejus ſatisfit; deinde meliorem conditionem facio debitoris, quem libero, ut dicitur in *l. ſolvere* 53. *de ſolut.* at vero in modis civilibus adquirendi contrarium evenit; numquam enim per eos aliis adquirere poſſumus, quin detrimentum aliis inferamus, veluti ſi ſtipulor Titio, ut ei adquiram, promiſſor obſtrictus manet: alii proſunt, alium prægravo, & damnum unius cum commodo alterius concurrit: tolerantius autem eſt, alii non adquirere, quam alium damno afficere; ſed quamvis hæc ratio plauſibilis ſit, & plauſibilior videatur, lecta in ipſo Donello non ſatisfacit: quia ſi quis emat, alii nihil agit. *l. ſi fundus* 64. *de contrah. empt. l. multum* 6. *C. ſi quis alteri vel ſibi.* & tamen ex hoc contractu nemo manet in damno, non venditor, quia pretium recipit, non emptor, quia rem adquirit: ergo non eſt certum, in civilibus adquiſitionibus ſemper damnum uni accidere.

§. VI. Quare pro eruenda vera ratione, quam indicarunt Ant. Gomez. *tom.* 2. *variar. cap* 11. *num.* 18. Mench. *d. cap.* 58. *uſufr. in princ.* Hillig. ad Donell. *d. lib.* 12. *cap.* 16. *lit.* C. Cujac. & Fab. ſupra §. 2. laudati, non tamen plene præſtiterunt, ſciendum eſt, Romanos noluiſſe per alios fieri ea, quæ ex propria voluntate & conſenſu agentis pendebant, ideo noluerunt alterum alterius nomine agere poſſe in legitimis actionibus, quales ſunt emancipationes, manumiſſiones, acceptilationes, & ſimiles. *l. nemo* 123. *de R. J. l. per procuratorem* 90. *de adq. hered.* cum aliis, quas cumulant Rævard. Fab. & Jac. Gothofr. in *d. l.* 123. In judiciis adeo ſtricta fuit lex Romanorum, ut uſum procuratorum non permiſerit, ſed ipſi litigantes in judicio comparere debebant, quod ſi reus morbo impeditus erat, vel debilis ætate, jumentum parabatur ut iret, ex Lege XII. Tabb. apud A. Geſl. *lib.* 20. *noct. attic. cap.* 1. de qua Ant. Aug. *cap.* 26. Ræv. *cap.* 5. & alii, qui de legibus decemviralibus ſcripſerunt. Cujac. *lib.* 7. *obſerv. cap.* 16. P. Fab. *ubi proxime.* Weſemb. ad *tit. in jus voc. ut eant.* donec lege Hoſtilia permiſſum fuit, ut captivorum nomine vel abſentium Reipublicæ cauſſa procurator conſtitui poſſet. *princ. inſtit. de his per quos agere poſſ.* ut ita legis actiones & judicia certius peragerentur, nec committerentur alii errores eorum, qui ſuo nomine agebant, id etiam receptum fuit in contractibus, pactis, cautionibus; nulli enim permiſſum fuit pro alio contrahere, paciſci, cavere. *d. l. quo tutela* 73. §. *ult. de R. J.* omnia enim, quæ animi deſtinatione peragenda ſunt, vera & certa ſententia peragi debent. *l. in totum* 76. *de R. J.* nec veram, aut certam ſententiam cenſebant Romani, niſi quæ propria eſſet. Inde Paulus in *l. quæcumque* 11. *de oblig. & act.* eleganter dixit, neminem pro alio contrahere poſſe, quia omnes actus noſtri inutiles ſunt, niſi ſumant principium ex noſtra perſona, & Ulpianus in *d.* §. *alteri* dixit, inventas fuiſſe hujusmodi obligationes, ut unusquisque adquirat ſibi, quod ſua intereſt, & Paulus in *l. inter* 83. *in princ. hoc tit.* eodem ſenſu ſcripſit, inter ſtipulantem & promittentem negotium contrahi, id eſt, alienam perſonam ſupervacuo contractui adjici, ut enim jus Romanorum multa ſpecialia ſancivit, detrahens vel adjiciens juri gentium; ut in pactis nudis notavi *ſuperiori tractatu.* & in jure captivorum noto *lib.* 6. *opuſc. cap.* 1. quæ propediem lucem videbunt, & in ſucceſſionibus ab inteſtato notat Grot. *de jur. bell. & pac. lib.* 2. *cap.* 7. *per totum.* ita & ſpecialiter circa hæc ſanxit, ut nemo alteri contrahere, aut paciſci poſſet; adquiſitiones vero, quæ fiunt naturali facto, diverſo jure cenſentur, quia non tam animi deliberatione, conſenſu, aut voluntatis expreſſione fiunt quam facto; quod miniſterium eſt, & opera naturalis reputatur; cum autem permiſſum ſit omni jure miniſterium noſtrum accommodare extraneo, ſi ex illo & commodum reſultat, *l. ſi quis* 24. §. *mora* 2. *de uſur. l. prohibere* 3. *quod vi aut clam. l. qui ſaxum* 6. *de donat.* Inde fluxit, ut

ut naturali facto alter meliorem conditionem alterius facere poſſit, quia juris civilis inſtitutum, quod de contractibus & cautionibus loquutum fuit, non debuit extendi, nec fuit ratio, quare extenderetur ad eas adquiſitiones: in ſumma, ſi interrogemini, cur non liceat benefacere alii, adquirendo illi obligationem, aut exceptionem ex contractu, vel ex pacto, reſpondendum eſt, quia jus civile non permiſit alteri contrahere, vel cavere. Rurſus ſi interrogemini, quare ex modo naturali alii adquirere poſſumus, reſpondendum eſt, quia hoc non vetuit jus civile, & expreſſe permiſit naturalis ratio. Secundum quam intereſt hominis benefacere homini. *l. ſervus 7. de ſervis export.* ut ex hoc appareat, totam rationem a jure ſpeciali Romanorum petendam eſſe, ut notant & recte Hugo Grot. *de jur. bell. & pac. lib. 2. cap. 11. num.* 18. Covarr. in *cap. quamvis pactum part.* 2. §. 4. *num.* 14. facit in re ſimili elegans & acuta ſententia patris Mol. *tom. 2. diſp.* 263.

§. VII. Ex qua decidendi ratione facile diluuntur objectiones ſupra §. 3. oppoſitæ. Supponimus enim, juris naturalis documentum eſſe, intereſſe hominis benefacere homini; ſed jus civile ad tollendas ambiguitates, quæ poterant in contractibus oriri ex interventione extraneorum, voluit jus naturale reſtringere, quoniam multas cauſſas naturales adquirendi obligationes ſuſtulit, licet non introduxerit ullam obligationem contra dictamen rationis naturalis, ut cum judicio cenſet Molin. *d. diſp.* 263. *verſ. cæterum, & verſ. nihilominus.* Negandum ergo eſt, non eſſe majorem rationem adquirendi obligationem alii, quam adquirendi liberationem: obligationem enim adquirimus contrahendo, qui eſt modus civilis, & adquiſitio jure Romano prohibita; liberationem vero adquirimus ſolvendo pro alio, quod eſt factum naturale, per quod extraneo prodeſſe poſſumus, quia jus civile non prohibuit.

§. VIII. Sed licet hæc ſint ſatis ad difficultatis ſolutionem, amplius inſiſtendum eſt in ipſis textibus. Primo enim docemur in *l. ſolvendo* 39. *de neg. geſtis.* poſſe nos pro alio ſolvere etiam invito, deinde adjicitur, alterum poſſe facere meliorem conditionem alterius, etiam invito. Idem repetitur in *legg. citatis* ſupra §. 3. & in *l.* 1. §. *hæc actio* 24. *de exercit. act. l.* 4. *tit.* 14. *Part.* 5. ſed juris, & rationis naturalis principium obſiſtere videtur, legimus enim apud Lactantium *lib. 5. div. inſtit. cap.* 20. *non eſt beneficium quod ingeritur recuſanti.* & apud Paulum in *l. invitis* 69. *de R. J. invitis beneficium non datur.* & de donatione in *l. hoc jure* 19. §. *non poteſt de donat.* & in aliis juris effectibus, quos appoſitiſſimis eruditionis teſtimoniis refert P. Fab. in *d. l.* 69. Accurſius vero in *l. ſolutione* 23. *de ſolut.* quem ſequuntur Accurſiani & noſter Pichard. *princ. inſtit. quib. mod. toll. oblig. num.* 52. *& ſeq.* regulam juris proxime relatam intelligunt de privilegiis aliquibus perſonis a jure indultis, quæ in invitos non conferuntur: licet enim unicuique renuntiare illis favoribus, qui pro ſe introducti ſunt. *l. pactum* 46. *de pact. l. ſi quis* 29. *C. eod. tit.* verum hæc non ſatisfaciunt, quia regula illa loquitur de aſſignatione libertorum, quæ in invitum non confertur, ut ibi notant Cujac P. Fab. & Ræverd. rurſus donatio invito non adquiritur. *d. l.* 19. §. *non poteſt de donat.* nec legatum, quod totum lucrativum eſt. *l. ait Prætor* 7. §. *Pomponius. l. ſi minor* 33. *de minor. l. ſi tibi* 86. §. *cum ſervus de leg.* 1. Cujac. in *l. ſervus vetante* 62. *hoc tit. & lib. 2. defin. Papin.* in *l. ſi fidejuſſor* 59. *de condict. indeb. & lib.* 17. *quæſt. ejuſdem* in *l. Titio centum* 71. §. *Titio genero de cond. & demonſtr.* & Fornerius *lib. 3. ſelect. cap.* 31. *in fine.* rem tangunt ſed non diſſolvunt omnino. Melius ergo cenſuit Ant. Faber in *Juriſpr. Papin. tit.* 3. *princ.* 2. *illat.* 8. qui diſtinxit beneficia, quæ tendunt in merum commodum recipientis, qualia ſunt adquiſitio hereditatis, donatio, legatum, & ſimilia, a beneficiis, quæ recipientem liberant a damno & periculo: illa invitis non fiunt, nec eſt, quare homines ad referendam gratiam obligemus, quæ eſt ſpecies obligationis. *l. ſed etſi lege* 25. §. *conſuluit de pet. hered.* hæc fiunt invitis; ſive quia nulla cauſſa eſt, cur illa recuſent, ſive quia juri propoſitum eſt, non conſentire ei, qui ad ſuum periculum feſtinat. *l. non tantum* 6. *de appell.* ideo invito confertur libertas. *l.* 15. §. *ſin vero C. de teſtam. manum.* ne in miſerrimo ſtatu ſervitutis detineatur, quæ morti comparatur. *l. ſervitutem* 209. *de R. J.* debitor etiam liberatur invitus; vivit enim obnoxius creditoribus, quæ eſt ſervitutis ſpecies, & res periculi plena propter moleſtias creditorum, de quibus dixi in *l. a Divo Pio* 15. §. *in venditione de re judicata.* in his ergo caſibus duplex beneficium eſt, beneficium conferre in invitum, ut loquitur Imperator Leo in ſua *Novell.* 102. & in re ſimili agnoſcit Seneca *lib. 2. de beneſ. cap.* 14. addendus & explicandus eſt ſic P. Fab. in *d. l.* 69.

§. IX. Rurſus explicatione indiget, quod dicitur in *l. ſolutione* 23. *de ſolut.* debitorem liberari etiam invitum, ſi alter pro eo judicium ſuſcipiat; diximus enim ſupra §. 6. neminem pro alio in judicio comparere poſſe, ſed hæc verba diverſum ſenſum continent; quem ut eliciamus, obſervandum eſt, novatione alterius invitum debitorem liberari non minus quam ſolutione: poſſumus enim alienum periculum noſtrum facere vel ſolvendo vel ſubjiciendo nos alienæ obligationi volente creditore, etſi debitor nolit. *l. ſi Stichum* 8. §. *ult. de novat. l. ſi debitor* 91. *de ſolut.* deinde obſervandum eſt, novationem contingere, non tantum ſi ſecundus debitor in ſe ſuſcipiat periculum alienæ obligationis contrahendo, ſed etiam ſi judicium pro reo ſuſcipiat liti ſe offerendo: fit enim per judicii ſuſceptionem novatio, quæ neceſſaria appellatur. *l. aliam* 29. *de novat.* juncta *l.* 3. §. *idem ſcribit de pecul.* cum aliis, quas cumulant Briſſ. *lib. 2. de ſolut.* P. Fab. in *l. non ſolet* 86. *de R. J.* Valent. *lib. 2. illuſtr. tractatu* 2. *cap.* 9. *per totum.* Suarez de Mendoza ad *leg. Aquil. lib.* 1. *cap.* 3. *ſect.* 2. ſenſus ergo eſt, debitorem poſſe liberari etiam invitum, non tantum ſolutione ſed etiam novatione, ſive novatio fiat per contractum, ſive per judicii ſuſceptionem; quia poſſumus offerre nos liti pro alio, & ex aliena obligatione periculum noſtrum facere. *l. qui liti* 45. *de hered. pet.* ex qua obſervatione explicandus eſt textus in *l. & per jusjurandum* 13. §. *tutor* 10. *de acceptil.* ubi ſupponitur, neminem poſſe facere acceptam obligationem alterius, ſive, quod idem eſt, alterum acceptilatione liberare, quamvis ſit tutor, curator, vel procurator ejus, quia acceptilatio eſt actus legitimus. *l. actus* 77. *de R. J.* & actus legitimi per alium expediri non poſſunt. *l. nemo* 123. *eod. tit.* ſed quamvis extraneus non poſſit alienam obligationem acceptam facere, tamen poteſt eam tollere novatione; hoc modo promittere poſſum creditori volenti novare id, quod prior debitor debebat, quo ipſe debitor efficior, & prior debitor deſinit per conſequentiam debere, tunc poſſum propriam obligationem acceptam facere, & ab ea liberari per acceptilationem, cum prius liberatus ſit primus debitor novatione; qua cautione dicit Conſultus utendum eſſe, quando volumus abſentem liberare per acceptilationem, quia creditor vult remittere debitum, nec præſens erat debitor, cui poſſet fieri repromiſſio. Cujacius *lib. 15. obſervat. cap. 16. & lib. 28. quæſt. Pap.* in *d. l. actus legitimi* 77. latius tamen & omnino videndus Petrus Fab. *lib. 2. Semeſtr. cap. 22. pag. mihi* 329. *& ſeq.*

§. X. Tollitur ergo aliena obligatio ſive novatione, ſive ſolutione extranei, quia ut tollatur obligatio, ſolum requiritur, quod vel ſolutum, vel ſatisfactum ſit creditori ſecundum ipſius voluntatem, ut ad rem Juſtinianus ait in *princ. inſt. quib. mod. tollitur oblig.* ubi enim ab uno ſuum conſecutus fuit, fru-

ſtra ab alio idem repoſcit, *quia bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.* Quare eleganter Cujac. in *l. quæcumque de obligat. & act.* dixit, non tam extraneum ſolventem liberare, quam ſolutionem ipſam, ex quo etiam per neceſſariam conſequentiam fit, ut, ſi prior debitor debebat ſub pignore, poſſit pignus repetere, ſi alter pro eo ſolvit. *l. ſi pro me 40. de ſolutionibus.* ſolvitur quippe pignus principali obligatione ſoluta. *l. ſi rem 9. §. omnis de pigneratitia actione.* non ergo tam ex adquiſitione per extraneum facta, quam ex neceſſitate juris debitor pignus ſuum repoſcit, quia ſublata obligatione principali remanet res ſine cauſſa apud creditorem, *argum. l. 2. ff. de condictione ſine cauſſa.*

§. XI. Denique non obſtant textus in *lege ſi quis ſolutioni 24. §. mora 2. ff. de uſuris.* & in *l. prohibere 3. ff. quod vi aut clam.* in quarum prima docemur, moram committi per debitorem, ſi non ſolverit interpellatus a procuratore, qui mandatum habebat ad exigendum, vel a negotiorum geſtore: per moram autem perpetuatur obligatio, hoc eſt, etſi res pereat poſt moram, ſolvenda eſt ejus æſtimatio, nec interitu rei liberatur debitor. *l. quod te mihi 5. de rebus creditis. l. ex legati 23. hoc tit.* itaque interpellatio facta a procuratore perpetuat obligationem creditori, quod videtur eſſe adquirere actionem, ſive ejus perpetuationem ex facto extranei, ſed JCtus ipſe reſpondet, hoc non eſſe adquirere obligationem, quæ jam adquiſita erat, ſed præbere miniſterium interpellandi. Cum enim interpellatur debitor legitimo modo, in mora non ſolvendi conſtituitur; verum autem eſt, interpellatum eſſe a quocumque interpelletur, qui exigere poſſet, ideo procurator non tam adquirit quam miniſterium præſtat, quod explicuit JCtus in *l. per procuratorem 72. de procur.* cum aſſeruit, non poſſe nos actionem adquirere per procuratorem, ſed poſſe retinere ſive perpetuare, ut explicant Ant. Fab. in *Ration. ad d. l. 72.* Cujac. *lib. 37. Pauli ad Edict.* in *d. l. 24.* P. Fab. in *l. quo tutela 73. §. ult. de R. J.* Donell. *l. ſtipulatio 38. §. alteri num. 70. hoc tit.* Giphan. in *l. quæcumque* 11. *num. 23. de oblig. & act.* qua etiam fidelia ſecundum eoſdem auctores dealbandi ſunt textus in *l. licet 15. de pec. conſtit. l. ſi procurator 17. de novi oper. nunc. d. l. prohibere 3. quod vi aut clam. l. cum unus 12. de reb. auct. jud. poſſid.*

CONSECTARIUM I.

Obligationem mutui adquiri per extraneum poſſe.

§. XII. Ex qua doctrina primum conſequimur, adquiri nobis obligationem per extraneum ex cauſſa mutui, quæ res olim controverſa fuit, ut patet ex textu in *l. certi condictio 9. §. ſi numos 8. de reb. cred.* ubi Ulpianus utitur Ariſtonis & Juliani teſtimonio: putavit enim Ariſto, ſi ego numos meos velut tuos dediſſem, id eſt, tuo nomine, ex cauſſa mutui tibi adquiri condictionem, non ſolum quando volente & jubente te numos meos tuo nomine dediſſem, ſed etiam ſi neſcires, vel abſens eſſes, de qua quæſtione interrogatus Julianus aſſeruit, veram eſſe Ariſtonis ſententiam, ad quam confirmandam utitur argumento, quod concludit per hunc modum; ſi voluntate tua dedero meos numos mutuo, condictio tibi procul dubio adquiritur, ergo idem dicendum eſt, ſi dedero te ignorante; non videtur par argumentandi ratio, ſed eſt valde concinna, quia ſi per extraneum non poſſet nobis actio adquiri, non adquireretur, etſi contractus fieret noſtra voluntate aut juſſu. *l. 1. §. ult. cum l. ſeq. de inſtit. act.* igitur actio mutui talis eſt naturæ, ut per extraneum poſſit adquiri, quod ſi certum eſt, parvi refert, an is, cujus nomine numi dati ſunt, ſciat vel ignoret. *d. l. 1. §. ult.* ut convertamus argumentum ad rationem decidendi, utitur etiam alio argumento a ſolitis, ad fundandum adquiri nobis obligationem ſcientibus & volentibus per extraneum ex cauſſa mutui, quia quotidie, qui credituri ſunt pecuniam, quam non habent præ manibus, poſcunt ab alio, ut ille ſuo nomine credat futuro debitori. Hoc argumentum præſtat omnino rationem decidendi, & in hunc modum explicandum eſt: ut res ex integro procederet, ſic expedienda erat. Ego qui volebam mutuam dare pecuniam, quam non habebam, a te debebam expoſcere, tu mihi tradere, & ego rurſus de manu mea futuro debitori. Ut autem res facilius tranſigatur, per fictionem brevis manus occultatur actus intermedius, quod in mutuo frequentiſſimum eſt propter facilitatem commercii. *l. ſingularia 15. de reb. cred.* & in aliis negotiis etiam frequentatur. *l. licet 41. §. 1. de jur. dot. l. 3. §. penult. de don. int. vir. & ux. l. qua ratione 9. §. interdum de adq. rer. dom.* ergo cauſſa hujus adquiſitionis eſt fictio brevis manus, & occultatio actus intermedii, ut ſentiunt Donell. Ant. Fab. in *d. §. ſi numos.*

§. XIII. In eo tantum errat Donellus, quod exiſtimat, actionem non adquiri ignoranti, donec ſciat & ratum habeat, quia ſi ita eſſet, Ulpianus non omiſiſſet: argumentum ejus, licet ſpecioſum ſit, non eſt firmum; inquit non poſſe adquiri beneficium invito, nec actionem aut dominium, ad quod utitur textu in *l. invito 69. de R. J.* & nullo alio juris teſtimonio; ego in adquiſitione dominii & actionis falſam reputo hanc regulam ex *l. ſervus vetante 62. hoc tit.* & ſolum procedere in adquiſitione poſſeſſionis auſim affirmare ex *l. 1. §. item adquirimus de adquir. poſſeſſ.* quia poſſeſſio requirit effectum & voluntatem poſſidendi in poſſidente, ut dixi in *tract. de adquirenda poſſ. parte* 2. actio autem & dominium, quia juris poteſtate quæruntur, & multoties ſine facto adquirentis ignoranti adquirantur. *l. cum pater 77. §. ſurdo ff. de leg.* 2. Unde neque iniquum eſt, neque contra juris regulas, ut ſtatim ignoranti competat actio. docet Accurſ. & Salicetus *num.* 7. in *l. ſi abſentis 4. C. ſi certum petatur.* nonnunquam debet invitus actionem exercere juxta *tit. C. ut nemo invitus compellatur agere*, ut falſo tamen putabat Donellus, ſed in poteſtate ejus eſt, cum ſcierit, vel ratum habere mutuum, illudque irrevocabiliter confirmare, vel repudiare actionem, ut in legatario cernimus, qui poſtquam factus eſt dominus legati, etiam ignorans poteſt illud repudiare. Hoc dicitur reprobare nomen ſive obligationem in *d. l.* 4. quo in caſu juxta illius textus deciſionem cogitur cedere actionem ei, qui mutuam pecuniam dedit, ergo habebat directam actionem, etiam poſt nomen reprobatum, ut recte ibi deducit Accurſ. *verbo reprobato nomine.* vel ſi cedere nolit, ex æquitate utiles actiones decernuntur numeratæ pecuniæ, ne in damno moretur, maxime cum negari non poſſit, ſecundariam intentionem ejus, qui pecuniam numeravit, fuiſſe, ut ſi ab altero obligatio repudiaretur, maneret ſibi. docet poſt Baldum Rodriguez *de annuis reditibus lib. 2. quæſtione 8. num.* 5. & quia æquitati conſentaneum eſt, ut pecunia mea, quæ ad te pervenit, in quocumque eventu mihi reſtituatur. *l. ſi & me & Titium 32. de reb. creditis.* Cujac. *lib. 5. obſerv. cap.* 29.

§. XIV. Neque intereſt, quod in *d. l.* 4. agatur de eo, qui non proprios numos ſed numos abſentis ejus nomine mutuo dedit: quia, ut ibi indicat Salicetus *num.* 3. facilius actio adquiritur ignoranti, ſi is, qui dedit, proprios dedit numos ejus nomine, quam numos ipſius dediſſet, quæ mirabilis doctrina fuit Pauli Caſtrenſis in *l. ſtipulatio 38. §. alteri num. ult. hoc tit.* & habet rationem, quia, ſi numero pecuniam meam, valet ſtatim mutuum, transfero enim pecuniam in accipientem, quod eſt de neceſſitate mutui. *l. 7. §. appellata, & §. mutui datio ff. de reb. cred.* at cum do mutuo pecuniam abſentis, alienam pecu-

niam

tiam do, cujus non videbatur fore mutuum, & nihilominus in hoc caſu receptum fuit propter utilitatem, ut ſtatim mutuum contraheretur, adquireretur que actio domino pecuniæ, cujus nomine data fuit, ut probat textus in *l. 2. C. per quas perſ. nobis adq.* & diſertius textus in *l. ſi ita* 126. *§. Chryſogonus* 2. *hoc tit.* ibi, *plane ſi liber homo noſtro nomine pecuniam daret, vel ſuam, vel noſtram, ut nobis ſolveretur, obligatio nobis pecuniæ creditæ adquireretur.* Hoc autem receptum fuit, ne in ſuſpenſo actio eſſet, quia non poterat ei adquiri, qui dedit; cum nec ſibi nec ſuo nomine dediſſet, *arg. l. ſi genero* 28. *C. de jure dotium.* nec ſpectare ratihabitionem abſentis, idcirco protinus alteri adquiritur, ſed revocabiliter, ut ſi nomen reprobaverit, actio non redeat ad mutuantem, vel directa per ceſſionem, vel utilis ex æquitate. *d. l. abſentis* 4. ergo ſi hoc procedit in eo, qui dedit numos domini, facilius procedere debet in eo, qui proprios dedit nomine abſentis.

§. XV. Cum ergo in eo, qui domini numos mutuo dedit, non poſſimus recurrere ad fictionem brevis manus, conſequens eſt ut dicamus, ideo ex numeratione extranei adquiri actionem ei, cujus nomine datur, quia adquiſitio hæc fit per actum naturalem numerationis, ex quo extraneo per extraneum adquiritur. *l. ea quæ* 53. *de adquir. rer. dom.* dixi ſupra § 11. hanc rationem indicavit Ulpianus in *l. certi condictio* 9. *§. numeravi* 4. *de reb. cred.* & eſt communis; neque dicendum eſt cum Accurſio in *d. l.* 9. *§. ſi numos verbo vel ut tuos*, intelligendam eſſe hanc doctrinam, quando extraneus numos de facto dedit abſque aliqua conventione; hoc enim impoſſibile eſt, quia non datur contractus ſine conventione. *l.* 1. *§.* 1. *de pactis.* & in mutuo ſpecialiter probatur ex *l. qui me & Titium* 32. *de reb. cred.* Ratio autem, propter quam per numerationem adquiritur extraneo, eſt, quia in hoc contractu prævalet numeratio, & obumbrat conventionem, facitque, ut ea minoris æſtimetur. *l.* 3. *§. ult. cum l. ſeq. ad S. C. Maced.* ideoque ſi meo nomine credo pecuniam, & tibi eam reddi ſtipulor, ſtipulatio inutilis eſt, ſed valet utilis contractus mutui, nec per inutilem vitiatur. *d. l.* 9. *§. numeravi cum* 2. *ſeqq. d. l. ſi ita* 126. *§. Chryſogonus* 2. *hoc tit.* cum alioquin, quo in caſu ſtipulatio valeret ex duobus contractibus, unus fieret, teneretque ſola ſtipulatio. *l. ſi ita* 6. *in fine cum l. ſeq. de novat.* quod latius explicant Claſſici in *d. §. numeravi*, & in *d. §. Chryſogonus.*

CONSECTARIUM II.

Obligationem pignoris per extraneum adquiri non poſſe.

§. XVI. Sed quæ nuper dixi, enervari videntur ſequenti conſideratione; contractus pignoris non minus traditione rei perficitur, quam contractus mutui. *l.* 1. *§. creditor* 6. *de oblig. & act. §. creditor* 4. *inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* ſed extranea perſona non poteſt nobis adquirere obligationem pignoris, licet pignus accipiat nomine noſtro. *l. ſolutum* 11. *§. per liberum de pignoratitia actione.* ergo extraneus nec per factum naturale poteſt nobis adquirere obligationem: augetur difficultas ex eo, quod docemur in *d. §. per liberam.* poſſe nobis adquiri poſſeſſionem pignoris per extraneum, videlicet ſi nos convenimus de pignore cum debitore, & poſtea noſtro nomine traditum fuit extraneo, ſed pari paſſu currit adquiſitio poſſeſſionis & earum rerum, quæ per apprehenſionem realem adquiruntur. *l. ea quæ* 53. *de adquir. rer. dom.* ergo tam poſſeſſio quam obligatio pignoris per extraneum poteſt adquiri.

§. XVII. Licet hujus paritatis non meminerim, agnovit tamen difficultatem Bart. in *d. §. per liberam num.* 4. & duplicem præſtitit rationem decidendi. Prima, quia actio pignoratitia eſt acceſſio contractus principalis, & quia principalis obligatio per extraneum adquiri non poteſt, ſic nec poteſt acceſſoria; ſed hæc ratio non ſatisfacit. Primo quia etiamſi obligatio principalis potuiſſet adquiri, veluti contracta ex cauſſa mutui, obligatio pignoratitia olim non adquirebatur, donec Juſtinianus contrarium ſtatuit in *l. 2. C. per quas perſ.* Secundo quia non adeo certum eſt, poſſe ſubſiſtere ſimul cum principali, & non ſolam obligationem pignoratitiam, ut ſolet probari ex *l. debitor* 59. *ad S. C. Trebell. l. ex ſextante* 30. *§. latinus de except. rei judicatæ.* Secunda ratio Bartoli fuit, quia actio perſonalis inhæret oſſibus perſonæ contrahentis *l.* 3. *ff. pro ſocio.* ſubtilis eſt, quia actio ex mutuo etiam perſonalis eſt, & tamen alteri per extraneum adquiritur; cum Bartolo ſentire videtur Fulgoſ. *num.* 8. & eum ſecutus Cujacius *lib. 6. definit. Pap.* in *l. poſſeſſio* 49. *§. ult. de adquir. poſſeſſ.* ſpiſſius errat, dum exiſtimat ſi libera perſona noſtro nomine rem pignori accipiat, nobis pignoratitiam adquirere, quia hæc doctrina expreſſe eſt contra verba & mentem Conſulti, & contra novam Juſtiniani conſtitutionem, qua denuo cavetur, ut, qui accipit pignus ex cauſſa mutui nomine alterius, illi pignoratitiam adquirat, nec pro Fulgoſio facit textus in *l.* 1. *§. ſi te rogavero* 11. *ff depoſiti.* quia ibi depoſitarius ipſe contraxit, & juſſit non tradi Titio, qui ejus miniſter fuit: quo in caſu traditio videtur facta ipſi depoſitario. *l. traditio* 20. *in fine de adq. rer. dom. l. qui ſaxum* 6. *de donat.* Fab. autem & Duaren. ad *titulum de pignoratitia act. cap.* 8. difficultatem non præſenſerunt, Cujac. *lib. 55. Dig. Juliani* in *l. non omnium* 20. *de legibus.* exiſtimavit, deciſionem hanc eſſe ex illis, quarum ratio reddi non poteſt, adeo res eſt difficilis.

§. XVIII. Quam ut explicemus, præſtemusque ſimul differentiam inter mutuum & pignus, quoad cauſſam adquiſitionis, obſervandum eſt, tradentem pecuniam adquirere obligationem alteri ex actu naturali tradendi, qui enim tradit, obligationem adquirit, ipſe eſt, qui obligat accipientem vel ſibi vel alteri, & e converſo ipſe non obligatur, nec contractus mutui petit ex ſua natura reciprocam obligationem; in pignore vero conſtituendo, qui nomine alieno accipit pignus, ipſe nihil aliud facit, quam de pignore ſibi tradendo paciſci, & debitor tradit. *l. ſi tibi* 17. *§. de pignore* 2. *ff. de pactis. l. ſi rem* 9. *§. propriè* 2. *de pignoratitia act.* ipſe autem, qui accipit, paſſive ſe gerit, idcirco pignoris contractus, licet deſideret traditionem, deſiderat ex parte debitoris non ex parte creditoris ut mutuum, quare ex parte creditoris remanet in pura conventione, quæ eſt adquiſitio civilis, ut dixi §. 11. & per conſequens hæc obligatio alteri per alterum non poteſt adquiri; accedit, obligationem pignoris reciprocam eſſe, quia creditor tenetur actione directa debitori, ut reſtituat illi rem ſoluta pecunia dicta. *l. ſi rem* 9. *§. omnis cum ſeqq.* & debitor tenetur creditori refundere impenſas factas in re pignori tradita. *l. ſi neceſſarias* 8. *cum aliis de pignoratitia act.* ergo non poſſet alter alteri pignoris obligationem adquirere, quin illum obligaret debitori, quod non licet, quam doctrinam trepide indicavit, neque ita expreſſit Caſtrenſ. *num.* 1. *&* 6. in *d. §. per liberam.*

§. XIX. Itaque libera perſona, quæ paciſcebatur de pignore, illudque recipiebat etiam ex cauſſa mutui nomine alterius, id eſt in alterius favorem ſibi adquirebat, debebatque cedere actionem ei, cujus nomine contraxit, donec Juſtinianus in *l. 2. C. per quas perſ. nob. adq.* ſancivit, ut quemadmodum ex cauſſa mutui obligatio principalis adquiritur alteri; ita adquireretur hypothecaria vel pignoratitia ex eadem cauſſa contracta, qui textus indiſtincte loquitur, ſive proprii numi, ſive numi domini mutuo dati ſint ejus nomine, quia non diſtinguit, ut notavi ſupra §. 14. ideo admitti non poteſt doctrina Ant.

Fab. in *l. certi condictio* 9. §. *ſi numos de reb. cred.* exiſtimantis olim adquiri pignoratitiam domino, quando alter ejus nomine pecuniam domini dedit, & in ipſo contractu pactus ſuit de pignore; non enim nititur ullo juris teſtimonio, nec componi poteſt hæc doctrina cum *d. l.* 2. & quamvis ea recepta defendi poſſet, nihil adjectum eſſe a Triboniano in *d.* §. *per liberam*, quando dixit, *ipſam autem obligationem libera perſona non ſemper adquiret.* indicavitque aliquando poſſe adquirere, cujus rei bonum exemplum indicaverat Fab. quando proprios domini numos extraneus dedit; tamen proclivior ſum, ut exiſtimem illa verba *non ſemper* adjecta fuiſſe a Triboniano propter *d. l.* 2. ut jus vetus cum novo componeret, in quo pignoris obligatio adquiritur extraneo in caſu mutui, ut cenſuerunt Haloander, & Fab. in *d.* §. *per liberam.* Cujac. in *recit. ad tit. C. per quas perſ. nob. adq.* Giphan. in *l. quæcumque* 11. *num.* 8. *de oblig. & act.*

§. XX. Adeo autem verum eſt per liberam perſonam pignoris obligationem extraneo non quæri, ut plerumque non adquiratur, nec quidem per procuratorem vel tutorem, ut inquit idem textus in §. *per liberam.* ſed de utraque perſona diſtincte diſſerendum eſt; ait *neque per procuratorem plerumque.* Editio Haloandri putat verbum *plerumque* additum fuiſſe a Triboniano propter *d. l.* 2. in quo conſentiunt auctores proxime laudati, ſed Duar. ad *tit. de pign. act. cap.* 8. non improbabiliter exiſtimat, ideo adjici limitationem generali regulæ de non adquirenda nobis obligatione per procuratorem, quia ſunt aliqui caſus, in quibus per eum poteſt extraneo obligatio adquiri, quod ex infra dicendis conſtabit: verum ergo eſt, per procuratorem obligationem pignoratitiam alii adquiri non poſſe, quæ tamen regula cum multis limitationibus recipienda eſt, ſaltem reſpectu actionis utilis; hæc enim tam ex cauſſa pignoris quam ex aliis ſæpe per procuratorem domino quæritur: veluti ſi ex re vel circa rem domini contrahat, vel pignus accipiat ſuper obligatione contracta a domino, quia tunc, quamvis non directam, utilem tamen actionem adquirit dominio. *L. in cauſſæ* 27. §. 1. *cum l. ſeq. l. quod procurator* 68. *de procurat. l. Julianus* 13. §. *ſi procurator de act. emp. l.* 9. *titulo* 11. *Part.* 5. Donell. *d. lib.* 12. *cap.* 17. & *in d.* §. *alteri num.* 62. Giphan. in *l. quæcumque* 11. *de oblig. & act. num.* 17. & alii, quos refert & ſequitur doctor Olea *de ceſſ. jur. & act. titulo* 4. *quæſtione* 9. *num.* 6. Secundo ſi procurator, qui ſibi actionem adquiſivit, quæ ad dominum pertinebat; inceperit abeſſe aut latitare, antequam domino cederet; tunc enim, ne periclitetur res domini, utilis actio illi accommodatur ex contractu procuratorio. *l.* 1. §. *ult. cum l. ſeq. de inſt. act. l. damni* 18. §. *ult. de damn. infect. l. in omnibus* 5. *de prætoriis ſtipul.* Tertio ſi dominus præſens ſit, cum procurator ſtipulatur vel contrahit. *l. ſi procuratori* 79. *hoc tit.* quia dominus præſens mandaſſe creditur. *l.* 1. §. *ſi juſſerim. l. quod meo nomine* 18. §. *per venditorem de acq. poſſeſſ.* Inde facile auctores ſupra laudati exponunt textum in *l. ſi inter* 21. *de pignor. act.* ubi ſi procurator mandante domino vel ratum habente pignus accipiat, illi adquirit obligationem, & per contrarium in *l. ſi fundus* 16. §. 1. *eod. tit.* in eodem caſu rem domini recte pignori obligat; quia dominus ipſe accipere & obligare videtur: in his inſpectionibus verificatur doctrina Duareni ſupra propoſita, plerumque per procuratorem actionem pignoratitiam domino non adquiri, quia aliquando vel directa vel utilis adquiritur, in cæteris autem, ſi procurator domino ſtipuletur vel pignus accipiat, nihil agit. *l. eum qui* 5. §. *Julianus de pecun. conſt.* ſed ſi ſtipuletur, ſibi recte ſtipulatur & ſibi adquirit actionem, quam poſtea tenetur domino cedere, ut docent ſupra laudati, licet non ita antiquiores.

§. XXI. Reſtat adhuc in *d.* §. *per liberam*, ut de tutore dicamus, de quo Ulpianus aſſerit, non poſſe pupillo pignoratitiam actionem quærere, quod de directa actione intelligendum eſt, quippe ex æquitate receptum fuit, ut utilis per eos pupillo adquireretur. *L. eum qui* 5. §. *ſi actori* 9. *de pec. conſt. l.* 2. *C. quando ex facto tut.* Tutor enim domini loco habetur, ut provideat pupillo ſaltem indirecte, & quoad utilem actionem pertinet. *L. tutor* 27. *de admin. tut. l. qui fundum* 7. §. *ſi tutor pro emptore. L. interdum* 56. §. *qui tutelam* 4. *de furt.* ut docent Donell. in *d.* §. *alteri num.* 50. Ant.° Fab. *lib.* 12. *conject. cap.* 4. Ant. Gomez. *tom.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 18. *verſ. quartus caſus.* ex quo facile in concordiam redigitur cum *d.* §. *per liberam* textus in *l. ſi is qui bona* 11. *de pignoribus.* ubi decurio (ut explicat Bovad. *lib.* 3. *polit. cap.* 8. *num.* 69.) qui bona Reipublicæ adminiſtrat, poteſt mutuam pecuniam pro ea accipere, & rem ejus pignori obligare: ſi poteſt rem ejus obligare, multo facilius poterit obligationem pignoratitiam ei adquirere per textum in *l. melior* 133. *de R. J.* quod utilitatis gratia receptum fuiſſe vulgo docetur. Igitur textus in *d.* §. *per liberam* de directa actione intelligendus eſt, ut cenſent Donell. & Fab. *ubi proxime.* quamvis aliter diſtinxerint Accurſ. & Accurſiani, quos illi reprehendunt.

CONSECTARIUM III.

Ex contractu, vel modo civili per eum, qui alter non eſt, adquiri poſſe.

§. XXII. Conſequimur tertio, ut noſtra regula procedat, neceſſarium eſſe, ut is, qui contrahit, extraneus ſit, id eſt alter, quia filius in poteſtate conſtitutus patri adquirit, cum ſit eadem perſona propter vinculum patriæ poteſtatis. *l. ult. C. de impub. & aliis ſubſt.* & ſervus domino propter eandem rationem. *l. ſi Pamphilo* 10. *de opt. leg.* ergo, ut ſciamus, quæ ſit extranea perſona, operæ pretium eſt inveſtigare, quæ ſit eadem. Tria ergo efficiunt, ut videatur eadem nobiſcum perſona, quæ alia eſt. Primo poteſtas in ſervis & filiisfam. Secundo adminiſtratio, ut in tutore & aliis, de quibus dixi ſupra §. 17. Tertio ſucceſſio, ut actor reſpectu heredis, qui illum refert. *l. mortuo* 22. *de fidejuſſ.* ita partitur commodiſſime Donell. in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri num.* 21.

§. XXIII. Ergo ut brevi verborum giro hanc laciniosam partem comprehendamus, primo ſciendum eſt, omnia pacta aut contractus ad heredes tranſire. *l. ſi pactum* 9. *de probat.* ubi docemur, id procedere, etiamſi defunctus de ſe pactus ſit, quia in dubio omne pactum perpetuum & reale cenſetur, & ad totam obligationem dirigi, etiamſi perſonæ mentio facta ſit. *l. juris gentium* 7. §. *pactorum* 8. *l. tale pactum* 40. *de pact. l. ſtipulatio* 38. §. *ſicut* 5. *hoc tit.* docent Cujac. *lib.* 18. *obſerv. cap.* 2. Ant. Gomez. *tom.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 12. Cald. Pereira in *l. ſi curatorem habens C. de in integ. reſtit. verbo ſua facilitate num.* 68. niſi res de ſua natura perſonaliſſima ſit, veluti uſusfructus. *l.* 3. §. *ult. quibus mod. uſusfr. uſus vel amit. l. ſtipulatio* 38. §. *ſi quis ita* 10. *cum ſeqq. hoc tit.* ſocietas. *l.* 1. *l. nulla* 70. *pro ſocio.* prohibitio aut nunciatio novi operis. *l. non ſolum* 8. §. *morte* 6. *de nov. oper. nunc.* precarium. *l. cum precario* 12. §. 1. *de prec.* vel niſi verba pacti adeo perſonalia ſint, ut referantur tantum ad perſonam auctoris, excluſis heredibus aut expreſſe, aut ſufficienti indicio voluntatis, ut in *l. heredi* 21. §. *ult. cum ſeqq. de pact. l. non ſolum* 8. §. *tale pactum* 3. *de lib. leg.* explicat Caldas *ubi proxime*, & late noviſſimeque Farin. in *repert. de contract. quæſtione* 1. *per totam.* Ant. Gomez. *d. cap.* 11. *num.* 13.

§. XXIV. Ex quo fluit vulgaris regula, contractum anteceſſoris tranſire in omnes heredes pro portionibus hereditariis cum omnibus ſuis qualitatibus. *l. neceſſarias* 8. §. *de vendendo* 4. *de pign. act.*

act. l. cui fundus 56. *de cond. & demonſtr. l.* 2. §. *ſi certam de prætor. ſtip.* ut in melioratione adquiſita filio docent contra Gomezium Tellius Fernandez in *l.* 22. *Tauri num.* 19. & 20. & in pactis donationum Cald. *ubi ſupra num.* 68. & in qualitate viæ executivæ & ſummiſſionis alienæ juſtitiæ eleganter & cum multis Olea *de ceſſ. jur. & act. tit.* 4. *quæſt.* 6. *num.* 20. & quamvis facta promiſſa olim perſonalia fuiſſent, nec in heredes nec ad heredes tranſirent. *l. inter* 31. *de ſolut.* quia electa videbatur induſtria promiſſoris, tamen hodie, quia poſſunt per alium explicari, tranſeunt, & dividitur obligatio inter heredes. *l. veteris* 13. *C. hoc tit.* niſi vel ex verbis vel ex voluntate contrahentium appareat, voluiſſe perſonalem induſtriam eligere, ut in *l. unica* §. *ne autem C. de cad. toll.* Gomez. *d. num.* 13. de quo egi in *tract. de indiv.* §. 1.

§. XXV. Actionum autem obligationumque transmiſſio poteſtate juris fit ex Lege XII. Tabb. quæ obligationes actioneſque defuncti inter heredes diviſit pro portionibus hereditariis. *l.* 2. *C. de hered. act. l. in executione* 85. §. 1. *hoc tit.* unde evenit, ut tantum pro ea parte in heredes tranſeant, pro qua defunctum repræſentant, quia pro reliquis cenſentur extranei. *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* Ant. Gomez. *d. cap.* 11. *num.* 15. Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. cap. ult. part.* 4. §. 1. *num.* 12. Gaſp. Schifordegh. ad *Ant. Fab. lib.* 3. *tract.* 2. *quæſt.* 14. ex quo facile exponitur textus alioquin difficilis in *l. eum qui* 56. §. 1. *hoc tit.* ubi proponitur ita ſtipulationem factam fuiſſe: *te & Titium heredem tuum decem daturum ſpondes?* & inquit JCtus, perſonam Titii ſupervacuo adjici; quia vel ſolus Titius heres extitit, vel pro parte cum aliis coheredibus: ſi ſolus, non fuit neceſſe meminiſſe heredis, quia obligationes defuncti in ſolidum ad eum tranſituræ erant; ſi pro parte, obligabitur pro eadem parte, qua cæteri coheredes, nec obſtat dicere illam adjectionem efficere, ut ſolus Titius non cæteri teneantur, quia illa adjectio omnino inutilis eſt, nec cæteri coheredes ejus prætextu excuſari poſſunt ab obligatione ſuſcipienda pro portionibus hereditariis, quia privatus nihil facere poteſt contra legem. *l. non dubium* 5. *C. de legg. l. nemo* 55. *de leg.* 1. lex divisit obligationem defuncti inter omnes heredes, ergo privatus non poteſt facere, ut ſolida obligatio contra unum tranſeat, nec illum pro parte, pro qua non eſt heres, gravare. docent veteres apud Gomez. *ubi proxime.* Cujac. Duar. Donell. & Giphan. in *d.* §. 1. Rodriguez *de annuis redit. lib.* 2. *quæſt.* 9. *num.* 62.

§. XXVI. Nec obſtat textus in *l. cum avus* 33. *de pactis. l. avus* 10. *de pact. dotal.* ubi proponitur, avum, qui pro ſua nepte dotem promiſit, ita pactum fuiſſe, ne a ſe neve a filio peteretur, reſpondetque textus, valere pactum & filio prodeſſe non cæteris coheredibus, quia uni ſoli heredi conſuli conceſſum eſt, ex quo ſic poteſt argui; ergo & licebis cæteris conſulere unum ſolum gravando. Sed reſpondent auctores præcitati, & Donell. in *l. ſtipulatis* 38. §. *alteri num.* 47. *hoc tit.* rationem differentiæ conſiſtere in ipſo modo cavendi; quia in conſtituenda obligatione, videlicet cum quis promittit, non poteſt facere contra legem, ut obligatio non deſcendat ad omnes heredes; ſed poſtquam conſtituta eſt, poteſt paciſci ne ab uno herede petatur, recte quidem reſpondent, ſed adhuc reſtat inveſtigare hujus differentiæ rationem; ea meo judicio eſt, quia obligatio, quæ a defuncto incepit, deſcendit diviſa ad heredes pro portionibus hereditariis, ut nuper dicebam; exceptio vero pacti, quamvis ad heredes deſcendat. *l. exceptione* 7. *de except.* non tamen deſcendit pro parte diviſa, ſed eodem modo quo apud defunctum reſidebat, nempe ut poſſint tueri ſe pacto, quo defunctus poterat; quia in pactis non verſatur jus obligationis, quæ poſſit dividi, ſed factum opponendæ exceptionis. *l. ſi unus* 27. §. *pactus de pact.* omnia autem, quæ in facto conſiſtunt, quamvis ad heredes deſcendant, non deſcendunt diviſa. *l. heredes* 25. §. *in illa fam. erciſc. l. ſtipulationes* 72. *verſ. Celſus hoc tit.* ergo qui exceptionem pacti uni heredi applicat, nihil contra legem facit, & ideo ejus voluntas ſuſtinetur: ita accipiendus eſt Cujacius, quem quia non capit carpit Fab. in *Rational. ad d. l.* 33. deinde quia, licet filius tueri ſe poſſit exceptione pacti in ea ſpecie, & cæteri heredes non poſſint illa uti, non tamen ideo gravantur ultra vires hereditarias; obligatio enim mero jure pro portionibus hereditariis inter illos diviſa fuit, tam pro parte filii quam pro parte cæterorum heredum, quia pactum non impedit transmiſſionem obligationis, ſed ope exceptionis tollit transmiſſam. *l.* 1. *C. de except.* ergo cæteri tantum erunt conveniendi pro portionibus ſuis non pro portione filii, ut docet Bart. *num.* 1. Fulgoſ. Baldus, & Caſtr. *num.* 3. Ant. Fab. in *fin. ad d. l.* 33. Ant. Gomez. *d. cap.* 11. *num.* 15. qui eum judicio admonet, idem obſervandum eſſe apud nos poſt *legem* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Compilationis*, in qua cavetur, alterum alteri adquirere poſſe obligationem ex contractu per ipſum geſto; quia licet extraneus poſſit adquirere extraneo, non tamen poteſt gravare extraneum, qualis eſt heres pro ea parte, pro qua defunctum non repræſentat, unde cavendum eſt ab Accurſio in *d. l.* 33. *verbo non erit*, & a Rodriguez *d. quæſt.* 9. *num.* 62. qui exiſtimarunt, ſolidam obligationem ad cæteros coheredes tranſire, quando unus exemptus fuit.

§. XXVII. Bene tamen verum eſt, creditorem poſſe prælegare uni ex heredibus totum, quod ſibi debetur, ad quem mero quidem jure non pertinet tota actio, quæ inter omnes heredes diviſa fuit, non obſtante prælegato. *l.* 1. & 2. *C. ſi unus ex pluribus heredibus &c.* utilis tamen ex voluntate teſtatoris heredi prælegatario conceditur. *l. ex legato* 18. *C. de legat.* Olea *de ceſſ. jur. & act. tit.* 7. *quæſt.* 1. *num.* 4. unde ſi debitor illi ſolverit, & poſtea a cæteris coheredibus conveniatur, exceptione doli contra eos tueri ſe poteſt, quia petunt contra voluntatem defuncti. *l.* 1. *C. de except.* exiſtimo tamen ante deciſionem textus in *d. l. ex legato* 18. prælegatarium legatariumve nominis non habuiſſe utiles actiones, & ideo indiguiſſe actionibus directis, ſibi a cæteris heredibus cedendis, quod inſinuat textus in *l. ſi ita* 42. *fam. erciſc.* ſed poſſe prædictam deciſionem non indigere ceſſione, quia ſi legatarius non indiget, nec prælegatarius debet indigere, id eſt, ſi legatarius habet ceſſionem a jure, etiam prælegatarius habebit; quamvis aliter Schifordegh. *ad Fabrum lib.* 3. *tract.* 2. *quæſt. ultim.* & Olea *tit.* 4. *quæſt.* 6. *num.* 24.

§. XXVIII. Per contrarium, ſi teſtator debitor ſit, pluresque heredes fecerit, & unum gravaverit, ut debitum integre ſolvat, cauſſa debiti non mutatur, nec creditores coguntur cum eo experiri, ſed poſſunt agere contra omnes heredes pro portionibus hereditariis. *l. pacto* 26. *C. de pact. l. filia* 20. §. *ſi pater & ſeq. fam. erciſc. l. ſervo legato* 69. §. *ſi teſtator* 2. *de leg.* 1. Cujac. *tract.* 1. *ad Afric.* in *l. ſi ſervus* 108. §. *pen. eod. tit.* Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 22. *num.* 4. Gomez. *d. cap.* 11. *num.* 15. Schifordegh. *d. tract.* 2. *quæſt.* 14. Olea *d. quæſt.* 6. *num.* 4. ubi redditur ratio, ne creditorum jus mutetur, quod ſi teſtator non gravaverit heredem, ut ſolvat, id eſt non injunxerit onus æris alieni uni ſoli heredi, ſed potius creditori ipſi ab uno ſolo herede creditum legavit, ut in §. *ſi debitor inſt. de leg.* & creditor legatum agnovit, debebit illum ſolum exequi, non cæteros heredes, ut agnovit Papinianus hanc differentiam indicans in *l. filia* 20. §. *item Papinianus fam. erciſc.* ejus ratio eſt prompta, quia creditor, qui agnovit legatum ab uno herede relictum, approbat judicium defuncti, qui voluit cæteros heredes immunes facere a præſtatione æris alieni: quando vero citra reſpectum legati teſtator æs alienum uni heredi injungit, voluntas creditoris, de cujus præjudicio agitur, non con-

concurrit, ex qua doctrina Schiford. *d. quæſt. ult.* Olea *d. quæſt.* 6. *num.* 10. veriſſime exponunt primam partem textus in *l. cum ab uno* 53. *de leg.* 2. ubi maritus ab uno herede uxori ſuæ legatum reliquit pro dote, id eſt, nt compenſaret cum dote, & alterutro contenta eſſet, ſi mulier præferat legatum, recte docent uxorem debere excutere ſolum heredem gravatum: illud tamen difficilius eſt, & ab auctoribus non obſervatum in illo textu, cur idem dicatur, ſi mulier legatum repudiet, & dote contenta ſit; in hac enim ſpecie non approbavit judicium defuncti, ſed tanquam creditrix jus ſuum perſequitur; ergo dividenda erat actio inter omnes heredes, nec mulier cogenda erat, ut ſolum gravatum excuteret. In hac difficultate omnes Claſſici in *d. l. cum avus* 33. *de pact.* Gomez. *d. cap.* 21. *num.* 15. Petrus Surdus *deciſ.* 90. *num.* 90. & alii, quos refert Olea *ubi proxime num.* 8. exiſtimarunt, ſpeciale eſſe favore dotis, ut teſtator totum æs alienum dotale injungere poſſit uni heredi, quos multavit qua ſolet acrimonia Schiford. *d. quæſt. ult.* ſed immerito, quia licet locum illum attente evolverim, nullam inveni rationem præter ſpecialitatem dotis, ex qua ejus deciſio ſalvari poſſit, quare veterum expoſitio non eſt confutanda ſed inquirenda.

§. XXIX. Illam autem didici a magno præceptore meo Franc. Ramos del Manzano in *repetita prælect. de individ. quæſt.* 3. §. 2. ad quam obſervandum eſt, ſi pater, qui pro filia dotem dedit, ſibi ſtatim reſtitui ſtipulatus fuit, ſoluto matrimonio vel ex intervallo, quomodo filia conſentiat ſtipulationi, actionem ex ſtipulatione pro dote ſoli patri adquiri in re propria, quæ cum in ejus perſona radicetur, deſcendit per conſequens ad heredes pro portionibus hereditariis. *l.* 3. §. *ergo* 5. *de minor. l. quoties* 29. *ſol. mat. l. unic.* §. *videamus*, & §. & *hoc C. de rei uxor. act.* notat Donell. *lib.* 14. *comm. cap.* 6. Cujac. Giphan. & Dominus Ramos in *d.* §. *videamus.* Barboſ. in *l.* 13. *ſolut. matr. num.* 1. ſi vero pater ſibi non ſtipulabatur, diſſoluto matrimonio viva filia, & in ejus poteſtate manente actio pro dote communis utriusque erat. *l.* 2. §. 1. *ſolut. matr. l. qui hominem* 34. §. *ſi gener de ſolut.* quod ſi filia ſui juris exiſtebat, ipſa ſola de dote habebat actionem jure proprio, non ex perſona patris, adeo quidem ut heres pro parte inſtituta vel exheredata ſolidam actionem haberet. *l. ſi ſocius* 81. *pro ſocio. l. ſi marito* 31. §. *ſi voluntate* 4. *ſoluto matr. l. ſi pater* 14. *ad leg. Falc.* quia hæc actio non eſt hereditaria, ſed peculiaris filiæ ipſius, Cujac. & Ramos in *d.* §. *videamus.* Schiford. *d. tract.* 2. *quæſt.* 13. Barboſ. in *l. ſi cum dotem* 40. *num.* 30. *ſolut. matr.* donec Juſtinianus transferens omne jus actionis rei uxoriæ in actionem ex ſtipulatu pro dote generaliter conſtituit, ut ſoluto matrimonio dos ab uxore peteretur propria & peculiari actione non hereditaria, neque a patre traducta. *d.* §. *videamus.* hæc eſt ratio, quare actio pro dote peculiaris naturæ ſit, nec inter heredes dividatur ex Lege XII. Tabb. quæ non eſt hereditaria, ſed propria filiæ, ut ſuſtineamus ſententiam veterum, qui ita cenſuerunt, licet rationem non percalluiſſent.

§. XXX. His ſuppoſitis ſpecies *d. l. cum ab uno* 53. hæc eſt: maritus debebat reſtituere dotem uxori ſuæ, acceſſit pluribus heredibus ſcriptis, & ab uno compenſandi animo dotem uxori prælegavit, id eſt, legavit centum, ut uxor illis contenta dotem non peteret, mulier habebat actionem ad conſequendam dotem, habebat etiam legatum; obligatio de dote inter omnes heredes mariti mero jure diviſa fuit pro portionibus hereditariis, obligatio legati non fuit diviſa, quia teſtator poteſt unum ex heredibus legato onerare. *l. ab omnibus* 104. *de leg.* 1. ergo ſi mulier præferat legatum, procul dubio heredem gravatum excutere debet, & non cæteros, qui approbavit judicium defuncti, ut dixi ſupra §. 28. ſed ſi repudiet legatum, & dotem repetat actione rei uxoriæ, magnæ moroſæque controverſiæ fuit, utrum heredem gravatum excutere deberet? ratio dubitandi, & quidem ingens ſumitur ex proxime notatis, quia mulier non debet amittere cæteros coheredes debitores, ſi quidem repudiavit judicium defuncti. Nihilominus Julianus auſus fuit dicere, *primum* excutere debere heredem gravatum usque ad quantitatem legati, veluti ſi dos valebat tercenta, & legata fuiſſent ducenta, pro ducentis adverſus gravatum agere debet, pro centum adverſus cæteros: præſtitit Julianus rationem ab æquitate petitam; quia mulier contenta eſſe debet vel ſuo jure, id eſt actione rei uxoriæ, vel judicio mariti, id eſt legato: ſi eligeret legatum, excutere debebat gravatum heredem, quia judicium approbaverat: ergo cum actio rei uxoriæ optimæ fidei ſit. §. *fuerat autem* 29. *inſt. de act.* æquum eſt, ut faciat quod ſibi non nocet, & cæteris coheredibus prodeſt, id eſt ut *primum* excutiat gravatum, quod ſi ille non inveniatur ſolvendo, tunc in cæteros coheredes regrediatur, quod denotat illud adverbium *primum:* itaque tota deciſionis ratio conſiſtit in exuberante æquitate actionis rei uxoriæ, ut prædocuit magnus præceptor meus *locis ſupra relatis.*

§. XXXI. Ex his concludimus, auctorem in conſtituenda obligatione non poſſe unum ſolum heredem obligatum relinquere, ſed poſt conſtitutam poſſe uni ſoli paciſci, vel in teſtamento legare debitum ab uno ſolo, quo caſu agnito legato ille ſolus tenetur, vel ſi extra ſpeciem legati injungat onus æris alieni uni, quamvis creditor in omnes heredes habeat actionem, tamen cæteri a gravato conſequentur judicio fam. erciſc. quod exſolverint, quia defunctus voluit, ut in effectu immunes eſſent, ut ultra allegatos ſupra §. 28. probant textus in *l. is conſequenter* 18. §. *Celſus* 4. *l. filia* 20. §. *item Papinianus* 8. *fam. erciſc. l. nomen* 34. §. *ult. de leg.* 3. *l. non ſolum* 7. §. *ſed ſi duobus* 3. *de liber. leg.* quod autem de debitore in conſtituenda obligatione diximus, & de creditore dicendum eſt, quia ſi quis ſibi, & uni ex heredibus decem dari ſtipuletur, fruſtra illius perſonam adjicit; actio enim radicata in perſona auctoris ad omnes heredes diviſa deſcendit pro portionibus hereditariis, quamvis unius mentio facta ſit. *l. continuus* 137. §. *ult. hoc tit.* ratio eſt eadem, quia actio dividitur: unde ſi res in ſtipulationem deducta talis ſit, quæ diviſionem non recipiat, veluti factum. *l.* 2. §. 1. *l.* 4. §. *Cato. l. ſtipulationes* 72. *hoc tit.* ad omnes heredes in ſolidum tranſit. *l. Julianus* 131. *hoc tit.* in factis autem & obligationibus individuis ſinguli in ſolidum defunctum repræſentant, quapropter ſtipulatio in faciendo conſiſtit, vel in alia re individua: recte poteſt defunctus uni ſoli ex heredibus ſtipulari. *d. l.* 137. §. *ult.* quia neutra ex dictis rationibus prohibet, non diviſio actionis, quia individua eſt, non defectus repræſentationis, quia ſinguli in ſolidum defunctum repræſentant, ut docent laudati ſupra §. 25. nec argumenteris aliquando facta dividua eſſe, & dationes individuas, ut notatur in *d.* §. *Cato.* & per conſequens non recte Conſultum in *d.* §. *ult.* aſſeruiſſe, in obligationibus dandi non recte comprehendi perſonam unius heredis, & recte comprehendi in obligationibus faciendi; quia reſpondeo cum Bart. *ibi*, & Gomez. *d. cap.* 11. *num.* 15. loquutum fuiſſe a ſolitis, quia ad ea, quæ frequentius accidunt, jura adaptantur. *l.* 3. *cum ſeqq. de legg.* unde eleganter concludit Bart. ſi facta dividua ſunt, non poterit defunctus uni ſtipulari; ſi datio eſt rei individuæ, poterit, quia, ut dicitur in *l. ſcire de legg. ſcire leges non eſt verba earum tenere, ſed vim & poteſtatem:* ratio enim eſt, quæ regit deciſionem, licet deficiant verba. *l. illud* 32. *ad leg. Aquil.* ſed cum apud nos ex *l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Compilationis.* extraneus extraneo paciſci poſſit, ut dicam infra *concl.* 6. conſequens

quens eſt, ut auctor poſſit paciſci ſibi, & uni ex heredibus ſuis, nempe tamquam extraneo, incipietque ab herede obligatio poſt defunctum, neque in eum tranſibit tanquam hereditaria, ut recte docet Gomez. *d. num.* 15. Matienzo in *d. l.* 2. *gloſſ.* 5. *num.* 6. Covarruv. in *cap. quamvis pactum parte* 2. §. 4. *num.* 10. & 13. licet diſſentiat Sanchez *de matrim. parte* 1. *diſp.* 7. *num.* 8.

§. XXXII. Ex quo ſequitur, cum hodie ex *l. ſcrupuloſam* 11. *hoc tit. l. unic. C. ut actiones ab hered. & contra hered. incipiant. §. poſt mortem inſt. de leg. l.* 12. *tit.* 11. *Part.* 5. poſſit auctor ſtipulari heredibus ſuis, quamvis in ſe obligatio non inceperit & incipiat ab heredibus, ſequitur inquam, ut poſſit poſt mortem ſuam uni ſoli ſtipulari, modo ſibi non ſtipuletur: hæc enim obligatio nec radicatur in defuncto, nec eſt hereditaria, quare per legem non potuit dividi inter heredes, nec obſtabit, ſi replices, heredem extraneum eſſe, pro qua parte defunctum non repræſentat, & ideo ſolidam obligationem illi adquiri non poſſe, cum in ſolidum defunctum non referat, quia reſpondeo, hanc rationem valere, quando cæteris coheredibus poteſt obligatio adquiri pro parte; ſed quando non poteſt, ut in præſenti caſu, quo nec obligatio hereditaria eſt, nec omnibus voluit defunctus adquirere, non militat prædicta ratio, ſed potius alia, quæ docet, ſervum communem uni ex dominis totam obligationem adquirere, quando alter dominus ejus incapax eſt. *l.* 1. §. *communis* 4. *verſ. quia perſona de ſtip. ſerv.* eſt enim heres, & ideo capax obligationis adquirendæ per defunctum; quia eſt cum eo eadem perſona, ut recte conſiderat Donell. in *l. ſtipulatio* 38. *hoc tit.* in §. *alteri num.* 34. præſertim *num.* 42. & per conſequens, quando cæteris coheredibus obligatio adquiri non potuit, ſolius ſolidique heredis vice fungitur.

CONSECTARIUM IV.

De utili obligatione filiabus nepotibusque adquirenda ex cauſſa dotis, ex contractu patris, matris, aut avorum.

§ XXXIII. Quia tota hæc ratio prohibitionis, ne alter alteri ſtipulari poſſit, non a jure naturali; ſed a jure civili dependet, ut dixi §. 6. facile res deflecti cœpit in ſuam naturam, & jus ejus civile prætermiſſa ſcrupuloſitate permiſit, ut alii aliis ſtipularentur, & contraherent pietatis intuitu, ex quo fluxit, ut ſi avus maternus, qui pro ſua nepte dotem dat, ſtipuletur dotem filiæ ſoluto matrimonio, quamvis olim dubitaretur, an actio ei quæri poſſet, tamen favore dotis, & benignitatis ratione obtinuit, ut ei utilis actio daretur. *l. Gajus* 45. *ſolut. matr.* ubi Cujac. *lib.* 6. *quæſt. Pauli*, & P. Barboſ. *num.* 2. Giphan. in *l. quæcumque* 11. *num.* 9. *de oblig. & act.* & in *l. quodcumque* 45. *num.* 21. *hoc tit.* P. Fab in *l. quo tutela* 73. §. *ult. de R. J.* Donell. in *l. ſtipulatio* 38. §. *alteri hoc tit. num.* 60. licet Ant. Fab. *lib.* 1. *conject. cap.* 4. & *lib.* 19. *cap.* 19. & in *Juriſpr. Papin. tit.* 8. *princ.* 7. *illat.* 5. æquitatem hanc ſuo more Triboniano attribuat, hic tamen duplex favor conſiderandus, ſanguinis & dotis: alioquin ſolus favor ſanguinis non ſufficiet, idcirco ſi mater ſtipuletur dotem reddi filiæ & fratribus, ſtipulatio inutilis eſt, & tamen ſi filiæ dotatæ ſoli ſtipuletur, valere diſerte dicitur in *l. pactum* 4. *C. de pact. convent.* Magna enim ratio eſt, quæ pro filia facit, ad quam citra ullum pactum dos ſpectare debebat ſoluto matrimonio. *l. unica* §. *accedit C. de rei uxoriæ actione.* ut præſenſerunt Accurſius in *d. l.* 45. *gloſſ. pen. & ult.* Caſtr. in *d.* §. *alteri in fin.* Alex. in *d. l.* 38. §. *ſi ſtipuler num.* 18. quos nimio acumine, ſed immerito rejicit Barboſ. *ubi proxime num.* 9. quia rationes, quæ ex æquitate reddunt, non poſtulant ſtricta principia, nec petunt omnimodas comparationes, ex quo facile exponitur textus in *l. ſi genero* 26. *C. de jur. dot.* ubi ſi pater ſtipuletur reddi dotem filio ſuo emancipato, quam pro filia dederat, nihil agit; ibi enim deficit favor dotis, quia non filiæ ſed filio ſtipulatus fuit, ut recte cenſuit Faber *ubi proxime.* & cum multis Barboſ. *num.* 2. *usque ad* 5. inde etiam eadem æquitas producta fuit ad filios ex illo matrimonio ſuſceptos, id eſt nepotes avi dotatoris, quia viſa fuit eorum cauſſa par cum matre. *l. pater* 7. *C. de pact. conven.* ut cenſuerunt Cinus Accurſii magiſter in *d. l.* 7. Caſtillo in *d. l.* 45. *in fin.* Alex. *num.* 4. quamvis immerito eos reprehendat Barboſ. *n.* 8. Nec obſtat textus in *l. quodcumque* 45. §. *ſi quis ita* 2. *hoc tit.* ubi ſi pater ſtipulatur filiæ poſt mortem ſuam, indiſtincte aſſerit JCtus, actionem utilem illi competere, etſi patri heres non exiſtat: ergo ſpecialis favor dotis non eſt neceſſaria; ſed ſufficit ratio filiationis: varie reſpondent Claſſici, & Cujac. in *multis locis*, quos reprehendit Barb. *num.* 4. ipſe tamen & Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 15. exiſtimant, differentiam conſtituendam eſſe inter patrem, qui ſtipulatur filio in caſu, quo emancipatus ſit & in caſu, quo morte ſui juris efficiatur, ut in primo caſu inutilis ſit ſtipulatio, in ſecundo utilem actionem producat; redduntque differentiæ rationem, quia emancipati prorſus extranei efficiuntur. §. *præterea inſt. quib. mod. jus patriæ poteſtatis ſolvitur.* qui vero morte patris efficiuntur ſui juris, remanent in eadem familia, & retinent jura agnationis. *l.* 3. §. *ult. ad S. C. Maced. l. utrum* 9. *de bon. poſſeſſ. contra tab.* ſed præterquam quod hic effectus commentitius eſt, nec ullo teſtimonio juris fulcitur, & eſt etiam divinatorius, quia in *d. l.* 45. nullum eſt verbum, ex quo colligi poſſit, loqui JCtum de filia in poteſtate usque ad mortem retenta, ex alio quoque capite ſuſtineri non poteſt, quia ſi conſervatio familiæ efficeret, ut filio per patrem adquiri poſſet poſt mortem; & quando non eſt futurus in ejus poteſtate, non eſſet adquirenda actio utilis; ſed directa filiæ, quæ per mortem liberata proponitur a poteſtate, ſi quidem juxta eorum intellectum in poteſtate videtur retenta, quod eſt contra *d.* §. *ſi quis ita.*

§. XXXIV. Quare mihi præferenda videtur Donelli ſolutio in *d.* §. *alteri num.* 60. & in *d.* §. *ſi quis ita num.* 2. nempe JCtum loquutum fuiſſe de patre ſtipulante filiæ ratione dotis, ut illi dos redderetur, nec dicas hunc intellectum eſſe divinatorium; colligitur enim ex eo, quod poſuit ſpeciem in filia, & non in filio, quod comprehendere filios non poteſt, imo mali exempli eſt, filios appellatione filiarum nominare. *l. ſi ita* 45. *de leg.* 2. Hillig. ad Donell. *lib.* 3. *cap.* 4. *lit. M.* igitur in ipſa poſitione caſus indicavit aliquid eſſe ſpeciale in filia, quod in filio dici non poſſet; ideo autem non meminit dotis, quia principaliter de hac quæſtione non agebat, ſed potius de illa, utrum quis poſſit ſtipulari alteri poſt mortem ſuam, quia heredi non poterat, ut admonui ſupra §. 32. docuitque poſſe, quia illa actio, quæ radicatur in perſona filiæ, non eſt hereditaria, & tantum prohibitio vetus locum habebat in actionibus hereditariis, quæ contra defunctum non incepetant; quod Ulpianus indicavit, cum dixit utilem actionem filiæ competere, etſi heres patri non extitiſſet, quia illa actio provenit ex paterna adquiſitione.

§. XXXV. Non etiam obſtat textus in *l. ſi quis operas* 5. *de operis libertorum.* ubi ſupponitur, poſſe patrem ſtipulari operas liberis ſuis, ſiquidem docemur in illa ſtipulatione, *promittis mihi liberisque meis operas*, etiam poſtumos comprehendi, quia reſpondetur, eſſe jus ſingulare in operis, ſicut in dote: operæ enim libertorum competunt liberis patroni, tanquam filiis non tamquam heredibus. *l. ut jurisjurandi* 7. §. *ſi liberi* 6. *de oper. libert. l. ſi patronus* 12. §. *ſi quis de bon. libert.*

quapropter pater ſtipulando filiis nihil aliud facit, quam exprimere, quod ex natura rei in ipſam ſtipulationem veniebat, etiamſi expreſſum non eſſet. docent Giphan. in *d. l. quodcumque num.* 22. Donell. in *d. §. alteri num.* 59.

§. XXXVI. Sed quamvis non obſtet, expoſitione indiget, quod dicitur in *l. ſi ita* 9. *de pactis dotalib.* ubi ſocer genero dotem dedit nomine filiæ, & ita ſtipulatus fuit, *ſi vivo me mortua ſit filia, mihi; ſi poſt mortem meam moriatur, filio meo; ſi is quoque defunctus ſit, heredi meo dotem reddi.* In qua ſpecie reſpondit JCtus, ſtipulationem valere benigna ratione: poteſt, inquam, dubitari, cur ſtipulatio valeat benigna ratione? ſi enim filio ut heredi pater ſtipulatus fuit, videbatur dicendum eſſe, valituram, quia heredi ſtipulari conceſſum eſt, ut dicitur in *l. ſeq. l. ſi pactum* 9. *de probat.* ſi filio pater ſtipulatus fuit, incidimus in aliud inconveniens, ut pater poſſit ſtipulari poſt mortem ſuam filio non heredi, contra quod ſupra dixi §. 34. ſed omiſſo Fab. in *Jurisprud. Papin. titulo* 8. *principio* 7. *illat.* 5. reſpondeo cum Coſta *l.* 1. *ſelect. cap.* 16. *num.* 2. ideo ſtricto jure ſtipulationem non valere, quia quo caſu filia poſt mortem ſoceri decederet, ſtipulatio concepta fuit in perſona filii, aut heredis, id eſt in perſona heredis, quæ ſtipulatio jure antiquo inutilis erat; ſed favore dotis obtinuit, ut valeret, inſuper habita ſcrupuloſitate; ratio vero, propter quam in *l. pater* 23. *eod. tit.* filii ex ſtipulatione patris ad dotem conſequendam agere poſſunt, facilis eſt, quia pater primum ſibi deinde filiis in poteſtate ut heredibus ſtipulatus fuit, ut conſtat ex ultimis textus verbis ibi: *heredi deberi:* ideoque illa adjectio, *aut poſt mortem ſuam illi, aut illi filiis ſuis,* non facit ut ſtipulatio incipiat ab heredibus, cum ſibi ſtipulatus fuiſſet pater: ſed potius videtur conditionaliter locutus ſtipulator, ſi me vivo eveniat conditio ſtipulationis mihi dari, aut ſi poſt mortem meam heredi: quemadmodum autem ab herede poſſet incipere ſtipulatio conditionalis, licet conditio in vita teſtatoris non impleretur, quia ab eo initium accepit. *l. ſi filius* 78. *hoc tit.* ita in præcedenti caſu potuit incipere actio ab heredibus, licet conditio in vita patris impleta non fuiſſet. docet Fab. *d. illat.* 5. & *lib.* 19. *conject. cap.* 17. quamvis aliter Coſta *d. cap.* 16. Cujac. *tractatu* 7. *ad Afric.* & Accurſ. in *d. l.* 23.

§. XXXVII. Adeo autem verum eſt, patrem filiis emancipatis ſtipulari non poſſe, ut nec ſtipulatio convaleſcat, quamvis eos poſtea heredes faciat. *l. ſi tibi* 17. *§. ſi pactus* 4. *l. & heredi* 21. *§. nos autem* 2. *de pact.* ſed quamvis in propoſita ſpecie non proſit exceptio pacti, quæ rigidior eſt, tamen exceptio doli accommodatur in *d. §. nos autem.* quia dolo facit, qui petit ab herede ejus, qui pactus fuit, quamvis ab initio heredis non meminiſſet, quæ eſt communis expoſitio horum textuum ſecundum Bart. & Donellum in *d. §. alteri num.* 5. & 7. P. Fabrum in *d. l.* 73. *§. ult. de R. J.* nec obſtat textus in *l. tale pactum* 40. *§. ult. de pactis.* ubi qui pactus fuit fratri tanquam heredi futuro, ſi poſtea filios ſortiatur, & eos heredes inſtituat, non tranſmittit in illos exceptionem pacti, ſed tantum doli, quia reſpondetur, reſpectu filiorum verba contractus deficere, quia pater eorum non meminit: ſed tamen quia fratri ut heredi conſuluit, non ut fratri, ideo exceptio doli quibuscumque heredibus accommodatur, quia facilius decernitur. *l. reſcriptum* 10. *§. ult. eod. tit.* ita Accurſ. Cujac. & Faber. Unde deducunt, in contractibus non tam verba inſpicienda eſſe, quam mentem contrahentium. Mol. *de primogen. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 90. Minus obſtat textus in *l. cum avus* 33. *de pact.* quem late expoſui ſupra §. 26. & quamvis Nicolaus Gen. in *ſus lib. leg. concil. pag.* 36. nolit recipere communem intellectum, ut loquatur de filio tanquam herede, ſuadetur tamen facillime ex ipſis verbis textus ibi: *heredi conſuli conceſſum eſt.* quare in hoc loco non eſt amplius inſiſtendum.

§. XXXVIII. Cum ergo patri non licuiſſet ſtipulari filiis filiabusve ſuis emancipatis citra cauſſam dotis, multo minus licuit filiis emancipatis ſtipulari patribus, avis, aut matribus. *l. cum dos* 7. *l. inter* 26. *§. filia* 4. *de pact. dot. l. debitor* 59. *§. ult. ad S. C. Trebell.* quia minor eſt ratio pietatis in filio erga parentem, quam in parente erga filium.

CONSECTARIUM V.

De pacto appoſito favore extranei in traditione rei a Domino facta.

§. XXXIX. Infertur quinto, ſi alter contrahat, & pactum in continenti adjiciat in favorem extranei, non poſſe illi quæri actionem virtute pacti, quia neque paciſcendo, neque legem contractui dicendo quisquam alteri conſulere poteſt. *d. l.* 73. *§. ult. de R. J.* Non quia pactum omnino inutile ſit; valet enim, quatenus noſtra intereſt. *l. in traditionibus* 48. *de pact.* ſed non valet, ut ex eo alii quæratur actio ſed nobis. *l. hereditatem* 28. *de donat. l. legem* 9. *l. cum res* 22. *C. eodem tit. l.* 2. *C. de pact. l.* 2. *C. de condict. ob cauſſ. l.* 3. *in fin. C. de contrah. empt. l.* 2. *C. de hered. vel act. vend.* docent Bald. Salicetus, & Claſſici in *d. l.* 9. Donell. in *d. §. alteri num.* 62. Cujac. & Giphan. in *Altorfina ad tit. C. de don. quæ ſub modo.* Weſemb. ad *tit. de pact. num.* 9. Arnoldus Vinnius in *diſp. de pactis cap.* 15. *num.* 10.

§. XL. Nec obſtat textus in *l. ſi cum venderet* 13. *de pign. act.* ubi ſi creditor vendens pignus conveniat, ut debitori liceat pretium offerre, & rem recuperare, licet creditor illi non cedat actionem, tamen pretium offerendo vel poteſt rem vindicare tanquam dominus, vel utilis actio illi accommodatur ex pacto creditoris; veriſſime enim reſpondet Bartolus, creditorem, qui pignus vendit, eſſe quaſi procuratorem debitoris. *l. ſi pignori* 29. *fam. erciſc.* procurator autem contrahens ex re domini illi utilem actionem adquirit, ut dixi ſupra §. 20. proſequitur Olea *de ceſſione jur. & act. titulo* 4. *quæſt.* 9. *num.* 12. & *titulo* 5. *quæſt.* 13. *num.* 10. quamvis aliter Donell. in *d. §. alteri num.* 69. Pichard. in *§. alteri de inutil. num.* 17. & Fab. in *d. l.* 13. diverſa ſpecies eſt in *l. creditor* 7. *de diſtract. pign.* in qua creditor, qui vendidit pignus, pactus fuit de ſe non de debitore; quo in caſu actio illi naſcitur non debitori, cujus non meminit; ergo ſi debitor vult agere, debet uti actionibus creditoris media ceſſione; alioquin utilis actio non datur, quia noluit ei creditor conſulere, ut docet Olea *ubi proxime num.* 9. minus obſtat *lex ult. de pact.* quia ibi pactum initum cum reo principali prodeſt fidejuſſori per conſequentiam, quia omnes acceſſoriæ obligationes tolluntur ſublata principali. *l. in omnibus* 43. *de ſolut.* & ideo exceptiones reo competentes proſunt fidejuſſori. *l. exceptione* 7. *de except.*

§. XLI. Non etiam obſtat textus in *l. ſi res* 8. *C. ad exhibendum.* ubi ſi aliquis res alienas deponat, pactus tamen ut domino reſtituantur, ei, quia dominus eſt, competit actio in rem & ad exhibendum; actio vero perſonalis adquiſita fuit deponenti, quia ſuo nomine depoſuit: hoc docemur ſtricto jure procedere, ex æquitate tamen utilem etiam actionem domino accommodari; ſed non eſt difficilis ratio hujus æquitatis, quia æquum eſt, rem meam mihi reſtitui. *l. qui me* 32. *de reb. cred.* ergo cum dominus habeat actiones, quæ ex dominio procedunt, nullum inconveniens fuit, ut decerneretur perſonalis actio ad præſtationes & cauſſam rei petendam: itaque favore domini eo res devenit, ut quod *hac l.* conſtitutum fuit propter eum, qui jam dominus erat tempore contractus, extenderetur poſtea ad eum, qui futurus eſt da-

dominus, ſed nondum eſt, quaſi nihil interſit, an ſit dominus, vel poſtea ſit futurus, ut conſiderat Cujac. ad *tit. de don. quæ ſub mod.* idcirco novis conſtitutionibus ſancitum fuit in *l. quoties* 3. *C. eod. tit.* ut ſi donator caverit, quod donatarius poſt aliquod tempus reſtituat rem donatam Titio, competat illi utilis actio adveniente die; ſed hæc jure ſingulari recepta ſunt, vel favore futuri domini, vel gratia ejus, qui liberalitatem exercuit: docent poſt Claſſicos Covarruv. *lib.* 1. *variarum cap.* 14. *num.* 23. & 11. Molina *lib.* 3. *de primog. cap.* 12. *num.* 2. Fab. in *ſuo Cod. ad eundem tit. deſin.* 2. Diſſimilis ergo eſt textus in *l. Publia* 26. *ff. depoſiti.* in quo ex pactione, aut expreſſione voluntatis a matre facta in caſum mortis, ſi inteſtata decedat, & per conſequens ſine mutatione voluntatis, filio res depoſitæ reſtituendæ ſunt; quia hæc eſt ſpecies fideicommiſſi, quod mater uni ex filiis reliquit præſtandum a depoſitario, ut in *l. ſi pecunia* 77. *de leg.* 2. *l. cum quis* 38. *§. pater de leg.* 3. ut cum judicio notat Fab. in *d. l.* 77.

CONSECTARIUM VI.

De conventione extraneo facta ſecundum jus regni.

§. XLII. Sed cum tota prohibitionis ratio, ne poſſimus aliis paciſci, a jure Quiritum & politia Romana petita ſit, ut dixi ſupra §. 6. conſequens eſt, ut tantum vigere debeat, ubi jus illud viget, quia contraria eſt juri & rationi naturali, ſecundum quam indiſtincte intereſt hominis bene facere homini. *l. ſi ſervus* 7. *de ſervis export.* unde apparet quam ſit prædictæ rationi conformis noſtri Alphonſi conſtitutio in *l.* 2. *titulo* 16. *lib.* 5. *Compilationis*, quæ in veteri Ordinamento eſt *lex* 3. *tit.* 8. *lib.* 3. ubi ſancitur, valere contractum promiſſionemve, etſi facta fuiſſet alteri nomine alterius, abſentis etiam & ignorantis. Unde hodie apud nos obligatio per extraneum extraneo adquiri poteſt, ſive ex pacto, ſive ex contractu civili, aut naturali modo, vel quomodolibet jure Romano abrogato, ut communis opinio præfert, quæ vera eſt, docentque Ant. Gomez. *tom.* 2. *variar. cap.* 11. *num.* 18. Parlador. *lib.* 2. *rerum quotid. cap.* 3. *num.* 27. noviſſime Olea *titulo* 4. *de ceſſ. jurium & action. quæſt.* 9. *num.* 32. ubi de jure Canonico: *num.* 37. *usque ad finem* de jure Regio; quod intelligendum eſt, quando promiſſor dirigit verba promiſſionis ad tertium vel ad abſentem, ſecus quando contemplatione abſentis promittit ipſi extraneo, qui pro eo ſtipulatur, vel contrahit; tunc enim ſtipulatori adquiritur actio, ut ea cedat abſenti: docent Gomez. *d. num.* 18. *ad finem.* Olea *num. ult.* Neque in præſenti expectanda eſt voluntas aut ratihabitio abſentis, quia ſtatim ac extraneus contraxit pro eo, illi acquiſita fuit actio, non irrevocabiliter, ſed revocabiliter, ut ſi eam poſtea acceptet, confirmetur; ſi vero repudiet, evaneſcat. *l. ſi abſentis* 4. *C. ſi certum petatur.* junctis ſupra traditis §. 13. ut notarunt, quamvis non hoc fundamento, Gutierrez *d. lib.* 4. *practic. quæſt.* 59. *num.* 22. Salgado in *labyr. credit. concurr. part.* 2. *cap.* 26. *num.* 75. docens in eo differre a donatione abſenti facta, quod donatio requirit acceptationem, etiam ex jure noviſſimo Regio, de quo tamen non diſputo; ſed ſtipulatio, aut contractus alteri factus non exigit acceptationem, quia donatio dicit relationem ad acceptationem, ſive de natura ſua, ſive ſecundum. eleganter docet Molina *tom.* 2. *de Juſt. & jure diſp.* 263. Miniſterium vero ejus, qui in favorem alterius contrahit, non dicit talem relationem; unde idem Molina adverſus Covarruviam cum magno judicio infert, hanc promiſſionem in favorem tertii ſemel a reo emiſſam non poſſe amplius revocari, etiam antequam acceptetur ab abſente, quia ſtatim ſortita fuit ſuum effectum, quod mihi placet. Ex quo tacite ſatisfactum manet doctrinæ contrariæ ſapientiſſimi alioquin Patris Sanchez *lib.* 1. *diſp.* 1. *fere per totam.* a quo in *hoc conſectario* omnino diſſentio, quia & ipſe ſine magno fundamento diſceſſit a communi.

TRACTATUS TERTIUS.

ADPENDIX PRÆCEDENTIS,

In quo agitur de adquiſitione per eos, qui in poteſtate noſtra ſunt, vel in quos jus aliquod habemus, dictatus Anno 1657.

SECTIO PRIMA.

De Adquiſitione ſervili.

§. I. Dixi *ſuperiori tractatu* §. 22. aliquando juris cenſura reputari eandem perſonam, quæ alia eſt, quod efficit præcipue vinculum poteſtatis, ſive patria ſit, ſive dominica, quia ut pater & filius hac ratione reputantur eadem perſona. *l. ult. C. de impuberum, & aliis ſubſtitutionib. l. lis nulla* 4. *de judiciis. l. Imperator* 50. *ad S. C. Trebell. l. ne cum filio* 16. *de furtis.* ut docent Anton. Faber in *Juriſpr. Papin. titulo* 8. *princip.* 1. *illat.* 4. Valentia *lib.* 3. *illuſtrium tractatu* 2. *de adquir. hereditate a principio usque ad num.* 7. ita & ſervus propter idem vinculum una cum domino perſona reputatur, quod mihi probat elegans textus in *l. ſi Pamphilo* 10. *de optione legata.* ubi in difficili ſpecie (quam exponunt Cujac. *lib.* 23. *obſerv. cap.* 14. & *tractatu* 2. *ad Africanum* in *l. ſi filio* 23. *de mortis cauſſa donationib.* Petrus Faber *lib.* 2. *ſemeſtrium cap.* 22. *pagina mihi* 339.) diſerte docemur, manumiſſione ſervi duas perſonas conſtitui inter eum & dominum: ergo ante manumiſſionem cenſebantur eadem perſona, ſive fungebantur ejusdem perſonæ vice, ut poſt Theophilum notat ibi Gothofredus: habuit tamen illam notam a Cujacio, quem non laudat, *tract.* 5. *ad Africanum* in *l. filio* 17. *de uſu & habitatione.* idem repetit *tractatu* 9. *ad Africanum* in *l. frater a fratre de condictione indebiti*, & in *recitationib. ad legem* 1. *de juſt. & jure.* ſed quemadmodum inter filium & ſervum eſt diverſa ratio poteſtatis; ita etiam eſt diverſa ratio adquirendi. Poteſtas enim patria utriusque commodum reſpicit tam patris quam filii: pater enim filium alit, educat, inſtruit, & ex voto filio reſervat quidquid parat. *l. nihil intereſt* 50. *§. ſed numquid* 2. *de bonis libertorum. l. cum ratio* 7. *de bonis damnatorum*: qua ratione filius quaſi in obſequium, & recompenſationem illi adquirit: docuit Valentia *ubi proxime num.* 5. eleganter Petrus Ærodius *lib. ſingulari de patrio jure pag.* 976. & *ſeq.* Solorzanus ſcholæ noſtræ decus eximium *lib.* 2. *de crimine parricidii cap.* 10. ſervus autem eſt pars rei familiaris domini, & cenſetur inter inſtrumenta: quorum alia ſunt inanimata,

mata, alia animata; ſervus itaque eſt inſtrumentum animatum, ut dixit Marcus Craſſus apud Plutarchum, ſive ad opera domeſtica ſe accommodet, veluti piſtoris, coqui, & ſimilia; ſive ad artificia, & mercaturam, ut docet & diſputat Ariſtoteles *lib. 1. politicorum cap. 3.* Inſtrumentum autem nihil propter ſe operatur, ſed propter cauſſam principalem; nec quæritur propter ſe ipſum, ſed ut principalis agens eo utatur; ridiculum enim eſſet, ſi malleus voluiſſet ſibi operari, vel equus ſibi adquirere, cum ſint inſtrumenta: ergo cum ſervus inſtrumentum ſit, ut inquit philoſophus, ſi voluiſſet ſibi adquirere, & non domino, eveniret ut inſtrumentum ſibi operaretur, quod eſt contra naturam. Itaque ſervitus, ſive herilis poteſtas ad uſum domini eſt, non ad commodum ſervi. Quamquam ſervitutis conditio a dominis reſarciatur obligatione ſubminiſtrandi ſervis neceſſaria, quibus certe ſervi minus induſtrii carerent, ſi ſua opera viverent, ut conſiderant Giſlenius Busbequius *epiſtola 3. turcicarum.* Hugo Grotius *lib. 2. de jure belli & pacis cap. 5. §. 27. & 29.*

CONSECTARIUM I.

Servos nihil proprium poſſe habere.

§. II. Ex quo primum conſequimur cum Juſtiniano in §. 1. *inſtitut. de his qui ſunt ſui, vel alieni juris.* ſervos nihil proprium poſſe habere, & quæcumque per ſervos adquiruntur, dominis adquiri. §. *item vobis 3. inſt. per quas perſonas nobis adquiritur. princ. inſt. & §. 1. de ſtipulatione ſervorum. princ. inſt. per quas perſonas nobis adquiritur obligatio.* Ulpianus in *fragmentis titulo 19. §. adquiritur 18. cum ſeqq. l. 1. §. 1. de his qui ſunt ſui vel alieni juris. l. adquiruntur 10. §. 1. de adquirendo rerum dominio. l. 7. titulo 21. Partita 4. l. 7. titulo 11. Partita 5.* Modus vero adquiſitionis eſt, ut res adquiſita per ſervum nec momento quidem temporis penes eum reſideat, ſed ſtatim ad dominum tranſeat. *l. placet 79. de adquirenda hereditate.* quod prædictam rationem habet: inſtrumentum quippe non operatur ſibi, ſed totum refert ad cauſſam principalem, ex quo plurimi juris effectus reſultant, qualis eſt, dominum non poſſe ſua manu ſcribere legatum vel fideicommiſſum ſervo proprio in alterius teſtamento, & quod ſcripſerit pro non ſcripto eſſe, tanquam ſi ſibimet ipſi ſcripſiſſet. *l. de eo 10. l. filius emancipatus 14. l. impuberem 22. §. item ſervo 3. ad l. Corneliam de falſis.* quum propter ſuſpicionem falſitatis interdictum fuit Edicto Claudii, ne quis ſibi ſcriberet hereditatem legatumve in alieno teſtamento. *l. 1. de his quæ pro non ſcriptis habentur. l. Divus Claudius 15. cum ſimilib. ad l. Corneliam de falſis.* idemque reputatur ſibi ſcribere ac ſervo proprio. *d. §. item ſervo,* quia eſt eadem perſona, & inſtrumentum adquiſitionis. Alius effectus eſt, ſi ſervo hereditas vel legatum datum ſit in teſtamento, & illud dominus falſum dixerit, accuſaveritve, amittit legatum, tanquam indigno aufertur, & fiſco applicatur. Paulus *lib. 5. ſentent. titulo 12. §. ſi pater,* qui titulus eſt *de jure fiſci, & populi,* cujus tractatus quatuor ſcripſit libros Calliſtratus, ut notant Ant. Auguſtinus *lib. 1. emendationum cap. 4.* Joannes Bertrandus de *Juriſperitis lib. 1.* duos Paulus, ut conſtat ex *indice Pandectarum,* facitque conjecturam *titulus ſententiarum* ſupra relatus: cum enim Alexander Severus leges ſanxiſſet de jure fiſci & populi, teſte Lampridio in *ejus vita,* certatim JCti, qui ſub eo floruere, de eodem argumento libros ediderunt, ut notant Bertrandus *ubi proxime,* ex quorum *lib. 1.* deſumpta eſt *lex poſt legatum 5. de his quæ ut indignis aufer.* & in §. 3. *ejuſdem legis,* extat eadem Pauli ſententia, aliquibus tamen verbis aucta ibi: *quod ſi perſonam eorum ſpectet, diverſum dicendum eſt,* quæ quidem adjecta ſunt a Triboniano, cum in originali loco non inveniantur; ſed reddunt ſatis elegantem ſenſum propter legata conditionalia, quæ relinquuntur filiis ſervisve, & ad eos ſpectant, ſi tempore impletæ conditionis ſui juris inveniantur. *l. quæ legata 17. de R. J.* nec poſſunt amitti eo in caſu, quamvia pater dominusve falſum teſtamentum dixerint; præſentit Accurſius *ibi verbo eorum:* ut hinc appareat contra nuperos novatores Triboniani magni, multum utilitatis juri noſtro attuliſſe.

§. III. Tertius effectus eſt, qui extat in §. *an ſervo 32. inſt. de legatis.* ſervo heredis legari non poſſe; quia cum heres ſit, qui legatis & fideicommiſſis quaſi ex contractu obligatur. *l. ſi quis abſentis 5. §. heres 2. de O. & A. §. heres 5. inſt. de oblig. quæ ex quas. contract. naſcunt.* eveniret, ut unus idemque eſſet creditor & debitor, heres & legatarius, contra regulam textus in *l. Granius 71. de fidejuſſorib.* ſi enim ſtatim deceſſiſſet teſtator, quod in legatis ſemper attenditur. *l. 1. de regula Caton.* per ſervum heredi ipſi, eidemque domino adquirendum foret legatum; unde ſi legatum fuiſſet ſervo ſub conditione, relictum conſiſteret ab initio. *d. §. an ſervo verſ. ſub conditione.* quia poſſet evenire, ut ante diem legati cedentem ſervus liber factus ſibi adquireret. textus elegans in *l. Julianus 87. de condit. & demonſtr. d. l. poſt legatum 5. §. ſi pater.* Cæterum ſi tempore, quo conditio impletur, in poteſtate heredis remaneat ſervus, evaneſcit legatum; quia incipit venire dies legati, quando heres & legatarius eadem perſona cenſentur. *l. a filis 25. de legatis 1. l. ſi a ſervo 20. ad leg. Falcidiam.* qui duo textus eundem ſenſum reddunt; nam *lex 25.* inquit, patri in Falcidiam imputari, quod ſibi legatum fuit, quod filius heres inſtitutus juſſu ejus adivit hereditatem, id eſt, quod ſibi legatum fuit, non capere jure legati, ſed jure hereditario, & ideo computandum eſt in quantitate, quam per Legem Falcidiam habere debet, *arg. l. in quartam 91. ad l. Falcidiam.* At vero in *d. l. 20.* dicitur in eadem ſpecie legatum in Falcidia non computari; id eſt non poni in cumulo, in computatione legatorum, ex quibus deducenda ſit Falcidia, quia quod non valet, non poteſt augere quantitatem legatorum, quæ eſt prima ſolutio Accurſii in *d. l. 25.* ubi etiam Cujac. & *lib 14. obſervat. cap. 10.* Goveanus in *d. l. 20.* Benedictus Pinellus *lib. 2. ſelectar. cap. 13. num. 14.* Donell. & Hillig. *lib. 8. cap. 24. lit. H.* ubi merito miratur, quod Cujacius in *l. 89. de R. J.* & poſtea *lib. 25. obſerv. cap. 3.* dixerit, in re tam concordi JCtos diſſenſiſſe; aliud dicendum eſt, ſi ſervus heres inſtitutus ſit, & domino legetur, valet quippe ab initio legatum; quia licet ſtatim diſceſſiſſet teſtator, non continuo concurreret jus legatarii cum jure heredis; cum inter moras adeundæ hereditatis ſervus poſſet fieri liber: itaque ſi heres dominus inſtitutus fuit, & ſervo legetur, ſi ſtatim decederet teſtator, ſtatim dies legati ſervo dati cederet, & inutiliter cederet, cum adverſus heredem domini deberet conſiſtere, quod implicat; ſi vero ſervus inſtitutus eſt, & legatum ſit domino, non eſt certum ſtatim dominum per ſervum heredem futurum, cum poſſit manumitti interim, vel pro præmio conſequi libertatem, & ſibi hereditatem adquirere; ideo in iſta ſpecie non valet legatum, in hac valet. §. *ex diverſo 33. inſt. de legatis.* Paulus *lib. 3. ſentent. tit. 6. §. 2. l. quæſitum 91. de legatis 1. l. cum legato 17. verſ. perinde ff. quando dies legati cedat.* notant auctores ſuperius laudati; nec obſtat Ulpiani textus in *fragm. tit. de legatis 24. §. 24.* ubi contrarium docet his verbis: *ei, cujus in poteſtate, manu, mancipiove eſt heres ſcriptus, legari non poteſt.* id eſt, ſcripto herede ſervo non poteſt domino legari, quoniam reſpondendum eſt, hunc locum ut alios multos hujus libri mendoſum eſſe, & expungendam eſſe negationem *non*, ut ſententia remaneat affirmativa:

do-

docuit Cujac. in *d. l.* 25. & *lib.* 6. *obſervat. cap.* 36. quem debuit allegare Gothofr. in *notis ad prædictum Ulpiani locum.*

§. IV. Quartus effectus eſt, ut nec ſervus domino poſſit debere, nec dominus ſervo; quia inter utrumque ineſt identitas perſonarum, & ideo quando ad cauſſam peculii dicimus deduci de peculio omne, quidquid ſervus domino debet, & augeri peculium per id, quod dominus ſervo debet. *l. peculii* 4. §. *ſi ære alieno* 5. *l. depoſiti* 5. §. *ult. l. quam Tuberonis* 7. §. *penult.* & *ult. l. ſed ſi damnum* 9. §. *peculium* 2. *cum ſeq. l. ex facto* 52. *de peculis. l. ſi peculium* 6. §. 1. *de peculio legato.* non jus obligationis intuemur, id eſt veram & propriam cauſſam debendi, quæ ex prædicta ratione minime intercedere poteſt, ſed intuemur potius factum naturale debendi ex conſenſu & naturali obligatione. *l.* 41. *de peculis.* ſervus enim naturaliter obligatur. *l. ſervi* 14. *de O. & A.* etiam domino ſuo, quia illa obligatio a natura eſt, cujus conceptus antiquior eſt quam ſervitus, quæ a jure gentium ſecundario provenit, ut præclare diſputat Triphoninus in *l. quod ſervus* 64. *de condictione indebiti.* cui jungendi ſunt textus in *l. quibus diebus* 40. §. *dominus de condit. & demonſtr. l. hoc jure* 19. §. *ſi quis ſervo de donationibus. l. ſi tuo* 83. *de ſolutionib.* Donellus *lib.* 14. *comment. cap.* 9. Petrus Faber *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 3. *pag.* 35. ideoque quando dominus concedit peculium ſervo, & ſeparat portionem proprii patrimonii, ut in illa ſervus negotietur, tanquam ſi liber eſſet; veriſimile eſt cogitaſſe de debitis naturali ratione inter utrumque contractis; ut eorum ratio habeatur ad augmentum & diminutionem peculii. *l. ſed ſi damnum* 9. §. *præterea* 4. *de peculio.* ita explicant Mæcenas meus excellentiſſimus doctrina & dignitate D. Joannes Chumazero in *dodecade ſelectarum diſput.* 9. Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 2. *princ.* 2. ubi abs re tollit verbum *civile* ex *d. l.* 41. idem *tit.* 8. *princ.* 7. *illat.* 7. & *lib.* 8. *conjectur. cap.* 5. *in fine*, & *lib.* 20. *cap.* 18. & 20. Connanus eleganter *lib.* 2. *commentar. cap.* 13. præſertim *num.* 4. Cujac. *tractatu* 9. *ad Africanum* in *l. frater a fratre col.* 2. *de condict. indebiti.* ſtudioſi autem noſtri plures inveſtigarunt effectus pro ſua ſedulitate, ut nos ad alia properemus.

CONSECTARIUM II.

Invitis dominis per ſervos adquiri regulariter.

§. V. Secundo ex eodem principio conſequimur, per ſervos dominis adquiri etiam invitis, & multo magis abſentibus vel ignorantibus. §. *item vobis* 3. *inſt. per quas perſonas nobis adquir. l. etiam* 32. *de adquir. rer. dom. l. ſervus vetante* 62. *hoc tit.* textus ſingularis in *l. filiifamilias* 34. §. 1. *cum ſeq. de petitione hereditatis.* Ideoque licet dominus vetet ſervo, ne ſtipuletur, neve aliter adquirat, ſi domini mandato contempto ſtipuletur, nihilominus ei adquirit: rationem non facile reddunt Bartol. Cuman. Caſtr. Jaſon, Alciatus in *d. l.* 52. quorum opiniones ſigillatim reprobare non eſt otii aut inſtituti mei: quare illis omiſſis, & Duareno ibidem in *cap.* 1. *ad tit. de ſtipulatione ſervorum*, exiſtimo petendam eſſe ex noſtro principio; quia ſervus eſt inſtrumentum animatum, quod ad operationem non indiget alio motore, ipſe enim & voluntatem habet, & operationem ſuam; quia hæc naturalia ſunt, non minus quam ambulare, ire, agere. Ariſtoteles *lib.* 1. *politicorum capite* 3. ergo ſtipulari vel contrahere, cum facti ſint. *l. conſilio* 8. *in fine de curator. furioſi.* ſubjacent poteſtati ſervi, ſicut quæcumque facta naturalia. Quod licet non his terminis ſatis ſolide fundavit Donellus in *d. l.* 62. *num.* 4. & indicavit *lib.* 9. *comment. cap.* 6. & Ant. Faber in *Juriſprud. Papin. tit.* 3. *princip.* 2. *illat.* 18. Poſtquam vero ſervus contraxit, & obligationem adquiſivit, nec momento quidem temporis penes eum reſidere poteſt, cum ſit inſtrumentum, & omnia referat ad cauſſam principalem. *l. placet* 79. *de adquir. heredit.* Itaque cum ſervus adquirit, nec conſenſu, nec voluntate domini indiget: quia adquiſitione peracta illico obligatio, vel dominium recurrit ad dominum poteſtate juris; quia ſunt eadem perſona ſervus & dominus, quoad adquiſitionem. *d. l. Pamphilo* 10. *de optione legata.* notat Giphanius in *Altorfina ad d. l. etiam* 32.

§. VI. Inde exponendus eſt elegans Juliani locus in *l. quemadmodum* 46. *de jure dotium.* ubi docet, ſervum mariti adquirere illi etiam invito obligationem dotis ſibi promiſſæ; quemadmodum ſtipulatus illi invito adquireret obligationem ex quacumque alia cauſſa. Hæc eſt comparatio, quæ ut ſatis explicetur, non indiget majori acumine: alio tamen modo exponit Cujacius ad *eandem leg. lib.* 16. *Dig. Juliani.* idem dicit, ſi ſervus non ſtipuletur, ſed traditam ſibi dotem accipiat invito domino, quia non ſolum per ſtipulationem, ſed etiam per traditionem invito adquirit. §. *item vobis* 3. *inſtit. per quas perſonas nobis adquiritur.* ſed licet domino adquiratur dos vel obligatio dotis per ſervum, non tamen ſuſcipit ejus periculum, id eſt ſi dos tradita ſit ſervo, dominus non tenetur ad levem culpam, ad quam alioquin teneretur, ſi ipſi tradita fuiſſet. *l. in rebus* 17. *de jure dotium. l. ſi conſtante* 24. §. *ſi maritus ſoluto matrimonio. l. contractus* 23. *de R. J.* late Petrus Barboſa in *l. ſi mora* 10. *in præludiis ſoluto matrimonio.* Martinus Delrio ad *d. l.* 23. *de R. J. cap.* 12. *per totum.* ubi Petrus Faber. Itaque pro qua parte adquiſitio vergit in compendium domini, ſuſtinetur, pro qua vero illum ſubjicit periculo & præſtationi diligentiæ, inanis eſt: hoc ideo quia ſervus eſt inſtrumentum adquiſitionis, ut meliorem faciat domini conditionem, non deteriorem. *l. melior* 133. *de R. J.* Idcirco concludit Julianus, dotem adquiſitam fuiſſe marito, ſed omne ejus periculum penes uxorem remanſiſſe. Unde paulatim incipit eſſe hæc adquiſitio contra æquitatem, cum maritus ſentiat commodum ſine onere. *l. ſecundum naturam* 10. *de R. J.* ut ergo Julianus mulieri conſulat, duplex proponit remedium. Primum eſt, ut poſtulet a marito, quod ratam habeat ſtipulationem vel traditionem factam ſervo ejus, obligabitur enim ex ratihabitione, quemadmodum ſi ipſe contraxiſſet, ut in ſpecie probat textus ſelectus cum gloſſa in *l. filius* 16. *ad S. C. Macedon.* quod ſi ratum habere nolit, mulieri competit condictio; quæ etiam duplex eſt, quippe ſi decernitur ad dotem datam conſequendam, eſt *condictio cauſſa dati cauſſa non ſecuta:* quia res traditæ fuerunt, ut in dotem converterentur, nec videntur in dotem converſæ, quæ ad mariti periculum non ſpectarunt, ut in ſpecie *l. qui ſe debere* 7. *de condictione cauſſa data*, quæ ex *eodem lib.* 16. *Dig. Juliani* deſumpta eſt, & in aliis locis, quæ adduxi *lib.* 2. *opuſcul. ſectione* 2. *cap.* 3. quibus hic locus poteſt addi. Si vero dos tradita non fuit, ſed tantum promiſſa ſervo mariti; quia uxor manſit obligata ad tradendum, æquum eſt, ut liberetur ab obligatione: cum tamen obligatio quid incertum ſit, quia ex ea plus minusve exigi poteſt, nec ſtatim apparet, quantum interſit promiſiſſe, eo in caſu competit *condictio incerti* mulieri ad repetendam obligationem emiſſam; id eſt ad petendum, ut a marito liberetur per acceptilationem; nam quoties acceptilatio condicitur, incerti condictione agitur. *l. ſi quis delegaverit* 12. *de novationib.* utraque autem condictio datur uxori etiam conſtante matrimonio. Ex quo colligitur alius caſus, in quo mulier conſtante matrimonio poteſt repetere dotem; quia contra æquitatem conſtituta aut promiſſa fuit; ut notat Faber *lib.* 7. *conject. cap.* 11. *in fine.* & poterit per ſtudioſos noſtros

addi hic caſus notatis *lib. 3. opuſcul. ad l. hæc actis 65. ſoluto matrimonio.*

§. VII. Facile etiam inde exponitur textus hac in re notandus, quia parum notus in *l. ſi ſervus* 108. §. 1. *de legatis* 1. ubi Africanus hanc verſat quæſtionem. Titius legaverat mihi equum, alius eundem equum ſpecifice mihi legatum donavit ſervo meo. Hoc modo cœpit concurrere duplex cauſſa lucrativa circa eandem rem, & circa eandem perſonam: circa eandem rem, quia idem equus legatus & donatus fuit; circa eandem perſonam, quia quoad adquiſitionem attinet, una eademque perſona ſumus, ego & ſervus meus. *d. l. Pamphilo* 10. *de optione legata.* Quoties autem concurrit duplex cauſſa lucrativa, qui adquiſivit ex una, non poteſt petere ex alia. *l. non eſt novum* 10. *de actionib. empti. l. plane* 34. §. 1. *l. hujusmodi* 84. §. *ſi Sempronius* 2. *l. ſi ſervus* 108. §. *Stichum* 4. *de legat.* 1. *l. Mævius* 66. §. *duorum*; & §. *eum qui. l. Lucius* 88. §. *impuberem* 7. *de legatis* 2. *l. auto* 21. *de legat.* 3. *l. omnes* 17. *de O. & A.* §. *ſi aliena* 6. *inſtit. de legatis. l.* 43. & *ſeq. tit.* 9. *Partita* 6. cum aliis, quæ ex profeſſo adduxi in *prima prælectione ad l. inter ſtipulantem* §. *ſi rem* 6. *hoc tit.* ubi hanc materiam ex profeſſo explicui novem abhinc annis: ſed dominus adquiſivit per ſervum dominium ex cauſſa donationis: ergo non poterit petere rem ex cauſſa teſtamenti; ſic videbatur reſpondendum; nihilominus contrarium reſolvit Conſultus, manere mihi actionem ex teſtamento, maxime quamdiu ignorem rem donatam eſſe ſervo meo; id eſt, quamdiu ratam illam donationem non habuero: ne alioquin incidamus in inconveniens, quod heres, qui mihi rem legatam debebat, liberaretur me invito donans illam ſervo meo, quod dici non debet; quia hæc donatio ſubiret vicem ſolutionis; quod vero domino debetur, non poteſt eo invito aut ignorante ſolvi ſervo. *l. 4. C. de ſolutionib.* ergo per traditionem non adquirit ſervus invito domino; alioquin ſi res ei fuiſſet adquiſita, non poſſet agere ex cauſſa legati.

§. VIII. Agnoverunt difficultatem omnes Claſſici in *d.* §. 1. & Bartol. cenſebat, ſervum & dominum non eſſe eamdem perſonam, & propter hanc rationem non habere locum regulam de duplici cauſſa lucrativa; ſed fallitur, quia & eſt eadem perſona; & quia, dum adquiratur res domino per ſervum, non poteſt bis eandem petere. *d. l. plane* 34. §. 1. Quare eo omiſſo verius dicendum eſt cum Accurſio *verbo ex teſtamento*, ideo adquiſitionem rei donatæ factam domino per ſervum non potuiſſe ei tollere actionem ex teſtamento pro legato ſibi relicto; quia ex adquiſitione ſervi nullum damnum poteſt dominus ſentire. *d. l. quemadmodum* 46. ſentiret autem, ſi illi adimeret actionem ex teſtamento, quam ex ſua perſona habebat; quia forſan magis ei expediret ex teſtamento agere propter fructus aut uſuras, de quibus in *tit. C. de uſuris & fructib. legatorum.* quam rem ex cauſſa donationis habere. Non negat ergo Africanus, rem per ſervum invito & ignoranti domino adquiſitam fuiſſe; ſed negat, per hanc adquiſitionem amiſiſſe dominum actionem ſuam. Nec obſtat regula de duplici cauſſa lucrativa; quia ſi dominus vult agere ex teſtamento, debet refutare donationem; quod ſi rem detinet ſervo donatam, & vult ex teſtamento agere, repellendus eſt, quia retinendo rem habet ratam ſolutionem, quod ſufficit, ut donatio facta ſervo pro ſolutione cedat. Et hic videtur mihi eſſe Accurſii ſenſus, quem in effectu ſequuntur Cuman. Caſtrenſis, & Cujac. ad *eandem legem.*

§. IX. Sed adhuc inſiſtendum eſt in eo, quod de ſolutione diximus, ſcilicet non poſſe ſervo ſolvi, quod domino debetur. *d. l.* 40. *l. filius* 22. *ff. de ſolutionib.* quia inde incommodum eveniret domino, amitteret enim actionem ſuam, & forſan ſervus dilapidaret pecuniam ſibi ſolutam; parvique referret domini, adquiſiviſſe dominium pecuniæ ſervo ſolutæ, ſi poſtea ejus uſum per everſionem ſervi perderet; quia ultra tranſlationem dominii requiritur, quod ſolutum perveniat ad utilitatem domini vere, & realiter, ut notabiliter docuit Bartolus in *d. l.* 108. §. 1. aliquando tamen accidit, ut ſervo ſolvi recte poſſit; veluti ſi a domino præpoſitus fœnerandis pecuniis vel alii negotiationi. *l. ſi conſenſit* 7. §. *videbimus*, & §. *ſed ſi ff. quib. modis pignus vel hyp. ſolvitur. l. ſervi* 14. *in fine de O. & A.* ſic intelligendis. *l. ſi quis ſervo* 18. *l. ſolutam* 49. *verſ. tutori de ſolutionib.* ratio eſt, quia voluntas domini præceſſit, ſi quidem actorem inſtitoremve ſervum conſtituit cum poteſtate exigendi. Briſſon. *lib. 1. de ſolutionib. verſ. ſervis autem.* Item ſi ſervus ipſe depoſuit, recte ei depoſitum redditur; ineſt enim præſumpta voluntas domini, ut res reddatur ei, qui eam depoſuit: igitur niſi ſciat, vel probabiliter ſuſpicetur, dominum invitum eſſe, proficiet redditio depoſiti ad liberationem; idem receptum fuit, ſi mutuatus numos a fugitivo ſolvat illi ignorans, & ſervum fugitivum, & dominum invitum eſſe. *l. ſi fugitivus* 19. *de ſolutionib.* nec obſtat textus in *l. qui hominem* 34. § *ſi nullo* 4. *in fine eod. tit.* ubi dicitur, emptores fugitivos ſolventes non liberari; ita enim eſt, (ut reſpondeam) quia nec emptores adquirunt dominium contra voluntatem domini, nec ipſi volunt ſine cauſſa transferre dominium numorum in ſervum, & per conſequens neque in ejus dominum: tradebant enim pro emptionis pretio, quæ cum nulla ſit, errant in cauſſa; nemo autem errans dominium transfert. *l. 3. §. ſubtilius de condictione cauſſa data:* at vero in *d. l.* 19. nummi fuerunt dati a fugitivo, bona fide accepti & conſumpti a debitore, quo mutuum confirmatum fuit. *l. rogaſti* 9. §. *ult.* juncta *l. cum fundus* 31. §. 1. *de reb. creditis. l. ſi mandavero* 22. §. *ſi mandaverim* 3. *cum ſeq. ff. mandati.* & per conſequens totum dominium translatum fuit in accipientem, & conſumentem bona fide, quapropter recte is ſolvere poterit fugitivo, eadem bona fide ſuppoſita, quod ipſi jure debebat: ita expoſuit Cujac. *lib. 54. Dig. Juliani*, qui refellit veterum ſolutiones; quamvis & hæc Accurſii fuit, ut ipſe agnoſcit.

§. X. Adeo autem verum eſt, poſſe ſolvi ſervis, quod ipſi ex peculio crediderunt, ut etſi peculium ademptum ſit quomodolibet, nihilominus debitores ignari ademptionis illis ſolventes liberentur. *l. ejus qui in provincia* 41. *de reb. creditis. l. ſi non ſortem* 26. §. *qui filis* 8. *de condict. indebiti. l. ſi quis ſervos* 18. *l. ſi ſervus* 32. *l. diſpenſatori* 51. *l. diſpenſatorem* 62. *de ſolutionib.* Hoc enim eorum ignorantiæ tribuitur, cum juſte ſervis ſolverent, a quibus numos acceperunt, dum ademptionem peculii ignorant. Briſſon. *ubi proxime.* Cujac. *tractatu* 8. *ad Africanum* in *d. l. ejus, qui in provincia.* & ibi Donell. *num.* 4. in qua tamen re hæc ſubtilis diſtinctio adhibetur ex jure: ſi ſervus poſt ademptum peculium ſumit a debitore bona fide ſolvente numos, ut eos domino intervertat, debitor non poteſt liberari, quia nummi non fiunt domini, cum ſervus eos intervertit. *l. cum quis* 36. §. 1. *de ſolutionib.* quapropter, ut ibi dicitur, liberatur debitor non ipſo jure, ſed ope exceptionis propter bonam fidem; tunc vero ipſo jure liberatur ſolvens bona fide, cum etiam bono animo ad dominum perferendi numos eos accipit ſervus manumiſſus. *d.* §. 1. quod cum parum diſtet in effectu, quoad liberationem, Ulpianus indiſtincte dixit in *d. l.* 18. bona fide ſolventem liberari, quocumque animo ſervus manumiſſus accipiat numos, ut docent præcitati auctores, & Hillig. ad Donell. *lib.* 16. *cap.* 10. *lit. P.* Ad cauſſam vero ignorantiæ alia etiam diſtinctio commendatur a Briſſonio: quoniam ſi ſolvit debitor ſervo præpoſito pecuniis exigendis, quod debebat ex contractu domini; debet duo ignorare; nempe manumiſſum ſervum eſſe,

eſſe, & ei fuiſſe ademptum peculium, ut ſimul exigitur in *d. l. ſi quis ſervo* 18. cæterum ſi ſolvit, quod debebat ex contractu ſervi, ſufficit, ſi ignoret ei ademptum fuiſſe peculium, quamvis ſciat manumiſſum eſſe. *l.* 3. *C. de ſolutionib.* nam cum peculium ſpectet ad ſervum inter vivos manumiſſum, niſi ei ſpecialiter adimatur. *l. ult. ff. de manumiſſione ſerv. ad univerſit. pertinentium. l.* 1. *C. de peculio ejus, qui libertatem meruit. §. ſi peculium inſt. de legatis.* non debuit exiſtimare debitor, peculium ſpecialiter ademptum fuiſſe ſervo, cum ſolvit, quod ex caoſſa peculiari debebat: cum vero ſolvit debitum ex cauſſa non peculiari, ſed dominici contractus, ſcit non poſſe pecuniam ad manumiſſum ſpectare, ut ſuppooitur in *d. l. diſpenſatorem* 62. quod ſatis eſt, ot injuſte ſolvat ſervo, quod ſcit ſe domino ipſi debere. *l. qui fundum* 7. *§. ſervus* 2. *ff. pro emptore.* juocta *l. ſi pro patre* 10. *§. verſum* 6. *de in rem verſo.* Propoſito tractatui affinis eſt alius de ſolutione facta ei, qui mandatum non habuit; ſed quia non facit ad adquiſitionem ſervilem, omittimus; & quia de illo, ſi fas eſt dicere, ſatis perſpicue egimus *lib.* 2. *opuſcul. ſectione* 2. *cap.* 4.

§. XI. Sed in his omnibus vel præcedens voluntas domini, vel juſta debitoris ignorantia affert liberationem; nec poteſt dici præciſe per ſolutionem factam ſervo tolli obligationem: aliquando tamen evenit, ut ſolutio in perſona ſervi facienda ſit, nec poſſit fieri in perſona domini, unde & per ſolutionem invito domioo adquiret ſervus: caſus extat in *l. ſi uſusfructus* 14. *§. ſi ita ff. quando dies legati cedat.* videlicet ſi ita legatum ſit, *ut ſervo ipſi vel filio ſolvatur*; heres quippe poteſt ſolvere filio vel ſervo, etſi dominus igooret vel invitus ſit: quia ita nominatim cautum ſuit voluntate teſtatoris, & tanta eſt vis diſpoſitionis teſtamentariæ. Cujac. *lib.* 7. *obſervat. cap.* 36. ut ſolutio, quæ facti eſt, conferatur in perſonam ſervi vel filii, adquiſitio vero non conferatur; quia ſtatim tranſit ad patrem dominumve res ſoluta, ut cum judicio docet Franciſcus Duarenus in *l. cum filio* 11. *verſ. quæſitum circa principium de legatis* 1. qui eſt verus ſenſus hujus textus, quamvis alium præbuerint Accurſius & Accurſiani: ſimilis etiam eſt alius in *l. qui heredi* 44. *de condit. & demonſtr.* ubi qui conditionis implendæ gratia juſſus eſt dare ſervo, debet conditionem implere in perſona ſervi, nec implet, ſi domioo det: quare in *§. contra* 3. *ejuſdem legis* docemur, juſſum dare domioo non implere conditionem, ſi det ſervo, niſi dominus ſciat & ratum habeat. Eadem eſt ratio utriusque conditionis, quia conditiones in ſpecifica forma debent impleri, id eſt, ut teſtator juſſit, nec ſufficit ut impleantur per æquipollens. *l. Mævius* 55. *de condit. & demonſtr.* Deinde quia in facto conſiſtit implere conditionem in hac vel in illa perſona, in illis vero, quæ in facto conſiſtunt, non inſpicimus jus poteſtatis. *§. item ſi factum inſt. hoc tit.* de quo inferius dicam: notant poſt Claſſicos Coſta in *§. & quid ſi tantum parte* 5. *num.* 5. *& lib.* 2. *ſelectarum cap.* 8. Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 12. *num.* 26. Donell. in *l. qui Romæ. l.* 22. *§. Ageriat num.* 2. *hoc tit. & lib.* 8. *commentar. cap.* 33. ubi Hillig. *lit. L.* Ant. Faber *lib.* 17. *conjectur. cap.* 14. *&* 15. qui optime exponunt hoc principium & ejus rationem; ſed tam ex his, quam ex Accurſio, Bartolo, & cæteris colligitur, poſtquam ſervo datum eſt implendæ conditionis cauſſa, illud ſtatim domino adquiri: adeo autem verom eſt, in his caſibus ſervo dandum eſſe, ut ſi domino detur, exploranda ſit voluotas ſervi, & ejus ratihabitio exſpectanda. *l. Stichum* 95. *§. nam etſi* 7. *verſ. quomodo de ſolutionib.* docent Coſta *ubi proxime num.* 13. Cujac. *lib.* 28. *quæſt. Papiniani* ad *eundem textum*, qui eſt de adjectis ſolutionis cauſſa, in quos jus obligationis non confertur, ſed ſolutionis factum. Briſſon. *d. lib.* 1. *de ſolutionib.* & cum moltis aliis noſter Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractata* 3. *cap.* 5. *num.* 8. & ideo in illo non poteſt tractari de adquiſitione.

§. XII. Ex his, quæ de ſolutione diximus, facile exponuntur textus in *l. ſervus* 20. *cum* 5. *ſequentib. de jurejurando.* ubi Paulos docet, ſervandum eſſe, ſi ſervus detulit jusjurandum adverſario, vel ſi ipſe juravit, cum liberam peculii adminiſtrationem haberet. Plus eſt habere liberam adminiſtrationem peculii, quam habere peculium: fugitivus habet peculium, liberam adminiſtrationem non habet. *l. libera* 48. *de peculio.* notat Valentia *lib.* 1. *tractatu* 2. *cap.* 10. *num.* 9. ut nec is, cui ademta eſt adminiſtratio, ut docet Faber in *d. l.* 48. ejus rei redditur ratio in *l.* 21. quia ſervus in tali caſu habet jus novandæ obligationis peculiaris, & recte ei ſolvitur. Unde in *l.* 22. iterum Paulus infert, ſi adverſarius juraverit ſibi deberi, actionem de peculio dandam eſſe in dominum, qui ex delatione jurisjurandi a ſervo facta obligatus fuit. Ex diverſo in *l.* 23. docemur, ſi favore domini vel peculii juratum ſit, actionem domino adquiri in *l.* 24. idem de filio traditur; ſed in *verſ. ipſi* dicitur, filium vel ſervum referentem jusjurandum ſibi delatum non poſſe facere deteriorem conditionem patris vel domini; itaque ſervus poteſt ab initio deferre adverſario ſuo jusjurandum, & ab adverſario delatum ſuſcipere; ſed delatum iterum deferre non poteſt; quia procul dubio facit deteriorem conditionem domini, cum nolit, poteſtate ſibi conceſſa, ut eleganter docet Cujac. *lib.* 18. *Pauli ad Edictum* in *d. l.* 24. *§.* 1. quæ ſolutio ſuſtinenda eſt, ne opus ſit variare ſpeciem, quod fecit Ant. Faber in *Rational.* nec JCtorum diſſenſionem cauſſari cum Rævardo in *l. cum amplius* 82. *§.* 1. *de R. J.* & Cujacio *lib.* 8. *obſervat. cap.* 11. quem ſequitur Pichard. in *§. actiones* 10. *num.* 80. *inſt. de actionib.* nec diſtinguere inter juramenta judicialia & extrajudicialia cum Pacio *cent.* 3. *quæſt.* 84. licet eum ſequatur Hillig. ad Donell. *lib.* 24. *cap.* 12. *lit. G.* igitur ibi libera peculii adminiſtratio conceſſa eſt ſervo, & ex cauſſa peculiari juratur, nulla differentia verſatur inter eum & filium, quia ſicut jusjurandum filii ratum eſt, ſive juret, ſive deferat. *l. ult. de exceptionib. l. ult. ff. quarum rerum actio non datur*; ita etiam in ſervo. Cæterum ſi non juretur ex cauſſa peculiari, ex juramento filii datur actio in patrem de peculio, non vero ex juramenta ſervi. *l. depoſiti* 5. *§. ſi filius* 2. *de peculio.* unde ſi filius peculio careat, ex ejus juramento nulla actio datur io patrem, niſi ratum habeat. *l. nec filius* 7. *C. de reb. creditis.* agnoſcunt Cujac. Faber, & alii proxime laudati, & P. Faber in *l. ſecundum naturam* 10. *de R. J. ad medium.* Rationem differentiæ ſedulo inveſtigant interpretes noſtri, & ego eam reddidi in Academicis ad *tit. de fidejuſſorib. cap.* 4. §. 18. & in voce repetam, ne ſcripta mea inculcem. Sub eadem diſtinctione facile differi poteſt de novatione a ſervo facta; legimus enim in *l. ſi unus* 27. *de pactis.* & in *l. filius* 23 *l. non ideo* 25. *de novationib.* ſervos novare non poſſe obligationem domini; quamvis eis recte ſolvatur, & quamvis ſit juris regula, plerumque novare poſſe eum, cui recte ſolvitur. Per contrarium in *d. l.* 21. *de jurejur.* & in *l. fugitivus* 19. *de ſolutionib.* legimus, poſſe ſervum novare; ſed hoc diſſidium componit JCtus in *l. ult. de novationibus.* ubi nos docet certum eſſe, poſſe ſervum novare (ſi liberam peculii adminiſtrationem habeat) debita peculiaria videlicet, ſi ipſi ſtipulentur, id eſt novum & novantem contractum faciant, quem patri dominove adquirant; hoc cum indiſtincte docuiſſet, tunc maxime procedere affirmat, quando per novationem ſervus facit meliorem domini conditionem: ergo ſi ſervus liberam peculii adminiſtrationem habet, ut poteſt jurare, & juramentum deferre, ſic poteſt novare debita peculiaria; ſed extra cauſſam peculii, vel ſi ejus liberam adminiſtrationem non habet, novare non poteſt. *l. ſervus* 16. *de no-*

novationib. ut poſt alios exponit Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tractatu* 2. *cap.* 1. *num.* 26. & 27. addendi Briſſonius *lib.* 1. *de ſolutionib. verſ. ſervis autem.* Petrus Faber in *l.* 133. *de R. J.* ſic etiam diſſeritur in conſtitutione pignoris. *l. ſi convenerit* 18. *§. ult. de pignoratitia actione.* junctis *l.* 1. *§.* 1. *ff. quæ res pignori. l.* 4. & *l. ult. C. ſi aliena res pignori data ſit.* remittere vero in totum obligationem adquiſitam, vel donare nunquam poteſt. *l. filius* 7. *de donationib. l.* 3. *C. l. contra* 28. *§. ult. ff. de pactis. l.* 17. *titulo* 14. *Partita* 3.

§. XIII. His præmiſſis de ſolutione & novatione, quæ in hoc tractatu cognitu digniſſima ſunt, rem noſtram proſequamur: ſciendum eſt, ſervum parere poſſe conditionem inſcio immo invito domino, ſi juſſus fuit aliquid facere veluti Capuam ire, in Capitolium aſcendere, quæ facti ſunt, & quorum ſervus per conſequens capax eſt. *d. §. at cum factum inſt. hoc tit.* quod expreſſe docemur in *l. conditionibus* 5. *§.* 1. *de condit. & demonſtr.* cui ex diametro opponitur textus in *l. ſub conditione* 25. *de condit. inſtitut.* ibi: *ſub conditione heres inſtitutus ſervus ſine juſſu domini conditioni parere non poteſt.* Albericus Gentilis *lib.* 1. *lectionum cap.* 5. cenſuit manifeſtam repugnantiam eſſe inter utrumque locum. Cujac. *lib.* 2. *obſervat. cap.* 16. exiſtimat negationem abundare in *d. l.* 25. quod non multum recedit a veroſimili, cum cernatur incluſa lineolis, & aſteriſcis, quod ſolet eſſe indicium ſuperfluitatis: ſed communior ſententia eſt, *d. legem* 5. accipiendam eſſe de conditionibus, quæ in faciendo conſiſtunt, quas ſervus ſine juſſu domini poteſt implere; quia per implementum earum dominus non fraudatur, ut ibidem dicitur; primo quia ex implemento conditionis non inducitur aditio hereditatis, ut prolixe fundavi *lib.* 2. *opuſcul. ſectione* 3. *cap.* 2. deinde quia eo facto nihil alienat ſervus de patrimonio domini: at vero *d. legem* 25. accipiendam eſſe de conditionibus, quæ conſiſtunt in dando, quas ſervus implere non poteſt citra juſſum domini, quia fraudaret eum, ſi illo invito aliquid daret. Hæc ſententia fuit Accurſii, Bartoli, & Cumani, quam ſatis probabilem dicit Coſta *lib.* 2. *ſelectarum cap.* 3. eamque intrepide ſequuntur Petrus Faber in *l.* 133. *de R. J.* Franciſcus Broeus in *§. ſervus plurium num.* 1. & 2. *inſt. de heredib. inſtit.*

§. XIV. Sed ut dicitur in *d. l. etiam* 32. *de adquir. rerum dominio*, non eſt regula perpetua, ſervum adquirere domino invito, patitur enim limitationem, ut colligitur ex illo verbo *pene*, & agnoſcunt omnes Claſſici, quapropter ſi vult ſervus domino adquirere hereditatem, non poteſt niſi præcedente juſſu domini; idem de filio dicendum eſt, quia in utroque eadem militat ratio, ut contra Pichardum ad *tit. de adquir. hered. cap.* 14. & *ſeqq.* diſputavit magna vi magnoque judicio Valent. *ad eundem tit. tractatu* 2. *per totum.* juſſum autem debere in utroque præcedere patet ex *l. qui in aliena* 6. *per totum. l. ſi quis filium* 7. *l. more* 8. *§.* 1. *l. ſi ego* 26. *l. cum quidam* 30. *l. ſi heres* 35. *l. ſeq. l. eum qui* 51. *§.* 1. *de adquir. hereditate.* debet autem juſſus eſſe ſpecialis, & ſufficiens ad indicium voluntatis. *l. ſi quis mihi bona* 25. *§. juſſum* 4. *cum ſeqq. de adquir. hereditate.* & debet perſeverare uſque ad aditionem filii, alioquin ſi revocetur ante aditionem, nihil agitur. *d. l.* 25. *§. ſi poſtquam* 14. unde ſi dominus decedat ante aditionem ſervi, quamvis ſervus poſtea adeat, non fit heres. *§. ult. d. legis.* de furore idem erat dicendum; quia ut furioſus adire non poteſt, ſic nec poteſt jubere, ut hereditas adeatur; ſed ex benignitate Imperatoria conceſſum fuit filio furioſi, ut ipſe citra juſſum patris ſibi adiret, & adquireret hereditatem. *l. cum heres* 52. *de adquir. hereditate.* qui eſt caſus ſpecialis, in quo filius adquiſivit ſibi & ſuo periculo jure Digeſtorum, cum in aliis regulariter patri etiam invito adquireret ut ſervus: docuit poſt veteres Valent. *d. tractatu* 2. *num.* 48. quod nullo modo in ſervo recipi poteſt; quia ſi furioſus ſit dominus, non poteſt adire, cum nec ſibi poſſit adquirere. *l. qui ſervum* 74. *l. pater* 94. *eod. tit.* idem dicendum eſt, ſi poſtquam juſſit pater, ſeſe in adrogationem dederit, evaneſcit enim juſſus, & patris adrogatoris auctoritas denuo ſpectatur. *d. l.* 25. *§. ult.* quia qui in alterius poteſtate eſt, non poteſt jubere, ut filius adeat. *l. ſi filius* 92. *eod. tit.* unde error in conditione, veluti ſi heres dubitet, an ſit pater vel filius, & revera paterfamilias ſit, non officit quominus adiens heres fiat, quia animum habuit ſibi adquirendi, & quidem adquiſivit; ergo ſi filius erat, nihil egit adeundo ſine juſſu patris. *d. l. qui in aliena* 6. *§. ſi is, qui putabat* 4. *l. ſed & ſi de ſuo* 34. *eod. tit. l. cum filius* 10. *C. de petitione hereditatis.* ſed quemadmodum adquiritur hereditas, ſi pater jubeat, & filius adeat, ita ſi cum voluntate filii pater pro herede gerat, recte agnita videtur. *l. filio* 4. *C. de jure deliberandi.* vel ſi diutius in poſſeſſione rerum hereditariarum pater ſit annuente filio. *d. l. qui in aliena* 6. *§. ſed ſi* 3. quia diutina poſſeſſio, & adminiſtratio pro geſtione eſt: docent Pichard. ad *eundem tit. cap.* 16. *num.* 5. Petrus Fab. *lib.* 2. *ſemeſtrium cap.* 22. *pag.* 328. Hillig. ad Donell. *lib.* 7. *cap.* 6. *lit. D.* unus caſus eſt, in quo nepos facit heredem patrem ſuum citra ipſius juſſum: veluti ſi filius fuit exheredatus, & nepos in poteſtate retentus inſtitutus; per exheredationem filii nepos quaſi jura ſui heredis conſequitur; quamobrem ſtatim tamquam ſuus & neceſſarius heres exiſtit avo; cum autem hereditas penes eum reſidere non poſſit. *l. placet* 77. *de adquir. hereditate.* protinus miniſterio legis ad patrem tranſit. *d. l. qui in aliena* 6. *§. interdum* 5. addendi ſunt Duarenus ad *tit. de adquir. hered. cap.* 4. Pichard. ad *eundem tit. cap.* 17. & in *§. ita demum num.* 42. *inſt. de hereditatib. quæ ab inteſt. deferuntur.* Coſta in *§. & quid ſi tantum parte* 2. *num.* 112.

§. XV. Fere idem dicitur circa prætorias bonorum poſſeſſiones, ſed non idem; quia non eſt neceſſe, ut præcedat juſſus patris vel domini, & ſufficit, ut poſtea rata habeatur petitio. *d. l. qui in aliena* 6. *§.* 1. quod & in reſtitutione fideicommiſſariæ hereditatis ſervatur. *l. ſervo invito* 65. *ad S. C. Trebell.* Pichardus in *§. reſtituta num.* 21. *inſt. de fideicomm. hereditatib.* ratihabitio tamen eo tempore præſtari debet, quo alioquin ipſa bonorum poſſeſſio peti poſſet, id eſt antequam centum dies ad eam petendam præſtituti elabantur. *l. bonorum* 24. *in princ. ff. rem ratam haberi. l.* 1. *C. qui admitti ad bonor. poſſeſſ.* unde ſi decedat pater vel dominus, cui delata fuit, antequam ratum habeat, non competit deinceps, nec heres ejus ratum poteſt habere. *l.* 3. *§. adquirere* 7. *de bonorum poſſeſſionib. l. ſi is cui* 7. *ff. rem ratam haberi.* Aliud eſt, ſi furere incipiat, videtur enim per furorem ſupervenientem ratum habitum, quod geſtum fuit, utique ſi pater vel dominus poſt petitionem furere cœpit. *l. ult.* ſic intelligenda *ff. de bonorum poſſeſſionib.* quia præcedens mandatum furore revocatum non fuit, ſed obſervanda eſt diſtinctio inter filium & ſervum, quam propoſui *numero proximo*: docent Accurſius *d. l. ult.* Cujac. *tractatu* 4. *ad Africanum in l. qui ſervum* 47. *de adquir. hereditate.* & *tractatu* 5. in *d. l. bonorum* 24. Petrus Faber in *l. ſemper* 60. *de R. J.* addendus utiliter Molina *lib.* 2. *de primogeniis cap.* 7. *num.* 44. & *ſeqq.* Quando vero filio ipſi ex propria perſona delata eſt bonorum poſſeſſio, debet ipſe agnoſcere & petere; ideo ſcientia patris filio non nocet, ſi ignoret delatam ſibi bonorum poſſeſſionem. *l.* 3. *ff. quis ordo in bonorum poſſeſſione ſervetur.* computantur enim dies petendæ bonorum poſſeſſionis a tempore ſcientiæ. *l.* 2. *§.* 1. *cum ſeqq. eod. tit.* quin imo adeo utiles ſunt, ut non numerentur dies, quibus patrem ſuum certiorare non potuit, ut ratum habeat. *l. ult. in princ. eodem tit.* quod ſi pater furioſus erat, vel

ita

ita abſens, & in longinqua ignotaque provincia conſtitutus, ut minime poſſet certiorari, peti amplius non poteſt; nec enim tunc debuit filius exſpectare, ut pater certioraretur, excluſuſque eſt ſumma jure, in quo nullum damnum patitur, cum neceſſario excludendus eſſet propter defectum ratihabitionis. *d. l. ult.* §. 1. quam ſic accipio, quamvis aliter Cujac. *lib. 7. quæſt. Papiniani* in *l. unus ex ſociis* 34. §. *ult. de ſervitutib. ruſticorum prædiorum.* & Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 5. *num.* 15. *cum ſeqq.* debuit ergo eo in caſu filius petere bonorum poſſeſſionem, & ſibi adquirere ex benignitate reſcripti, de quo in *d. l. cum heres* 52. *de adquir. heredit.* ut cum judicio docent Goſredus in *d.* §. 1 & Amaya *d. cap.* 5. *num.* 14. quod ſi non lecit, ſibi imputet, neque iniquo animo ferat excludi per lapſum temporis: erit igitur negativus ſenſus illius textus, uti ego exiſtimo, ut mire concordet cum *l.* 1. *C. qui admitti.* quæ hucusque viſa eſt inſuperabilis antinomia. Quod vero attinet ad mortem, vel ad furorem filii vel ſervi, poſtquam petierunt bonorum poſſeſſionem, dicendum eſt nihil referre, quia jam eſt peracta adquiſitio, ideoque poterunt pater vel dominus ratam habere. *d. l. bonorum* 24. §. 1. *rem ratam haberi* rationem differentiæ inter bonorum poſſeſſionis petitionem, & aditionem hereditatis, quoad hunc articulum, præſtitit eleganter Valent. *d. tractatu* 2. *num.* 55. quam non repetam, niſi in voce, cum inde peti poſſit, neque ad rem faciat.

§. XVI. Inveſtigandum autem eſt, cur ſervus vel filius invito aut ignoranti patri non poſſit adquirere hereditatem? Contra enim dici poſſet, quod in adquiſitionibus iſtis ſolet ſeparari commodum ab incommodo, ut commodum adquiratur domino ſine ullo tamen onere, ut vobis conſtitit ex *l. quemadmodum* 46. *de jur. dotium.* quam ſupra expendi, item quod prodigus, qui nihil poteſt diminuere de patrimonio nec obligari, poteſt nihilominus adire hereditatem. *l. mutuum* 5. §. 1. *de adquir. hereditate.* ut dixi in mea collectione *de prodigis num.* 8. quia aditio hereditatis eſt titulus lucrativus. *l. ſi ſervus* 108. §. *Stichum* 4. *de leg.* 1. *l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſi rem* 6. *hoc tit.* ubi Jaſo & Giphanius *l. unica verſ. lucrativas C. de imponenda lucrativa deſcriptione.* Ludovicus Vitallis *lib.* 2. *variarum cap.* 22. *num.* 11. & onera, quæ ſequuntur aditionem hereditatis, ſunt per conſequentias, ut dixi *d. num.* 8. ergo dicendum erat, vel ſervum poſſe adquirere domino etiam invito hereditatem ſine onerum reſpectu, vel illis inſuper habitis, ut de prodigo diximus, vel ſaltem poſſe adquirere commoda hereditatis ſine oneribus, ut in *d. l. quemadmodum* 46. deinde in filio videtur militare ratio ſpecialis hujus diſtinctionis, quia cum ipſe jure civili poſſit obligari tam ex contractibus, quam ex delictis non minus quam pater. *l. tam ex contractibus* 57. *de judiciis. l. qui cum filio* 44. *de peculio. l. filius* 39. *de O. & A.* ſi contrahat taliter, ut actio debeat utrinque reddi, veluti ſi commodatum ſit, pater pro expenſis factis in re commodata poterit agere actione contraria; ſed filius ipſe tenetur ad reſtitutionem rei actione directa, non pater, niſi filius peculium habeat. *l.* 3. §. *ſi filio cum ſeq. ff. commodati.* ergo idem dicendum erat in hoc tractatu, ut filius obligatus maneret, & ad patrem referret omne commodum hereditatis ſine ullo onere.

§. XVII. Sed hæc parum obſtant; quia cum hereditas ex propria natura rei ſit ſucceſſio in univerſum jus defuncti. *l. nihil eſt aliud de V. S. l. hereditas de R. J.* & ſucceſſio univerſalis ſit, & implicet tam actiones quam obligationes, commoda & onera. *l. more* 8. *de adquir. hered.* conſequens eſt, ut ab hereditate non poſſint onera ſeparari adeo quidem, ut licet titulo legati (quod plerumque lucrativum eſt. *l. hereditatem* 32. *mandati*) hereditas relicta ſit, nihilominus onera tranſeant in legatarium hereditatis. *l. cum filius* 76. §. 1. *de leg.* 2. ubi Cujac. *lib.* 7. *reſponſorum Papiniani.* & Valent. ad *tit. de legatis cap.* 1. *num.* 23. unde cum filius vel ſervus non poſſint obligare patrem, vel dominum. *l. ſi ſervus* 13. *de precario. l. melior* 133. *cum ſimilib. de R. J.* non poterit etiam adire hereditatem ſine eorum juſſu, ne illos æri alieno obliget, ut ſignanter dixit JCtus in *l. qui in aliena* 6. *de adquir. hered.* notant Duarenus ad *eundem tit. cap.* 4. Valent. *tract.* 2. *num.* 37. Pichardus *cap.* 14. & 15. licet in ratione filii erret Donellus *d. lib.* 7. *cap.* 6. Neque obſtant conſiderationes ſupra propoſitæ, quia illa onera, quæ poſſunt ab adquiſitione ſeparari, non tranſeunt ad dominum per adquiſitionem ſervi. *d. l. quemadmodum* 46. at vero onera hereditaria inſeparabilia ſunt ab ipſa adquiſitione, ideo inter hæc nulla eſt paritas. Eſſe autem ſeparabile periculum ab emolumento rei in *d. l.* 46. patet ex eo, quod ſtante contractu poteſt inter partes conveniri, ut non ſpectet periculum ad eum, ad quem de jure ſpectare debebat. *l. contractus* 23. *de R. J.* quod pactum non valeret, ſi eſſet contra ſubſtantiam actus. *l. cum precario* 12. *de precario.* ex quo etiam diluitur inſtantia, quam in filio feci; in aliis enim caſibus ipſe obligatur, & patri actionem adquirit; ſed in hoc vel nihil eſt adquiſiturus, vel debet etiam transferre onera. Quod autem de prodigo dixi, illam habet rationem; quod aditio hereditatis ex terminis & per ſe conſiderata eſt titulus lucrativus & adquiſitio; & quamvis includat onera per conſequentiam neceſſariam, hoc non attenditur, ſed lucrum ipſum, quod principale eſt; maxime cum alia ſuppetant remedia prodigo ad repudiandam hereditatem aditam, ſi inveniatur damnoſa, ut dixi *d. num.* 8. Dominus vero per ſervum nullo modo obligari poteſt nec per conſequentiam; ideo cum non procedat adquiſitio ceſſante obligatione, nullo modo poteſt etiam procedere aditio; & ita hanc partem accipiendam eſſe exiſtimo.

Eſſet in præſenti diſputandum de adquiſitione poſſeſſionis per ſervum, in quo jus ſingulare conſideratur propter naturam poſſeſſionis: ſed quia de hoc articulo egi ex profeſſo in *repetita prælectione ad tit. de adquir. poſſeſſione cap.* 4. *num.* 8. in præſenti ſubſiſto, quia non libet ſcripta mea bis inculcare.

CONSECTARIUM III.

Servo nolente nihil poſſe dominum per eum adquirere.

§. XVIII. Conſequimur tertio ex eodem principio, ſi ſervus nolit adquirere, nihil poſſe per eum adquirere dominum; voluntas enim ſervi ſemper exquiritur. *l. qui in aliena* 6. §. *ult. de adquir. hered.* juncto Pichardo ad *eundem tit. cap.* 18. *per totum. l. cum proponas* 3. *C. de heredib. inſtit.* ibi, *potuit enim quamvis jubente domino nolle adire.* Competit quidem domino remedium, ut per judicem compellat ſervum ei morem gerere. *l.* 1. §. *quid ergo ad S. C. Silanianum.* ibi: *compellendus eſt ſervus hoc facere. l. cum aliquis* 21. *verſ. ut ſiquidem C. de jure deliberandi.* Sed tamen ſi ſervus in nolendo perſeveret, dominus non poterit hereditatem adquirere, quæ ſervo ejus data fuit: docent Baldus & Salicetus in *d. l.* 3. Caſtrenſis in *d. l.* 21. *num.* 5. Pichardus in *tit. de adquir. hered. cap.* 13. *num.* 19. Quod ſumma cum ratione fit, quia *ut architectis opus nullum recte proceſſerit ſine libella & linea*, ut inquit Lipſius *lib.* 1. *politicorum*, ſive *civilis diſciplinæ cap.* 7. nec eques viam commeare poteſt ſine equo; ita dominus adquirere non poterit ſine inſtrumento, quod adquiſiturus eſt per inſtrumentum, id eſt per ſervum.

§. XIX. Huic parti obſtat textus, ad quem pauci animadvertunt in *l. ſervo invito* 65. *verſ. neque intereſt ad S. C. Trebell.* In quo poſtquam JCtus docuit, ſufficere ratihabitionem in agnoſcenda he-

reditate fideicommiſſaria, ut dixi ſupra §. 15. ait, ſi fideicommiſſa hereditas relicta ſit ſervo, poſſe dominum petere, ut ſibi reſtituatur inſuper habita perſona ſervi, & abſque ejus conſenſu; unde concludit, ſi heres rogatus recuſet adire, cogendum eſſe a domino; ergo manifeſte ex hoc loco deducitur, voluntatem ſervi non eſſe exſpectandam ad adquiſitionem; ſed ut reſpondeam, præmitto hoc ſpeciale eſſe in hereditate fideicommiſſaria, quod non procedit, neque in hereditate directa, neque in bonorum poſſeſſione, quas pater vel dominus adquirere non poteſt, niſi media perſona & interveniente voluntate ſervi vel filii. *d. l.* 3. *C. de heredib. inſtit. l.* 3. *ff. quis ordo in bonorum poſſeſſ. ſervetur.* Fideicommiſſariam vero adquirere & repudiare poteſt, filio vel ſervo invito, quod nos docet JCtus ipſe his verbis: *at quia in bonorum poſſeſſione, vel in adeunda hereditate conſenſus ejus neceſſarius eſt.* Supereſt ergo inveſtigare rationem ſpecialitatis aut differentiæ, ſuper qua non habemus judicium Accurſii, licet eam agnoviſſet verbo *neceſſarius*; habemus tamen rationem Bartoli in *l. is poteſt num.* 12. *&* 2. *ſeq. de adquir. hered.* & in *d. l. ſervo* 65. quem ibi ſequuntur Cumanus & Caſtrenſis. Docuit ergo, ex delatione hereditatis aut bonorum poſſeſſionis in perſona filii vel ſervi nullum jus patri dominove quæri, nec ſervo aut filio ipſis, donec hereditas adita ſit, vel petatur bonorum poſſeſſio: quia tota adquiſitio eſt in ſpe; hæc autem deficere poteſt, vel nolente ſervo adire, vel prius decedente, quam ſit adita hereditas. *l. inde Neratius* 23. §. 1. *ad l. Aquiliam. l. pretia rerum* 65. *verſic. ſed neque heredem ad l. Falcidiam.* quod etiam procedere in querela inofficioſi teſtamenti, priuſquam eam filius præparet, traditur in *l. Papinianus* 8. *in princ. de inoffic. teſtam.* Docet & multa congerit Olea *de ceſſione jurium & actionum titulo* 2. *quæſt.* 3. *num.* 7. cæterum fideicommiſſum univerſale, ſimulac ceſſit, id eſt venit dies faciendæ reſtitutionis, produxit actionem in perſonam ſervi, (ſive perſecutionem extraordinariam, quæ pro fideicommiſſis competit Ulp. *tit.* 25. §. *fideicommiſſa* 12.) quæ ſtatim adquiſita fuit domino juris miniſterio, etſi voluntate ſervi, ut de legatario dicitur in *l. cum pater* 77. §. *ſurdo de leg.* 2. igitur peracta adquiſitione, dominus amplius non indiget miniſterio ſervi.

§. XX. Ex quo facile perſpicitur differentia, quoad hanc partem inter hereditatem & legatum: hereditas quippe, in qua inſtitutus eſt ſervus (idem de filio dicendum eſt) neque a domino neque a ſervo per ſe repudiari poteſt, ſed ſimul ab utroque repudianda eſt, ut aliquid agatur. *l. is qui* 13. §. *ult. cum l. ſeq. de adquir. hered. l.* 2. *C. de repudianda bonorum poſſeſſione.* docent poſt multos dominus Chumazero in *ſelectis diſputat.* 3. *a principio.* Val ad *tit. de adquir. heredit. tractatu* [illegible]. *num.* 42. Amaya *lib.* 2. *obſervat. cap.* 5. *num.* 19. Poteſt itaque ſervus nolle adire, renuere, refractari, ſed non poteſt repudiare hereditatem; quia ut iidem notant, repudiatio non ſortitur effectum, niſi fiat ab eo, cui delata eſt hereditas. *d. l. is qui* 12. juncta *l. delata* 151. *de V. S.* ſoli autem ſervo, vel domino ſoli non defertur hereditas, ſed utrique nempe domino per ſervum; legatum vero ſervo delatum dominus poteſt repudiare per ſe, nec indiget voluntate ſervi. *l. legatum* 7. *de leg.* 2. quia ſimulac ceſſit, adquiſitum fuit domino dominio revocabili tenus; quapropter ab ipſo potuit repudiari: notant poſt Bartolum & Claſſicos in *d. l.* 7. & in *d. l.* 13. §. *ult.* auctores proxime laudati.

§. XXI. Contra quam partem nonnulli textus facere videntur. Primo textus in *l.* 1. §. *per ſervum* 3. *de ſucceſſorio edicto.* ibi: *per ſervum delatam bonorum poſſeſſionem dominus repudiare poteſt.* ex quo textu Cujac. *lib.* 3. *obſervat. cap.* 11. & ad *d. l. legatum* 7. poſt aliquot veteres exiſtimavit, repudiationem factam a domino præjudicare etiam ſervo, ſed non recte; quia eſt contra deciſionem *d. l.* 13. §. *ult.* Quare eo omiſſo, & nimium ſubtili differentia noviſſime excogitata a Bartholomæo Cheſio *cap.* 46. *interpret.* qui putavit differre poſſeſſionem ſervo delatam, & per ſervum delatam, ſine ullo prorſus juris fundamento; facilem expoſitionem habet prædictus locus: tantum enim ait, dominum poſſe per ſervum, id eſt utentem miniſterio ſervi ad hoc repudiare bonorum poſſeſſionem, ſupplete ipſi domino delatam, ut dixerat in §. *antecedenti* poſſe eam repudiare per procuratorem; quia ad hanc rem poteſt uti miniſterio procuratoris & ſervi: quia repudiatio poteſt fieri extra judicium. *d. l.* 1. §. *quibus.* ut tradunt Decius in *l. ult. col. fin. C. qui admitti.* & in *l.* 1. *num.* 1. *C. de repudianda bonorum poſſeſſ.* Jaſon in *l. unica C. quando non petentium partes num.* 17. in eoque ab agnitione diſtat, quæ in judicio, & coram Prætore facienda eſt. *d. l. ult. C. qui admitti.* & nihilominus per ſervum admitti poteſt bonorum poſſeſſio, quæ ſervo ipſi delata eſt, ſi de petentis conditione Prætor certus ſit. *l. ſervus* 7. *de bonorum poſſeſſ.* Ita explicant & recte Dominus Chumazero *d. diſputat.* 3. *num.* 4. Bellonus *lib.* 4. *ſupputationum cap.* 15. Marcus Antonius Bellonus *de jure accreſcendi cap.* 7. *quæſt.* 43. *num.* 61. *& ſeq.* opponi etiam poteſt textus in *l. quod autem* 6. §. *ſi ſervum* 5. *ff. quæ in fraudem creditorum.* ubi docet JCtus, dominum poſſe vendere ſervum inſtitutum heredem, neque per hoc fraudari creditores in pretio hereditatis: cum poſſet, inquit, etſi non alienaſſet ſervum, repudiare hereditatem dominus, nec enim diminuit de patrimonio ſuo, quamvis non adquirat. §. *proinde* 1. *cum ſeqq. ejuſdem legis.* ubi ſupponitur, poſſe dominum repudiare hereditatem ſervo ejus delatam; ſed hæc ſuppoſitio a Conſulto fit per tranſitum, & cum aliam quæſtionem principaliter tractaret, quare ſupponendi ſunt termini habiles, ſcilicet repudiaſſe dominum una cum ſervo; qui autem termini ſupponuntur in *d. l.* 6. §. *ſi ſervum.* ex profeſſo exponuntur in eleganti textu in *l. ſervus dotalis* 58. *ſolut. matrim.* quam cum judicio explicat Barboſa in *l. dotalem* 62. *num.* 12. *&* 13. *ſolut. matr.*

§. XXII. Ex adverſo opponitur textus in *l. ex repudiatione* 26. *C. de fideicommiſſ.* ubi poſtquam Imperatores propoſuerunt, exceptione doli repellendum eſſe eum, qui petit fideicommiſſum, poſtquam illud repudiavit, ſubjungunt: *unde cum hoc non te, ſed patrem feciſſe aſſeveres, qui tibi nocere non potuit, nihil tibi obeſſe poteſt.* ex quo deducunt, patrem repudiare non poſſe fideicommiſſum filio relictum, contra quod dixi ſupra §. 19. *&* 20. verum textus Codicis, ut inquit Barboſa in *prædicta lectura num. final.* ſine myſterio plerumque accipiuntur, cum contineant Cæſarum reſolutiones ad caſus ſibi propoſitus plus minusve difficiles, prout ſe offert occaſio: ſupponit ergo textus, Julianam, ad quam emittitur, potuiſſe ſibi adquirere, non obſtante repudiatione patris: igitur non erit divinare, ſi dicamus, filiam emancipatam fuiſſe; cum non poſſet ſibi adquirere ſed patri, ſi in ejus poteſtate conſtituta eſſet, quamvis emanciparetur, ſtatim ac dies legati ceſſiſſet. *l. ſi poſt diem* 5. §. *ult. quando dies legati cedat. l. quæ legata* 18. *de regul. juris.* ergo textus accipiendus eſt de filia emancipata, ſuppoſito hoc termino habili, vel alio ſimili, ut docet Accurſius *gloſſ. fin.* in *d. l.* 26. Nec ſuſtinendi ſunt Sarmientus *lib.* 2. *ſelect. cap.* 8. & Pinellus in *l.* 1. *C. de bonis mater. part.* 3. *num.* 104. qui hunc intellectum Accurſii divinatorium appellant, cum ſit & ſuppoſitus & neceſſarius.

§. XXIII. Magis obſtat ſecundum lecturam Florentinam textus in *l. Titia* 34. §. *Lucia Titia* 2. *de leg.* 2. ubi proponitur mater, quæ ab inteſtato deceſſit, & codicillis ſervo alieno reliquit domum: filii heredes matris poſt mortem ejus diviſerunt inter ſe hereditatem, & inter res heredita-

rias

rias etiam partiti fuerunt domum ſervó relictam; in qua diviſione dominus ſervi adſtitit tamquam teſtis, quæſitum fuit, an dominus amiſiſſet fideicommiſſi petitionem, quæ ſibi per ſervum adquiſita fuerat poſt mortem Titiæ ex eo, quod adſtitit diviſioni factæ inter filios? Et Modeſtinus reſpondet, fideicommiſſum ipſo jure amiſſum non eſſe, immo neque per exceptionem, niſi filii probaverint, dominum habuiſſe animum repudiandi ex eo, quod permiſit dividi domum, cum diviſioni adſtitit. Quæ doctrina eſt elegans, & ad praxin ſumme commendabilis, eum, qui adſtitit ut teſtis, neque potuit actum impedire, nec præjudicare juri ſuo. *l. Gajus Sejus* 39. *de pignor. act.* quam variis ampliationibus & limitationibus proſequuntur Annæus Robertus *lib. 4. rerum judicatarum cap.* 14. Cujac. *lib.* 8. *reſponſorum Papiniani* in *l. cum pater* 77. *§. liberti de legat.* 2. Bartolus & Claſſici in *d. l.* 39. Illa tamen verba non carent magna difficultate: Modeſtinus reſpondit fideicommiſſum ipſo jure amiſſum non eſſe, *quod nec repudiari quidem poteſt:* facile enim ſuſtinebimus, fideicommiſſum de facto repudiatum non fuiſſe ex eo, quod dominus adſtitit tanquam teſtis, cum perdifficile eſt, non poſſe repudiari. Cujac. *ubi ſupra* docet nimio acumine in rigoroſa proprietate verborum; ſuppoſuit enim, fideicommiſſum jam omnimodo adquiſitum fuiſſe domino forſan per agnitionem, vel per apprehenſionem poſſeſſionis; docui dixiſſe JCtum, non poſſe repudiari fideicommiſſum videlicet adquiſitum, quia adquiſita non repudiamus, cum amittimus. *l.* 1. *§. decretalis de ſucceſſorio edicto.* ſed aperte opponitur contextui, in quo tantum ſupponitur, actionem per fideicommiſſum adquiſitam fuiſſe domino non ipſam rem, actio & jus revocabile adquiritur per poſſeſſionem legati vel fideicommiſſi: dominium autem irrevocabile per agnitionem tacitam vel expreſſam, ut notavit Cujacius reprehendens dominum Chumazero *ubi proxime num.* 8. ipſe autem excellentiſſimus diſtinguit legata a fideicommiſſis, ut legata poſſint repudiari per dominum, fideicommiſſa vero non poſſint: verum hæc diſtinctio aperte impingit in *d. l. ſervo* 69. *ad S. C. Trebell.* quam ſupra explicui cujus immemor fuit, diligentiſſimus alioquin auctor: quare mihi non alium intellectum alludit, quam retinere vulgarem litteram, ita: *quod nec repudiatum fuit*, loco illorum verborum, *quodne repudiari quidem poteſt.* Ut JCtus concludat, patrem ipſo jure a fideicommiſſi petitione non excludi, quia per illam aſſiſtentiam non repudiavit fideicommiſſum; ut textum intelligamus de actu, non de potentia; quia, ut mihi perſuaſum eſt, pater vel dominus poteſt repudiare legatum vel fideicommiſſum ſervo vel filio delatum, quia & ipſe textus ſupponit in fine, dum docet, excludi poſſe per exceptionem doli, ſi, cum adſtitit diviſioni, animum habuit repudiandi, quia ſi potuit repudiare per voluntatem tacitam, multo magis repudiare poterit per expreſſam; præterquam quod hæc opinio communis eſt, quam ſuſtinent ultra laudatos ſupra §. 19. Alexander in *l. legatum num.* 1. Maranta in *repetit. ad textum* in *l. bis poteſt num.* 163. *de adquir. hered.*

§. XXIV. Hæc tamen in filio noviori jure emendata eſſe Juſtinianus in *l. ult. in princ. verſ. ſancimus*, *& verſ. ſeq. C. de bonis quæ liberis* ſtatuit, ut ſi hereditas filio in poteſtate conſtituto delata ſit, nolitque filius adire, poſſit pater eam agnoſcere ſuo nomine & periculo; & ex contrario ſi pater nolit petere juſſum, ut adeat filius, & non contradicat, legitime & ſuo nomine adire. Qui textus emendat jus vetus, cum non ſpectet filius juſſum patris, nec pater indigeat voluntate filii ad adeundum: unde Donellus *lib. 7. comment. cap.* 6. poſt Accurſium & Claſſicos, quos laudat Pichard. ad *tit. de adquir. hered. cap.* 15. *num.* 49. exiſtimat hodie poſſe patrem repudiare hereditatem filio delatam, & filium ipſum per ſe, & ſine concurſu voluntatis alterius: quia is poteſt repudiare ſolus, qui poteſt adire ſolus. *l. is poteſt* 18. *de adquir. hered.* ſed alteruter poteſt adire per ſe altero nolente; ergo & poterit repudiare: quod apud nos expreſſe ſancitur in *l.* 13. *titulo* 6. *Partita* 6. illud tamen meminiſſe oportebit, *d. l. ult.* loqui de hereditate adventitia, non de illa, quæ filio relinquitur ex re & contemplatione patris. Igitur cum derogatoria ſit juris communis, & per conſequens ſtricte accipienda. *l. præcipimus* 32. *C. de appellationib.* dicendum erit, non poſſe patrem invito filio illam repudiare, quemadmodum neque adire ſine prævia voluntate filii; quod ſi pater ſine voluntate filii repudiet, & filius poſtmodum ſe inveniat emancipatum, poterit ſibi adire; quia paterna repudiatio nulla fuit. *l. renitente* 11. *C. de jure deliberandi.* ut cenſuerunt poſt alios veteres Alex. in *l.* 1. *C. qui admitti num.* 18. Curtius Junior *num.* 48. Jaſon in *l.* 1. *num.* 43. *in fine de vulgari.*

§. XXV. An, quæ de ſervis diximus, in religioſis procedant, utilis ſane controverſia eſt: videlicet an prælatus indigeat eorum voluntate ad adquirendum, quæ per illos deferuntur monaſterio? (quam quæſtionem ut breviter extricemus, ſciendum eſt, adeo forte viſum fuiſſe antiquis quibusdam argumentum paritatis de ſervo ad monachum, ut exiſtimaverint, ſuperiorem indigere monachi opera & voluntate ad adquirendum, ut de ſervo dixi ſupra §. 18. ita gloſſa in *cap. ult.* 16. *quæſt.* 6. Panormitanus & alii in *locis legalibus* apud Everardum *loco* 58. de ſervo ad monachum. per contrarium Baldus & Jaſon in *l. ſervus vetante in fine hoc tit.* docent, monachum nihil adquirere abbati invito, quia ipſe per ſe nec habet velle nec nolle. textus elegans in *cap. non dicatis* 11. 12. *quæſt.* 1. *cap. ult. de teſtamentis in 6. cap. ult. de ſepulturis eodem lib.* Ex quo conſequitur, nullam rationem habendam eſſe noluntatis monachi, quamvis dicat ſe nolle adquirere; quia nulla eſt, cum propter obedientiæ votum omnino ſupponat proprium arbitrium prælato. *cap. luminoſa. cap. abbates* 18. *quæſt.* 2. Ergo quamvis naturaliter ſervus & religioſus velle & nolle habeant; in eo tamen diſtat ſecundum jus monachus a ſervo, quod poſt emiſſam profeſſionem nec velle nec nolle poteſt, niſi ad ſuperioris arbitrium; ideoque novitius poterit repudiare legatum hereditatemve per ſe, ut multis fundat pater Sanchez in *præcepta decalogi lib. 7. cap. 6. a princ.* Poſt profeſſionem vero repudiatio vel aditio ſpectat ad ſuperiorem; idem *de matrimonio lib. 6. diſput.* 4. *num.* 11. Zevallos *lib. 2. practicarum cap.* 446. *per totum.* maxime *num.* 17. Pichard. *d. cap.* 15. *num.* 50. Hillig. ad Donell. *lib. 7. cap. 6. lit.* G. Monachus ergo quamvis ſervus dicatur, non eſt ſervus prælati ſed Dei, ut inquit Divus Hieronimus in *vita Hilarionis*, & illuſtrat Durantius *lib. 1. quæſt. juris quæſt.* 7. habetque integram perſonam tanquam filius. *cap. in præſentia* 8. *de probationib.* Adeo quidem, ut quamvis exeat de poteſtate patris naturalis per profeſſionem, non tamen exiit de ejus familia, nec capite minuitur, ſucceditque & patri & agnatis, tanquam ſi in ſæculo perſeveraret. *l. Deo nobis* 56. *§. hoc autem C. de epiſcopis & clericis. Novella* 5. ubi eleganter Cujac. ergo & ſibi poſſent adquirere & retinere dominium, quia non ſunt inſtrumenta, niſi eis obſtaret aliud eſſentiale votum; quod eſt paupertatis & abdicationis bonorum, ſecundum quod omnia, quæ eorum ſunt, vel eis denuo deferuntur, adquiruntur monaſterio. *authent. ingreſſi C. de ſacroſanctis eccleſiis. cap. quia ingredientibus* 19. *quæſt.* 3. Docent late Durantius *d. quæſt.* 7. *& 8. per totam.* Sanchez *d. cap. 6. & ſeqq.* & multi relati a Barboſa in *dicta authentica ingreſſi.*

CONSECTARIUM IV.

Servum volentem extraneo adquirendo nihil agere.

§. XXVI. Quarto ex eodem principio conſequimur, ſi ſervus expreſſe velit adquirere extraneo, nihil prorſus agere, neque in perſona extranei; neque in perſona domini ſui, quod probat diſerte textus in *l. ſervus elienus* 30. *de ſtipulatione ſervor.* ibi: *ſervus eliehus elii nominatim ſtipulando non adquirit domino;* quod etiam locum habet in adquiſitione per acceptionem rei ſibi traditæ; idcirco ſi rem accipiat ſervus, qui meus eſt, ita tamen ut velit mihi adquirere pro parte, & pro parte extraneo, in parte extranei nihil agit, & dimidiam partem mihi adquirit. *l. per ſervum* 37. §. *quod unius* 4. *de adquir. rer. dominio.* Per conſequens ſi, ut mihi ſoli donare velles, rem tradideris ſervo meo communi eum Titio, isque eo animo acceperit, ut ſoli Titio adquirat, nihil prorſus agitur. *d. l.* 37. §. *ſi cum mihi* 6. ubi adducitur exemplum procuratoris, eui ſi mei gratia traditum ſit, & ille eo animo accipiat, ut rem ſibi adquitat, nihil etiam agitur, quia ut procurator mihi adquirat, concurrere debent voluntas dantis, & voluntas procuratoris. *l. ſi procurator* 13. *l. traditio* 20. *de adquir. rer. dom.* ut latius dixi in *repetita prælectione ad tit. de adquir. poſſeſſ. cap.* 4. *a princ. usque ad num.* 14. inde etiam, ſi ſervus communis accipiat rem, ut uni ſoli domino adquirat, (ei videlicet qui tradens ooluit adquiſitum) nihil agit, quod ſi accipiat, ut ambobus dominis adquirat in prædicta ſpecie in perſona focii inutilis ejus voluntas eſt. *d. l.* 37. *in fine.* In his enim adquiſitionibus tanquam regula inſpicienda eſt voluntas tradentis. *l. ſi me in vacuam* 34. §. 1. *de adquirenda poſſeſſ. l. ex mendatu* 59. *l. ſi epiſtolam* 65. *de adquir. rer. dominio.* A qua nec ſervus, nec proeurator recedere poſſunt, ut in *prædicta prælectione* fundavi.

§. XXVII. Sed nonnulli textus obſtant. Primo in *d. l. per ſervum* 37. §. *fructuarius* 5. ubi ſi ſervus, eujus uſusfructus alienus erat, expreſſe dixerit in adquitendo, ſe velle adquirete domino proprietatis, totum illi adquirit per traditionem aeeipiendo; quemadmodum & ei adquirit ſtipulando ex re fructuarii, ſi nominatim domino proprietatis ſtipuletur: ergo non eſt verum dicere, ſervnm per traditionem non poſſe alii adquirere, quam ei, cui deſtinata fuit a tradente adquiſitio rei: auctores, quos videre potui, non advertunt ad hanc difficultatem; ſed mihi dicendum videtur, in illo textu non agi de deſtinatione tradentis, ſed ſolum de poteſtate ſervi in adquirendo, id eſt non ſupponi tradentem eo animo fuiſſe, ut res præciſe adquireretur fructuario; ſed indiſtincte tradidiſſe rem forte a ſervo emptam aut alia ſimili cauſſa adquiſitam, ſervumque applicuiſſe adquiſitionem domino proprietatis, eui applicare potuit, cum ſub ejus poteſtate eſſet, ut doceot Cujac. *lib.* 44. *Dig. Julieni*, & Giphanius in *Altorfina ad eundem textum.* unde fit, ut fructuarius ſervus per ſtipulationem, aut alio quocumque modo citra deſtinationem tradentis proprietario adquirere poſſit, teneatque mero jure adquiſitio; ſed quia iniquum eſt, proprietarium cum jactura fructuarii locupletari, quando ex re ejus adquiſitio procedit, ut recte cenſet Giphanius *ubi proxime.* ideo benigne receptum fuit, ut fructuarius repetere poſſit a proprietario per eondictionem ſine cauſſa, quod illi adquiſivit ex re ſua. *l. ex re* 28. §. 1. *l. cum ſervus* 39. *de ſtipulatione ſervorum.* juxta quas accipiendi ſunt textus in *l. ſed & ſi* 25. §. *quæſtiones* 3. *de uſufructu. l. ſervum* 22. *cum* 2. *ſeqq. de ſtipulatione ſervorum.* ubi notat Accurſius: Duarenus ad *eundem tit. cap. ult.* Cujac. *lib.* 2. *reſponſorum Neratii* in *d. l.* 22. & *lib.* 54. *Dig. Juliani* in *l.* 1. §. *penult. eodem tit.*

§. XXVIII. Secundo obſtat textus in *l. qui mihi donatum* 13. *de donationib.* ubi contraria deciſio extare videtur, quæ talis eſt; qui mihi donare volebat, ſervo communi meo & Titii rem tradidit, ſervus accenit hac mente, nt ſocio partem vel totum adquireret. Reſpondet Ulpianus, nihilominus totum mihi adquiri, exemplo procuratoris, qui mihi adquirit, quamvis rem accipiat, quaſi ſibi adquiſiturus, id eſt ea mente, ut ſibi adquireret. Quæ antinomia ingens viſa eſt noſtris interpretibus; ego tamen in *prædicta prælectione* hunc textum intelligebam, quando in ſervo non fuit propoſitum deliberatum adquirendi ſocio, ſed mens ſive opinio; putabat enim errans animum tradentis eſſe, ut utrique vel alteri ſocio adquireret; quo in caſu nun eſt contraria voluntas ſervi, immo non eſt voluntas, quia errans nec vult nec conſentit. *l. ſi per errorem* 15. *de juriſdictione.* Quam expoſitionem mihi perſuadebam ex inſcriptione textus, quæ eſt ex *lib.* 7. *diſputationum Ulpiani.* a quo etiam deſumitur *lex ſi me in vacuam* 34. *de adquir. poſſ.* quæ continet tractatus de errore in toto contextu. Nunc addo textus in *l. ſi ego* 18. *de reb. creditis. l. ſi fidejuſſor* 29. *mandati. l. ſi procurator* 35. *de adquir. rer. dom. l. ſi cum nulla* 58. *de re judicata. l. ſi dubites* 10. *de fidejuſſorib.* qui omnes de errote agunt, & deſumpti ſunt ex *eod. lib.* 7. *diſputationum Ulp.* ergo facile immo neceſſarium eſt exiſtimare, *d. l.* 13. de errore accipiendam eſſe. Adjicio etiam, verbum *mens* pro cogitatione uſurpari a Cicerone *lib.* 2. *de natura Deorum.* ibi, *mens, conſilium, cogitatio, prudentia:* & *lib.* 1. ibi, *mens intelligentiaque noſtra infixa in eas imagines* &c. Ideoque adhuc tetineo antiquam ſolutionem, magis vero fundatam, ut *d. l.* 13. intelligatur de ſervo; qui ſine propoſito determinato & per errorem voluit adquirere ſocio, nec tamen diſerte voluit facere contra illum dominum, cui deſtinabatur traditio: at vero *d. l.* 37. accipiatur de ſervo, qui domino ſuo noluit adquirere, ſed ſocio vel extraneo data opera & conſulto conſilio. Quare diſplicent mihi tres ſolutiones, quas nuper excogitavit Bartholomæus Chesius *interpretationum juris cap.* 32. *num.* 11. Prima, ut voluntas adquirendi in ſervo generaliter inſpiciatur, ſi vult adquirere, ex quo inquit ſequitur, ut adquiſitio peragatur in ſavorem ejus, cui poteſt non cui vult; quæ ſolutio expreſſe eſt contra textum in *d. l. ſervus* 30. *de ſtipulatione ſervorum.* Secunda, ut intelligatur ſaltem in conſocio, licet non in extraneo, quæ tamen omni auctoritate deſtituitur, & incurrit in idem vitium ac prima, præſertim contra textum in *d. l.* 37. §. *ult.* Tertia ſupponit, ſervum interveniſſe tanquam nudum miniſtrum, vel, ut dixit parum proprie, tanquam inſtrumentum: & idcirco voluntatis eorum nullam habere rationem, ut in *l. ult. ff. quod juſſu.* ſed hæc ſolutio præceps eſt & divinatoria, quia potius nulla mentio fit interventionis aut voluntatis domini, ut poſſimus imputare domino citra divinationem omne negotium.

§. XXIX. Nunc autem de ſervo communi eadem diſtinctio præſtanda eſt, quam de ſervo fructuario præſtiti ſupra §. 27. Quoniam ſi accipit per traditionem rem deſtinatam a tradente ad unius adquiſitionem, & vult alii adquirere pro illa parte, nihil agit. Cæterum ſi nominatim contrahat, vel ſtipuletur uni ex ſociis, totum ei adquirit: de traditione eſt textus in *d. l. per ſervum* 37. §. *ſi cum mihi* 6. de ſtipulatione eſt etiam in *eadem lege* §. *ſicut ſervus* 3. qui juxta ſuperiora principia accipiendus eſt; ait enim, ſervum communem accipiendo per traditionem, poſſe uni ex dominis adquirere; videlicet quando per tradentem deſtinata fuit uni ſoli adquiſitio, vel citra ullam deſtinationem tradita fuit res ſervo, & ipſe applicuit adquiſitionem uni ſoli ex dominis, (ſecundum quam ſpeciem accipiendi ſunt textus in *l.* 1. §. *per communem* 7. *de adquir. poſſeſſione. l. Ofilius* 6. *de ſtipulatione ſervorum*) comparatque hanc ſpeciem

adqui-

adquiſitioni per ſtipulationem, per quam uni ex dominis ſervus communis indiſtincte poteſt adquirere. *l. 1. §. 1. l. ſervus communis 7. verſ. licet. l. proinde 7. §. 1. cum 2. legg. ſeqq. l. ſi ex re 28. §. ſicuti 3. de ſtipul. ſervorum. §. ult. inſt. eod. tit. l. 3. C. per quas perſonas nobis adquiritur. §. ult. inſt. per quas perſonas nobis oblig. adquir.* adquiret autem irrevocabiliter omninoque uni ſoli, ſi juſſu ejus vel ex re illius ſtipulatus fuit: cæterum ſi ex re communi, vel ex operis ſuis uni ſoli voluit ſtipulari, (licet mero jure illi adquirat) tamen per actionem communi dividundo ſocius auſert partem a ſocio; immo & totum auferre poterit, ſi ex re ejus alteri voluit adquirere; quia malitiis ſervorum indulgendum non eſt, nec ſuſtineri debet, ſi, quod alteri ex dominis debebat adquirere, alteri ſine ullo jure applicet. *l. ſi ex re 28. §. 1. l. ſi cum duorum 32. de ſtipul. ſervorum.* docent laudati ſupra §. 27.

CONSECTARIUM V.

Nibil poſſe ex teſtamento per ſervum adquiri, quod non conſiſtat in perſona ſervi. De differentia in hac re inter contractus, & teſtamenta, & de capacitate præſtanda per dominos ſervis.

§. XXX. Quinto ex eodem principio conſequimur, per ſervum domino non poſſe adquiri, quod in ſervi perſona conſiſtere non poſſit. Quod explicandum eſt ex ſpecie textus in *l. & ſi maxime 5. de ſervitute legata.* ubi hoc principium ſtatuitur, ſervos teſtamenti factionem habere ex perſona dominorum, id eſt tantum illos ſervos ex teſtamento capere poſſe, quorum domini jure civili capaces ſunt adquirendi ex teſtamento. Quod ita ſubauditur, ſi quod ſervis relinquitur, poſſit conſiſtere in eorum perſonis, ut liberi facti poſſent ſibi adquirere, exemplumque ponitur, veluti ſi ad fundum domini via legetur ſervo, inutile legatum eſt; quia liber factus non poteſt potiri legato, cum ſit ad fundum, qui non eſt ſervi manumiſſi ſed domini. Ratio autem ſecundum noſtrum principium eſt, quia non poteſt procedere opus, ſi inſtrumentum alienum ſit ab eo, veluti domus conſtrui non poteſt cum calamo, nec papirus exarari cum dolabra: ergo eodem modo per ſervum, qui rem contingere non poteſt, quippe prorſus ejus incapax eſt, vel naturaliter ejus domino adquiri non poterit res prædicta; ſed tam principium ipſum, quam exemplum magna indiget expoſitione.

§. XXXI. Inprimis docemur, ſervos ex perſona dominorum habere teſtamenti factionem paſſivam, (teſtamenti factio paſſiva eſt, poſſe capere ex teſtamento) hoc principium patet ex *l. non minus 31. ff. l. neque 10. C. §. ſervus 2. inſt. de hered. inſtit. l. ſi mihi & tibi 12. §. regula de legatis 1.* unde cum olim dubitaretur, an ſervus hereditarius, id eſt qui ſub dominio eſt hereditatis jacentis, poſſet legatum capere, aut heres inſtitui, receptum fuit ab ipſa hereditate capacitatem accipere, quia defunctum repræſentat, & quaſi vivam retinet ejus perſonam. *d. l. non minus 31. §. 1. l. ſervus 52. de hered. inſtit. l. legatum 116. §. ſervo 3. de leg. 1. l. facta 63. §. heres 4. ad S. C. Trebellianum.* Ulpianus in *fragm. tit. 22. §. 1.* itaque licet heres futurus teſtamenti factionem non habeat, tamen ſi defunctus habuit, recte ſervus hereditarius heres inſtituitur. *d. l. 52.* juncta *l. in eo 33. §. ult. de adquir. rerum dom.* ſed *prædicta lex 52.* difficilis eſt in ſuppoſitione quam facit; merito enim dubitari poteſt, quomodo poſſit eſſe heres futurus, qui teſtamenti factionem non habet; vel quomodo potuit ſperare hereditatem, qui civis Romanus non eſt, contra textum in *l. 1. C. de heredib. inſtit. l. 1. ad l. Falcidiam.* Ulpianus in *fragm. tit. 22. a principio.* ſed cum hæc ſit ſuppoſitio, quam facit JCtus, caſus quærendus eſt, neque erit divinare inveſtigare illum. Fingite deportatum a milite fuiſſe inſtitutum: poteſt enim deportatus a milite inſtitui, quia miles ſecundum jus gentium teſtatur, non ſecundum obſervationes juris Civilis. *l. idem eſt 13.* alias *l. neque enim 14. § & deportati de teſtam. militis.* deportatus deliberabat de adeunda hereditate, interimque jacebat hereditas: tunc ſervus hereditarius inſtitutus fuit a pagano, qui cum milite teſtamenti factionem habebat, cum herede deportato non habebat; reſpondet Ulpianus, ſervum recte inſtitui, quia accipit capacitatem ab hereditate, quæ defunctum repræſentat, non ab herede, qui nondum eſt. Alios caſus poterit inveſtigare ſedulitas veſtra, ut nos properemus. Hic notandum eſt, hereditatem ipſam non poſſe heredem inſtitui, nec legatum, nec fideicommiſſum capere; quia eſt quid fictum & nihil in rei veritate. *l. 1. de diviſione rerum.* non eſt corpus. *l. hereditas 51. de petitione hereditatis.* & tantum habebant teſtamenti factionem, quæ erant corpora, & quidem certa. Ulpianus in *fragm. tit. 22. §. in certa 2. cum 2. ſeqq.* Paulus *lib. 3. ſententiarum tit. 6. §. 13. §. in certis 25. Inſt. de legatis.* Et tamen, quia hereditas perſona civilis eſt, præſtat ſervis civilem capacitatem; ipſi autem ponunt de ſe capacitatem naturalem nempe corpus; habet ergo hereditas capacitatem effectivam non contentivam, ut mirabiliter dixit Bened. Pinellus *lib. 1. ſelectarum cap. 11. num. 28.* id eſt, per quam in ſe non continet jus capiendi ex teſtamento, ſed efficit illud in ſervo; ſed quamvis ſtatim conſiſtat hereditas in ſervo, non poterit ſtatim eam adire, donec ſuperveniat heres, qui jubeat, *arg. l. qui in aliena 6. de adquir. hered.* ut conſiderat Pinellus *ubi proxime.*

§. XXXII. Huic affinis eſt quæſtio, quæ verſatur in *l. cum autem 23. §. cum redhibetur 9. de Ædilitio Edicto.* videlicet ſi ab incapaci morboſum mancipium venditum ſit ei, qui capax eſt capiendi ex teſtamento, & dum in ejus poteſtate ſit, legatum accipiat, vel heres inſtituatur; recte ſupponit JCtus, capacitatem mutuari a præſenti domino, dum quærit, an ſit reſtituturus emptor venditori, quod per ſervum ex teſtamento accepit: reſpondetque, ſi emptor reſcindat venditionem propter morbum ſervi, reſtituturum eſſe venditori, quidquid per ſervum adquiſivit, etiam hereditatis vel legati titulo, cujus capax venditor non fuit. Ratio eſt, quia præſenti domino ſervus mutuatur capacitatem, ut de hereditate jacente ſupra dixi; quapropter emptor dat venditori legatum, quod ipſe ex ſua perſona conſequi non poſſet, & fit capax per alium, qui per ſe incapax eſt, ut in *l. qui duos 29. de liberatione legata.* quam ad id commendat Caſtrenſis in *l. ſenatus 35. §. penult. de mortis cauſſa donationib.* cæteras quæſtiones examinat Pinellus *lib. 1. ſelectarum cap. 12. num. 39.*

§. XXXIII. Sed ſuperioribus adverſatur textus parum notus, & ab interpretibus parum notatus in *l. ſi Titio 55. §. 1. de leg. 2.* ubi ſupponitur, heredem inſtitutum fuiſſe cœlibem, qui ex lege Papia nihil capere poterat, vel orbum, id eſt ſine liberis, qui tantum partis capax erat. Ulpianus in *fragm. tit. 13. cum ſeqq.* ut explicat ad prædictum textum Balduinus *de lege Papia pag. 98.* itaque hereditas jacens repræſentabat defunctum, qui erat capax, ſed heres futurus erat incapax, vel in totum vel pro parte: enim vero eſſet ſervus, in hereditate jacente ei legatum relictum fuit; cœpit ergo dubitari, cujus perſona inſpicienda eſſet ad ſervi capacitatem, hereditatis, heredis futuri, an neutrius? & poſt multas varietates obtinuit, ut ſpectetur perſona hereditatis; quia nullus eſt dominus; id eſt, nulla eſt vera perſona pro tunc, quando dies legati ceſſit, in qua poſſit quæri de capacitate, ut recte expoſuit Schifordegherus ad *Ant. Fabrum lib. 2. tractatu 16.*

quæſt. 2. ex quo infert JCtus, totum legatum hereditati jacenti adquiri, & per eam heredi futuro, quandocumque adierit, quod eſt veriſſimum & facillimum, ſervus enim accepit capacitatem ab hereditate, & poſtmodum adquiſitum legatum percurrit ad heredem, fitque capax per alium, qui per ſe incapax eſſet, ut in *d. l. qui duos.* ſed quod ſequitur, valde eſt difficile: *ſecundum quod accipere poteſt; reliqua autem pars ad eos, qui jure vocantur, venit.* quæ verba indicant, in effectu capacem non fieri ſervum hereditarium per hereditatem, ſiquidem non fert plus, quam futurus heres ferre poſſet: ergo falſum eſt, quod diximus, ſpectandam eſſe perſonam hereditatis jacentis ad capacitatem ſervi. Quamvis hunc locum enarraverint Accurſius, Bartol. & Caſtrenſis ad *eundem.* Schiſordegherus *ubi proxime.* & Bened. Pinellus *lib.* 2. *ſelectarum cap.* 18. *num.* 26. hujus tamen difficultatis non memiſſerunt. Dicendum vero eſt, non poſſe heredem futurum plus ferre ex legato per ſervum hereditarium adquiſito, quam ex ipſa hereditate, in qua inſtitutus eſt; quia per hereditatem ei defertur legatum: itaque ſi nihil conſequitur ex hereditate, nihil conſequetur ex legato; ſi partem conſequitur, partem etiam legati habebit; & reliqua pars pertinebit ad eos, ad quos ipſa hereditas pertinet: olim ad fiſcum ex lege Papia de caducis; hodie vero, ſi ex aliqua nova cauſſa heres ſcriptus non poteſt ferre partem hereditatis, ut in *l.* 1. *C. de ſecundis nuptiis.* pertinet ad venientes ab inteſtato. *l. unic.* §. *& cum triplici C. de caducis tollendis.* ergo ſi intra centum dies, qui per legem præſtituti ſunt, legi paruerit, id eſt cœlebs uxorem duxerit, aut orbus liberos ſuſceperit, quia totius hereditatis capax fit. Ulpianus in *fragm. tit.* 17. conſequetur etiam ſolidum legatum ſervo hereditario relictum, & per eum ipſi hereditati adquiſitum. In ſumma, queſnadmodum ſi duo pluresve capaces eſſent inſtituti heredes, ſcinderetur inter eos legatum pro portionibus hereditariis, ita ſcinditur inter heredem ſcriptum & eum, ad quem reliqua pars jure ſpectat, quia, ut dixi, ipſe non poteſt ferre majorem partem legati quam hereditatis, cum per hereditatem illud adquiſiturus ſit, ut indicavit cum judicio magnus præceptor meus Dominus Ramos in *Academicis ad leges Juliam & Papiam part.* 3. *cap.* 1. *num.* 3.

§. XXXIV. Ex quo facile perſpicitur differentia, quæ verſatur inter hanc ſpeciem, & ſupra propoſitas. Inprimis in *d. l.* 52. qui teſtamenti factionem non habebat, heres inſtitutus a milite totam militis hereditatem conſequitur; in qua invenit legatum ſervo hereditario relictum in eo conſiſtens, & per eum hereditati delatum. Igitur cum ferat totam hereditatem, feret etiam ſolidum legatum; quia omnia jura hereditaria ſpectant ad heredem poſtea adeuntem, & cum non ſcindatur adquiſitio hereditatis, nec poteſt ſcindi legatum ipſum. deinde in *d. l.* 23. §. 9. emptor capax eſt, venditor incapax: relictum fuit legatum ſervo, dum erat in poteſtate emptoris, & per conſequens paritum fuit legi, nec fiſco ullus locus potuit eſſe. Poſtea emptor redhibet ſervum venditori tamquam morboſum. In perſona venditoris non poteſt tractari de capacitate, quia ad eum non ſpectat tamquam legatum, ſed tamquam lucrum adventitium occaſione ſervi quæſitum. Debet enim emptor, ſi redhibet mancipium, venditori reſtituere, quidquid per eum adquiſivit, perinde atque ſi nunquam in poteſtatem ejus perveniſſet. *l. Julianus* 13. §. *ſi quid ſervo* 18. *de actionib. empt.* nec aliter redhibitio conſideratur, quam ſi eſſet nova venditio denuo retroſacta ab emptore venditori, ut ſolet colligi ex *l. Pomponius* 13. §. *præterea* 3. *de adquir. poſſ. l. ſi duos* 6. §. 1. *de diverſis & temporalib. præſcript.* ut eleganter conſiderat Pinellus *d. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 42. & 43. igitur quamvis venditor ſit cœlebs aliterve incapax, & legi non pareat, conſequetur ex perſona emptoris, quod ex ſua conſequi non poteſt.

§. XXXV. Quod de hereditate jacente dixi; etiam in ſervo poſthumi alieni locum habet: cum enim Juſtinianus in §. *ſervus* 2. *inſt. de heredib. inſtit.* dixiſſet, ſervum hereditatis jacentis poſſe heredem inſtitui, ſtatim in *verſ. cum etiam* adjecit, quaſi ad confirmationem per argumentum a fortiori, ſervum ejus, qui in utero eſt, heredem inſtitui poſſe. Quæ comparatio deſumpta fuit ex *l. ejus ſervum* 64. *de heredib. inſtit.* Nec doctrina iſta generalis reſtringenda eſt ad poſthumos ſuos id eſt eos, qui ſi nati eſſent, forent ſub poteſtate teſtatoris, & occuparent primum gradum in familia, qui jure vetere inſtitui poterant. *l. placet de liberis & poſthumis.* ut ſenſit Connanus *lib.* 10. *commentar. cap.* 3. *num.* 5. quia generalitas prædictorum textuum non admittit hanc reſtrictionem, ut concludit Coſta in §. *poſthumus num.* 6. *inſt. de legatis.* Nec etiam ſuſtinenda eſt ratio Viglii in *d.* §. *ſervus num.* 2. exiſtimantis ſervum poſthumi eſſe in effectu ſervum hereditatis jacentis, quia antequam poſthumus naſcatur, non defertur ei hereditas, & per conſequens jacet. *l. ſi filius heres* 16. *de liberis & poſt. l. ventre* 84. *de adquir. hered.* Multi enim ſunt caſus, in quibus ſervus poſthumi non ſit hereditarius, quos conſiderat Pinellus *d. lib.* 1. *ſelect. cap.* 11. *num.* 5. Deinde quia, ut ipſe cum judicio advertit, argumentum fit de ſervo hereditario ad ſervum poſthumi; ineptirent vero JCtus & Imperator, ſi confirmarent idem per idem. Dicendum ergo eſt, in ſervo deficere rationem prohibitionis, quæ in poſthumo militat, poſthumus enim inſtitui non potuit, vel legatum accipere, quia incerta perſona fuit, vel ſimilis incertæ, cum adhuc natus non ſit, ut dixit Theophilus in §. *poſthumus inſt. de legatis.* quapropter jure civili incognitus fuerat, & ei fuit neceſſarium auxilium Prætoris, de quo in *princ. inſt. de bonorum poſſeſſionib.* ſed quia per fictionem juris pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur. *l. qui in utero* 7. *de ſtatu hominum.* Ideo cum propter hanc fictionem habeat perſonam, & capacitatem civilem, & ſervus habeat certum corpus voluntatemque, quæ eſt capacitas naturalis, recte potuit heres inſtitui, quamvis dominus inutiliter inſtitueretur, ut docent Pinellus *d. cap.* 11. *per totum.* Val. ad *tit. de adquir. hered. cap.* 1. *num.* 19. & ad *tit. de liberis & poſt. part.* 2. *cap.* 2. *num.* 4. & 5. Amaya *lib.* 10. *obſervat. cap.* 13. *num.* 28.

§. XXXVI. Ex eadem ratione ſervus captivi apud hoſtes exiſtentis heres inſtitui poteſt. *l. illa inſtitutio* 32. §. 1. *de heredib. inſtit.* cujus inſtitutionis hic eſt exitus, ut ſi revertatur captivus, ab eo capacitatem mutuetur, quia captivus inſtitui poteſt, & reverſus adire hereditatem. *l. ſi ſervo* 101. §. 1. *de legatis* 1. *l. penult.* §. 1. *de his quæ pro non ſcriptis habentur. l. ſi necem* 4. §. *ſi deportatus de bonis libertorum.* Cæterum ſi apud hoſtes captivus decedat, quia a momento captivitatis cenſetur mortuus, & illico exoritur fictio hereditatis jacentis. *l. juſto* 44. *in fine de uſucapionib.* cenſetur tanquam ſervus hereditarius. *d. l.* 32. §. 1. docet Cujac. in *l. unica* §. *& cum triplici C. de caducis tollendis.*

§. XXXVII. De ſervo Reipublicæ & municipii idem dicendum exiſtimo, ac de hereditate jacente, quia utrumque conjungitur & comparatur in l. *mortuo* 22. *de fidejuſſorib.* & quia, licet municipia inſtitui non poſſent ante tempora Leonis. *l. hereditas* 12. *C. de heredib. inſtit.* hoc eveniebat propter incertitudinem corporis, & quia univerſi conſentire non poterant in adeunda hereditate, vel in gerendo pro herede. Ulpianus in *fragm. tit.* 22. §. *nec municipia* 5. Itaque cum ſola naturalis capacitas eis deficeret, & hæc poſſet ſuppleri per ſervum, conſequens eſt, ut ſervi civitatum ſemper potuiſſent heredes inſtitui: nec intereſt, quod juſſus neceſſarius eſt ad adeundam hereditatem; quia & hic præſtari poteſt per aliquot decuriones ſe-

le;

lectos ex corpore univerſitatis, qua cautela utebantur, quando ſibi reſtituenda erat hereditas ex SCto Trebelliano. *l. unic. de libertis univerſitatum.* vel ad adquirendam poſſeſſionem. *l. 1. §. ult. de adquir. poſſeſſ.* Valentia *lib. 1. illuſtrium tractatu* 2. *cap. ult.* Igitur quod in *l. 3. de ſtipulatione ſervorum* dicitur, ſervum Reipublicæ ab ea mutuari capacitatem ad ſtipulationem celebrandam, porrigi debuit ad capacitatem ex teſtamento; ſed hæc jam parvæ ſunt utilitatis, poſtquam municipia heredes inſtitui poſſunt. *d. l.* 12. Qui enim inſtitui poteſt, procul dubio poteſt præſtare capacitatem ſervo. *d. l. ſi mihi & tibi* 12. *§. regula de leg.* 1.

§. XXXVIII. Ex his apparet, teſtamenti factionem ſervis eſſe ex perſonis dominorum, adverſus quam partem obſtant duo textus vulgares quidem, ſed qui ſine piaculo prætermitti non poſſent. Primo obſtat textus in *l. ſi deportati* 7. *in princ. de leg.* 3. ubi docemur, ſi deportati ſervo fideicommiſſum relictum ſit, conſiſtere fideicommiſſum, adeo quidem, ut ſi deportatus reſtitutus ſit a principe per gratiam (de qua in *l. 1. & ult. C. de ſententiam paſſis.*) ad ipſum ſpectet fideicommiſſum; vel ſi ſervum alienaverit vivo teſtatore, pertineat ad novum dominum; vel ſi in poteſtate retinuerit, pertineat ad fiſcum, ad quem cætera bona deportati pertinent. *l. bona* 8. *C. de bonis proſcriptorum.* tunc ſic deportatus, ut eſt incapax legati propter defectum teſtamenti factionis. *l. ſi conditionis* 6. *§. ſolemus. l. homo liber* 59. *§. 1. ff. l. 1. C. de heredib. inſtit.* ita & fideicommiſſi, quia fideicommiſſa illis relinqui poſſunt, quibus legata. Ulpianus in *fragm. tit.* 25. *§. fideicommiſſa.* quod etiam patet ex *l. cum Ulpianus* 16. *de interdictis & relegatis.* & ex *d. l.* 7. §. 1. quam expono infra §. 41. ut obiter refutemus Olanum primarium Valliſoletanum, qui magis ſubtiliter quam vere contra communem tentavit, deportatum etiam ſæculo Ulpiani fideicommiſſorum capacem fuiſſe, *lib. 4. paralipom. cap.* 11. & 12. *per tota.* At ſic eſt, quod in ſervo deportati conſiſtit fideicommiſſum: ergo quamvis dominus incapax ſit, vel teſtamenti factionem non habeat, ſervus habet eam contra regulam ſupra propoſitam.

§. XXXIX. Tentarunt diſſolvere difficultatem hanc omnes, quos refert & refellit Olanus *ubi proxime.* tentavi & ego puer magis quam juvenis *lib. 1. de interdictis & relegatis cap. ult.* Sed me & illis omiſſis dicendum eſt, deportatum in initio introducendi fideicommiſſa, quando a fide & pudore heredum pendebant ſine ulla coactione. *princ. inſt.* & ibi Theophilus, *de fideicommiſſariis hereditatib.* & juri gentium merito attribuebantur, ad quod ſpectat fidem ſervare. *l. 1. de pactis. l. 1. de pecunia conſtituta.* ut dixi in *princ. primi tractatus:* deportatum inquam ſecundum hoc initium capacem fuiſſe capiendi fideicommiſſa, ut docent multi, quos in hac re merito ſequitur Olanus *d. cap.* 11. *num.* 12. Poſtea tamen Auguſtus deinde Claudius cœperunt præſtare auctoritatem fideicommiſſis; donec res eo pervenit, ut Prætor fideicommiſſarius crearetur, qui de illis jus diceret, cujus fit mentio in *l. 2. §. capta* 32. *de origine juris. d. princ. inſt. & princ. inſt. de codicillis.* & quamvis non peterentur civili actione, ut petebantur legata, petebantur tamen extra ordinem implorato officio Conſulum Prætorumve in urbe, & Præſidum in provinciis. Ulpianus *tit.* 25. *§. fideicommiſſa* 12. juncta *l. pecuniæ §. perſequutionis de V. S.* Itaque poſt robur ab Auguſto attributum fideicommiſſis exæquata fuerunt legatis in multis ſpeciebus, ut ſubtiliter diſſerit Galvanus *de uſufructu cap.* 14. *num.* 8. Ex quo JCti cœperunt ad fideicommiſſa extendere, quæ in legatis recepta erant, ut de lege Ælia Sentia patet ex *l. in fraudem* 27. *qui & a quib. manumiſſi:* de lege Papia de caducis in *l. fideicommiſſum* 87. *de leg.* 3. juncta epigraphe de lege Falcidia in *l. his qui* 31. *ad l. Falcidiam.* de SCto Liboniano ex *l. 1. §. ad teſtamenta ad l. Corneliam de ſicariis.* & de Edictis Prætorum, veluti in eo, ſi cui plus quam per legem Falcidiam licuerit ex *l. 1. §. hodie illo tit.* de remiſſione conditionis jurisjurandi ex *l. quæ ſub conditione* 8. *§. in fideicommiſſis de conditionib. inſt.* da Edicto de legatis præſtandis *l. 1. §. filium* 5. *& §. ſed & ſi illo tit.* de Edicto ut in poſſeſſionem legatorum *l. 5. §. Imperator, & §. conſtitutio illo tit.* de Edicto ut legatorum nomine caveatur *l. 1. §. idemque. l. hæc ſtipulatio* 14. *illo tit.* de Edicto quorum legatorum *l. 1. C. illo tit.* Hæc autem extenſio in prædictis caſibus facta fuit, ut tantundem valerent fideicommiſſa, quam legata, ſed non magis: alioquin ſi magis valerent, illuderetur legibus per fideicommiſſa, ut in re ſimili dixit Divus Hieronimus in *Epiſtola ad Nepotianum;* cum teſtatores onerare poſſent per fideicommiſſa illis, quibus nihil relinquere poſſent, titulo legati, quod in fraudem legum teſtamentariarum cederet.

§. XL. Unde quamvis in principio fideicommiſſum relictum deportato conſiſteret in ejus perſona, & ab eo capi poſſet, ut pote quia deportatus capax eſt omnium, quæ ſunt juris gentium. *l. deportatus* 15. ubi dixi, *de interdictis & relegatis.* tamen poſtquam neceſſariam præſtationem habuit, non potuit hoc illi permitti: alioquin fruſtra ex teſtamento capere prohiberetur, qui facili via poſſet idem per fideicommiſſum conſequi: fuit ergo ei capio fideicommiſſi interdicta, ut cœlibi & aliis incapacibus. Notandum vero eſt, quod dico, interdictam ei fuiſſe capionem; ſed tamen non ideo convincitur, ſi fideicommiſſum deportato relinquatur, non conſiſtere ab initio; quia cum ad hoc ſufficiat teſtamenti factio naturalis, ſive juris gentium, cujus eſt capax deportatus, potuit ſtricta ratione conſiſtere fideicommiſſum illi relictum jure Digeſtorum, & per conſequens in ejus ſervo recte poterit conſiſtere, quia participat a domino capacitatem juris gentium, qua ſola indigent fideicommiſſa. Igitur quod Donellus *lib. 6. comment. cap. 17. in fine.* & Antonius Faber *lib. 12. conject. cap. ult.* dixerunt, ſervum deportati accipere capacitatem a fiſco, quando dominus ejus reſtitutus non eſt, opponitur juris principiis; quia capacitas ſemper ſumitur a præſenti domino, ut ſupra dixi, & in propoſito notavit Hillig. *d. cap.* 17. *lit. V.* ſecundum quod placet ſententia Petri Fabri *lib. 2. ſemeſt. cap.* 13. *verſ. porro deportatos,* & Donelli in *l. 1. C. de heredib. inſtit. num.* 13. *verſ. alter locus,* exiſtimantium non ſtatim fideicommiſſum ſervo deportati relictum ad fiſcum pertinere, ſed cum decedit ſine reſtitutione in ipſa pœna; quia ſi potuit adquiri ex titulo & cauſſa juris gentium, nulla eſt ratio, quare ab eo non adquiratur, ut adquiruntur cætera bona poſt deportationem ex eodem jure. *d. l. deportatus* 15. Ideo autem, ſi poſt mortem teſtatoris ſervum alienet, ad novum dominum non ſpectat, quia poſtquam dies fideicommiſſi ceſſit, adquiſitum fuit deportato, nec jam ſequitur ſervum, ut infra dicam §. 44.

§. XLI. Ex his conſequimur, fideicommiſſum ſervo deportati relictum ab initio conſiſtere in eo, & adquiri vel deportato reſtituto, vel fiſco, ut ejus legitimo heredi & neceſſario jure confiſcationis, ut recte ſe explicuit Olanus *d. cap.* 12. Sed pedetentim in aliam inſuperabilem difficultatem deſcendimus. Quoniam Ulpianus in *d. l.* 7. §. 1. aliquid ſpeciale circa fideicommiſſa conſideravit in teſtamento militis, quæ non habent locum in teſtamento pagani; quando dixit, deportatum ex teſtamento militis fideicommiſſum capere poſſe, ut notavi ſupra §. 38. Sed nos ita efficimus, ut eodem modo adquirantur fideicommiſſa ex utroque teſtamento, tam ex teſtamento pagani, quam militis: ergo ſine miſterio manet JCti aſſertio in *d. §.* 1. quod decenter dici non poteſt. Quam difficultatem ut diſſolvam, auſim dicere, meliorem conditionem eſſe ſervi deportati ad adquirendum fideicommiſſum ex teſtamento pagani, quam deportati ip-

ipſius: quippe exiſtimo, nullatenus permiſſum fuiſſe nomen deportati ſcribi in teſtamento, non quia teſtamenti factionem non haberet ſufficientem ad fideicommiſſa, ſed quia in pœnam prohibebatur a quocumque relicto in ultima voluntate: id mihi ſuadet textus in *d. l. cum Ulpianus 16. de interdictis & relegatis.* ubi Imperator Antoninus Pius in conſultatione ejus, qui deportato alimentorum cauſſa aliquid pie relinquere deſiderabat, reſpondit, alimentorum capacem eſſe. Cæterum ex aliæ cauſſa nihil poſſe relinqui, neque hereditatis, neque legati, neque fideicommiſſi titulo; quia contra mores eſt, & contra jus publicum. Mores indicant fas, jus publicum ſignificat auctoritatem legum. *l. bona fides 31. depoſiti. l. libertinus 8. de ritu nuptiarum.* ergo ſecundum jus faſque fideicommiſſum relinqui non potuit deportato; hoc eſt, *ni conforme adrecho, ni a buen parecer.* Igitur ſi deportato ipſi fideicommiſſum relinquebatur, non valebat, non quidem ex defectu teſtamenti factionis, ſed in pœnam, & quia indecore nomen ejus in teſtamento civis inſerebatur; ſecundum quod nec ipſi adquirebatur, nec per eum fiſco, aut alii: qui mores publici & fas cum non conſiderentur in ſervo, qui nihil deliquit, nomen ſervi non aboletur, & cum a domino capacitatem habeat, conſiſtit in eo fideicommiſſum. Idcirco Ulpianus in *d. l. 7.* cum locutus fuit de fideicommiſſo in teſtamento communi relicto, meminit ſervi, & non deportati ipſius, cum vero loquitur de teſtamento militis, meminit deportati. Quæ ad *hanc legem* notabilia eſſe cenſeo.

§. XLII. Sed quamvis a lineis abeam, tantisper operæ pretium eſt inveſtigare, cur Latinus Junianus fideicommiſſum capere poſſit, cum legatum capere non poſſit, teſte Ulpiano in *fragm. tit. 25. §. latini 7.* quod nuperi noſtri ſcriptores altiſſimo ſilentio tranſigunt: accedetque alia inveſtigatio, cur deportato prohibitum ſit capere fideicommiſſum, atque etiam cœlibi, & non fuiſſet extenſa hæc prohibitio ad Latinum? quam differentiam ut præſtem, notandum eſt, cœlibem ex perſona civili, & naturali teſtamenti factionem habere, niſi ei capio interdicta eſſet per legem Papiam in pœnam cœlibatus & orbitatis. *l. 1. C. de infirmandis pœnis cœlibatus.* Item deportatum teſtamenti factionem habuiſſe, niſi in pœnam delicti ad peregrinitatem eſſet redactus, quæ fuit ſpecialis pœna. *l. inter pœnas 16. de interdictis & relegatis.* itaque utrique adempta fuit capacitas in pœnam, quæ cum deriſoria maneret, ſi poſſent per fideicommiſſum capere, quod vetabantur capere legati titulo, merito JCti porrexerunt jus de legatis ad fideicommiſſa, ut dixi ſupra §. 39. quia lex, quæ noluit cœlibes vel deportatos capere legata, etiam illos a fideicommiſſis interdixerit ſi agnoviſſet fideicommiſſa cum neceſſitate præſtationis; contra vero eſt in Latino, qui ex ſe nunquam fuit civis Romanus. Ulpianus in *fragm. tit. 2. §. libertinorum inſt. de libertinis.* per conſequens ſemper fuit peregrinus, & ſine teſtamenti factione, qua peregrini carebant: donec lex Junia Norbana, quæ favore Latinorum lata fuit. *d. §. libertinorum.* illis per favorem & gratiam teſtamenti factionem permiſit, ſub quadam tamen conditione, ſi intra centum dies libertatem Romanam conſequerentur. Ulpianus in *fragm. tit. 17. & tit. 20. §. latinus 8. & tit. 22. §. latinus 3.* Itaque lex Papia voluit adimere cœlibi, quod habebat, in pœnam cœlibatus; lex Junia dedit Latino, quod non habebat, in præmium, ut ſatageret civitatem Romanam conſequi. Illa de ademptione legati ad ademptionem fideicommiſſi potuit juſta ratione produci propter identitatem rationis, hæc, quæ dedit, non potuit trahi ad ademptionem, quia introducta in favorem retorqueretur in odium contra regulam textus in *l. quod favore de legg.* & inducta ad unum effectum operaretur contrarium contra *legem legata 19. de adimendis legatis.* Quamobrem cum Latinus ex capacitate juris gentium potuiſſet capere fideicommiſſum, & ſupra hoc dediſſet ei lex Junia reliquam teſtamenti factionem ſub prædicta conditione, non potuit ex ea induci, ut Latinus amitteret poſt privilegium legis Juniæ, quod jure optimo ante privilegium habebat, ut ſubtiliter cenſuit eximium decus noſtræ univerſitatis magnus præceptor Ramos in *Academicis ad tit. de legatis cap. 1. num. 13. & 14.*

§. XLIII. Ex dictis facile exponitur alter textus in *l. ſi ſervus 82. de adquir. heredit.* qui ſolet reputari contrarius, ubi ſupponitur, ſervum ejus, qui capere non poteſt, heredem inſtitutum eſſe, docetque JCtus, in perſona ſervi conſiſtere inſtitutionem, ſive dominus ſolidi incapax ſit, ſive partis: unde tacite infert, ſi non alienetur ſervus, dominum per eum non poſſe plus capere quam per ſemet ipſum: expreſſe autem addit, ſi ante diem legati cedentem alienatus ſit ſine fraude, & novus dominus ſit capax, ſolidum ei adquiri. Hic male ſe torquebant antiquiores interpretes inveſtigantes, quomodo ſervus incapacis capax eſſet, ut in eo poſſet conſiſtere hereditas vel legatum; ſed noviores facile ſe expediunt, quia loquitur de incapacibus ex lege Papia, (ut ex inſcriptione conſtat) quibus teſtamenti factio eſt, & tantum interdicta eſt capio, ut ſupra dixi; quare in ſervo conſiſtit relictum, ut in domino conſiſteret ab initio; & niſi dominus in capacitate perſeveret poſt centum dies, recte ei poteſt adquirere, vel ſibi, ſi citra fraudem manumittatur, vel novo domino. Ita Cujac. in *l. in extraneis 49. §. 1. de heredib. inſtit.* Donell. & Hillig. *lib. 6. cap. 17. lit. V.* Rævardus in *l. penult. de R. J.* Pichard. in *dicto §. ſervus num. 5.* Valentia *ad tit. de adquir. heredit. cap. 5. num. 5.* late Bartholomæus Cheſius *cap. 2. interpretationum juris civilis num. 10.*

§. XLIV. Poſtquam vidimus, quomodo ſervus capacitatem teſtamentariam a domino accipiat, videndum eſt, qualiter in eo conſiſtant relicta in teſtamento; quod faciliſſime deſumitur ex *d. l. etſi maxime 5. de ſervitute legata.* & ex *l. debitor 82. §. ſervo alieno de leg. 2.* ubi docemur, in perſona ſervi conſiſtere relictum; quia per capacitatem, quam a domino conſequitur, habilitatur ipſe, & fit capax, ex quo multi juris effectus deducuntur. Primus eſt, rem domini poſſe ſervo legari; quia perſona domini tantum inſpicitur ad hoc, ut cum eo ſit teſtamenti factio, quæ eſt capacitas generalis: cæterum capacitas quoad rem, quæ eſt ſpecialis, pendet a ſervo; qui cum diverſam perſonam habeat naturaliter, poteſt in eo conſiſtere, quod in domino non poſſet. Secundus eſt, ſi ſervus ante diem legati cedentem alienetur, vel manumittatur, ſibi vel novo domino relictum adquirere. *l. ſed & ſi 6. §. 1. l. ſi deportati 7. in princ. de leg. 3. l. ſi domino 99. de leg. 1. l. ſi Pamphilo 10. de optione legata.* quibus jungite Benedictum Pinell. *lib. 2. ſelectarum cap. 16. num. 20.* Dominum Larreategui *lib. 5. ſelectarum cap. 7. l. ſi poſt diem 5. §. ult. l. ſi uſusfructus 14. in fine ff. quando dies legati cedat. l. ſi uxorem 5. C. de conditionib. inſertis.* vel in hereditate; ſi alienetur vel manumittatur, antequam adeat. *§. ſi ſervus 1. inſt. de heredib. inſtit. l. ſi quis mihi bona 25. §. 1. & §. ult. l. Antiſtius 62. §. 1. de adquir. hered.* Tertius eſt, ut ſi filius, vel ſervus heres inſtitutus ſit, vel legatum acceperit, & patris fidei committat, ut hereditatem reſtituat; ſiquidem rogatur extraneo reſtituere, poteſt deducere Falcidiam tanquam heres: cæterum ſi filio ipſi jam emancipato, vel ſervo manumiſſo reſtituere rogatus ſit, non poſſit deducere; quia cum in perſona eorum conſiſtat relictum, uteretur eorum jure contra ipſos: textus elegans in *l. cum filio 11. de legat. 1.* quem exponunt poſt Claſſicos Cujac. *lib. 9. quæſt. Pap.* Donell. *lib. 8. comment. cap. 10.* & Hillig. in *notatis per totum.* Quartus effectus eſt, ut nudum nomen & exiſtentia heredis remaneat penes filium ſervumve, qui juſſu patris vel domini adierunt he-

re-

hereditatem; quia in ipſis conſtitit, & ipſi adierunt, quamvis adquirant patri dominove commodum, ut dixit Papinianus in *d. l.* 11. emolumentumve ſecundum Ulpianum in *l.* 1. *in princip. ſi a parente quis fuerit man.* ſive ut aliter locutus fuit in *l. ſi ſtatuliberа* 6. §. *ſi filius* 4. *de ſtatuliberis.* & pater quaſi heres filii, qui ſibi adquiſivit hereditatem, ut notat Ant. Fab. *lib.* 4. *conject. cap.* 5. *num.* 2. unde ſi ita ſubſtitutio fiat, *quisquis mihi heres erit, eundem impuberi filio meo ſubſtituo*, non admittitur ad ſubſtitutionem, qui per mediam filii vel ſervi perſonam hereditatem adquiſivit. *l. qui liberis* 8. §. *ult. de vulg.* ſervus enim retinet nomen & vere eſt, quamvis commodum hereditatis ſpectet ad dominum, cui ſimilis eſt deciſio textus in *l.* 3. §. *hoc autem de legat. præſtand.* & alia in *l. edicto* 13. §. *ad eos* 8. *de jure fiſci.* Quintus effectus eſt, ut legatum ſervo datum domino adimi non poſſit. *l. legatum* 21. *de adimendis legatis.* cum enim in perſona ſervi vel filii conſiſtat, necdum ad dominum tranſierit ante ceſſionem, conſequens eſt, ut nulla ratio habeatur perſonæ domini, ut docuit eleganter additio Gloſſæ in *d. l.* 21. Duarenus ad *d. l. cum filio* 11. *col.* 3.

§. XLV. Quæ omnia indicant, in perſona ſervi legatum ab initio conſiſtere: nec obſtat adnotatio Marcelli, de qua in *l. ſervo alieno* 113. *de legat.* 1. qui docuit & recte, ſervo alieno legari poſſe quoad ſerviat, id eſt ſub illa conditione, quamdiu in poteſtate domini permanſerit; quo in caſu ſubtiliter Africanus cenſuit; dominum jure proprio admitti ad legatum. *l. filiofamilias* 42. *de condition. & demonſtr. l. ult.* ſic intelligenda *de annuis legatis.* ratio eſt; quia ideo inſpicitur perſona ſervi, & in eo conſiſtit legatum; quia poteſt manumitti ante diem legati cedentem, & ſibi adquirere: ſed quando hæc ſpes non datur, fruſtra ejus perſona inſpicitur, ut ſubtiliter docuit Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 17. *per totum.* tunc enim perſona ſervi, vel filii quaſi nudus miniſter adquiſitionis ponitur, ut non male dixit Cujac. *tractatu* 2. *ad Africanum* in *d. l.* 42. per textum elegantem ſic intelligendum in *l. filio* 23. *de mortis cauſſa donationib.* quæ hoc modo componitur cum *l. ult. ejuſdem tit.* ergo tunc & domino poterit legatum adimi, & ei conſervatur ex edicto de legatis præſtandis, & militant in contrarium omnia ea, quæ §. *præcedenti* notavimus, uno excepto, quod de nudo nomine heredis diximus; quod in omni eventu reſidet penes ſervum, cum ipſe ſit, qui adiit hereditatem, & nomen heredis ſemper ſequatur adeuntem, ut cum judicio notat Coſta *d. cap.* 17. non inquam obſtat hæc Marcelli adnotatio, quia, licet ſit vera, eſt calumnioſa, ut docet JCtus in *l. debitor* 82. §. *ſervo alieno de legatis* 2. Ratio eſt, quia licet hoc in caſo legatum jure proprio pertineat ad dominum, tamen a perſona ſervi vires accipit, & dominus illud adquirit per mediam ſervi perſonam, tanquam per inſtrumentum adquiſitionis; ad hoc enim parvi refert, quod ſervus ſibi adquirere nunquam poſſit, nec ſpem habeat libertatis; ſiquidem adquirere poſſumus per illos ſervos, qui non poſſunt pervenire ad libertatem, quales ſunt, qui ſub eo pacto venditi ſunt, ne manumittantur, ut in *l. ſi venditor* 6. *de ſervis exportandis.* & tunc non minus verum eſt, ſervum eſſe inſtrumentum dominicæ adquiſitionis; igitur non ſunt contraria inter ſe, pertinere ad dominum jure proprio legatum ſervo relictum ſub conditione, ſi in ejus dominio perſeveraverit, & conſiſtere adhuc hoc legatum ex perſona ſervi: imo potius ad dominum pertinet, quia in ſervo conſiſtit; alioquin ſi inſtrumentum eſſet inhabile; adquiſitio non procederet: igitur ſi tale ſit legatum, quod ſervo fruſtra & inutiliter relinqueretur, non poſſet pertinere ad dominum, quamvis relinqueretur ſervo ſub prædicta conditione: in eo ergo conſiſtit calumnia Marcelli, quod arguebat in hunc modum: pertinet ad dominum jure proprio in prædicta ſpecie, ergo conſiſtit in perſona domini; ſed hæc diverſa ſunt, & a diverſis non ſequitur illatio. *l. Papinianus* 37. *de minor.* rurſus quando procederet Marcelli argumentatio, & bona eſſet ejus conſequentia, adhuc eſſet argumentum calumnioſum, quia licet regula deficeret in illo caſu ſpeciali, quem per nimium acumen excogitavit Marcellus, non ideo vitioſa eſſet in communi. *l.* 1. *l. omnis definitio* 202. *de R. J.* igitur præfata regula vera eſt & univerſalis, legatum ſervo relictum ex perſona ejus conſiſtere, & ita hunc locum expono præeuntibus Accurſio *verbo calumnioſa*, & *verbo domino*. & Amaya *lib.* 4. *obſervat. cap.* 14. *num.* 16. quamvis alio ſenſu expoſuerit Cujac. *lib.* 16. *quæſtionum Papin.* in *d. l.* 5. *de ſervitute legata*, & *lib.* 10. *quæſt. Pauli* in *d.* §. *ſervo alieno.*

§. XLVI. Ultimus effectus, qui proponitur in *d. l.* 5. eſt, ut ſervo non poſſit legari ſervitus ad fundum domini; quia ſpecialior capacitas reſpectu rei ſumitur ex perſona ſervi, qui fundum non habet; non poteſt autem legari ſervitus ei, qui non habet fundum. *l.* 1. §. 1. *ff. communia prædiorum.* cui parti opponitur vulgaris textus in *l. etiam* 17. §. 1. *de leg.* 3. ibi, *ſervitus quoque ſervo prædium habenti recte legatur.* Triplex ſolutio ſolet aſſignari; prima eſt Accurſii in *d. l.* 5. qui accepit de ſervo cum ſuppoſitione, quod haberet prædium, nempe ex cauſſa peculiari, & indicat in hoc caſu, ſervitutem ei legari poſſe, ſed ut probet, nullum juris teſtimonium adducit; immo idem Accurſ. in *d.* §. 1. tradit, in aliquibus libris deeſſe verbum *ſervo*; ſed retinendum eſt, quia & in florentinis, & in omnibus, quos adii, invenitur. Secunda eſt præceptoris mei, qui ſub eodem themate de ſervo prædium habente intelligit prædictum locum de illo ſervo, cui ex ſpeciali permiſſione conceſſum fuit habere bona; ſcilicet de ſervo publico populi Romani, ut Cujac. legit, & reſtituit apud Ulpianum in *fragm. tit.* 20. §. *ult.* de quo Hillig. cum aliis *lib.* 5. ad *Donell. cap.* 5. *lit. C. & lib.* 6. *cap.* 17. *lit. L.* Tertia eſt Amayæ *d. cap.* 14. *num.* 24. qui cum communi exponit verbum *habenti* pro *habituro*, quæ ſolutio mire convenit principio textus, in quo JCtus ſuppoſuit, poſſe legari futura, quæ nondum ſunt, eſſe tamen ſperantur. *l. quod in rerum* 24. *de leg.* 1. *l. interdum* 73. *hoc tit.* & poſtea ſubdit; ſervitutem quoque poſſe legari ſervo habenti prædium: iden ex vi conjunctivæ illius *quoque* debemus intelligere, loqui de legato ſervitutis in futurum tempus relictæ, quod valet. *l. ſi ſervitus* 23. §. 1. *de ſervitutib. urbanorum prædiorum. l. Labeo* 10. *de ſervitutib. ruſtic. præd. l. exiſtimo* 98. *hoc tit.* erit itaque ſenſus, ſervitutem poſſe legari ſervo in id tempus, quo manumiſſus habeat prædium. Quælibet ex his ſolutionibus poteſt ſuſtineri.

§. XLVII. Hactenus occaſione textus in *d. l. etſi maxime* 5. egimus de capacitate, quam dominus præſtat ſervo ad adquiſitionem teſtamentariam, & quatenus in ſervo conſiſtat relictum. Nunc de capacitate ad ſtipulationem diſquirendum eſt: ſtatuamus ergo in principio, ſervum ex perſona domini habere jus ſtipulandi. *princ. inſt. de ſtipulatione ſervorum.* id eſt, ab eo mutuari capacitatem; & quidem civilem, quia ipſe de ſe ponit capacitatem naturalem: idcirco ſi dominus mutus, furioſus, aut infans ſit, ſervus autem capax ſit naturaliter ſtipulandi, recte poteſt celebrare ſtipulationem. *l.* 1. *in princ. hoc tit.* unde ſequitur, ſervum hereditarium ſtipulando hereditati jacenti adquirere. *l.* 4. *de diverſis & temporalib. præſcriptionib. l. qui a ſervo* 16. *de O. & A.* quam expoſui *lib.* 1. *opuſculorum. l. ſi ſervus* 25. *l. ſervus* 35. *de ſtipulatione ſervorum.* & non tantum poteſt ſtipulari hereditati, quæ præſens domina eſt, & a qua accipit capacitatem; ſed etiam heredi futuro, cujus perſonam ſuſtinet, id eſt ſperat hereditas jacens, quamvis defunctum repræſentet. *l. novatio* 24. *de novationib.* ut recte

 in-

interpretatur Valent. ad *tit. de adquir. hered. cap.* 1. *num.* 22. a ſemet ipſo diſſentiens & ab illis, qui illa verba, *cujus perſonam interim hereditas ſuſtinet*, non ad heredem, de quo immediate JCtus loquutus fuerat, ſed ad defunctum, cujus prius meminerat, retulerint; ſed non recte, & contra ſtilum orationis. Sed quod diximus, futuro heredi poſſe ſtipulari ſervum hereditarium, ſic accipiendum eſt, ſi indiſtincte & ſine præfinitione nominis ſtipuletur; alioquin ſi ſtipuletur Titio heredi futuro nominatim, inutilis eſt ſtipulatio. *l. ſervus* 16. *l. ſi ſervus* 18. §. *ſervus* 2. *l. ex re* 28. §. *ult. de ſtipulatione ſervorum. princ. inſt. eodem tit. l. ſi unus* 27. §. *ult.* ſic intelligendo *de pactis.* ratio eſt, quia futurus heres nondum eſt dominus, donec adeat vel pro herede gerat. §. *in extraneis inſt. de heredum qual. & differ.* & ideo fruſtra adjicitur perſona Titii, qui nondum jus aliquod habet. At vero mentio heredis in communi tam comprehendit legitimum quam teſtamentarium, quam alium quemlibet univerſali jure ſuccedentem: textus elegans in *l. non ſolum de in integrum reſtitutionib.*

§. XLVIII. Ad hanc partem ſpectat difficillimus Africani locus in *l. ejus qui in provincia* 41. *de reb. creditis.* cujus hæc eſt ſpecies: teſtator, qui Romæ degebat, teſtamentum in urbe fecit, & Stichum ſervum ſuum ex parte heredem cum libertate ſcripſit, qui in provincia, veluti in Hiſpania, vel in Gallia præpoſitus erat Calendario, id eſt exercendis pecuniis ſub fœnore mutuis dandis, ut explicant & illuſtrant Hugolinus, Campanus, Cujacius, & Donell. ad *hunc textum.* Petrus Pithœus *lib.* 2. *adverſariorum cap.* 4. Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 16. *num.* 15. cum deceſſiſſet teſtator, & nondum perveniſſet ad Stichum notitia manumiſſionis ſuæ, ignarus ſtatus ſui perſeveravit in negotio dominico, exegitque vel credidit pecunias, aliquando interpoſita ſtipulatione ſuper obligatione contracta, aliquando acceptis pignoribus; conſulebatur, quid juris eſſet de valore hujus negotiationis poſt manumiſſionem teſtamentariam factæ? & imprimis quod attinet ad pecunias exactas *a locobrado*, placuit debitores, qui juſta ignorantia & bona fide ſolverunt ſervo manumiſſo, liberatos fuiſſe, de quo dixi ſupra §. 9. Quæ vero pecunia exacta ad Stichum pervenit, ad omnes heredes pro portionibus hereditariis ſpectat; licet eam a Sticho petere non poſſint judicio familiæ erciſcundæ, ſed actione negotiorum geſtorum. In qua re ita diſtinguendum eſt; vel pecunia exacta extat, vel conſumpta eſt; ſi extat, eſt hereditaria, & judicio familiæ erciſcundæ a coheredibus exigi poteſt tamquam propria. *l. Mævius* 52. §. 1. *familiæ erciſcundæ.* ſi conſumpta eſt, quia non eſt hereditaria, neque Stichus geſſit tamquam heres, cum ignoraret ſe heredem eſſe. *l. & puto* 16. §. *ſed etſi* 4. *l. qui erat* 49. *verſ. & ideo familiæ erciſcundæ.* non competit judicium familiæ erciſcundæ, ſed actio negotiorum geſtorum datur: igitur *d. l.* 41. accipienda de pecunia, quæ non extat, ut poſt Bart. docet Donellus ad *eandem num.* 6. & 7. *per totos.* ubi late fundat, & non multum diſtant Antonius Faber in *princ.* & Cujac. *tractatu* 8. *ad Africanum col.* 4. Cum hoc in *principio* docuiſſet, in *verſ. quas vero* ponit differentiam inter pecunias, quas credidit, & quas exegit debitas: exactio enim valet, & liberantur creditores ſolventes, ut dixi, & exponit Santolaria *interpretationum juris cap.* 5. *num.* 2. *& ſeqq.* creditum vero non valet; quare nec pecuniæ fiunt accipientis, nec deſinunt eſſe hereditatis; quia quod benigne receptum fuit favore ſolutionis, non fuit receptum favore obligationis. Hic *verſ.* citatur a Pontifice in *cap. dudum* 14. *ad finem de præbendis in* 6. Sed hæc doctrina accipienda eſt de parte coheredum, quia pro parte Stichi valet mutuum, cum etiam ignorans extitiſſet liber & heres. *l. ex parte* 58. *de adquir. hered.* ergo non defecit in eo dominium, quod transferret; ſed quia errans dominium non transfert. *l.* 3. §. *ſubtilius de condict. cauſſa data. l. ſi procurator* 35. *de adquir. rer. dom.* non valet mutuum ab initio, ſed tunc cum certus ſtatus ſui illud approbavit tacite vel expreſſe, ut docuit Donell. *num.* 8. Aliter acceperunt Cujac. & Fab. ut ipſo jure alienentur numi pro parte Stichi, nec ſit ratihabitio neceſſaria; quia Stichus habuit in communi animum contrahendi mutuum; ergo ſi non valuit nomine defuncti, valuit nomine ipſius; quia ubi deſiit eſſe inſtitor, incepit eſſe dominus: ſed quia non ſufficit hæc generalis voluntas, placet magis doctrina Donelli. Ex *hoc verſ.* conſtat, officium diſpenſatoris pecuniarum morte domini finiri; nec obſtat *lex ſi quis mancipiis* 17. §. *ſi impubes, &* §. *ejus de inſtitoria actione.* ubi propter utilitatem promiſcui uſus durat inſtitoris officium poſt mortem domini; quia omiſſis variis ſolutionibus, in quibus non immoror, hi loci accipiendi ſunt de contractibus ultro citroque commutativis, veluti emptionibus, permutationibus, conductionibus, & ſimilibus; in quibus benigna ratione obtinuit, ut ſuſtinerentur, ne unus vel alter moraretur in damno: non tamen in mutui dationibus, in quibus prædictus favor conſiderari non debuit, ut docent cum judicio Campanus & Donellus *hic num.* 12. *& ſeqq.*

§. XLIX. In *verſ. quare ſi nulla* ponit concluſionem præcedentis doctrinæ, docetque ex mutui datione pro parte coheredum nihil agi, niſi ſtipulatus fuit ſuper pecunia credita, & tunc ſic diſtinguit; ſi nominatim ſtipulatus fuit Titio domino ſuo, qui jam deceſſit, nihil agit. *l. ſi ſervus* 18. §. *ſervus capto de ſtipulatione ſervorum.* Santolaria *ubi ſupra num.* 5. quod ſi ſibi dari, mutuamque pecuniam reddi ſtipuletur, valet ſtipulatio; quia ſervus, qui ſibi dari ſtipulatus eſt, de quocumque domino cogitat, perinde ac ſi dominus ipſe ſtipularetur. *l. quodcumque* 45. *hoc tit. l.* 1. *l. ſi ſervus* 14. *& ſeq. de ſtipul. ſervorum.* §. *quod ſervus* 3. *inſt. eodem tit.* igitur adquiret hereditati jacenti pro partibus coheredum, & ſibi pro parte ſua, ut docet Don. Michaël Munoz *obſervat. juris civilis cap.* 4.

RELIQUA DEERANT IN AUTOGRAPHO.

PRÆ-

P R Æ L E C T I O N I S
A D
TITULUM DIG. DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS
P A R S S E C U N D A.

Cum hie titulus & ſubtilior, & diffuſior ſit cæteris, qui in Pandectis continentur; merito Academia princeps duplici anno illum aſſignat veſpertinis Anteceſſoribus, qui hunc abſumere ſolent in una nobiliſſima *lege inter ſtipulantem* 83. quod ego feci ſemel vixque exempla majorum imitatus: ſed cum hæc charta ſtudioſorum manibus teratur, & mei moris non ſit inculcare, quæ docui; decrevi apparare alia longe utiliora, & difficiliora huic octimeſtri. Ergo ſi annuerit Deus, dabo tres tractatus, nempe *de pœnali ſtipulatione*, item *de conditionali*, denique *de ſtipulatione in diem & cum adjectione loci*: quos plene diſcuſſos, & pro dignitate examinatos nondum vidi: continent ſane arduam & prolixam diſputationem, ad quam majori uſura temporis opus eſſet; ſed præfero conſilium Ennii vetuſtiſſimi poëtæ apud A. Gellium *lib. 5. noctium atticarum cap. 15. in fine: philoſophandum eſt paucis, nam omnino haud placet.* Ut ſolidam utilitatem veſtram conſequar, Chariſſimi & Clariſſimi Studioſi, quod unum in votis habeo.

T R A C T A T U S P R I M U S.

De ſtipulatione pœnali, dictata Anno 1657. *&* 1658.

§. I. Conventionalis pœna ſic poteſt commode definiri; *promiſſio confirmans præcedentem obligationem aut cauſſam, & ad ejus implementum reum impellens ſub comminatione præſtandi aliquid certum.* Dicitur *promiſſio*, quia pœna conventionalis debetur ex cauſſa promiſſionis. *l.* 34. *tit.* 11. *Partit.* 5. & ſtat illud verbum loco generis, quia omnes ſpecies promiſſionis comprehendit. *l.* 1. §. *cum qui de pecun. conſtit. l. ſciendum* 19. §. *dictum* 2. *de Ædilitio Edicto.* notat noviſſime D. Nicolaus Fermoſinus ad *cap.* 1. *de judiciis quæſt.* 11. Cætera autem verba ſtant loco differentæ; diciturque *confirmans*, quia eſt ſequela præcedentis obligationis, eo inducta, ut firmius ſarciatur magiſque roboretur, quod prima intentione comprehenſum eſt: itaque non eſt acceſſoria obligatio, ſed æque principalis; quamvis tendat ad majus ſtabilimentum prioris, ut cum judicio conſiderant Cujacius in *l. ſi ita* 97. Donell. in *l. ſi homo* 69. *num.* 5. *hoc tit.* Dicitur *reum impellens ad implementum*, quod eſt finis pœnalis ſtipulationis, quod melius quam alii textus expreſſit *d. l.* 34. *Partitæ.* notatur per Claſſicos in *l. ſi homo* 69. *hoc tit.* idcirco animus contrahentium inſpiciendus eſt, ut cognoſcamus, an ſit pœna vel conditio: quippe ſi eo animo adjiciatur, ut acuatur diligentia debitoris, & metu pœnæ impellatur ad faciendum vel præſtandum, eſt pœna. *l.* 2. *de his, quæ pœnæ nomine relinquuntur.* ſi vero adjiciatur ſimpliciter & in eventum, & non animo coërcendi, eſt conditio. *d. l.* 2. Donell. in *l. impoſſibilis* 7. optime dixi *obligationem aut cauſſam*, quia non ſemper pœna adjicitur præcedenti obligationi ſed cauſſæ: obligationi adjicitur, ſi ita dicamus: *promittis domum fabricare? ſi domum non fabricaveris, centum promittis?* eſt enim prima obligatio faciendi, & ſecunda ſolvendi pœnam. Cauſſæ vero adjicitur, cum ita ſtipulamur: *ſi domum non fabricaveris centum dabis?* quia fabricatio non eſt in obligatione, cum promiſſa non ſit, ſed in cauſſa pœnæ, committitur enim ob eam cauſſam, quod domus fabricata non ſit, non committitur vero ſi fabricetur; & ideo dicimus, quod ita promittitur, non eſſe in obligatione ſed in ſolutione; quia peti non poteſt, cum non debeatur, ſed poteſt ſolvi; cum ſit cauſſa debendi, vel non debendi pœnam. *l. ſi penum* 24. *quando dies legati cedat. l. obligationum* 44. §. *ſi ita* 5. *de obligat. & action.* Tandem adjicitur *ſub comminatione præſtandi aliquid certum*, quæ eſt utilitas pœnalis ſtipulationis; ponitur enim plerumque ad taxandum intereſſe primæ obligationis; quod eſt incertum. *l. ult. de Prætoriis ſtipulat.* §. *ult. inſtitut. hoc tit.*

§. II. Itaque in pœnali ſtipulatione hæc ſex principia inveniuntur. Primo, quod eſt æque principalis obligatio ac prima. Secundo, quod confirmat primam. Tertio, quod punit reum niſi impleat. Quarto quod non eſt neceſſe, ut accedat obligationi, ſed ſufficit, ut accedat cauſſæ. Quinto, quod venit caſus pœnalis ſtipulationis in defectum primæ. Sexto, quod reducit ad certam quantitatem, quod in prima erat incertum, ad quæ totus noſter tractatus reducitur.

PRINCIPIUM PRIMUM.

Pœnalem ſtipulationem eſſe principalem.

§. III. Fundatur hoc principium ex *lege ſtipulatio* 38. §. *at ſi quis* 2. *hoc tit.* §. *verſa vice* 21. *inſtitutionum de inutilibus ſtipul. l.* 38. *tit.* 11. *Part.* 5. ſpecies eſt, veluti ſi quis promittat, Titium daturum facturumve, quæ ſtipulatio eſt inutilis. *l. inter ſtipulantem* 83. *hoc tit.* ſi non fecerit, vel dederit, promittat pœnam, valet pœnæ promiſſio; quia in pœna de ſe promittit, licet in priori ſtipulatione promittat de alio. Docent Jaſo cum antiquioribus in *d. l.* 83. *num.* 10. Alciatus *num.* 7. Donell. *num.* 4. Giphanius *num.* 10. idem Donellus & Hillig. *lib.* 12. *cap.* 8. *lit. G.* Connanus *lib.* 6. *commentariorum cap.* 4. *num.* 10. & 12. Grotius *lib.* 2. *de jure belli & pacis cap.* 15. *num.* 16. Alia ſpecies priori ſimilis deducitur ex *l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* 17. *hoc tit.* veluti ſi ſtipulatus fui alteri dari, quæ eſt inutilis ſtipulatio; & in caſum, quo alii non detur, ſtipulatus fui mihi pœnam, valet ſecunda ſtipulatio, quamvis mea non interſit alteri dari: quia non attenditur in ſtipulationibus pœnalibus, quid mea interſit, ſed quid promiſſum fuit. Docent Donell. in *d. l.* 38. §. *alteri num.* 72. *usque ad finem.* Cujacius *lib.* 27. *quæſt.* Pa-

Papiniani in *l. ſi venditor* 6. §. 1. *de ſervis exportand.* noviter Honoratus Leotardus *de uſuris quæſt.* 38. *a princ. & num.* 17. quæ omnia proveniunt ex eo, quod pœnalis ſtipulatio non eſt acceſſoria, alioquin non poſſet plus valere, quam principalis. *l. fidejuſſor in princ. de fidejuſſ. l. cum principalis de R. J.*

§. IV. Per conſequens ſi prior ſtipulatio ſit utilis, & pœnalis ſit inutilis, valet quidem prima, ſed ſecunda pro non adjecta habetur; ſpecies deſumi poteſt ex *l. ſi ita* 97. *princ. hoc tit.* ſi ita ſtipulatus ſim, *promittis te ſiſtere in aliquo loco; niſi te ſtiteris, Hippocentaurum dare?* valet prior ſtipulatio de reo ſiſtendo, pœnæ vero promiſſio inutilis eſt, ut pote rei, quæ dari non poteſt. *l.* 1. §. *ſi id quod* 9. *de oblig. & action. l. ſi ſtipuler* 35. *hoc tit. l.* 21. & ibi Gregorius *gloſſ.* 1. *tit.* 11. *Part.* 5. Pœna enim adjicitur, ut magis valeat prior obligatio; adjecta vero ad unum finem non debent contrarium operari. *l. legata* 14. *de adimendis legatis.* Deinde quia etiam in his adjectionibus pœnarum valet juris regula, *utile per inutile non vitiari. l. ſi ita* 126. §. *ult. hoc tit.* ſcire etiam oportet, *Hippocentaurum* ſignificare animal quoddam ex equo & homine compactum, quod natura non procreat, ut fundat Lucretius *lib.* 5. quo animali fabuloſo utebantur auctores ad denotandam rem impoſſibilem datu: finxerunt autem naſci in Theſſalia, & occaſionem fabulæ præbuit, quod Theſſali primi monſtrarunt inſcendere equos & equitare; docent ex bonis auctoribus Covarr. *lib.* 4. *variarum cap.* 2. & ibi ejus annotator Carranza in *diſp. de partu cap.* 17. *num.* 70. addendi Philippus Camerarius *tom.* 1. *ſucciſivarum cap.* 71. Delrio ad *Senecam in Medea verſu* 732. utebantur etiam ad idem verbo *chimæra*, putabant autem eſſe animal ſuperne leonem, in medio ſerpentem, inferne capram: fabula etiam ortum habuit a monte Lyciæ, qui in cacumine leones, in medio ſerpentes, in radice capras alebat. Delrio *ubi proxime verſ.* 828.

PRINCIPIUM SECUNDUM.

Stipulationem pœnalem confirmare primam.

§. V. Hoc principium fundatur ſeqq. auctoritatibus. Primo ex *lege Partitæ* ſupra §. 1. allegata, & ex *l. quoties* 81. *hoc tit.* ex qua dignoſcitur, ſtipulationem faciendi ſine adjectione pœnæ olim in dubium vocatam fuiſſe, tamquam inutilem, ſive inexplicabilem, donec receptum eſt, ut veniret ex ea id quod intereſt; ex quo colligi poteſt, quantum momenti primæ afferat ſtipulatio pœnalis. Eodem etiam reſpicit textus in *leg. cum quid* 71. *hoc tit.* ubi dicitur, cum quid fieri ſtipulamur, recte pœnam concipi, ſi ita factum non erit, cui conſonat alius textus in *l. continuus* §. *ſi ut quid* 7. *eodem tit.* fundatur etiam ex *l. nuda* 5. *C. de contrahenda & committenda ſtipulatione.* ubi Imperatores primo ponunt principium ſatis apertum, ex nudo pacto nudave pollicitatione actionem non naſci. *l. juris gentium* 7. §. *ſed cum nuda de pactis:* deinde docent, ſi nuda conventione aliquid fieri promiſſum fuit, & in defectum faciendi pœna per ſtipulationem fuerit adjecta, deberi pœnam, ſimulac ſuper prima promiſſione lis mota fuit: qui textus eſt notabilis, quia primo docet, actionem non naſci ex nudo pacto, & poſtea ſupponit, ſuper eo litem poſſe moveri, cum ſine actione lis moveri non poſſit. *l. pupilli* 6. §. *ult. de negot. geſt.* Accurſius in *l. ſi pacto* 14. *C. de pact.* & Donell. in *l. ita ſtipulatus* 115. *num.* 29. *hoc tit.* & ibi fere omnes Claſſici dixerunt, ex nuda pollicitatione jure agi non poſſe; ſed in *d. l.* 5. actionem ſine jure, & de facto intentatam fuiſſe propter metum pœnæ, quod ſatis fuit, ut judicium intenderetur. Verum mihi magis placet ſententia Joannes Gloſſatoris antiqui, quam ſequitur Franc. Balduinus in *d. l.* 14. *fol.* 4. videlicet tantam vim eſſe pœnalis ſtipulationis, ſi pacto adjiciatur, ut efficiat, quod præcedens nuda promiſſio efficax ſit ad agendum, quod innuunt Imperatores ipſi in eodem textu: ibi *nuda pollicitatione urgeri quemquam non ſemper jura permittunt.* ſignanter dicunt *non ſemper*; ergo agnoſcunt, ex nudo pacto aliquando poſſe aliquem urgeri, quod ſi in aliqua ſpecie verificari poteſt, procul dubio verificatur in ſpecie, quam ſtatim ſubjiciunt; alioquin non apponerent illa adverbia *non ſemper.* ſcio aliter hunc textum expoſuiſſe Hotmanum *illuſtrium quæſt. cap.* 16. Julium Pacium in *analyſi C. hoc tit. num.* 20. videlicet de pacto de non petendo adjecta pœna, ſi peteretur. Verum hæc expoſitio non eſt conformis principio textus, ubi Imperatores proponunt caſum, in quo ex nuda pactione poſſit agi, non ex veteri contractu. Nec placet Giphanius, qui in *l.* 9. *hoc tit. num.* 7. verba *non ſemper* Triboniano adſcripſit: idem etiam principium poteſt probari ex *dicta lege pacto* 14. *l. petens* 27. *l. ſi certis* 28. *C. de pactis. l. ubi pactum* 40. *C. de transaction.* docent auctores ſequenti conſectario referendi.

CONSECTARIUM I.

Pœnalem ſtipulationem non novare primam.

§. VI. Primo ex hoc principio conſequimur, pœnalem ſtipulationem non novare primam, quia novatio deſtruit, tollit, & in ſe transformat veterem obligationem. *l.* 1. *de novation.* §. *præterea inſtitutionum quib. modis tollitur obligatio.* Sed pœnalis ſtipulatio non deſtruendi ſed confirmandi gratia inventa eſt: ergo non poterit novare; alioquin contrarium effectum operaretur contra regulam textus in *dicta l. legata* 14. *de adimendis legatis.* quod evincitur ſequentibus auctoritatibus ex *l.* 1. §. *ult. de ſtipulatione ſervor.* ubi ita promiſſum fuit: *Titio decem dare ſpondes Kalendis Majis, ſi non dedero, promitte Mævio viginti:* & ait Conſultus, duas ſtipulationes eſſe; ergo prima non novatur per ſecundam pœnalem: probatur etiam ex *l. ſi ita* 115. §. *item* 2. *hoc tit.* ubi ſi ita concipiatur ſtipulatio, *ſi Pamphilum non dedero, centum dare ſpondes?* durat obligatio Pamphili, quamdiu poſſit dari; quod non poſſet accidere, ſi novaretur per ſecundam. Eodem modo expendi poſſunt textus in *l. ſi pacto* 14. *C. de pactis. l. ubi pactum* 40. *C. de transaction.* fulcitur etiam ex *l. reſcriptum* 10. §. 1. *ff. de pactis.* ubi ſi pactum de non petendo factum ſit, & adjiciatur ſtipulatio cauſſa confirmandi pactum, ut petatur pœna, ſi adverſus pactum factum ſit, utraque via durat, vel opponendi exceptionem ex pacto, vel agendi ex ſtipulatione: ergo altera alteram non tollit, nec conſumit, ex textu in *l. ſi quis* 41. *cum ſeqq. ff. pro ſocio.* in quibus ſi ſocius, qui contra ſocium actionem ex contractu habebat ad repetendum, quod ſibi debebatur ex ſocietate, ab illo pœnam ſtipulatus ſit, quo caſu non impleviſſet, reſpondent & ſupponunt Conſulti, utramque obligationem durare, adeo quidem, ut ſi agens ex ſtipulatione minus conſecutus ſit, reſiduum poſſit conſequi actione pro ſocio, & e contra; ergo utraque actio efficax manet, ut etiam in *l. prædia* 28. *ff. de action. empti.* quæ cum præcedenti deciſione convenit, & textus in *l. ſi pater* 12. *in* §. *ſi mulier* 2. *ff. de pactis dot. l. apud Celſum* 4. §. *Labeo* 7. *ff. de doli mali & met. except.* juncto aſſimili alio in *l. poſt diem* 7. *ff. de lege commiſſ.*

§. VII. Itaque effectus pœnalis ſtipulationis eſt, ut utrumque ſimul debeatur, tam quod prima intentione comprehenſum eſt, quam quod promiſſum fuit pœnali ſtipulatione, ſed quod conſequimur ex prima, V. G. ſi promiſi animal tradere ex cauſſa emptionis, & ſi non tradidiſſem, centum nomine pœnæ, ſi conventus actione ex empto ratione in-

intereſſe 80. ſolvi, poſtmodum non teneor ſolvere niſi 20. reſidua nomine pœnæ, quod unam elegantem limitationem habet, videlicet ſi pœna adjecta fuit ſub hac formula; *rato manente pacto*, tunc enim utrumque ſimul, & in ſolidum exigi poteſt, & quod ex primo contractu debetur, & quod debetur ex promiſſione pœnali. *l. qui fidem* 16. *ff. de transact. l. cum proponas* 17. *C. eodem tit. l. ita ſtipulatus* 115. *§. penult. & ult. ff. hoc tit.* ubi diſerte extat utriusque pœnæ differentia, quippe ſi vulgariter ponatur, utrumque debetur, ſed alterutrum exigi poteſt: cæterum ſi ponitur ſub prædicta formula, & utrumque debetur, & utrumque exigitur, ad quam formulam reſpicere etiam videtur textus in *l.* 2. *ff. ſi quis caution.* & eſt elegans apud nos textus in *l.* 34. *tit.* 11. *Partit.* 5. ubi declaratur, quid ſit *rato manente pacto*, *a todo pechar la pena y cumplir la promiſſion*, id eſt, *manente firmo contractu præcedenti*, etiam per adjectionem & concurſum pœnalis promiſſionis, de qua clauſula late agunt Barboſa, & ab eo relati in *d. l.* 17. *num.* 3. & in *tract. de clauſulis clauſ.* 128. *per totam.* Pichard. in *tract. de mora num.* 183. Donell. in *d. l. ita ſtipulatus* 115. *num.* 37. *hoc tit.* Anton. Faber in *l. prædia* 28. *de actionibus empti.* Balduinus in *d. l. ſi pacto fol.* 6. *verſic. ſi quis tamen.*

§. VIII. Ex his apparet, utramque obligationem concurrere, & neutram per alteram conſumi, donec altera expertum ſit; aliquando tamen accidit, ut una tantum ſit obligatio, veluti ſi ita ſimplici ſtipulatione promittatur, *ſi domum non conſtruxeris, centum dabis?* tunc non poteſt dici cauſſari novationem; quia novatio ſupponit duas obligationes, primam, quæ transfundatur in alteram. *l.* 1. *de novat.* quod deficit, ubi una tantum eſt obligatio: itaque fateor, tantum pœnam peti poſſe, niſi domus conſtruatur; ſed hoc non fit propter novationem, ſed quia prima intentio non eſt in obligatione, ſed in ſolutione, ut dixi ſupra §. 1. & eleganter explicatur in *l.* 15. & 16. *tit.* 11. *Partit.* 5. *l.* 1. *in fine de penu legata. l.* 1. *§. item ſi ita ad l. Falcidiam. l. ſi penum* 24. *quando dies legati cedat. l. ita ſtipulatus* 115. *§. ſed ſi ita hoc tit.* Docent Covarruvias in *practicis cap.* 39. *num.* 8. Menochius *de arbitrariis caſu* 498. *num.* 4. Donell. in *d. l.* 15. *num.* 25.

§. IX. Sic ſimiliter in obligationibus faciendi, quibus pœna adjicitur, non poteſt dici contingere novationem, quia utraque obligatio durat. Verum tamen eſt jure communi, eum, qui obligatus eſt ad factum, non poſſe præciſe ad faciendum compelli, ſed obligationem ſuccedere ad intereſſe, ut præſtet id, quod creditoris intereſt. *l. ſi quis ab alio* 13. *§.* 1. *de re judicata. l. ſtipulationes* 72. *verſ. Celſus hoc tit.* Donell. & Hillig. *lib.* 15. *cap.* 3. Menchaca *lib.* 2. *illuſtrium cap.* 25. *num.* 33. Ant. Fab. in *Ration. ad l.* 3. *de ſervis exportandis.* & in *Juriſprudentia Papin. tit.* 3. *princ.* 2. *illat.* 10. & *tit.* 5. *princ.* 2. *illatione* 19. Anton. Gomez. *tomo* 2. *variar. cap.* 10. *num.* 21. Pichard. in *appendice ad tit. de officio judicis cap.* 12. Valentia *lib.* 2. *illuſtrium tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 8. & 32. ſed jure Regio ad factum præciſe reum compellit, niſi impoſſibile ſit impleri, quo tempore agitur. *l.* 5. *tit.* 27. *Part.* 3. *l.* 13. & 35. *tit.* 11. *Part.* 5. *l.* 3. *tit.* 14. *eadem Part. l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Compilationis.* docet cum multis Pichard. *ubi proxime.* ex quo ſequitur, ſecundum jus commune, cum promiſſum erat factum, & pœna in defectum faciendi; pœnam petendam eſſe non factum; quia pœna ſuccedit loco intereſſe. *l. ſi pœnam* 68. *l. ſi inſulam* 84. *hoc tit. l. ult. de prætoriis ſtipulationib.* Sed jure Regio poteſt alterutrum peti, & pœna & factum; quia ad factum reus poteſt compelli, ut agnoſcunt auctores ſupra laudati: inde apparet, novationem proprie non cauſſari per adjectionem pœnæ, etiam in ſtipulationibus faciendi; ſiquidem remanet facultas debitori præſtandi factum, quod reſultat ex prima obligatione, quæ facultas non ſupereſſet, ſi prorſus eſſet extincta per novationem; ſed quia ad factum agi non poteſt jure communi, ſed tantum ad pœnam, ut dicam *principio* 5. appellatur hæc quaſi novatio, id eſt impropria novatio in *l. obligationum* 44. *§. ult. de O. & A.* quia prima intentio faciendi durat, usque dum lis moveatur, & tunc obligatio facti transfunditur in obligationem pœnæ; vel ejus quod intereſt. docent Alciatus *lib.* 1. *paradoxorum cap.* 12. Donell. in *d. l.* 115. *num.* 31. & *num.* 33. & *lib.* 15. *cap.* 2. juncta explicatione Hilligeri *lit. G.* Menchaca *lib.* 1. *illuſtrium cap.* 29. *num.* 5. Briſſonius *lib.* 2. *de ſolutionib. tit. de novatione.* Balduinus in *d. l. pacto folio* 5. *verſ. non miror.* Cujac. *l. reſcriptum* 10. *de pactis.* & in *l. prædia* 28. *de actionib. empti.* Ant. Faber in *l. duo* 71. *ff. pro ſocio.* Pichardus in *tractatu de mora num.* 182. Metillius *lib.* 1. *poſteriorum obſervationum capite* 26.

§. X. Quæ impropria novatio non poteſt jure Regio conſiderari, quia cum utrumque peti poſſit, tam factum quam pœna, non transfunditur in obligationem pœnalem prima obligatio faciendi; ſed durat etiam quoad actionem; unde in hoc ſenſu poteſt ſuſtineri opinio Gregorii, quam ſequitur Gutierrez *de juramento confirmatorio parte* 1. *cap.* 63. *num.* 6. quæ docet, jure Regio novationem non cauſſari: verum enim eſt in prædicto ſenſu, quamvis non loquatur ſecundum juris principia. Recte etiam cenſet idem Gutierrez cum aliis, quos ſequitur Carleval *de judiciis tom.* 2. *tit.* 3. *diſputat.* 3. *num.* 14. hodie genus illud impropriæ novationis non eſſe ſublatum per *legem ult. C. de novationib.* quia non provenit ex novatione, ſed potius ex diſpoſitione juris, & ex natura obligationis faciendi, ex qua jure communi ad factum agi non poteſt, ut cenſuerunt Bartolus in *d. l.* 115. *num.* 30. Ripa *num.* 65. & alii, quos ſequitur Oroſcius in *d. l. reſcriptum* 10. *num.* 2. *de pactis.* in quo hallucinatus eſt Donell. laudatus *ſuperiori* §. ſed hoc, quod jure communi recte dicitur, non procedit attento jure Regio, quia cum ſuperſit utraque actio, nulla novatio contingit, quare ut inducatur, neceſſaria eſt expreſſa voluntas. *d. l. ult.* quod non obſervarunt auctores regnicolæ.

§. XI. Rurſus hæc impropria novatio, quæ conſideratur in obligationibus faciendi, deſcendentibus ex ſtipulatione, non habet locum in aliis obligationibus venientibus ex aliis contractibus; nam quamvis pœna adjecta ſit, utrumque peti poteſt, ita tamen, ut reus alterutrum conſequatur: exemplum deſumi poteſt ex *l. prædia* 28. *de actionib. empt.* veluti, *ſi prædia tibi vendidit, & in partem pretii convenifſet, ut aliquid faceres, quod ſi non faceres, ut pœnam mihi præſtares*: in qua ſpecie actione ex empto teneris facere, & in defectum faciendi teneris ad pœnam ex ſtipulatione, aſſeritque Conſultus, me poſſe in te agere actione ex empto, non quidem præciſe ad factum; quod jure non licet, ut dixi ſupra §. 9. ſed ut per eam actionem conſequar, quanti mea intereſuit, te non impleviſſe; vel ſi malim, eligere poſſum exactionem ex ſtipulatione ad pœnam, ea tamen conditione, ut quantum conſequutus fuero una actione, de alia diminuatur: igitur ſi promittis facere per ſtipulationem, & in defectum faciendi promittas pœnam; quamvis utrumque debeatur, tantum pœna peti poteſt; ſed ex cæteris contractibus utrumque debetur, & utrumque peti poteſt: Gregorius & Gutierrez ſupra laudati exiſtimant, provenire differentiam ex qualitate contractus emptionis, quia bonæ fidei eſt, & idem dicunt de actione pro ſocio ex *l. ſi quis* 41. *cum ſeq. ff. pro ſocio.* Donell. vero in *d. l. ita ſtipulatus* 115. *num.* 33. & *lib.* 15. *cap.* 2. melius diſtinxit verborum obligationes ab aliis quibuscumque, ut in illis contingat novatio non in cæteris; quia facilius transmittuntur in aliam verborum obligationem, cum ſint ejusdem ſpeciei, & ita exponit textum in *l. qui Ro-*

mæ 122. §. *Flavius hoc tit.* cujus opinionem amplecti videtur Antonius Fab. in *d. l. prædia* 28. & in *l. duo* 71. *ff. pro ſocio.* reddita ratione, quia ſola verborum obligatio, vel quæ ad eam reducitur, novatur per ſtipulationem, non vero alia, quæ ex verbis non oritur. *l. prout* 80. *de ſolutionib. l. nihil* 135. *de R. J.* ergo ſi propria novatio non accidit, niſi reſpectu verborum obligationis, multo minus accidet in propria reſpectu aliorum contractuum, quæ ſolutio prius fuit Accurſii in *d. l.* 28. *gloſſa magna circa medium.* a quo injuſte receſſerunt Bartolus, Baldus, Caſtrenſis, & alii antiquiores, retinendaque eſt omiſſis aliis relatis ab Hillig. *d. cap.* 2. *lit. G.*

§. XII. Tandem in hoc difficili articulo admonendi eſtis, aliquando pœnalem ſtipulationem vere & proprie novare præcedentem obligationem, qualiscumque ſit, nempe cum ita conventum eſt inter contrahentes: ſpecies extat in *l. duo* 71. *ff. pro ſocio.* quam leviter tangam, quia expoſui ſuperiori ſemeſtri *tractatu* 1. duo ſocietatem inierunt, ut grammaticam docerent, & inter ſe dividerent, quod ex illo artificio pararent; ſi quid adverſus eam rem actum fuiſſet, pœnam viginti millium ſtatuerunt. Cum alter ex ſociis legem contractus fregiſſet, quæſitum fuit, utrum alter poſſet agere pro ſocio ad intereſſe, & ex ſtipulatu ad pœnam? & ita diſtinguit, vel ſtipulatio facta fuit animo transferendi in ſe & novandi primum contractum, vel tantum cauſſa adjiciendi pœnam, & relinquendi contractum bonæ fidei in ſua natura. In hoc caſu utramque actionem poteſt ſocius exercere, ut dixi §. *proximo.* ſed in illo tantum ſupereſt actio ex ſtipulatu, quia totus contractus redactus fuit ad ſtipulationem, & per eam novata fuit præcedens cauſſa, videlicet expreſſa voluntate contrahentium, qui ſponte receſſerunt a primitivo contractu, ut melius quam Accurſius & antiquiores docuit Ant. Fab. *ubi proxime.* quærit tamen Balduinus in *d. l. ſi pacto folio* 6. quomodo totus contractus ſocietatis potuiſſet transferri in ſtipulationem in *d. l.* 71? & recte reſpondet, potuiſſe quidem, ſi grammatici totum ipſum negotium ſolemnibus verbis comprehendiſſent per ſtipulationem, & poſtea pœnam iiſdem ſtipulatione ſtatuiſſent, quo magis una ſtipulatio in aliam pœnalem transfundi poſſet non contractus, qui ſolo conſenſu perficitur, ſed tranſeamus ad alia.

PRINCIPIUM TERTIUM.

Pœnalem ſtipulationem adjici animo puniendi reum.

§. XIII. Hoc principium ſpectat ad finem imponendæ pœnæ conventionalis, & continet nobiliorem partem noſtri tractatus, quam ut explicemus, primo ſciendum eſt, aliquando pœnam conventionalem promitti in vim meræ, & ſimplicis conditionis: veluti quando ponitur promiſſioni facti alieni, debetur enim, quomodocumque factum non ſit, quod apud nos probat diſertus textus ita explicandus in *l.* 37. *verſ. mas en las penas tit.* 11. *Part.* 5. ubi docemur pœnas judiciales promiſſas ex præſcripto judicis, ſi aliquis apud tribunal non ſe ſtiterit, evitari propter difficultatem ſupervenientem, quæ efficiat ne reus ſiſti poſſit. *l.* 2. *ſi quis cautionib. l.* 11. *tit.* 7. *l.* 12. *tit.* 23. *Part.* 3. quia ubi eſt difficultas, non eſt contumacia, & ubi non eſt contumacia, non eſt pœna judicialis. *d. l.* 2. §. *ſi quis* 3. Pœnas vero conventionales quocumque eventu ſolvendas eſſe, licet nulla culpa poſſit imputari promiſſori; quia non tantum promiſit diligentiam, ſed præſtationem pœnæ in omni caſu. Quæ lex noſtra deſumta fuit ex *l. ſi trajectitiæ* 9. *de nautico fœnore. l. ad diem* 77. *hoc tit.* Fundaturque ejus doctrina ex *l. ſtipulatio* 38. §. *at ſi quis* 2. *hoc tit. l. qui autem* 14. §. *ſed ſi quis de pecunia conſtituta. l. ſancimus* 26. *C. de fidejuſſorib.* docent cum antiquioribus Jaſon in *d. l.* 38. *num.* 10. Alciatus *num.* 31. Cujac. Duaren. & Donell. *num.* 4. & 5. Giphanius *num.* 10. idem Donell. in *d. l.* 38. §. *alteri num.* 71. pater Thomas Sanchez cum multis *lib.* 1. *de matrimonio diſput.* 25. *num.* 6. Pichard. in *l. ſi quis alium num.* 31. *de inutilib.* Grotius *de jure belli & pacis lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 16.

§. XIV. Aliquando tamen dirigitur pœna ad acuendam diligentiam ejus, qui facere debet; veluti ſi ipſe promittat facere; & ſi non fecerit, pœnam: tunc exiſtimo poni ad incitandum eum, ut faciat, cum in ſua poteſtate ſit, implere vel non implere: exemplum deſumi poteſt ex *l. ſi vehenda* 10. §. 1. *verſ. idem juris ad legem Rhodiam de jactu.* caſus eſt, Titium conduxiſſe navim, ut ante diem conſtitutam, veluti ante Calendas Auguſti, nauta trajiceret merces in portum, niſi trajiceret, ut pœnam præſtaret. Non ſtetit per nautam, ut ſua die navim in portu ſiſteret; vel quia morbo impeditus fuit, vel quia navis aliquo ſuo aut maris vitio navigare non potuit. Reſpondet JCtus, pœnam remiſſam eſſe; quia nauta in culpa non fuit: ecce quando adverſus factum proprium pœna ſtatuitur, non promitti in omnem caſum, ſed ſolum in caſum negligentiæ; in facto vero alieno in omnem caſum promiſſa cenſetur, quod etiam habet aliam rationem; quia qui promiſit factum alienum, & in defectum pœnam de ſe ſtatuit, potuit debuitque ab initio difficultatem prævidere: qui vero de ſe promiſit, nullo impedimento ab initio detinebatur, niſi poſtmodum ſuperveniat; ſuperveniens vero difficultas excuſat a pœna, non autem quæ ab initio extitit, ut recte cenſet Jaſo *d. num.* 10. nec diſſentiunt Accurſius & Faber in *d. l.* 10. quæ ſola diſtinctio retinenda eſt tam jure Regio quam jure communi, inſuper habitis aliis, quas excogitarunt cum Canoniſtis Covarruvias in *cap. quamvis pactum parte* 2. §. 5. *num.* 3. pater Molina *de juſt. & jure tractatu* 2. *diſput.* 268. Gutierrez *parte* 2. *de juramento confirmatorio cap.* 44. Pater Sanchez *d. diſput.* 25.

CONSECTARIUM I.

Si prima intentio impoſſibilitatem contineat, pœnam non deberi.

§. XV. Ratio hujus conſectarii eſt, quia impoſſibilitas adeo excuſat a præſtatione rei, ut in eo, qui promittit, deficiat prorſus voluntas contrahendi. *l. impoſſibilis* 7. *hoc tit.* §. *impoſſibilis inſt. de inutilib.* ergo cum prior ſtipulatio inutilis ſit, erit etiam inutilis ſequela, ſive ſecunda ſtipulatio pœnæ. *l. ſi homo* 69. *hoc tit.* juncta *l. inter ſtipulantem* 83. §. *Stichum. l. ſi ſervum* 91. *hoc tit.* itaque ſi ita concipiatur ſtipulatio, *promittis hominem mortuum dare? ſi hominem mortuum dederis, promittis centum nomine pœnæ?* ut non valet prima, ſic nec ſecunda pœnalis tenet, quia cum pœna adjiciatur ad acuendam diligentiam debitoris, fruſtra adjicitur, quando non poteſt aſſequi promiſſum ulla diligentia, ita Rex noſter & Gregorius Lopez in *l.* 38. *tit.* 11. *Part.* 5. & communiter omnes Claſſici in *d. l.* 69. contra quam partem obſtant textus in *l. impoſſibilis* 71. *l. in illa* 8. *hoc tit.* in quibus ita concepta fuit ſtipulatio, *ſi cœlum digito non tetigeris decem ſpondes?* adeo valet, ut confeſtim agi poſſit, non ſpectata conditione, quæ neceſſaria eſt; quia quod eſt contrarium impoſſibili, eſt neceſſarium; impoſſibile eſt cœlum digito tangere; neceſſarium eſt non poſſe cœlum tangere; ſtipulatio concepta ſub hac conditione, *ſi cœlum digito tetigeris*, eſt impoſſibilis, & per conſequens inutilis; concepta vero ſub contraria non eſt conditionalis, ſed neceſſaria & pura. Tunc ſic argumentor: non obſtat, prædicta ſtipulatio pœnalis ab hac condítio-

ditionali, *ſi hominem mortuum non dederis, centum dabis?* ergo vel utraque debet eſſe utilis vel inutilis. Solutio hujus difficultatis, ut dixi ſupra §. 1. pendet ab animo contrahentium; quippe ſi voluerunt pœnam promittere ad acuendam diligentiam promiſſoris in re non difficili ſed impoſſibili, nulla eſt pœna; *quia ſupervacuo petitur diligentia, ubi nulla ſufficiens eſt:* cæterum ſi in vim conditionis & in omnem eventum pœna promiſſa eſt, tenet ſtipulatio. Ita diſtinxerunt Alexander in *d. l. impoſſibilis* 7. *num. ult.* Jaſo *num.* 7. Alciat. *num.* 15. Giphanius *num.* 5. *&* 6. Donell. in *d. l.* 69. *num.* 4. & videtur fuiſſe mens gloſſæ in *d. l.* 8. *verbo & Marcellus.* licet minus proprie loquatur: ſed qualiter animus contrahentium dignoſci poſſit, res eſt conjecturalis; facile autem dignoſcetur, ſi in ſtipulatione adjecerint illa verba *pœnæ nomine*, ut in *l. lecta* 40. *de reb. creditis.* velut cenſet Donell. ſi contrahentes ignari ſtatus rei exiſtiment, in prima intentione comprehenſam poſſibilem eſſe, & præſtari poſſe, ſatagatque creditor, ut præſtet: tunc credibile eſt, nomine quantitatem promitti, nec deberi ſi vera re impoſſibile ſit: ad hanc etiam partem pertinet textus in *l. ita ſtipulatus* 115. §. 4. quam tamen commodius explicabo infra *princ.* 5. *ex num.* 36. *usque ad* 42.

CONSECTARIUM II.

Idem dicendum eſſe, ſi accedat promiſſioni rei turpis, vel legibus interdictæ.

§. XVI. Eadem ratio eſt, ſi pœna accedat promiſſioni rei turpis, quia quemadmodum non valet ſtipulatio rei impoſſibilis, ita nec valet ſtipulatio rei turpis, vel ſub conditione turpi. *l. generaliter* 26. *cum ſeq. l. ſi ſtipuler* 35. *l. ſi flagitii* 123. *hoc tit.* quare nec pœna ei adjecta debet valere, alioquin invitarentur promiſſores ad delinquendum metu pœnæ, ut recte conſiderat Giphanius in *l. ſtipulatio* 61. *hoc tit.* veluti ſi ita ſtipuler, *ſi hominem non occideris, promittis centum nomine pœnæ?* puniretur enim reus, quia maleficium non fecit, quod jus abhorret; in hac inſpectione non poteſt conſiderari diſtinctio *ſuperiori* §. propoſita; quia talis ſtipulatio non valet, licet in vim conditionis concipiatur, quoniam ob maleficium faciendum vel non faciendum non valet ſtipulatio, id eſt non valet, ſi tibi promiſero, ut hominem occidas, nec valet, ſi tibi promiſero, ne hominem occidas. *l. juris gentium* 7. §. *ob maleficium de pactis.* quod enim lex te facere prohibet, id te non facere cogit invitum, nec ob eam rem aliquid adquirere mereris, ut inquit Ant. Fab. in *Jurisprud. Papin. tit.* 3. *princ.* 2. *illat.* 16. cæterum ſi in promiſſorem concipiatur, pœna valet, veluti *promittis centum, ſi hominem corruperis? l. non impoſſibile* 50. *de pactis.* docent Bartolus, Alexander, Jaſo, & Alciatus ſupra laudati; niſi ſeverior ſit pœna, quam impoſita a legibus, ut dicam infra §. 19. *&* 20.

§. XVII. Eadem cauſſa ſtipulatio contra bonos mores concepta cum adjectione pœnæ inutilis eſt, hoc modo: *ſi heredem me non feceris, centum ſpondes? l. ſtipulatio* 61. *hoc tit.* boni enim mores & jus publicum conſiſtit in eo, quod hereditas detur ſupremo judicio, non contractibus viventium, ad evitanda pericula, fraudes, & deceptiones, quibus objecti eſſent diſponentes. *l. cum duobus* 52. §. *idem reſpondit ff. pro ſocio. l. pactum* 15. *l. licet* 19. *l. ult. C. de pactis.* facit ratio textus in *l.* 69. *Tauri*, quæ eſt *lex* 8. *tit.* 10. *lib.* 5. *Compilationis.* docent præter Claſſicos Molina *lib.* 2. *de primogeniis cap.* 10. *num.* 9. Parladorius *lib.* 2. *rerum quotidianarum cap.* 8. Faber *d. tit.* 3. *princ.* 2. *illat.* 24. Donell. & Hillig. *lib.* 14. *cap.* 27. *lit.* G. ergo ſi ſtipulatio prima eſt contra bonos mores, etiam pœna erit talis; quia metu pœnæ adſtringeretur promiſſor ſervare conventionem de hereditate præſtanda, ſubiens periculum vitæ ab eo, qui promiſit, ut docent Claſſici in *d. l.* 61. Huic hypotheſi ſimilis eſt alia de lege Falcidia; quia cum jure Digeſtorum non liceret teſtatoribus prohibere heredibus detractionem Falcidiæ, nec cum ipſis paciſci ne detraherent. *l. Sejus* 27. *ad l. Falcidiam.* ita nec licuit ſuper pacto de non detrahendo adjicere pœnam. *l. quod de bonis* 15. *eod. tit.* quia eſſet pactum pœnæ contra intentionem juris publici, quod voluit, ut quarta pars remaneret heredi, nec teſtatoribus permiſit huic legi derogare, *arg. l. nemo* 55. *de leg.* 1. hodie vero, cum teſtatoribus liceat prohibere detractionem Falcidiæ. *authent. ſed cum teſtator C. ad l. Falcidiam. l.* 1. *tit.* 11. *Partita* 6. licebit ſuper ea re paciſci, & pœnam adjicere, cum deficiat juris publici conſtitutio. docent & latius proſequuntur Donell. & Hillig. cum multis *lib.* 7. *cap.* 29. *lit. A. & lib.* 8. *cap.* 27. *lit. K.* Cujac. *lib.* 2. *quæſt. Papiniani* in *l. jus publicum* 38. *de pactis.* Molina *lib.* 1. *de primogeniis cap.* 17. *num.* 11. 15. 16. *&* 26. Pichard. *princip. inſt. de lege Falcidia num.* 53. *&* §. *ſed quia num.* 19. *inſt. de fideicommiſſ. hereditatib.*

§. XVIII. Sic ſimiliter ſi contrahentes ſponſalia de futuro ſtipulentur pœnam, quo caſu matrimonium non ſequatur, inutilis eſt pœnæ promiſſio. *l. Titia* 134. *hoc tit. cap. gemma* 29. *de ſponſalib. l.* 39. *tit.* 11. *Part.* 5. facit textus in *l. Titio centum* 71. §. 1. *de condit. & demonſtrat. quia matrimonia debent eſſe omnino libera. l.* 2. *C. de inutilib. ſtipulationib.* & amore non metu pœnæ conciliari, ut pulcre aſſerit Divus Chryſoſthomus *homilia* 32. *ſuper caput* 19. *Matthæi.* Seneca in *lib. de remediis fortuitorum.* hoc ipſum producitur ad parentes, conſanguineos, & valde neceſſarios contrahentium, qui ipſorum animos movere poſſunt, ut matrimonium contrahant, ne promiſſores in pœnam incidant; quia fere militat eadem ratio; non vero ad extraneos. Itaque ſi extranei ita concipiant ſtipulationem, *promittis centum, ſi Cajus Cajam uxorem non duxerit*, valet ſtipulatio tanquam mere conditionalis; quia ex implemento conditionis nullus pœnæ metus reſultat in conjuges futuros, vel non futuros. docent Gregorius in *d. l.* 39. *gloſſa* 1. & cum multis Pater Sanchez *lib.* 1. *de matrimonio diſput.* 30. *num.* 3. Petrus Barboſa, & alii relati ab Auguſtino in *collectaneis ad cap.* 29. *num.* 4. *&* 5. qui *num.* 6. & Gutierrez *de matrimonio cap.* 17. notant, nec conſiſtere ſtipulationem pœnæ, quamvis firmetur juramento, cum ſit contra bonos mores. Addit etiam Fontanella *de pactis nuptialib. tom.* 2. *clauſula* 12. *a princ. & num.* 13. ſecutus Canſerium *lib.* 3. *variar. cap.* 11. *de ſponſalib. num.* 58. nec ſtatuta, quæ pœnas iſtas permittunt, valere, utpote contra libertatem ſacramenti. Sed quamvis pœna conventionalis imponi non poſſit adverſus frangentem ſponſalium fidem; tamen ad id, quod alterius interfuit matrimonium ſecutum non fuiſſe, tenetur qui fidem fregit; neque enim debet licere alterum impune fraudare. Gutierrez *d. cap.* 17. *num.* 14. Sanchez *d. diſp.* 30. *num.* 12. Fontanella *ubi proxime.* Item amiſſione arrharum punitur; fœmina quidem reſtitutione & altero tanto, niſi ſit minor; vir autem earum amiſſione. *l. mulier* 5. *C. de ſponſalib.* Cujac. *lib.* 11. *obſervationum cap.* 17. hæc lex moderavit pœnam antiquiorum, quæ erat in quadruplum. *l.* 1. *ſi rector provinciæ. l.* 1. *ſi nuptiæ ex reſcripto petantur. l.* 6. *de ſponſalib.* in *C. Theodoſiano.* hodie eſt in duplum per *d. l.* 5. ex qua tamen licet ex conventione partium extendere pœnam arrharum usque ad quadruplum, qui erat olim legitimus modus. Docent latius Giphanius in *d. l.* 5. Covarruv. *de matrim. parte* 2. *cap.* 3. §. 7. *num.* 7. Briſſonius *de jure connubiorum.* Hotmanus *de donationib. cap.* 5. *num.* 16. varie torquentur auctores in inquirenda ratione, quare puniantur contrahentes amiſſione arrharum, & non poſſint puniri pœna con-

ventionalis? communis ſententia eſt, & ſatis vera, quam docent Sanchez *d. lib.* 1. *diſput.* 35. Barboſa *ubi ſupra num.* 3. mihi tamen magis placet ratio Alvari Valaſci *conſultatione* 2. *a princ.* nempe quia pœna reſpicit directo negotium futurum contrahendi matrimonii, quod tendit obſtringere, & hoc non licet; datio vero arrharum reſpicit directo ſecuritatem negotii jam præteriti, ſcilicet fidem ſponſalium, & per indirectum futurum matrimonium. Quomodocumque ſit arrha, eſt pœna legalis a lege inducta, conventionalis vero eſt prohibita, ut dixit Giphanius, & ubi pœna legalis eſt, ea debent eſſe contenti contrahentes, ut cum judicio docuit Cujac. *d. cap.* 34.

§. XIX. Ex his facile percipitur ratio textus in *l. ſtipulatis* 19. *hoc tit.* in qua adjectio pœnæ non valet, ſi ita concipiatur ſtipulatio, *ſi culpa tua divortium factum fuerit, centum dabis?* reddit rationem; quia contenti eſſe debemus pœnis in legibus comprehenſis. Erant enim pœnæ ſtatutæ adverſus eos, qui cauſſam divortio dabant ob mores leviores vel graviores. Ulpianus in *fragm. tit.* 6. *de dotib.* §. 9. quas late explicant Briſſon. ad *l. Juliam de adulteriis. pag.* 123. Covarruv. *d. part.* 2. *cap.* 7. §. 4. Giphanius in *l. ex conſenſu* 8. *C. de divortiis.* Cujac. *lib.* 11. *obſervat. cap.* 29. Petrus Barboſ. *ſoluto matrimonio parte* 2. *a principio.* & in *l. viro atque uxori* 39. Petrus Ærodius in *pandectis rerum judicatarum lib.* 4. *tit.* 17. *cap.* 2. *&* 3. ergo qui pœnam a jure ſtatutam vult excedere, rem facit præſumtuoſam & illicitam, cum velit eſſe ſeverior legibus: explicant Cujac. *lib.* 11. *reſponſorum Pap.* in *l. ex parte* 121. §. 1. *hoc tit.* Giphanius in *d. l.* 5. *de ſponſalib.* Covarr. *d. parte* 2. *cap.* 3. §. 7. *num.* 7. & omnes Claſſici in *d. l.* 19.

§. XX. Sed contra hanc partem ſolent opponi primo textus in *l. ea quæ* 37. *de donat. inter V. & U.* quam expoſui ſuperiori ſemeſtri *tractatu* 1. §. 6. ubi mulier, quæ a marito ſuo pecuniam donatam accepit, eam ipſi promiſit, ſi cauſſam divortio dediſſet, & utilis eſt promiſſio: ergo præter pœnas legales poteſt alia adjici adverſus eum, qui divertit. Reſpondet tamen Donellus in *d. l.* 19. *num.* 5. non eſſe pœnam, de qua ibi agitur; quia nihil de ſuo præſtat mulier, ſed beneficium a marito acceptum illi reſtituit; quia indigna eſt beneficio, quæ ſine culpa a marito divertit. Melius tamen dicetis non eſſe pœnam, ſed modum donationis poſitum, & conventum a partibus in ipſo actu donandi; quia maritus non ſimpliciter donavit uxori, ſed ita ut ſibi reſtitueret, ſi ſine cauſſa divortiſſet, qui modus valet, ut alius quilibet poſitus in traditione rei propriæ. *l. in traditionibus* 48. *de pactis. l. qui Romæ* 122. §. *Flavius de V. O. tot. tit. C. de donationib. quæ ſub modo.* Secundo ſolet opponi textus in *l. ſi dictum* 56. *de evictionib.* ubi traditur, poſſe a venditore promitti evictionis nomine ſimplum, triplum, vel quadruplum; *ultra quadruplum nulla promiſſio ſuſtinetur*, ut notant Accurſ. & Gofredus *ibi.* Valde hunc textum emendant, Cujac. *tractatu* 8. *ad African.* in *l. cum forte* 44. *de act. empt.* Ant. Faber *lib.* 2. *conject. cap.* 3. noſter Pichard. in §. *omnes* 21. *num.* 30. *inſt. de actionib.* ſed melius explicat Merillius *lib.* 3. *variantium ex Cujac. cap.* 26. quod vero ad nos attinet, ſufficit notare, triplum vel quadruplum promitti poſſe nomine pœnæ, cum ſolita taxatio intra duplum contineatur. *l. quod ſi nolit* 31. §. *quia aſſidua de Ædilitio Edicto.* ergo pœna conventionalis poteſt excedere ſolemnem modum: ſed recte reſpondent Accurſ. in *d. l.* 56. Cujac. *lib.* 16. *obſervat. cap.* 34. Donell. in *d. l.* 19. *num.* 4. promiſſione tripli vel quadrupli non eſſe pœnam, ſed taxationem intereſſe propter evictionem; quia inquit Accurſ. licet judex ultra duplum non poſſit taxare intereſſe. *l. unica de ſent. quæ pro eo quod intereſt.* partes poſſunt excedere, cum de re ſua ſtatuant, *arg. l. in re mandata* 21. *C. mandati.* maxime quia dupli taxatio non provenit a lege, ſed a voluntate partium tacita vel præſumpta. *d.* §. *quia aſſidua.*

PRINCIPIUM QUARTUM.

Non tantum obligationi, ſed etiam cauſſæ poſſe accedere pœnalem ſtipulationem.

§. XXI. Fidejuſſoria obligatio, quia acceſſoria eſt, non poteſt per ſe ſubſiſtere, niſi accedat alii obligationi. *l. græco* 8. §. *& generaliter* 6. *cum ſeqq. l. fidejuſſor* 16. *in princ. de fidejuſſorib.* idem de conſtituto dicitur in *l.* 1. §. *an poteſt cum ſeqq. de pecunia conſt.* & de aliis acceſſoriis obligationibus, de quibus ex profeſſo egi ad *tit. de fidejuſſorib. parte* 1. *in princ.* ſed quia pœnalis obligatio non eſt acceſſoria, ſed ſequela, ut dixi ſupra §. 1. ideo multoties per ſe ſubſiſtit abſque alia obligatione: duplex ſtipulatio eſt, quando ita ambæ ſtipulationes concipiuntur: *promittis domum facere? ſi non feceris promittis centum?* quia utrumque promittitur, & utrumque debetur: textus in *l.* 1. §. *ult. de ſtipul. ſervorum.* ſimplex vero ſive ſingularis ſtipulatio eſt, cum ita concipitur, *ſi domum non fabricaveris centum ſpondes? l. ita ſtipulatus* 115. §. *ult. verſ. itaque hoc tit.* nec audiendus eſt Ant. Fab. in *Ration.* ad textum in *l. reſcriptum* 10. §. 1. *de pactis.* qui hanc ſtipulationem non pœnalem, ſed mere conditionalem eſſe cenſuit: convincitur enim expreſſe ex *l. ſtipulatio* 61. *hoc tit.* ubi de pœnali inutili agitur ſecundum omnes, & tamen ita concipitur, *ſi me heredem non feceris.* quare præfero contrariam opinionem Alciati in *l. ad diem* 77. *hoc tit.* & Giphanii in *l. obligationum* 44. §. *ult. de O. & A.*

§. XXII. Sed huic doctrinæ opponit Fab. textum in *l.* 1. *in fine de penu legata. l.* 1. §. *item ſi ita* 8. *ad l. Falcid. l. ſi penum* 24. *quando dies legati cedat.* ubi legatum ita conceptum valet, *ſi penum non dederis, heres meus centum dato.* ſed jure Digeſtorum non valeret legatum pœnale, id eſt pœnæ nomine relictum. *l.* 1. *de his quæ pœnæ nom. relinq.* Ulpian. in *fragm. tit.* 24. §. *pœnæ* 17. *& tit.* 25. §. *pœnæ* 13. niſi duplici in caſu, videlicet favore religionis, ſi juſſus fuit heres monumentum conſtruere, ſi non conſtruxerit, pœnam alicui inferre. *l. mulcta* 6. *l. in teſtamentis* 21. *de cond. & demonſtr.* notat Cujac. *Novell.* 1. *& tract.* 5. *ad Africanum* in *d. l.* 1. vel favore fiſci, ut ego colligo ex *l. pater* 38. §. *fundum* 3. *de leg.* 3. omiſſo Cujac. *ubi proxime.* huic juri poſtea derogavit Juſtinianus in *l.* 1. *C. de his quæ pœnæ nomine.* & in §. *ult. inſt. de leg.* docent Donell. & Hillig. *lib.* 8. *cap.* 16. *lit. A. & B.* Molina *lib.* 2. *de primogeniis cap.* 12. *num.* 31. Valentia ad *tit. de leg. tract.* 1. *cap.* 2. *num.* 9. Coſta *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 12. *per totum.* ubi acute explicat *dictam l.* 1. ſed redeo ad argumentum Fabri: licet ita legare, *ſi penum non dederis centum dabis?* ſed non liceret, ſi hoc legatum eſſet pœnale: ergo nec pœnalis erit ſtipulatio eodem modo concepta. Agnoverunt difficultatem Donellus & Valentia, & recte docuerunt, ſub eadem formula verborum concipi pœnam, & conditionem, ut alterum valeat, & alterum non. *l.* 2. *de his quæ pœnæ nom. relinq.* quoniam ſola voluntas teſtatoris diſtinguit pœnam a conditione, cujus rei veſtigium extat in *l. ſi ita* 12. juncta *l. in conditionibus* 19. §. 1. *de condit. & demonſt.* ergo ſupponendum eſt, quando teſtator ita legabat, non habuiſſe animum coërcendi heredem, ſed benefaciendi legatario, immo & heredi ipſi, cui electionem præſtitit ſolvendi alterutrum. Si vero haberet animum tantum coërcendi heredem, (quod ex indiciis colligitur) jure Digeſtorum non valeret legatum tanquam pœnale.

PRIN-

PRINCIPIUM QUINTUM.

Venire caſum pœnæ, cum impleta non ſit præcedens intentio.

§. XXIII. Non poteſt hoc principium exacte intelligi, niſi prius aliqua libemus de emendatione moræ. *Emendare moram* nihil aliud eſt, ut ego definio, quam *tarditatem commiſſam in opere faciendo promiſſo, vel in re danda matura oblatione reſarcire.* Agitatur hæc quæſtio a Paulo in *l. ſi ſervum* 91. *§. ſequitur* 3. *hoc tit.* & ab omnibus interpretibus ad illum locum. Primo ergo conſtituendum eſt, non poſſe emendari moram ab eo, qui ipſe fecit, quominus res præſtari poſſet; veluti ſi promiſſum animal occidit, ut dicitur in *d. §. ſequitur.* quod expeditam rationem habet, in qua non immoror. Cæterum, ſi intervenit tantum ſimplex mora, id eſt, tarditas in re præſtanda, ſuo tempore purgari poteſt. *l. interdum* 73. *§. ult. hoc tit.* utique ſi non multo poſt offerat, & ſine damno creditoris, ut conſiderat Donell. in *l. ſi ita* 135. *§. Seja num.* 3. *hoc tit.* effectus eſt, ut ſi poſt purgatam moram res debita intereat, ejus interitu debitor liberetur. *l. mora* 88. *hoc tit.* quod adeo certum eſt, ut procedat etiam in fure. textus elegans in *l. in re* 8. *in princ. de condict. furtiva.* ratio ab æquitate ſumitur, quia iniqúum eſt, teneri reum poſt interitum corporis, quod obtulerat creditori. *l. qui decem* 72. *de ſolution.* deinde quia poſtquam creditor rem oblatam accipere noluit, ipſe ſe in mora conſtituit non accipiendi debitum, ut dicitur in *d. §. ſequitur.* atqui unicuique ſua mora nocere debet. *l. in condemnatione* 173. *§. unicuique de R. J.* ergo magis eſt, ut noceat creditori, quia in jure favorabiliores rei quam actores reperiuntur, & proniores ſumus ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus* 42. *de O. & A.* Maxime quia debitoris mora fuit prior, & creditoris mora in non recipiendo fuit poſterior: poſterior autem mora eſt, quæ nocet. *l. illud* 17. *de periculo & commodo rei vend.* faciunt textus in *l. ſi mora* 9. *l. ſemel* 26. *ſoluto matr.* Larrea *deciſ. Granatenſi* 49. *num.* 13. Leotardus *de uſuris quæſt.* 29. *num.* 6. quæ ratio eſt communis & vera: illa tamen in ſcholis curioſa differentia notanda eſt, quamvis parum utilis in foro; ut ſi emendetur mora ab eo, qui ſpeciem debebat, veluti ſervum & poſtea intereat, liberetur ipſo jure: at vero ſi debeat quantitatem, veluti centum nummos, & perdantur, poſtquam oblati fuerunt, liberetur per exceptionem. *l. interdum* 73. *§. ult. l. ſi ſtipulatus* 105. *hoc tit. d. l. qui decem* 72. *de ſolution.* rationem præbet Donellus in *d. §. ſequitur num.* 5. ut nos ad alia pergamus.

§. XXIV. Oblatio tamen ad emendandam moram debet eſſe matura; id eſt congruo tempore & loco facta, quando adhuc integrum eſt creditori accipere: veluti ſi fur, qui ſemper in mora eſt, & tenetur rem reſtituere, quanti unquam plurimi fuit, id eſt quocumque tempore eam obtulerit, cum minus valeat, non purgat moram; quia non offert, quanto plus creditori unquam debuit. *l. in re* 8. *§.* 1. *de condict. furtiva.* cui jungendi ſunt Chumazerus *diſput.* 6. *num.* 6. Suarez ad *l. Aquiliam lib.* 1. *cap.* 4. *ſect.* 5. Cujac. *tractatu* 8. *ad Africanum* in *l. qui hominem* 37. *mandati.* quod etiam de quocumque moroſo docemur in *l.* 3. *verſ. in utroque de condict. triticaria.* & quamvis hi textus loquantur in obligationibus dandi, idem retinendum eſt in obligationibus faciendi. *l. quid tamen* 21. *§. ult. cum l. ſeq. de receptis & qui arbitrium receperunt. l. ſi ita* 135. *§. Seja hoc tit.* unde quamvis mora contrahatur in his obligationibus ex eo tempore, quo potuit incepiſſe fieri. *l. ſtipulationes* 72. *§. ult. l. exiſtimo* 98. *§.* 1. *hoc tit.* Maxime ſi tantum tempus prætereat, in quo opus conſummari poſſet. *l. ſi ita* 14. *cum ſeq. hoc tit.* tamen ſi faciat ante litem conteſtatam, emendat moram, quia non videtur intereſſe ejus, qui litem conteſtatus non fuit. *l. ſi inſulam* 84. *hoc tit.* Donell. in *d. §. ſequitur num.* 8. & quia in obligationibus, quæ diem non habent, neceſſaria eſt declaratio judicis, ut committatur mora. *l. mora* 32. *de uſuris.* ergo antequam lis conteſtetur, perfecte de mora non conſtat, poteritque emendari, quaſi nondum conſummata. docet late Pichardus in *tract. de emendatione moræ a num.* 19. *usque ad num.* 125.

§. XXV. Ex quo evenit, ut poſtquam lis conteſtata fuit, amplius non poſſit mora emendari. *d. l. ſi inſulam* 84. quia tunc incipit deberi intereſſe vel pœna, ſi promiſſa fuit, & non ipſum factum, & quaſi novatio contingit, ut dixi ſupra §. 6. Ad hanc quoque partem pertinet textus in *l. ſi Titius* 9. *hoc tit.* ubi ſi ita concepta ſit ſtipulatio, *ſi illi fundum non dederis, mihi dare ſpondes?* licet illi dare, antequam ego petam; ſed poſt litem a me inchoatam amplius non licet; quia in primum tantum confertur factum ſolvendi, ut poſſit illi fundus præſtari, cui locus non eſt poſt litem conteſtatam, ut etiam in *l. ſi pacto* 14. *C. de pactis. l. nuda* 5. *C. de contrahenda ſtipul.* Donell. in *d. §. ſequitur num.* 10. Giphanius in *d. l.* 9. Cujac. *lib.* 19. *obſerv. cap.* 32. hæc ratio cum ſpecialis ſit in obligationibus faciendi, aliud dicere ſuadet in obligationibus dandi: unde etiam poſt litem conteſtatam licebit moram emendare, & rem dare, ſi nihil interſit creditoris, & integra utiliſque præſtetur: ſunt enim omnia judicia abſolutoria. *§. ult. inſt. de perpetuis & tempor. actionib.* ergo, ubi quocumque & quandocumque reus ſolverit, ſine detrimento creditoris abſolvendus eſt, ut docte cenſet Donell. *ubi proxime num.* 11. quomodo accipienda eſt doctrina Pichardi *d. num.* 125. hæc autem omnia eo tendunt, ut ſciatis, in his omnibus caſibus, in quibus licet moram emendare, abſolvi debere debitorem a pœna, ſi paratus ſit præſtare, quod in prima intentione promiſit.

§. XXVI. Sed adverſus hanc partem nonnulla juris teſtimonia ſolent opponi. Primo opponitur textus in *l. etſi poſt tres* 8. *ff. ſi quis caution.* ubi ſi reus ſe ſiſtere in judicio promiſit tali die, niſi ſtitiſſet, pœnam, & non compareat ad diem, ſed poſt tres aut quinque, tamen ſi ſe ſiſtat, quando non ſit factum deterius jus creditoris, quamvis mero jure pœna per lapſum diei committatur, nihilominus tutus eſt exceptione, quia licet emendare moram, etiam in promiſſionibus ad diem, & ſub pœna factis, quando jus creditoris non fuit factum deterius: ergo modo nullum damnum creditor patiatur ex mora, ſemper ejus emendatio admittitur, ſive lis conteſtata ſit, ſive dies promiſſioni adjiciatur. Ut huic difficultati reſpondeant interpretes, diſtinguunt judiciales prætoriaſque ſtipulationes a conventionalibus: in prætoriis ſemper admittunt facultatem emendandi moram, quia accipiunt interpretationem ex mente judicis vel Prætoris. *l. ſtipulationum* 5. *§.* 1. *l. in conventionalibus* 52. *hoc tit.* mens autem Prætoris eſt, ut ſine detrimento actoris reus in judicio ſe ſiſtat: ergo ſi ex mora rei jus actoris non ſit factum deterius, ſemper licebit moram emendare, nec pœna conventionalis debebitur: hæc ſententia fuit Bartoli in *d. leg. ſi in inſulam num.* 4. quam ſequuntur Joannes Oroſcius in *d. leg. etſi poſt* 3. *num.* 5. Donellus in *d. §. ſequitur num.* 12. Giphanius *num.* 23. & 24. Ant. Fab. *lib.* 6. *conjectur.. cap.* 7. Ludovicus Vitalis *lib.* 1. *variarum cap.* 7. *num.* 7. & 8. in conventionalibus vero non admittunt emendationem poſt diei lapſum, ſi ſtipulatio in diem concepta fuit, & cum adjectione pœnæ ſolvendæ præfigitur dies, qui poſtquam ſemel tranſit, adquiſitum fuit jus creditori ad pœnam promiſſam exigendam,

 ergo

ergo poſt jus alteri quæſitum non licebit moram emendare cum ejus detrimento, utunturque quaſi diſertis teſtimoniis ex *l. Celſus* 23. *de recept. & qui arbitr. recep. l. trajectitiæ* 23. *verſ. de illa de O. & A. l. ſi fundum* 114. *hoc tit. l. magnam* 12. *C. eod.* facit textus in *l. Thais* 42. §. *ſi intra de fideicommiſſ. libert.* & apud nos *leg.* 35. *in principio titulo* 21. *Part.* 5.

§. XXVII. Sed his textibus non obſtantibus, qui nimium generaliter loquuntur, & intelligendi ſunt, quando non ſubeſt æquitas, quæ contrarium ſuggerat, ego cenſeo, etſi promiſſioni dies & pœna adjecta ſit, poſſe elapſo die moram emendari, & evitari pœnam, modo creditoris jus non factum deterius ſit, & remaneat integra cauſſa præſtandi rem vel factum promiſſum, ſuadeoque, quia tota ratio emendandi moram dependet ab æquitate, in qua re pernicioſe erratur, ſi ſtricte inſpiciamus juris diſciplinam, ut loquitur Celſus in *d. leg.* 1. §. *ſequitur.* ergo ſi nullum damnum paſſus fuit creditor ex mora debitoris, injuſte & ſine ulla cauſſa pœnam petit, neque ad illam prætendit jus quæſitum: fundatur expreſſe hæc ſententia auctoritate textus in *leg. ſi ita* 135. §. *Seja hoc tit.* in quo quamvis multum ſe torqueat Donell. aliud ſentiens, venditor promiſit tradere hortos, cum ſibi univerſum pretium eſſet ſolutum, & emptor ex adverſo promiſit pretium numerare intra Calendas, & pœna ſubauditur adjectæ recedendi a venditione, ſi aliter factum eſſet, ut in *leg. qui fundum* 40. *de contrahenda empt. leg. ult. ff. de lege commiſſoria.* & nihilominus Scævola admittit moræ emendationem, ſi creditoris jus non ſit factum deterius, ut agnoſcunt Giphanius in *dicto* §. *Seja.* & late Pichardus in *d. tract. de mora num.* 55. fundatur ex *leg. Æmilius* 38. *ff. de minorib. leg.* 4. *C. de pactis inter emptorem & venditorem. cap. propter* 3. *cap. potuit* 4. *x. de locato.* & aliis locis, quod ſedulo congeſſit, & acriter contra communem expendit Pichardus in *prædicto tractatu num.* 99. & *num.* 144. Denique quia ita praxi & communi opinione receptum eſt, ut quamvis quis promittat ſub juramento dare vel facere, ſi non dederit vel fecerit, pœnam, nihilominus moræ emendatio admittatur, ut fere omnes tenent in *leg. ſi quis major* 41. *C. de transactionibus.* videlicet ſi creditoris jus factum deterius, ut docet poſt multos Pichardus *ubi proxime num.* 148. addendus Alphonſus Villagut *deciſ.* 20. *num.* 188. *usque ad num.* 193. quæ ſententia in omnibus tribunalibus recipitur.

§. XXVIII. Ex his apparet, aliud dicendum eſſe de adjectione diei ac de litis conteſtatione, quoad emendationem moræ; quia in obligationibus faciendi poſt litem conteſtatam non poteſt purgari, fit enim quædam quaſi novatio, nec amplius opus debetur, ſed pœna: at vero poſt diem elapſum poteſt emendari mora, cum prædicta novatio non contingat. Hodie vero apud nos ex leg. ſeptem Partitarum, quam expoſui ſupra §. 9. & 10. non contingit quaſi novatio per adjectionem pœnæ in ſtipulationibus faciendi. Ergo cum ſint omnia judicia abſolutoria, ut dicebam §. 25. conſequens eſt, in praxi etiam poſt litem conteſtatam poſſe emendari moram in obligationibus faciendi, ſi nullum damnum creditor patiatur, & congruum ſit tempus ad explicationem, ſeu ad explicandum factum etiam poſt litis conteſtationem, quod ab auctoribus laudatis obſervatur.

§. XXIX. Solet etiam opponi textus in *l.* 3. §. *ult. judicatum ſolvi.* ubi proponitur, reum principalem fidejuſſores dediſſe de ſolvendo judicato, quæ ſatisdatio tres clauſulas continet, *rem defendere, ſine dolo malo*, & denique *ſolvere condemnationem. l. judicatum* 6. *eod. tit.* Actum fuit contra unum ex fidejuſſoribus ex prima clauſula, nempe quia rem non defendebat, & poſtquam cum eo lis conteſtata fuit, reus principalis moram purgavit, cœpitque rem defendere. Reſpondet JCtus, recte potuiſſe ſuſcipere defenſionem, in tantumque moram purgari, ut liberetur fidejuſſor, cum quo lis conteſtata fuit: ergo poſt judicium acceptum licet purgare moram. In qua difficultate omiſſis Bartolo, Cumano, & Antiquioribus dicendum eſt, moram potuiſſe purgari a reo principali, quia lis ſecum conteſtata non fuit, ſed cum fidejuſſore: ergo non amiſit facultatem non faciendi, & ſuſcipiendi defenſionem; quia inſpicitur litis conteſtatio cum reo, non cum fidejuſſoribus, ut emendationi moræ locus non ſit. *l. cum quærebatur* 13. *verſ. proinde eodem tit.* Itaque ſuſcepta defenſione, & liberato principali a prædicta clauſula, per conſequentiam fidejuſſores liberantur, quia non poteſt permanere acceſſoria, ſublata obligatione principali. *l. in omnibus* 43. *de ſolution.* Sic exponunt Donell. *num.* 13. Giphanius *num.* 21. in *d.* §. *ſequitur.* Cujac. *lib.* 55. *Digeſtorum Juliani* in *l.* 4. *eod. tit.* Pichard. *ubi proxime.*

§. XXX. Opponitur quoque textus in *l. fidejuſſor* 15. *de doli mali except.* ſed abs re; quia ibi docemur, fidejuſſorem condemnatum de evictione abſolvendum eſſe, ſi paratus ſit ſatisfacere pro prædio fructibus, & omnibus damnis, quæ paſſus fuit emptor, ſecundum judicis æſtimationem. Hoc autem non eſt emendare moram; ſed ex integro omninoque ſatisfacere, ut tota perimatur obligatio. *princ. inſt. quibus modis toll. oblig.* docent Bartolus, & Donell. uterque *num.* 14. in *d.* §. *ſequitur.* & ibi Giphanius *num.* 22. Pichard. *d. num.* 125. *verſ. rurſus.* Nec majorem continet difficultatem alius locus, qui ſolet opponi in *l. edicto* 5. *de publicanis.* quia cum actio, quæ adverſus publicanos proponitur, ſi non reſtituant ablata, ſit arbitraria, & contineat in ſe illam conditionem, ſi ablatum reſtitutum non ſit. *l.* 1. *eod. tit.* quæ eſt qualitas omnium actionum arbitrariarum. §. *præterea* 30. *inſt. de action. l. qui reſtituere* 8. *de rei vind.* cum ſimilibus: conſequens eſt, ut quocumque tempore ante definitivam condemnationem poſſit rem reſtituere, & evitare pœnam. Docent Cujac. in *l. ſi inſulam* 84. *hoc tit.* Donell. *ubi proxime num.* 15. Giphanius *num.* 23. Pichard. *d. num.* 125. *verſ. ſimiliter.* Quamvis Bartol. in *d.* §. *ſequitur num.* 14. pœnas legales a conventionalibus diſtinxerit, ut in illis liceat moram emendare poſt litem conteſtatam, quia mitiores ſunt, in his non liceat: quam doctrinam videtur confirmaſſe *noſtra lex* 33. *tit.* 4. *Partita* 3. ſed absque fundamento.

§. XXXI. Ex his apparet, quando poſſit moræ emendari, juxta quam doctrinam accipienda ſunt, quæ inferius dicemus, ne ſæpe eadem principia repetamus: & quidem ſi ad diem promiſſum ſit, & pœna ſimul in ſtipulationem deducatur, elapſo die ſtatim committitur. De quo extat textus capitalis in *l. ad diem* 77. *hoc tit.* ubi ſi ad diem promiſſio facta fuit cum adjectione pœnæ, committitur, licet dies veniat jacente hereditate: concordat textus in *l. ult. ff. de nautico fœnore.* verum enim eſt, a defuncto peti non potuiſſe, quia ante diem obligationis deceſſit, *arg. l. cum filius* 49. *hoc tit.* nec peti poſſe ab hereditate, quia eſt perſona ficta, quæ non poteſt exꝗui nec conveniri, ut ſupponitur in *l. is cui* 5. §. *ceſſatum* 20. *ff. ut in poſſeſſionem legatorum.* & nihilominus mora committitur, *quia dies ipſe interpellat pro homine*, & tempus eſt, quod conſtituit debitorem in mora. *l. magnam* 13. *C. hoc tit. l. trajectitiæ* 23. *de O. & A.* Nec obſtat juris regula, quæ dictat, *nullam intelligi moram fieri, ubi nulla petitio eſt*; quia ut ego explico, duplex eſt genus petitionis; alterum quod deficit ex defectu actionis, ſine qua nulla poteſt dari petitio judicialis. *l. pupilli* 6. *in fine de negotiis geſtis.* alterum, quod deficit ex defectu perſonæ actualis, quæ poſſit conveniri, ut in hereditate, captivo, & ſimilibus. Primus petitionis defectus facit, ne committatur pœna, quia ubi actio non naſcitur, non poteſt debitor con-

conſiderari moroſus. Secundus defectus non excuſat pœnam, quia difficultas vel impoſſibilitas ea parte debitoris non intrat ſubſtantiam obligationis. *l. continuus* 137. §. *illud* 4. *hoc tit.* Hic ſenſus ſuadetur ex *l. nulla* 88. *de R. J.* quæ deſumpta eſt ex *l. pupillus* 127. *hoc tit.* in qua agitur de defectu totali actionis, ut agnoſcunt Accurſius, Cujac. & expreſſius Petrus Fab. & Rævard. in *d. l.* 88. & ex aliis Claſſicis Valentia *lib.* 3. *illuſtrium tract.* 1. *cap.* 2. *num.* 5. Per contrarium ſi dies veniat jacente hereditate ſtipulatoris, cui pecunia erat ſulvenda, nec mora nec pœna committitur. *l. pecuniæ* 9. §. 1. *de uſuris.* Ratio differentiæ eſt, quia cum deficit perſona debitoris, nec deficit actio, nec perſona cui ſolvi poſſet, modo non eſſet difficultas vel impoſſibilitas ex parte ejus; ſed cum deficit perſona creditoris, deficit omnis facultas ſolvendi: ita Cujac. *lib.* 11. *reſponſorum Pap.* in *d. l.* 9. & Valentia *ubi proxime num.* 9. Adjicitque cum judicio Donellus in *d. l.* 77. *num.* 6. in debitore aliquam culpam poſſe conſiderari, quia cum deberet ſcire ſuo die ſolvendam eſſe pecuniam, non providit, per quem ſolveretur; quæ culpa prorſus deficit, quando ea parte creditoris non eſt, cui ſolvatur, *arg. l. Celſus* 23. §. *ult. de receptis & qui arbitrium receperunt. l. Servius* 8. *de nautico fœnore.* cæterum ſi antequam creditor decederet, jam cœperant ex mora uſuræ aut pœna currere, continuantur etiam jacente hereditate. *l. evictis* 18. §. 1. *de uſuris.* ſufficit enim moram ſemel interveniſſe. *l. ſemel* 26. *ff. ſoluto matrim. l. Titia* 8. §. 1. *de leg.* 2. & facilius conſervatur nata obligatio, quam quæ denuo oritur. Valentia *ubi proxime* aliis laudatis.

§. XXXII. Eſt etiam ſciendum, aliquando ante diei adventum poſſe moram contrahi, pœnamque deberi; veluti ſi promiſi ſiſtere hominem tali loco, & tali die, & antequam dies veniat, promiſſum hominem occidero, vel culpa mea deceſſerit; ſtatim quippe mora contrahitur, licet pœna peti non poſſit ante diei adventum; tota enim ſtipulatio in diem collata videtur. *l. ſi eum* 10. §. 1. *ſi quis cautionib.* id eſt, tam obligatio ſiſtendi quam ſecunda obligatio præſtandi pœnam. *l. ſi ita* 14. *cum ſeq. l. ſtipulationes* 72. *verſ. ſi quis. l. ſi inſulam* 124. *hoc tit.* Docet Ant. Fab. in *d. l.* 10. eſt enim generale in omnibus obligationibus, quæ diem habent, ut antea peti non poſſint, licet alioquin caſus præſtationis advenerit, veluti in illa, *ſi Kalendis Majis Stichum non dederis, centum dare ſpondes?* quamvis Stichus decedat, nec dari poſſit, nihilominus poteſt debitor uti dilatione temporis, nec antea ad ſolutionem debet urgeri. *l. in illa* 8. *hoc tit.* de qua Merillius *lib.* 3. *variantium ex Cujac. cap.* 3. Sed maxime videtur obſtare textus in *l. hoc jure* 10. *hoc tit.* ubi ſi decem promiſſa ſunt, ſi ante Calendas Majas Titius in Italiam non venerit, reſpondet Pomponius, non antea agi poſſe, quam exploratum ſit, Titium in Italiam non poſſe venire: ergo quamvis dies non veniat, ſi conſtet per mortem Titii, vel per quod aliud impedimentum, non poſſe venire in Italiam, ſtatim agi poterit. Nam quamvis argumentum a contrario ſenſu reprobaverit Bulgarus apud Accurſium in *d. l.* 10. admittunt tamen Bartolus in *d. l.* 8. *num.* 2. Albericus *num.* 4. Jaſo late & eleganter *num.* 13. Quæ difficultas viſa eſt Budæo in *annotationib. priorib. ad l. ult. de Ædilitio Edicto* inſuperabilis antinomia, & Cujac. qui diſſolvere per tranſennam voluit, *lib.* 8. *obſervationum. cap.* 9. nihil egit: Genua in *conciliatione legum pag. mihi* 580. undecim ſolutiones retulit, & vix uni adquievit. Ego tamen præfero expoſitionem Bartoli & communem, quam videtur præferre Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 14. a quo parum vel nihil niſi in modo dicendi diſcrepat Joannes Borcholten in *commentariis ad hunc tit. cap.* 6. *num.* 137. nec Donellus *lib.* 15. *comment. cap.* 9. & plaudit diſerte Hillig. *dicto lib.* 15. *cap.* 8. *lit. B.* aliis omiſſis: ſi enim tempus adjectum fuit conditioni, quæ pendebat ex facto & poteſtate promiſſoris, veluti *ſi hominem non ſtiteris, ſi Stichum non dederis*, tunc licet deficiat conditio, ſupereſt tempus, quod exſpectandum eſt. Cæterum ſi dies adjiciatur conditioni, quæ pendet a facto extranei, veluti, *ſi Sejus conſul factus ſit, ſi Titius in Italiam venerit*, defecta conditione non expectatur dies. De prima ſpecie accipitur *lex* 8. de ſecunda loquitur *lex* 10. Ratio differentiæ eſt perſpicua; quia ſi factum conditionis confertur in poteſtatem debitoris, tacite ei conceditur poteſtas implendi intra tempus deſignatum: ergo totum tempus commiſſum fuit ejus arbitrio, ut illam dilationem haberet ad ſolvendum, quare poſt conditionem defectam ſupereſt dilatio diei; quod ſi factum poſitum ſit in alterius poteſtate, quamvis dies adjiciatur, nulla eſt cauſſa præſumendi, tempus adjectum fuiſſe favore debitoris: ergo tunc ſola conditio inſpicitur, neque ſpectatur dies, niſi aliquod verbum ſit, quod denotet tempus expectari debere, ut dictio *tunc*, quæ extat in *l.* 4. §. 1. *de condit. & demonſt.* rationem reddunt Coſta & Hillig. *ubi proxime.*

§. XXXIII. Ex his apparet, qualiter pœna committatur ex adjectione diei: nunc ſequitur ut diſpiciamus, qualiter committatur, cum præcedens cauſſa aut obligatio non habet tempus præfixum, quod ex hac ſpecie conſtabit. Stipulatus fui a te opus fieri arbitratu meo, & adjeci diem, ut fieret intra proximas Calendas, niſi fieret, pœnam. In præſenti non poteſt dici, diem adjectum fuiſſe in tui favorem, quia potius in mei favorem adjectus fuit, ut faceres feſtino: igitur ſtatim incipere debes, quoniam ſi tantum tempus præterierit, ut opus perfici non poſſit ad diem præſtitutum, pœna committitur propter moram, ut colligitur ex *l. cum ſtipulatus* 113. *hoc tit.* quod ita intelligendum eſt, ſi ego in tempore arbitratus ſui modum, aut formam dedi, ſecundum quam opus poſſet perfici: alioquin me non arbitrante mora non fit, nec pœna debetur: quia generale eſt in omnibus obligationibus faciendi ad alicujus arbitrium, ut earum dies non cedat, donec ille arbitretur. *l. multa* 6. *de condit. & demonſtr. l. ſi quis arbitratu* 43. *cum ſeq. hoc tit.* niſi incertus ſit aliquo reſpectu arbitrator; tunc enim boni viri arbitrium ſumitur, ut in *l. inſulam* 58. §. 1. *ff. locati.* juncta eleganti explicatione Accurſii, Caſtrenſis, & Fabri *ibidem*, quam tamen aliter, & eleganter quoque explicat Cheſius *interpretationum cap.* 22. addendi etiam ſunt ſatis dilucide Pichard. *in* §. *loca num. ult. inſt. hoc tit.* Donell. *lib.* 12. *comment. cap.* 21. & in *d. l.* 113. *num.* 14.

§. XXXIV. Ad quam ut redeamus, illud difficile videtur, quod docet Proculus, ſi promiſiſti opus facere arbitratu meo intra Calendas Julias, & protuli diem, intra quem poſſes facere; ſi eo tempore protuli, quo jam certum erat, non poſſe te opus perficere, pœnam committi, nec aboleri moram per prolationem temporis. Contrarium enim videbatur dicendum, quippe ſi debitor ſit in mora ſolvendi Stichum, & poſtea nova ſtipulatione novandi animo etiam ſub conditione promittat, mora vel purgatur vel potius remittitur, licet non contingat novatio. *l. Stichum* 8. *l. quoties* 14. *de novat. l. qui decem* 72. §. *cum Stichum mihi de ſolution.* & ſpectatur nova mora poſt ſecundam promiſſionem. *l. eum qui* 56. §. *ult. hoc tit.* Quoniam quod dicitur in *l. ſi rem* 31. *de novation.* moram non purgari, niſi fiat novatio cum effectu, & deberi hominem promiſſum, ſi moriatur poſt moram, antequam veniat conditio ſecundæ ſtipulationis, accipiendum eſt, cum contrahitur ſecunda ſtipulatio abſente re promiſſa: quo caſu mora non purgatur, quia emendatio moræ in hoc caſu naſcitur ex præſumpta quadam oblatione, quam videtur facere, qui ſecundo promittit: hæc autem cum locum habere non poſſit, nec poſſit conſiderari, cum res promiſſa abeſt, ideo nec mora tunc cen-

ſetur purgata, niſi eveniat effectiva novatio, ut exponunt Accurſ. *gloſſ. ult.* Bartol. & Caſtrenſis in *d. l. quoties* 14. Cujac. in *d. l.* 56. §. *ult.* Julius Pacius *centuria* 7. *legum conciliatar. quæſt.* 42. nmiſſo eodem Cujac. *lib.* 25. *obſervat. cap.* 17. Quæ diſtinctio eſt Marcelli in *d.* §. *cum Stichum mihi:* & habet locum in ſtipulatione ſecunda conditionali, ut ipſe docet: cæterum ſi ſecunda ſtipulatio fuerit pura, non diſtinguimus, ntrum res debita præſens ſit vel abſens, quia cum ſtatim contingat liberatio a prima per novationem, etiam ſtatim mora purgatur. *l. ſi creditor* 15. *de novat. l. parvi* 17. *de condict. furtiva.* ut optime ibi explicat Cujac. *lib.* 10. *quæſt. Papin.* Tum ſic nova promiſſio tollit moram præcedentem; ergo multo magis illam tollere debet prorogatio expreſſe facta a creditore, contra quod dicitur in *d. l.* 113. *hoc tit.*

. §. XXXV. Cui difficultati nt ſatisfaciam, mihi ſane conſtitutiſſimum eſt, poſt diei prolationem in opere faciendo pœnam non poſſe peti cum effectu, ſi enim pœna petitur in defectu implementi, & debitor habet dilationem temporis conceſſam per creditorem, quomodo aut qua ratione creditor cauſſare poteſt, opus ad diem factum non fuiſſe, ut pœnæ locus ſit; ſiquidem ipſe protulit diem? quare accedo communi opinioni, quæ docet in *d. l.* 113. ſi creditor, qui protulit diem, agat ad pœnam propter moram ante commiſſam, repellendom eſſe exceptione doli; non repellitur exceptione pacti, quia in pacto nihil fuit expreſſum de remittenda pœna jam commiſſa; ſed repellitur doli exceptione, quæ ſuccedanea eſt: dolo enim facit, qui petit pœuam ante commiſſam poſt prolationem diei ad primam obligationem; cum alioquin nullus ſit effectus prorogationis temporis, niſi facultas detur debitori faciendi, & emendandi moram in tempore prorogato; quod ita cenſent Accurſ. *ibidem verbo commiſſa eſt*, & otitur textu in *l.* 2. *ſi quis cautian.* & alio ſatis eleganti in *l. cum in plures* 60. §. *lege dicta* 3. *ff. locati.* Bartol. *num.* 9. *verſ. certe.* Bald. *num.* 3. *in fine.* Cumanus magis diſerte *num.* 6. *per totum.* Caſtrenſis *num.* 4. Jaſo *num.* 6. *verſ. gloſſa.* Donell. *num.* 15. & 16. & quamvis dubitanter Giphanius *num.* 8. ideo autem Proculus exceptionem doli non expreſſit, quia tantum opus erat decidere, an pœna commiſſa maneret: poterat enim dubitari, num prorſus remiſſa eſſet, adeo ut adveniente ſecundo die non poſſet ad pœnam agi, tamquam ſi omninn abolita eſſet per prorogationem, reſponditque commiſſam manere, & obligationem quæſitam pacto prorogationis non eſſe ſublatam: ergo mora iterum commiſſa, pœna recte petetur: immo ſi ante moram prorogatio termini facta fuit, manet ſtipulatio pœnalis, ut antea erat; quia prorogatio non mutat præcedentem cauſſam obligationis; fit enim cum omnibus ſuis qualitatibus. *l. item quæritur* 13. §. *qui impleto ff. locati. l. legem* 9. *C. eod. tit.* docent ad rem Cumanus *ubi ſupra num.* 4. Jaſo cum multis *num.* 4. In ſumma tota ſententia Proculi verſatur in juris apicibus, prout fuit ſubtilis, & ſcrupuloſus juris ſcrutator, ut recte cenſet Joannes Bertrandns *de Juriſperitis lib.* 1. *in ejus vita.* Senſus itaque eſt, poſt moram commiſſam prorogatio non tollit ipſo jure pœnam jam debitam, ſed poteſt cum effectu peti lapſo ſecundo termino: ante moram vero facta prorogatio extendit tempus, & nihil mutat de cauſſa præcedentis obligationis.

§. XXXVI. Itaque quando obligatio præcedens non habet diem præfixum, ſtatim faciendum eſt, ne in pœnam incidamus, contra quam partem obſtat difficillimus & laciniofus textus in *l. ita ſtipulatus* 115. *hoc tit.* ubi inutilis eſt tam prima ſtipulatio quam pœnalis, ſi dies omittatur. Species eſt. Ita ſtipulatus ſum: *promittis mihi te ſiſtere certo in loco, veluti Hiſpali; ſi te non ſtiteris, promittis centum pœnæ nomine?* in qua ſtipulatione dies omiſſus fuit per errorem, quia non præfiximus diem, intra quem te ſiſteres. Reſpondet Papinianus, imperfectam eſſe ſtipulationem, id eſt inutilem, ut contra Alciatum recte intelligunt poſt alios Donell. *num.* 1. Giphanius *num.* 2. quod ſatis demonſtrant exempla a Papiniano ſubjecta: veluti ſi vinum, vel triticum ſtipuler non adjecta ſumma, quo in caſu inutilis & deriſoria eſt ſtipulatio, quia ſatisfaceres minimum præſtando. *l. triticum* 94. *hoc tit.* ubi extat magiſtralis exceptio, niſi de quantitate & qualitate generis promiſſi conſtet ex præcedenti tractatu inter contrahentes habito; quia tractatus præcedentes formant contractus, & certos illos faciunt. *l. Titia* 134. §. 1. *hoc tit.* Hæc exceptio explicat multa juris teſtimonia; dotis enim promiſſio facta ab extraneo non deſignata certa quantitate inutilis eſt. *l.* 1. *C. de dotis promiſſione.* quod ſi fiat a ſocero, qui obligationem habet dotandi filiam. *l. capite* 19. *de ritu nuptiarum:* quamvis abſoluta & indefinita ſit, reducitur ad certam quantitatem, nt valeat, ex quantitate patrimonii ſoceri, & ex qualitate & indigentia generi. *l. ult.* §. *utramque C. de dotis promiſſione. l. cum poſt* 69. §. *gener de jur. dot.* ſic ſimiliter legatum quantitatis ſine certa finitione relictum ad tutelam viæ, vel ad alinm effectum, reducitur ad certitudinem, penſatis patrimonio teſtatoris, & neceſſitate rei, ad quam legatur. *l. quidam* 30. *de leg.* 2. Idem in legato annuo dicitur, quod taxatur vel ex quantitate, quam teſtator præſtare ſolebat, vel ex dignitate legatarii. *l. ſi qui* 14. *de annuis legatis.* Quin imo ſi maritus uxori vinum, triticum, vel alia legaverit, favore matrimonii receptum fuit, ut intelligatur legatum totum triticum, quod teſtator reliquit. *l. quidam* 7. *de tritico, vino, & oleo legato.* eodem modo legatum fundi non deſignata quantitate vel loco inutile eſt. *l. quod in rerum* 24. §. 1. *de leg.* 1. vel legatum domus. *l. ſi domus* 71. *eod. tit.* Cæterum ſi aliquas domos teſtator reliquit, intelligitur legaſſe nnam ex his. *d. l.* 71. Quod etiam ad ſtipulationem productum fuit, in qua ſi debitor promittat fundum vel hominem, non abſolute ſed ex his quos habet, valet quidem ſtipulatio, quamvis ab initio non conſtet de corpore, quia relinquitur eligendum debitori quod præſtet. *l. ubi autem* 75. §. 1. *l. qui ex pluribus* 106. *hoc tit.* quæ omnia latius proſequitur Franciſcus Ripa in *d. l.* 115. *num.* 17. & hæc de primo exemplo ſtipulationis omnino incertæ & per conſequens inutilis. Aliud exemplum eſt ſnperiori doctrinæ conſentaneum, ſi ſtipulatus fuero domum ſabricari non demonſtrato loco, inutilis ſtipulatio eſt. *l.* 2. §. *ſi quis inſulam* 5. *de eo quod certo loco. l. qui inſulam* 95. *hoc tit.* quia poteſt debitor velle fabricare domum ruri, & quidem minimam, ſive tugurium, ex quo nulla utilitas reſultet creditori; inutilis autem eſt ſtipulatio, ex qua nulla utilitas importatur. *d. l.* 95. juncta *l. ſi ita* 97. §. 1. *hoc tit.* cui parum refragantur textus in *l. ſtipulatio* 38. §. *ſi quis* 21. *l. inſulam* 84. *hoc tit.* in quibus proponuntur exempla ntilium ſtipulationum, cum quis inſulam fieri ſtipulatur; quia nt monet cum judicio Franciſcus Ripa in *d. l.* 84. *in princ.* in illis locis non agunt JCti principaliter de hac quæſtione, ntrum valeat ſtipulatio *inſulam fabricari*, non demonſtrato loco, ſed de aliis; idcirco ſupponendi ſunt termini habiles, nempe demonſtratum fuiſſe locum, & omnia rite peracta, ut locus ſit quæſtionibus quas tractant. Sed quamvis ſtipulatin non demonſtratis finibus rei inutilis ſit, tamen ultimæ morientium diſpoſitiones ſuſtinentur, ſi poſſint ullo modo certificari. *l. cum pater* 77. §. *ult. de leg.* 2. *l. in teſtamento* 27. *de condit. & demonſtr. l. pen. C. de inſtitution. & ſubſtitution.* quia intereſt teſtatoris, ut ejus voluntas ſuſtineatur. *l. cogi* 16. *cum ſimilib. ad S. C. Trebell.* Donell. in *d. l.* 115. *num.* 9.

§. XXXVII. Ex his apparet, ſtipnlationem te ſiſti in tali loco non præfixo die inutilem eſſe; ergo falſum ſuppoſui §. 33. valere ſtipulationem,

opus

Digitized by Google

opus fieri non deſignato die, & confeſtim debere promiſſorem opus inchoare: verum in hac parte facilis eſt ſolutio, quia, ut ipſe Papinianus innuit, dies per errorem omiſſus fuit: ſatagebant enim contrahentes de præfiniendo certo die, non tamen de eo ante egerunt expreſſe, quod ita ſupponendum eſt, ut excuſemus antiquiores, quos acriter eo nomine taxat Raphaël Cumanus: diem itaque per errorem omiſerunt, tunc non valet ſtipulatio ex defectu conſenſus, quia nihil tam contrarium eſt conſenſui quam error. *l. nihil* 116. *§. ult. de. R. J. l. ſi per errorem* 15. *de juriſdict. l.* 2. *de judiciis*: ergo cum nulla ſit ſtipulatio prima, nulla etiam erit pœnalis, juxta notata ſupra §. 15. cæterum ſi dies non fuit omiſſus per errorem, ſed potius de illo præfiniendo contrahentes antea cogitarunt, vel ſine die concepta fuit conſulto, ut ſe ſiſteret reus, cum primum poſſet, valet prima ſtipulatio, ſed in hoc ultimo caſu non prius pœna committitur, quam declaratum ſit per judicem, reum ſiſti poſſe, quia tacite intelligitur commiſſum ejus arbitrio, ut ſe ſiſteret, cum primum poſſet: ita exponunt Accurſ. in *d. l.* 115. *verbo certo die.* Bartolus *num.* 1. Ripa *num.* 8. Alciatus, qui in effectu non diſſentit, *num.* 3. *& lib.* 1. *paradox. cap.* 10. Cujac. in *recitationibus prioribus*, *& lib.* 2. *quæſt. Papiniani ad hanc l.* Donellus in *princ. & num.* 21. Giphanius *num.* 3. opponit Accurſius textum in *l. de die* 8. *qui ſatisdare cogantur.* ubi ſi omittatur dies in ſtipulatione judicio ſiſti, judex ſtatuit illum, ſed reſpondemus, illa verba *ſi non conveniat*, ſignificare diſſenſum litigaotium, qui diſcordabant in præfigenda die ad ſatisdationem judicialem, tunc ſe debet judex interponere, diem præfigere, & illos concordare: at *d. l.* 115. loquitur de ſtipulatione jam contracta, in qua dies per errorem omiſſus fuit, nec jam ſunt ullæ partes judicis: ita Cujacius *lib.* 22. *obſerv. cap.* 26. *& lib.* 14. *Pauli ad Edict. & d. l.* 8. Donellus in *d. l.* 115. *num.* 7. Giphanius *num.* 8. opponit etiam textum in *l. ſi finita* 15. *in pr. & §.* 1. *de damno infecto.* ubi licet dies ad cavendum omittatur per errorem, ſuppletur a Prætore. Sed reſpondetur, cautionem de damno infecto habere diem ſolemnem & præfixum ex juriſdictione Prætoris, quare parvi refert, ſi a partibus omittatur. Cujac. in *d. l.* 115. ubi Donell. *num.* 6. Giphanius *num.* 7. facit doctrina Fabri in *Ration.* ad *d. l.* 8.

§. XXXVIII. Conſtat ergo, diem hujus ſtipulationis *te ſiſti*, ſi agebatur, ut quocumque die te ſiſteres, non prius venire, quam certum ſit, te ſiſti non poſſe, ſi hoc ut dixi inter contrahentes actum erat; ex quo in §. 1. *ejuſdem legis* infert Papinianus, idem dicendum eſſe, ſi aliud quodlibet factum negativum promiſſum fuit, veluti *ſi in Capitolium non adſcenderis, pœnam dabis?* non prius committitur pœna, quam certum ſit, te non poſſe in Capitolium adſcendere. In effectu perinde eſt hæc ſtipulatio, ac *cum morieris*; quia dum vivis, in tua poteſtate eſt facere, & totum tempus vitæ arbitrio tuo commiſſum eſt: docent Cujac. *lib.* 14. *obſervationum cap.* 32. & in *d. l.* 115. Donell. per textum ibi in *l. quidquid* 99. *§. ult. hoc tit.* Ant. Fab. *lib.* 2. *conjectur. cap.* 16. Coſta *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 24. *num.* 9. *&* 10. Connanus *lib.* 6. *comment. cap.* 3. *num.* 12. quæ explicatio fuit Accurſii in *d. l.* 115. *verbo non poſſe*, & aliorum veterum, quos recenſere non eſt opus.

§. XXXIX. Sequitur §. *item* 2. *ejuſdem l.* in quo obſcure tractat Papinianus, an idem dicendum ſit de aliis conditionibus negativis, quæ non in faciendo, ſed in dando conſiſtunt; veluti ſi ita concepta ſit ſtipulatio, *ſi Pamphilum non dederis, centum dare ſpondes?* qua in re contrarias ſententias refert, aliam Pegaſi, Sabini aliam: Pegaſus nullam differentiam conſtituebat inter utramque ſpeciem conditionis negativæ, ideoque exiſtimabat, non prius pœnam committi, quam deſiiſſet Pamphilus poſſe dari vel morte, vel alio caſu ſimili. Sabinus vero putabat, committi pœnam, ſimulac potuiſſet debitor Pamphilum dare nec dederit: cujus diſſenſionis aliud veſtigium obſervavit Cujac. in *l. ſi ita* 14. *hoc tit.* Ratio Pegaſi concinnior eſt propoſitis principiis, quia qui promittit facere intra certum tempus, veluti intra biennium, niſi toto tempore elapſo, non tenetur. *l. veluti* 27. *§.* 1. *l. quidquid* 99. *§. ult. hoc tit.* ergo qui ſine præfinitione temporis promittit, non antea tenebitur, quam nullum tempus ſuperfuerit, in quo poſſit dare. Sabinus rationem petebat a voluntate contrahentium, quaſi illa verba, *ſi Pamphilum non dederis*, ſignificent, ſi non dederis cum primum poſſis; utebatur etiam auctoritate Mucii Scævolæ, & exemplo penus legatæ; quippe ſi ita teſtator dixerit, *ſi penum non dederis centum dabis?* ſi heres, cum primum potuit penum non præſtitit, tenetur ad centum. *l. cum ſine* 19. *l. ſi penum* 24. *quando dies legati cedat.* Potuit etiam uti aliis exemplis; veluti *ſi illi non dederis, mihi dabis?* venit conditio, ſi exſpectaſti, ut ego te convenirem, nec prius illi dediſti. *l. ſi Titius* 9. *hoc tit.* Item ex *l. fidejuſſor* 16. *§. ult. de fidejuſſor.* ubi ſi fidejuſſor acceptus fuit ita, ſi reus quadraginta, quæ acceperit, non ſolverit, non exſpectatur quamdiu vivat, ſed venit caſus fidejuſſionis, ſimul ac interpellatus non ſolvit. Denique ex *l. libertas* 17. *§.* 1. *de manumiſſis teſtam.* ubi libertas ita relicta, *ſi Stichus in Capitolium non adſcenderit, liber eſto*: ſtatim competit, ſi cum primum potuit in Capitolium adſcendere non adſcendit.

§. XL. Inter has duas ſententias judicium ſuum promit Papinianus in *verſ. itaque*, in quo dum exponit caſus, in quibus poteſt ſuſtineri opinio Sabini, indicat in cæteris recipiendam eſſe ſententiam Pegaſi, ut tenet communis opinio adverſus Alciatum *lib.* 1. *paradoxorum cap.* 11. docet ergo admittendam eſſe ſententiam Sabini, ſi prior intentio dandi Stichum incipiat ab obligatione, ita: *promittis Stichum dare, ſi Stichum non dederis, promittis pœnam?* tunc enim ſi exſpectavit interpellationem, debetur pœna, & quidem præſenti die; ut accidit in omnibus obligationibus puris. *§. omnis inſt. hoc tit.* cæterum ſi prima intentio ſub conditione comprehenſa fuit, non ſub obligatione, ita: *ſi Stichum non dederis, pœnam dabis?* non debetur pœna, donec Stichus omnino dari non poſſit; quia, quod ponitur in conditione, poteſt ſolvi; ſed non debetur nec poteſt peti. *l. ſi quis* 8. *ſi quis omiſſa cauſſa teſtam. l. obligationum* 44. *§. ſi ita* 5. *de O. & A.* ergo cum peti non poſſit, mora non poteſt contrahi, quia ubi nulla eſt mora, nulla eſt petitio, ut dixi ſupra §. 31. eſt etiam alia ratio ſatis elegans, quia in hoc poſtremo caſu una eſt ſtipulatio concepta ſub conditione negativa: ergo quamdiu non deficit, non venit conditio obligationis. Ita Accurſ. in *d. l.* 115. *gloſſa* 1. *& ad finem verbo ſpondes.* & poſt Claſſicos Ripa *num.* 1. *&* 2. Menochius *de arbitrariis caſu* 498. *num.* 4. *& num.* 16. Non obſtat *princ. noſtri textus*, in quo promiſſio ſe ſiſtendi incepit ab obligatione; reus quippe ſpopondit ſe ſiſtere, & nihilominus habet dilationem per omne tempus vitæ, quia, ut reſpondent Cujac. & Ripa *num.* 1. Donellus *num.* 5. hoc provenit ex eo, quod contrahentes egerunt, ut promiſſor ſe ſiſteret quocumque die; quod ſi non egiſſent, ſtatim ſe ſiſtere deberet.

§. XLI. Nec obſtant rationes, quas pro ſententia Sabini ſupra conſiderabam. In primis non obſtat exemplum penoris legatæ, quia ſi ita teſtator dixerit, *heres meus penum dato, ſi penum non dederis, centum dato*, duo legata ſunt, aliud purum ſcilicet penoris, quod ſtatim dandum eſt, & comparatur hæc ſpecies duplici illi obligationi, in qua locum habet ſententia Sabini: cæterum ſi a conditione incepit ita: *ſi penum non dederis &c.* ſtatim penus danda eſt, vel quantitas debetur, quæ ſola eſt in obligatione; & hoc propter naturam rei, ut inquit Quintus Mucius, quia penus de facili poteſt

dari; & propter exactius complementum voluntatis teſtatoris, quia non videtur voluiſſe dare facultatem heredi, ut in tantum tempus protrahat legatum. Ripa *num.* 42. Menochius *ubi proxime num.* 14. & 24. de quo non debuit arguere Sabinus ad ſtipulationes, cum ſpeciale ſit in legatis: docuit quoque Accurſ. *verbo ſpondes in fine.* ubi etiam eodem modo reſpondet ad exemplum de libertate, in quo ſpeciale jus militat, quod latius explicant Ripa *num.* 46. & 47. Donell. *num.* 27. Coſta *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 5. Non obſtat etiam textus in *d. l. ſi Titius* 9. *hoc tit.* quia illa ſtipulatio, *ſi Titio non dederis, mihi dabis?* facit Titium quaſi adjectum ſolutionis cauſſa; non ut ei debeatur, ſed ut illi ſolvi poſſit: adjecto autem ſolvi non poteſt, poſtquam litem inſtituit creditor. *l. fidejuſſor* 16. *in princ. de fidejuſſ.* juncta *l. ex duobus* 16. *de duob. reis.* ita Ripa ſubtiliter *num.* 49. *verſ. circa.* facitque doctrina noſtri Valentiæ *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 3. *cap.* 5. *num.* 22. pro explicatione textus in *l. qui res* 98. §. *qui ſtipulatus de ſolution.* quod ſi opponas, obligationem etiam Titio quæſitam fuiſſe, quia & ipſe ſibi ſtipulatus fuit, ut uterque petere poſſet; quod indicat textus ipſe, dum dicit occupantis meliorem eſſe conditionem: poteſt reſponderi, etiam recte mihi promiſſum fuiſſe ſub conditione, ſi alteri non dediſſes; uni itaque ſolvendum eſt, & ſolutione uni facta liberatur reus ab utroque: ſunt ergo quaſi correi credendi, ut loquuntur Ripa *ubi proxime*, & Ant. Fab. *lib.* 11. *conject. cap.* 18. ut ergo correus credendi, qui præoccupat judicium, tollit conſumitque correo ſuam actionem. *l.* 2. *de duob. reis. l. ſi rem* 31. §. 1. *de novationib. l. & per jusjurandum* 13. §. *ult. l. ſi ex pluribus* 16. *de acceptilat.* Ita ego, ſi præoccupem, tollo debitori facultatem ſolvendi alteri, neque inſtituo judicium ſine actione, pendente adhuc conditione, ut male poſt Bartolum *num.* 3. cenſuit Pancirol. *lib.* 3. *variarum cap.* 11. quia illa conditio, *ſi Titio dederis*, intelligitur cum primum poſſit; nec collata fuit in tempus, quod debitor elegiſſet. Ratio eſt promta; quia Titius puram præſentemque actionem habebat; ſi quidem ſibi ſtipulatus erat: ergo ſtatim excutere debuit debitorem, in cujus poteſtate non fuit per conſequens ſolvere hoc vel illo tempore: igitur cum primum non dedit, verum eſt Titio non dediſſe, & ſic in ipſo actu inſtituendi judicium purifico meam actionem, ut notat Cujac. in *d. l.* 9. & alii communiter, licet noſtram rationem non reddant. Ex qua doctrina facile diſſolvitur poſtrema difficultas petita ex *d. l. fidejuſſor* 16. §. *ult. de fidejuſſor.* quia fidejuſſor, qui pro alio intercedit, præſupponit illum obligatum: ergo licet conditio ſit, *ſi reus non ſolverit*, non habet laxamentum temporis per omnem vitam, ſed ſignificat, ſi non ſolverit cum primum poſſit, id eſt, cum interpelletur in judicio, quia poteſt interpellari. Ripa in *d. l.* 115. *num.* 50. Donellus *lib.* 15. *comment. cap.* 12. a quibus etiam in ratione diſſentio.

§. XLII. Sed quamvis Papinianus in *d. verſ. itaque* approbaverit ſententiam Sabini ſub præfata diſtinctione, an prima intentio incepiſſet ab obligatione, aut a conditione; non ita intrepide approbavit, ſed veluti metuendo. In illa tamen ſpecie, in qua ſub clauſula *rata manente pacto* utrumque promiſſum fuit, *Stichus & pœna*, cenſuit procul omni dubio Stichum protinus eſſe dandum, ne pœna committatur, de qua clauſula dixi ſupra §. 7. qui eſt vulgaris verusque ſenſus *hujus verſic.* ſecundum omnes antiquiores, quem non videtur percepiſſe Merillius *lib.* 1. *poſteriorum obſervationum cap.* 27. Poſtea tamen, ne videretur tantum recipere prædictam opinionem in illo ſolo caſu; adjecit *in fine textus*, idem dicendum eſſe, licet cautum eſſet inter contrahentes, ut, non ſoluto Sticho ſola pœna deberetur. Hic caſus erat difficilior, quia licet promiſſus fuerit Stichus, (de qua ſpecie tractat Papinianus) tamen propter conventionem non poterat peti, ſiquidem convenit, ut ſola pœna deberetur, & exigi poſſet non Stichus: ergo ut eo non poterat mora contrahi, ut ſæpe dixi, ſed habet elegantem rationem, quia per illam pactionem fit quaſi novatio: obligatio enim Stichi per moram in eo præſtando transfunditur in obligationem pœnæ; Stichus autem promiſſus fuit: ergo ſtatim nata fuit ex promiſſione obligatio: hæc per accidens, id eſt propter ſpecialem conventionem, transfunditur in ſecundam obligationem pœnalem: igitur de ſe apta eſt ſtatim moram producere, & relinquere obligatum debitorem ad præſtandum protinus ſervum promiſſum. Quare recipienda eſt Sabini ſententia, quando Stichus promiſſus fuit, quamvis illa obligatio novetur, quia tantum inſpicitur, an incipiat ab obligatione, ut ego explico.

§. XLIII. Vidimus, quo tempore debitor præſtare debeat, ne in pœnam incidat; ſupereſt ut videamus, quid & quomodo præſtandum ſit, ut pœna evitetur? illa regula tenenda eſt, donec pecunia ſit ſoluta, vel res vel factum, quod prima intentione comprehenſum fuit pœnam committi & creſcere, ſi in ſingulos dies vel menſes promittatur. *l. cum ſtipulati* 90. *hoc tit.* ex quo deducitur, committi pœnam, quamvis pro parte impleat debitor, quod prima intentione promiſit, vel quamvis unus ex heredibus præſtet, quod parti ſuæ reſpondet, *quia nihil prodeſt ad pœnam evitandam partem ſuam ſolvere*, ut dicitur in *l. heredes* 25. §. *idem juris* 13. *familiæ erciſc.* Verum enim eſt, ſolutum non eſſe, cum aliquid ſupereſt, quod ſolvatur. *l. Lucius* 47. *de action. empt. l.* 2. §. *ult. cum* 2. *ſeqq. l. ſtipulationum* 5. §. *ult. l. in executione* 85. §. *item* 6. *hoc tit.* contra quam partem ſolet opponi textus in *l.* 4. §. *Cato hoc tit.* ubi promiſſum fuit factum de natura ſua dividuum, veluti amplius non agi, ratam transactionem haberi, & unus heredum egit, cæteri ratam transactionem habuerunt, & non committitur pœna niſi pro parte. Sed reſpondetur, facta quæ incipiunt a negatione, veluti *non ages, ſi egeris, promittis pœnam?* diviſionem recipere in tantum, ut propter heredum perſonas totidem obligationes cenſeantur. *l. cum debitore* 27. *rem ratam haberi.* Ideo quicumque implet, totam ſuam obligationem implet, & qui contra venit, pro ſua tantum obligatione contra venit: quapropter pœna ſcinditur, ut latius proſecutus ſui in *epitome de individuis* §. 3. *num.* 41. At obligatio dandi una eſt non plures; quare ex parte creditoris nunquam poteſt dici impleta, ubi minima portio deficit. Videndi ſunt Pichard. in *tractata de individuis cap.* 13. *per tot.* Valentia *cap.* 6. Præceptor D. Ramos *cap.* 4. Caballinus *eodem tractatu parte* 2. *num.* 381. Bartholomæus Cheſius *interpretationum juris cap.* 50. *num.* 107. Verum cum in faciendi obligationibus ſuccedat pœna loco ejus quod intereſt, ut notant ad rem Jaſo in *d.* §. *Cato num.* 35. ubi Donell. & Duaren. Cheſius *num.* 108. ideo in ſtipulationibus prætoriis, in quibus magis ſolet attendi æquitas, receptum fuit, ut quamvis deſinant in facto negativo, veluti ſi tres ſervos non ſtiteris, debeatur pœna pro rata reſpectu intereſſe creditoris. *l. ſi ſervus* 9. §. 1. *ſi quis caution.* ut explicant præcitati auctores, quamvis aliter poſt antiquiores Fachinæus *lib.* 10. *controverſiarum cap.* 63. *num.* 162. ex quo anſam arripuit Pontifex in *cap. ſuam* 9. *de pœnis.* ad ſtatuendum generaliter, pœnam committi tantum reſpectu partis obligationis, quæ impleta non fuit, ut minus puniatur, qui pro parte implevit, quam qui omnino non implevit, minusque conſequatur, qui pro parte recepit, quam qui nihil recepit. Quæ eſt communis expoſitio hujus textus, & quamvis Barboſa in *collectaneis*, & Pichard. *d. tractata de individuis num.* 224. a communi recedant, tamen parva differentia eſt inter doctrinam communem, & horum interpretum; ſiquidem concludunt, ideo Pontificem moderaſſe pœnam; quia erat exceſſiva, cum creditor partem debi-

debiti fuiſſet conſecutus, quod æquitate nititur, non juris civilis diſciplina, ſecundum quam in ſolidum pœna committitur, quidquid deſit ex prima obligatione.

PRINCIPIUM SEXTUM.

Pœnalem ſtipulationem reducere ad certam quantitatem, quod in prima erat incertum; & quid in foro conſcientiæ, & jure Regio circa ſtipulationem pœnalem.

§. XLIV. Hoc principium ſpectat ad finem, & utilitatem ſtipulationis pœnalis: ponitur enim plerumque ad acuendam diligentiam debitoris, de quo dixi ſupra *princ.* 3. Aliquando tamen ponitur cauſſa certificandi, quod intereſt, ſi prima intentio impleta non ſit; nam qui promiſit facere, non poteſt præciſe ad factum compelli, ſed obligatio ſuccedit ad intereſſe, ut dixi ſupra §. 9. Id vero quod intereſt incertum eſt, quia pendet ex diverſis circumſtantiis damni accepti, aut lucri intercepti. *l. ult. ſi quis cautiov. l. diem* 27. *§. ult. de receptis & qui arbitrium receperunt. l. ait lex* 23. *cum ſeqq. ad l. Aquiliam. l. ſi quis* 112. *§. 1. hoc tit. l. commiſſa* 13. *rem ratam haberi. l. ult. de prætoriis ſtipulation.* & ad actorem pertinet probare, quod amiſit, vel lucrari deſiit propter debitoris moram; quia unusquisque debet fundare intentionem ſuam. *l. actor.* 6. *l.* 2. *ff. de probat.* mox judex omnibus penſatis taxat intereſſe partis. *l. unic. C. de ſententiis quæ pro eo quod intereſt.* cujus rei incerta eſt definitio, nec certis regulis comprehenſa, ut alias dicitur in *l. mora* 32. *de uſuris.* Nempe quia pendet ex facto & probationibus liquidare, quatenus cujusque interſit. *l. quatenus de R. J.* Quapropter ne tot difficultates probationis ſubeat actor, optimum conſilium eſt, cum factum ſtipulamur, in defectum pœnam ſtipulari, id eſt certam quantitatem pecuniæ. *§. ult. inſt. hoc tit. l. ult. de Prætoriis ſtipulation.* juncta *l. cum quid* 71. *l. qui Romæ* 122. *§. Flavius, & §. ult. hoc tit.* Quo efficitur, ut quod incertum erat ratione intereſſe, fiat certum ratione pœnæ. *l. ſi pœnam* 68. *l. quoties* 81. *l. continuus* 137. *§. ſi ut aliquid* 7. *hoc tit.* quia pœna adjecta non inſpicimus, quid creditoris interſit, vel non interſit, ſed quid pœnæ nomine promiſſum ſit. *l. ſtipulatio* 38. *§. alteri hoc tit.* explicant DD. in *d. l.* 68. & in *d. §. ult.* Donell. in *l. ſi quis ita* 135. *§. Seja num.* 7. *hoc tit.* Cheſius in *d. cap.* 50. *num.* 108. Leotardus *de uſuris quæſt.* 61. *num.* 1. Cujac. *lib.* 10. & *lib.* 27. *quæſt. Papin.* & in *l. ſi venditor* 6. *& ſeq. de ſervis exportandis.* noviſſime Valeron. *lib. ſingulari animadverſionum cap.* 3. qui notot differentiam inter pactum & ſtipulationem pœnalem, quoad hanc partem.

§. XLV. Verum hoc principium, quod in jure certiſſimum eſt, inducit nos in magnam controverſiam, & cæteris ſubtiliorem: quatenus moribus Chriſtianis, & uſu noſtro forenſi permiſſa ſit pœna conventionalis: in hac inveſtigatione primo ſcire debetis, apud Romanos variis legibus poſitum fuiſſe modum uſuris ex fœnore colligendis. Primo Lege XII. Tabb. unciarium fœnus inſtitutum fuit, id eſt uncia ſingulis menſibus pro centum. Tacitus *lib.* 6. *annalium.* quod deinde anno ab urbe condita 396. repetitum fuit lege Duillia Mænia. Livius *lib.* 7. poſtea anno 411. lege Genucia redactum fuit ad ſemunciam, id eſt dimidium unciæ. Livius *d. lib.* 7. *in fine.* Tacitus *d. lib.* 6. deinde invenitur alia lex Martii Luculli, quam tulit in proconſulatu Aſiæ, teſte Plutarcho in *ejus vita*, ut uſuræ non poſſent excreſcere duplum ſortis, acceptamque Romæ fuiſſe facile credo ex Tacito *ubi proxime.* ubi de Tiberio loquens narrat, conſuluiſſe egeſtati debitorum, diſpoſitis per menſas nummis, & facta copia mutuandi ſine uſuris per triennium, *ſi debitor populo in duplum prædiis caviſſet: prædiis cavere* eſt hypothecas prædiorum ſupponere, *in duplum*, id eſt pro ſorte, & pro altero tanto uſurarum nomine; quia inde non poterant excedere uſuræ. Suadetur ex *l. ſi non ſortem* 26. *§. 1. de condict. indebiti.* & ex Paulo *lib.* 2. *ſententiarum tit.* 14. *§.* 2. juncta expoſitione veteris interpretis Aniani ſecretarii Alarici Regis Gothorum, quam etiam ſecutus fuit Cujac. in *paratitl. ad tit. C. de uſuris, & lib.* 4. *obſervationum cap.* 38. & *lib.* 3. *reſponſorum Papin.* in *l.* 4. *§. 1. de nautico fœnore.* Rævardus in *l. non debet* 41. *§. in re obſcura de R. J.* quamvis aliter idem Cujacius in *notis ad Paul.* & *lib.* 2. *quæſt. Pap.* in *l.* 1. *ff. de uſuris*, quæ lex ita accepta fuit Conſtitutione Antonini in *l. uſuræ* 10. *C. de uſuris*, ut reciperetur in illis, quæ excurrunt, & exactæ non ſunt, ne excedant alterum tantum ſortis, ſed non in exactis, quæ poſſent in infinitum excreſcere, quamdiu ſors non ſolvatur. Notat Budæus ad *tit. de lege Jul. majeſt. in fine.* ſed Juſtinianus *Novella* 121. 138. & 160. abrogavit Conſtitutionem Antonini, ſanciens, ne ullo modo excederent duplum, id eſt, alterum tantum ſortis. Poſtremo vetita fuit omnis verſura, ut inquit Tacitus *ubi proxime*, lege ſcilicet Gabinia, de qua Cicero *lib.* 5. *Epiſtolar. ad Atticum.* Quid ſit verſura nihil mirum, ſi Juſtus Lipſius *d. l.* 6. *annal. Taciti annot.* 53. non percepiſſet, cum Cujacius *d. l.* 1. dicat, a nemine intelligi. Ipſe expoſuit ſumere pecuniam ſub uſuris, ut uſuras debitas exſolvat; ſed nullo probati auctoris teſtimonio utitur: ergo ſine præjudicio melius ſentientis expono, vertere pecuniam, cambiare, & recambiare, indeque reportare quæſtum: utor teſtimonio Suetonii in *Auguſto cap.* 39. ubi, *notavitque aliquos, quod levioribus uſuris mutuati graviori fœnore collocarent*: hoc eſt facere verſuram, quæ notatio ſufficiat de modo fœnoris: addendi ſunt Cujac. in *l. conſtitutionibus* 40. & Giphanius in *l. eos* 16. *§. ſin. C. de uſuris.* Franciſcus Balduinus ad *l. XII. Tabb. cap.* 23. Petrus Greg. *Part. juris Canonici lib.* 3. *tit.* 5. *cap.* 1. Alex. ab Alex. & in ejus notis Tiraquell. *lib.* 1. *dierum genial. cap.* 7. Ant. Auguſt. *de legib. Pop. Rom.* in *Duillia & Genucia.* Joannes Roſinus *lib.* 8. *antiq. cap. ult.*

§. XLVI. Uſuræ, quæ ex fœnore redigebantur, dicebantur *lucratoriæ*: aliæ vero, quæ reportantur ex contractibus commutativis occaſione damni accepti, aut lucri intercepti dicuntur *ſatisfactoriæ*, ſeu *compenſativæ*; de iſtis præcipue agitur in *l. curavit* 5. *C. de actionib. empt.* ubi multos adducit Auguſt. Barboſa, addendus eſt Honoratus Leotardus *de uſuris quæſt.* 4. *& ſeqq.* uſuræ lucrativæ omni jure divino, naturali, & eccleſiaſtico prohibitæ ſunt. *Exodi cap.* 22. *Deuteronomii cap.* 23. *Ezechielis cap.* 13. *Lucæ cap.* 6. & apud Gratianum mille patrum teſtimoniis *cauſſa* 14. *quæſt.* 3. *cum* 4. *ſeqq.* & in *titulis decretalium ſexti, & clementinarum de uſuris.* & poſt Ariſtotelem, qui *lib.* 1. *polit. cap.* 7. fundavit, eſſe contra dictamen rationis naturalis; ita ſapientiores ethnici cenſuerunt apud Alex. & Tiraquell. ſupra adductos. Leotardum *de uſuris quæſt.* 2. ſere per totam maxime *num.* 25. Compenſatione autem ſuſtinentur propter juſtam compenſationem lucri ceſſantis, aut damni emergentis; iniquum enim videtur, ut alter utatur re a me vendita, egoque caream pretio, quo poſſem emere fundum aut annuos reditus: idem dicitur de retentione dotis, legati, & ſimilium. Covarruv. *lib.* 3. *variar. cap.* 1. & 2. *ſeqq.* quas licitas facit legis approbatio & prædicta recompenſandi ratio, ut docet Petrus Gregorius *lib.* 22. *ſyntagmatum cap.* 3. *num.* 23. & 24. Taxatio iſtarum varia fuit jure civili juxta legem aut conſuetudinem regionis. *d. l.* 1. *de uſuris.* Hodie apud nos ratione legitimi intereſſe ad quinque pro centum redu-

Digitized by Google

reducuotur, quod eſt pretium annuorum redituom ex doctrina Covarruv. *ubi proxime*, & Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 3. fere per totum maxume *quæſt.* 7.

§. XLVII. Ex differentia juris Romani, quod uſuras permiſit, & juris divini, quod eas prohibuit, naſcitur alia, jure videlicet Romano, non omne fœnns dici improbum, ſed quod excedit taxationem a lege factam, quæ extat in *l. eos* 26. *C. de uſuris.* ita appellatur in *l. improbum C. ex quib. cauſis iaſamia irrogatur.* Sed apud nos improbum ſœnus reputatur, quodcumqne ſit mere lucratorium, & non compenſativnm damni accepti, aut lucri intercepti. Notant Covarruv. *d. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 3. Leotard. *de aſuris quæſt.* 4. omne enim lucrum, quod ex alia occaſione captatur, inhoneſtum eſt, quamvis petatur pœnæ nomine. *cap. ſuam* 9. *de pœnis.* uſuraque improba reputatur, quidquid ſorti accedit quomodolibet. *cap. plerique* 14. *quæſt.* 3. ex quo jure Romano ſi ſuper datione certi generis, aut quantitatis pœna apponebatur, nullius momenti erat, in quantum excedebat legitimum modum nſurarum, quia pactio contrahentium non poterat immutare taxationem uſurarum a lege ſactam. *l. Julius* 13. §. *idem Papiaianus* 26. *de act. empsi. l. placuit* 29. *l. pœnam* 44. *ff. l. cum allegas* 15. *cum ſeq. C. de uſuris.* a quibus deſumpta fuit *lex* 40. *tit.* 11. *Part.* 5. In cæteris vero præſtationibus ſpecierum veluti ſervi, equi, & ſimilium, ex quibus nſuræ non debentur, nec poſſunt venire, nec ſunt ſubjectæ ſraudi uſurariæ, ut conſiderat Caſtrenſis in *d. l.* 15. *num.* 3. & 4. pœna conventionalis recte potuit ſtatui ad placitum contrahentium, & multo magis ſi apponebatur ſuper obligatione ſaciendi ex eadem ratione. *l. promiſſis* 37. *C. de transaction. l. Lucius* 47. *de action. empti.* Quæ diſtinctio ſufficiens eſt, nec aliæ ſunt neceſſariæ, quam excogitant Bartol in *l. cum ſtipulati* 90. *hoc tit.* Alexander in *l. ſtipulatio* 38. §. *alteri num.* 11. *eodem tit.* Caſtrenſis & Salicetus in *d. l. cum allegas* 15. & alii antiquiores, quorum opiniones ſecuta ſuit prædicta lex ſeptem partita, ut notat ibi Gregorius *gloſſa* 2. & 3. Rodriguez *de annnis reditib. lib.* 3. *quæſt.* 5. *num.* 4. & eum aliis Barboſa io *d. cap. ſuam de pœnis num.* 7. & 8. quia quando inveoimus in *l. lecta* 40. *de reb. creditis.* & in *l. pecuniæ* 9. §. 1. *l. cum quidam* 17. *de aſuris. l. cum ſtipulati* 90. *hoc tit.* nſuras graviores promitti in pœnam non ſolutarum leviorum, debemus intelligere utraſque includi ſub legitimo modo uſurarum, alioquin pœna non ſuſtineretur, ut videntur ſupponere Donell. & alii noviores in *d. l. cum ſtipulati* 90. *hoc tit.*

§. XLVIII. Illa vero diſtinctio jure Romano recipienda eſt cum Caſtrenſi, Cujae. & Aot. Fab. in *l. Lucius* 47. *de action. empti.* & cum eodem Cujac. in *d l. Juliaaus* 13. §. *idem Papinianus* 26. ſi pœna apponatur non tam lucri cauſſa, quam in punitionem perfidiæ, poſſe etiam excedere legitimum modum nſurarum; quia potius in punitionem debitoris, quam in lucrum creditoris infligitur; unde & uſuræ & pœna ſimul infliguntur in *d. l. Lucias* 47. & in *l. promiſſis* 37. *C. de transaction.* pœna apponitur in eum, qui placitis transactionis contradicit, & in *l. utrum* 52. *de evict.* promittitur duplum pretii tardius ſoluti, quod prædictam rationem habet, quod genus pœnæ etiam jure Canonico obſervatum cernimus, nam in *cap. ult. de crimine falſi.* qui literas beneficii ſalſas redarguere vult, admittitur ad vitium ſalſitatis probandum, dum ſe nbſtringit ſub pœna amiſſionis beneficii, ſi in probatione deſecerit, cui ſimilis eſt alius in *cap. cum dilectus* 32. *de electione.* & in *cap. dilecti de arbitris.* ſit mentio pœnæ appoſitæ ſuper implenda ſententia compromiſſoria, de quo addendus Ludovicus Vitalis *lib.* 1. *variar. cap.* 7. & rediens ex ſchiſmate ad unitatem Eccleſiæ promittit, ſe perpetuo in ea permanſurum ſub pœna amiſſionis dignitatis, anathematis, & perjurii in forma juramenti fidelitatis, quam ex D. Gregorio Magno refert Gratianus in *cap. quoties* 91. *quæſt.* 7. ad quam ſpeciem cum Cironio ad *tit. de jurejur.* reducendi ſunt textus in *cap. ego Berengarius* 42. *de conſecrat. diſt.* 2. & in *cap. quamquam diſtinct.* 23. Itaque pœnæ conventionales aliæ ſunt punitoriæ perfidiæ, aliæ æſtimatoriæ legitimi intereſſe. Iſtæ, quia lucratoriæ ſunt vel ſatisfactoriæ, aliquid habent commune cum nſuris, & aliquando recipiuntur, aliquando reprobantur, prout adjectæ ſunt, vel non ſunt in earum ſraudem, ut ſupra dixi: illæ vero tolerantur utroque jure, quia nmnino diverſam rationem ab uſuris habent.

§. XLIX. Ex quibus facile poſſumus cenſere de duabus opinionibus communibus inter ſe contrariis, quarum una docet, attento jure Canonico & moribus Chriſtianis pœoam conventiooalem ſuſtineri, & exigi poſſe citra iotereſſe creditoris. Ita Bald. Caſtrenſ. & Salicet. in *d. l. cum allegas* 15. *C. de uſuris.* Petrus Gregor. *Partit. jur. Caaonici lib.* 3. *tit.* 1. *cap.* 5. Covarruv. qui tamen ſuppoſitive loquitur, *de matrim. part.* 2. *cap.* 6. §. 8. *num.* 14. Gutierrez ſecundum rigorem diſputationis *lib.* 2. *canonic. cap.* 20. *num.* 7. & 11. Barboſa in *d. cap. ſuam de pœnis num.* 3. Pater Molina, qui tato huic opinioni accedit, *de juſt. & jure tomo* 1. *tract.* 2. *diſput.* 97. *per tot.* Pater Sanchez *lib.* 1. *de matrimonio diſput.* 37. Alia docet, pœnam non poſſe exigi niſi quatenus intereſt creditoris, impletam non ſuiſſe primam intentionem: hanc ut praxi receptam, & ſupremorum tribunalium deciſionibus approbatam tam de jure, quam de æquitate deſendunt poſt antiquiores Gutierrez *de juramento confirmatorio part.* 1. *cap.* 36 *num.* 10. & *d. lib.* 2. *canonic. cap.* 20. *num.* 4. & 5. Nuonez Avendano in *dictionario verbo pœna conventional.* Pichard. in §. *ult. hoc tit. num.* 5. Sarmiento *lib.* 3. *ſelectar. cap.* 6. *num.* 10. nec videtur diſſentire Pater Sanchez *d. diſput.* 37. *num.* 4. Ant Faber in *C. deciſionum Sabaudiæ hoc tit. diſtinct.* 9. & 14. Rodriguez *de annuis reditib. lib.* 3. *quæſt.* 5. *num.* 10. Leotardus *de aſuris quæſt.* 38. *num.* 8. facile inquam componuntur iſtæ duæ ſententiæ; quia prima intelligitur, ut ipſi auctores loquuntur, quando non animn injuſte lucrandi pœna apponitur; ſed in pœnam perfidiæ, aut tarditatis evitandæ cauſſa abſqne ullo prorſus animo uſurarin; ſed quia in re practica difficile eſt perſcrutari contrahentium animos, merito abſtinuit, nullam pœnam ultra intereſſe exigi poſſe; turpe enim lucrum reputatur, quod hoc ſolo prætextu exigitur, quod & Papinianus ipſe agnovit, quamvis parum firmiter de pœna conventionali agens io *l. ſi venditor* 6. §. 1. *de ſervis exportandis.* ut animadvertunt Cujac. *lib.* 27. *quæſt. Papin.* & Ant. Fab. in *Ration. ad eandem legem.* Balduinus in *l. pacto quo pœnam C. de pactis in princ.*

§. L. Sed pro coronide, ut foro & praxi indulgeamus, inveſtigandum eſt, hac poſtrema opinione retenta, ad quem ſpectet onus probandi; an ad creditorem ſua intereſſe, an ad debitorem nihil intereſſe creditoris: ille ad petendam, hic ad evitandam pœnam? & quidem indiſtincte loquendo, quamvis pœna adjecta ſit, onus probandi intereſſe ſpectat ad creditorem; quia cum pœna non ſuſtineatur in plus quam in quantum intereſt, niſi hoc probatum ſit, deficit fundamentum intentionis, quod probare incombit agenti. *l.* 2. *ff. l. actor C. de probation.* Immo licet in contractu ſit dictum ſuper taxando intereſſe, ſtandum eſſe juramento actoris, vel pœna in taxationem adjecta ſit, & juraverit debitor, juſtam eſſe taxationem, nihilominus non ſtatur juramento creditoris, nec declarationi a reo juratæ in præcedenti contractu, niſi actor probet, quod ſua iotereſt; ratio eſt, quia pœna conventionalis propinqua eſt fraudi uſurariæ, & de ſe injuſtum lucrum reputatur, quando exigitur ſine ullo intereſſe creditoris, ut dixi: cum vero ſimus in prohibitis, non eſt ſtandum aſſertio-

ſertioni partium; non aſſertioni debitoris, quam fecit in initio contractus; quia præſumitur adactus neceſſitate ad declarandum, & jurandum per vim, fraudem, & impreſſionem ſtipulatoris; non aſſertionim creditoris, quia nemo in ſua cauſſa eſt judex integer, ut docet Fontanella *de pact. nupt. tomo* 2. *clauſ.* 5. *gloſſa* 8. *parto* 14. *per tot.* Canſer. *lib.* 3. *variar. reſolut. cap.* 7. *num.* 37. Leotard. *de uſuris quæſtione* 72. *num.* 8. niſi forte judici conſtiterit, vel viſum fuerit prudenter, juſtam eſſe taxationem intereſſe, vel ab initio factam a partibus vel ex poſt facto a creditore, veluti ſi mercator, aut ſolitus negotiari, vel qui pecuniam deſtinatam habebat annui reditus ad emptionem, taxaverit intereſſe lucri ceſſantis ad quinque pro centum, juxta qualitates ad juſtificandum lucrum ceſſans conſideratas per. Sotum *lib.* 6. *de juſt. & jure quæſtione* 1. *art.* 3. cum explicatione & moderamine Ill. Dom. Tapiæ *tomo* 2. *catena moralis lib.* 5. *quæſtione* 17. *articulo* 6. quo caſu mandatur executioni, non quia taxatum ab initio eſt, ſed quia eſt juſtum. Docent Fontan. *ubi ſupra num.* 16. Gratianus *tomo* 1. *diſceptat. cap.* 67. quomodo accipienda eſt doctrina tenentium, taxationem ſuper intereſſe a partibus factam habere vim probationis, quamvis non habeat vim pacti, id eſt, fundare præſumptionem pro creditore; quamvis debitor poſſit non obſtante taxatione probare, minus intereſſe creditoris, quam in pactum deductum fuit. Intelligenda enim eſt, ſi judici taxatio æqua & moderata videatur; quod non obſcure ſentit Covarruv. *lib.* 3. *variar. cap.* 4. *num.* 4. *&* 5. ad quem reducendi ſunt Vasquez Menchaca *uſu frequentium cap.* 60. *num.* 25. *&* 26. Gutierrez *part.* 1. *de juramento confirm. cap.* 2. *num.* 5. Accipienda etiam eodem modo eſt doctrina Carlevallii *de judiciis tom.* 2. *tit.* 3. *diſput.* 3. *num.* 23. exiſtimantis poſt alios, pœnam vel taxationem intereſſe inſtrumento guarentigio comprehenſam poſſe ſtatim mandari executioni, & expediendum eſſe protinus mandatum executivum, ut niſi reus intra decem dies oppoſitionis probet, nihil vel minus intereſſe creditoris, pronuntietur ſententia addictionis, vulgo *de remate*, accipienda inquam eſt hæc doctrina, ſi judici non videatur iniqua taxatio, neque de exceſſu ſuſpecta ſit, ut poſt Menochium ſentiunt Sanchez *d. diſput.* 37. *num.* 4. quod ſi exceſſiva ſit, moderanda erit; ſed non debet nulla declarari, quia in materia uſuraria, vel ei propinqua exceſſus non vitiat totam conventionem; ſed illam ad quantitatem licitam, & ad legitimum modum reducit. *l. ſi pro mutua* 8. *C. ſi certum petatur. l. ſi non ſortem* 26. *de condict. indebiti. l. pecuniæ* 9. *l. uſuras* 20. *l. placuit* 29. *ff. l. eos* 26. *§.* 1. *C. de uſuris.* Rodriguez *de annuis redit. lib.* 1. *quæſtione* 7. Leotardus *de uſuris quæſtione* 72. *num.* 8.

TRACTATUS SECUNDUS.

De ſtipulatione & contractu conditionali.

PRINCIPIUM PRIMUM.

Quid ſit conditio & quotuplex.

§. I. Non eſt operæ pretium inveſtigare, unde derivetur *conditionis* vox, quod tamen late præſtant Donell. *lib.* 8. *comment. cap.* 30. & Pater Baſilius *de matrimonio lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 1. nec quot & quam variis ſignificatibus in jure reperiatur, quod docuerunt ex profeſſo Briſſonius, Calvinus, & alii *verbo conditio.* ergo ut a definitione rei initium ſumamus, noto non inveniri in jure definitionem conditionis; idcirco multæ ab interpretibus excogitatæ circumferuntur. Azo in *tit. C. de condit. inſertis* ita definivit: *quædam actus ſuſpenſio, cujus de futuro defectus, vel confirmatio pendet.* Cardinalis in *cap. verum de condit. appoſitis* definivit in hunc modum: *adjectio appoſita vel ſubintellecta in diſpoſitione, ſuſpendens, vel reſolvens ipſam.* Baldus in *rubr. de condit. & demonſtr.* ita: *dictio quædam, per quam diſpoſitum habet in ſuo eſſe exiſtentiam vel defectum.* Bartol. communiter receptus in *l.* 1. *eod. tit.* ſic, *futurus quidam eventus, in quem reſolvitur diſpoſitio.* Quas omnes inter ſe parum diſtare cenſent non male Ant. Gomez. *lib.* 1. *variar. cap.* 12. *num.* 59. Molina *de juſt. & jure tractatu* 2. *diſputatione* 206. *in princ.* ſed Bartoli ut magis communem ſequuntur D. Joannes del Caſtillo *lib.* 1. *de uſufructu in fine aſſertione* 145. Cardinalis Mantica *de conjecturis ultimarum voluntatum lib.* 10. *tit.* 5. *num.* 2. Ego tamen præfero ut breviorem aptioremque rei exponendæ definitionem Patris Baſilii *d. cap.* 1. quam conſarcinavit ex Donello *d. cap.* 30. ut ſit conditio *oratio, qua omne, quod agitur, in eventum futurum ſuſpenditur.*

CONSECTARIUM I.

De conditione in præſens, vel præteritum collata.

§. II. Unde primo infertur, orationes illas, quæ non ſuſpendunt actum, non eſſe proprie conditiones. *l. conditio* 100. *hoc tit.* ubi ponitur exemplum in illis conditionibus, quæ in præſens, vel in præteritum tempus concipiuntur: veluti *promittis centum, ſi navis in portu ſtat, ſi Titius conſul factus fuit?* Iſtæ enim orationes, ſi certæ ſint, ſtatim obligationem producunt, ſi falſæ, ſtatim perimunt contractum; ſunt enim certæ, vel incertæ protinus ex rerum natura, nec differunt effectum propter ignorantiam noſtram. *l. cum ad præſens* 37. *cum* 2. *ll. ſeqq. de reb. creditis. l. cum ia ſecundo* 16. *verſ. multum, & verſ. quod ſi de injuſto rupto. l. inſtitutio* 10. *§.* 1. *de condit. inſtit. l.* 3. *§. ſi tamen* 13. *de bonis libertorum. §. conditiones* 6. *inſt. hoc tit. l.* 12. *tit.* 11. *Part.* 5. Igitur, donec ſciatur, an vera vel falſa ſit conditio, non poterimus agere ex prædicta ſtipulatione; quia apud nos & reſpecto noſtræ ignorantiæ gerit vices conditionis, & appellatur quaſi conditio, ut docet Cujac. *lib.* 1. *definitionum Papiniani* in *d. l. cum ad præſens* 37. ſed cum revera acciderit, planum eſt ab initio, natam fuiſſe obligationem: in ſumma ad jus obligationis non eſt conditio, ad factum agendi habetur pro conditione, quia ad factum agendi attenditur ſcientia noſtra, non ipſa veritas ſecundum rerum naturam. *l. ſed etſi* 28. *§. ult. de judiciis.* quam ſic optime exponit Donell. in *d. l.* 37. *num.* 2. Ita docent, & hanc partem explicant Mantica *d. lib.* 10. *tit.* 5. *num.* 1. Coſta *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 1. *&* 2. *& cap.* 11. *princ.* & in *cap. ſi pater parte* 1. *verbo eidem filio num.* 44. *& ſeq.* Gregorius per textus ibi in *l.* 1. *&* 2. *tit.* 4. *Part.* 6. Molina *d. tractatu* 2. *diſputatione* 206. *circa principium.* Baſilius *d. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 5. Gomez. *d. cap.* 12. *num.* 64. Donell. *lib.* 8. *cap.* 30.

§. III. Secundum quæ facile exponitur textus in *l. ſi ita ſtipulatus* 120. *hoc tit.* ubi ita proponitur ſtipulatio concepta: *promittis hanc ſummam centum aureorum?* quia ſumma præſens & in conſpectu

ctu contrahentium erat. Reſpondetque Papinianus, prædictam ſtipulationem non eſſe conditionalem, etſi exaudiatur illa oratio, *ſi modo hæc ſumma centum aureorum ſit, & non aliter*, quæ conditionem ſolet importare. Rationem reddit JCtus, quia ſermo, qui ad præſens vel ad præteritum refertur, non facit conditionem; ideoque ſi ſumma continet centum, ſtatim valet ſtipulatio; ſi centum non ſunt in ſumma, ſtatim nulla eſt: verum licet hæc facile dicantur, difficilis inſurgit antinomia ex *l. ſi ſervus* 108. *§. qui quinque in arca de leg.* 1. ubi ſi legata, vel per ſtipulationem promiſſa ſint decem, quæ in arca habeo, & ſolum ibi inveniantur quinque, debentur quæ inventa ſunt; quia majori ſummæ ſemper minor ineſt. *l.* 1. *§. ſi ſtipulanti hoc tit.* docet late Ant. Gomez. *tomo* 2. *variar. cap.* 9. num. 4. *per totum*. In qua difficultate Cujac. *lib.* 37. *quæſt. Pap.* in *d. l.* 120. & ante eum Jaſo *num.* 5. exiſtimarunt, differentiæ rationem provenire ex pronomine *hanc*, quo utitur Papinianus; quia qui dicit, *hanc ſummam centum*, non aliter vult ſtipulari vel promittere, quam ſi centum ſint, nec plus nec minus: ſed qui dicit *centum*, *quæ* in *arca habeo*; non tam denotat quantitatem quam corpus, & locum nummorum; & ideo debentur, quæ ibi ſunt, licet ſint pauciora, quia majori ſummæ minor ineſt. Hanc tamen ſolutionem recte & cum ingenio reprehendit Coſta *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 2. *num.* 2. quia potius prænomen *hanc* debuit efficere, ut ſuſtineretur in omni eventu ſtipulatio, etſi ſumma integra non eſſet; quia qui ita ſtipulatur, *ſummam hanc*, videtur reſpicere nummos, ſive acervum nummorum, non quantitatem; quaſi diceret, promittis mihi hoc, quale quantumve ſit. Quare illa ſolutione omiſſa, aliaque Connani *lib.* 6. *comment. cap.* 4. *num.* 9. & Pichardi in *§. præterea num.* 11. *inſt. de inutilibus ſtipul.* quæ fuit quorundam antiquorum exiſtimantium, in ſpecie Papiniani valere ſtipulationem in minori ſumma, quod eſt contra expreſſam literam textus. Dicendum eſt, Papinianum tantum tractaſſe tanquam principale aſſumptum, an illa ſtipulatio eſſet conditionalis, reſpondiſſeque, numquam poſſe cenſeri conditionalem, quamvis conſideretur caſus magis rigoroſus; videlicet quando voluerunt contrahentes ſtipulari taxative, nec plus nec minus, quod ſignificant illa verba *& ſi maxime*. Ratio eſt, quia cum ſit præſentis temporis, non poteſt inducere conditionem: loquitur ergo ex ſuppoſitione, quod voluiſſent taxare quantitatem, nec plus nec minus: & tunc dicit, nullam eſſe ſtatim, vel ſtatim valere ſtipulationem. Africanus vero in *d. §. qui quinque* loquitur abſolute; & verum abſolute eſt, majori ſummæ minorem ineſſe: ergo ut deciſio Papiniani procedat, ſupponendum eſt, animum contrahentium talem fuiſſe, ut nec plus nec minus voluiſſent ſtipulari, quia aliter eorum non intererat ſtipulatio, & hoc non eſt divinare, quia JCtus ipſe caſum hunc expoſtulat, cum ex ſuppoſitione loquatur. Præſenſerunt, quamvis non ita clare, Accurſius & alii Accurſiani in *d. l.* 120. & ibi Giphanius. Covarruv. in *practicis cap.* 3. *a principio.* Coſta *d. cap.* 2.

CONSECTARIUM II.

De conditione eventus neceſſarii.

§. IV. Secundo infertur, orationes, quæ habent eventum non ſuſpenſibilem ſed neceſſarium, non eſſe proprie conditiones, veluti *ſi ſol cras oriatur*, *ſi cœlum digito non tetigeris. l. nam ſi cum moriar* 17. *l. ſeq. de condict. indebiti. l. impoſſibilis* 7. *l. in illa* 8. *hoc tit. l. ſi pupillus* 9. *§.* 1. *de novationib. l.* 17. *tit.* 11. *Part.* 5. An vero ſtipulationes ſub illis conceptæ puræ præſentesque ſint, an ſaltem habeant dilationem, magna controverſia fuit inter Claſſicos juris interpretes: puras quippe eſſe probari videtur ex *l. neceſſario* 8. *§. ſi ita de periculo & commodo rei venditæ*: ubi ſi emptio celebrata ſit hoc modo: *ſive navis ex Aſia venerit*, *ſive non venerit*, dicitur pura & ſtatim perfecta. Probatur vero dilationem habere ex *l. quodcumque* 45. *§. non ſolum hoc tit.* ubi conditio illa, *ſi morieris*, æquiparatur huic, *cum morieris*, quæ habet dilationem usque ad tempus mortis, quamvis hic caſus neceſſarius ſit. *l. heres meus* 79. *de condit. & demonſtr.* & hanc poſtremam ſententiam præfero, quam cum magno examine tenuit Coſta *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 17. & quod magis eſt, hæc dilatio non eſt ſimplex dilatio ſolutionis, ſed etiam obligationis ipſius: adeo ut ſi ſic ſtipuletur, *ſive navis veniat*, *ſive non veniat*, obligatio neceſſario naſcitura eſt, ſed non naſcitur, donec vel navis veniat, vel venire non poſſit. *l. Julianus* 60. *de condict. indebiti.* Habet ergo aliquid conditionis, & aliquid non: illud conditionis habet, quod ſpectat eventum, & ante eum impedit obligationis nativitatem, *arg. d. l. neceſſario* 8. *§. quod ſi pendente*: illud vero habet non conditionis, quod non eſt contingens, neque ad utrumque pendens. *l. commodiſſime* 10. ſic intelligenda, *de liberis & poſthumis.* & ideo ſi debitum ſub hac conditione neceſſaria ſolvatur, repeti non poteſt; non quia in diem debeatur; ſed quia ita promiſſum eſt, ut non poſſit non deberi. *d. l.* 17. *de condict. indebiti.* Igitur quamdiu alterutrum membrum conditionis neceſſariæ poteſt evenire, neſcitur, qua ex cauſſa obligatio naſcitura ſit, utrum quia navis venit, vel quia non venit; & hoc ſufficit ut ejus ortus impediatur; quando vero conditio ex re ipſa neceſſaria eſt, veluti *ſi morieris*, non pendet ad hoc aut illud: Sed quia incertitudo diei efficit totam cauſſam contractus incertam, pro conditione reputatur; nec naſcitur obligatio, donec debitor moriatur, id eſt donec in extremis agat. *l. unica C. ut actiones ab hered. & contra heredes incipiant.* notant Ant. Gomez. *tomo* 2. *variar. cap.* 11. *num.* 21. *in fine.* Coſta *d. cap.* 17. & 18. Pichard. in *§. omnis num.* 29. & 30. *hoc tit.* quamvis diſſentiat Molina *de juſtitia & jure tractatu* 2. *diſput.* 284. Nec obſtat *d. l.* 8. *§. ſi ita.* quia reſpicit perfectionem contractus, docetque, perfectam ſtatim eſſe emptionem, ſi adjiciatur conditio neceſſaria: non quidem ut ſtatim producat obligationem, ſed ut ſtatim periculum ſpectet ad emptorem, quia non poteſt deficere contractus, ut docet Coſta ſupra laudatus.

§. V. Unde facile exponitur difficillimus alioqui textus in *l. hujusmodi* 13. *quando dies legati cedat.* ubi ita legatum proponitur: *ſi illud factum fuerit*, *ſive non fuerit*, *illi do lego.* Et quærit Pomponius, an ſit purum vel conditionale? quia ſi purum eſt, cedit a morte teſtatoris, & ſtatim transmittitur ad heredes legatarii, ſi ipſe decedat: ſi eſt conditionale, & decedit legatarius ante implementum conditionis; non transmittitur. *l. unica §. ſin autem C. de caducis tollendis. l. ſi poſt diem* 5. *cum ſeqq. quando dies legati cedat. l. cedere de V. S. l. quæ legata de R. J.* Reſpondet, non transmitti ad heredes, niſi vivo legatario alter ex duobus caſibus evenerit, id eſt illud aut illud factum fuerit aut non fuerit, non dixit JCtus expreſſe, conditionale eſſe, ſed dixit eſſe intransmiſſibile: quia dum uterque caſus pendet, non eſt nata obligatio: ergo tantum eſt ſpes debitum iri; ſpes autem obligationis teſtamentariæ non transmittitur ad heredes, licet ſpes ex ſtipulatione transmittatur. *§. ex conditionali hoc tit. d. l. quæ legata* 18. ex quo ſequitur, ſi interim heres per errorem ſolviſſet rem ita legatam, repetitioni indebiti locum eſſe; cum poſſit non deberi, ſi mors præcidat ſive præveniat implementum; neque enim certum eſt debitum iri, cum non ſit certum ſupervicturum legatarium, *arg. l. ſub conditione* 16. *de condict. indebiti.* Cæterum ſi ex cauſſa contractus deberetur ſub prædicta conditione, & interim debitor ſolviſſet per errorem, non poſſet repetere. *l. Julia-*

nus

nus 60. *eod. tit.* quia in contractibus, licet ante implementum non naſcatur obligatio, ut dicit Conſultus ibi: *quia ex una cauſſa alterius ſolutionis origo proficiſcitur.* tamen certiſſimum eſt, debitum iri. Licet enim prædecedat creditor, ad heredes ſpes transmittitur, nec poteſt deficere. In hoc ergo ſenſu vera poteſt eſſe Accurſii ſententia exiſtimantis, contractus celebratos ſub illa conditione, *ſive illud factum fuerit, ſive non fuerit*, puros eſſe inſpecto effectu, & ultimas diſpoſitiones conditionales. Molina *d. tractatu* 2. *diſput.* 366. *verſ. ante traditionem.* ſed magis proprie loquuntur Coſta *d. cap.* 18. Cujac. *lib.* 3. *quæſt. Pauli* in *d. l.* 60. Ant. Faber *lib.* 4. *conjectur. cap. ult.* Bened. Pinellus *lib.* 1. *ſelectar. cap. ult. num.* 22.

§. VI. Sed ut redeamus ad *d. l. hujusmodi in verſ. nam tale.* ponit aliud exemplum ſuperiori ſimile, videlicet cum ita legatum relinquitur, *cum morietur heres dato.* Certum enim eſt, heredem moriturum, & hoc ſenſu certum eſt, etiam debitum iri, ut inquit JCtus; ſed dies mortis heredis incertus eſt; dies autem incertus facit conditionem. *l.* 1. *in fine. l. dies* 75. *de condit. & demonſtr.* ergo ſi decedat legatarius prius quam heres, præcidit ſpem legati, neque ad ipſius heredes illud transmittit. *l. ſi pecunia* 12. §. 1. *de leg.* 2. *l. heres* 79. *de condit. & demonſtr. l.* 4. *quando dies legati cedat.* Paulus *lib.* 3. *ſentent. tit.* 6. §. 6. Sed ecce incidimus in aliam difficultatem; quia ex definitione Papiniani in *d. l.* 79. *in princ.* ſi legatum relinquatur hoc modo, *cum legatarius moriatur*, purum legatum eſt, licet non ſit præſens (excepto caſu *legis cum tale* 72. §. *Mævia* 5. *de condit. & demonſtr.* juncta explicatione Coſtæ in §. *ſi arbitratu ampliatione* 4.) debeturque legatario, quandocumque moriatur, ſive ante ſive poſt heredem: quærimus ergo, in quo conſiſtat ratio differentiæ? Papinianus rationem reddidit, quia non poteſt conditio deficere, quando in morte legatarii poſita eſt; ſed quando adjicitur in perſona heredis, quamvis neceſſario ſit moriturus, poteſt prædecedere legatarius; cum hac transeunt Caſtrenſ. & Cujac. Sed nos inquirimus hujus differentiæ rationem, quam non poſſe præſtari cenſuit Cumanus. Mihi ſub doctiorum judicio hæc videtur: quando legatum relictum eſt ſub conditione, ſi pendente conditione decedat heres, ejus mors nihil obſtat transmiſſioni legati, dum vivat legatarius, usque dum conditio impleatur: textus non vulgares & diſerti in *l. qui uſumfructum* 36. §. 1. *verſ. idemque de uſufructu. l. Falcidiæ* 24. §. 1. *ad l. Falcidiam. l. ſi a te* 10. *ut legatorum ſeu fideicommiſſorum nomine caveatur.* quod ſi pendente conditione decedat legatarius, non transmittitur legatum, ut pridem dixi: ergo ſi legatum relictum ſit in mortem heredis, qui eſt dies incertus, & prius decedat legatarius, deficit conditio: cæterum ſi relinquatur in diem mortis legatarii, licet prius quam legatarius decedat heres: ejus mors non officit transmiſſioni etiam pendente conditione vel die incerto. Alias quæſtiones ſatis elegantes ad *hanc legem*, in quibus non licet immorari, tractavit Coſta *lib.* 1. *ſelectarum cap.* 7. *num.* 3. & *cap.* 10. *num.* 3. & *cap.* 17. & in §. & *quid ſi tantum parte* 2. *num.* 9. & 19. & in §. *cum in hello verbo patrem prius mortuum num.* 3. & 4. & in quæſtione de patruo & nepote *parte* 1. *num.* 6. & 7. qui præ cæteris videndus eſt.

CONSECTARIUM III.

De conditionibus, quæ tacite inſunt.

§. VII. Tertio infertur, conditiones, quæ tacite inſunt diſpoſitioni, non facere actum conditionalem. *l. conditiones* 99. *de condit. & demonſtr.* Ineſſe tacite dicuntur conditiones, quando veniunt ex natura rei, non ex oratione vel ex diſpoſitione contrahentium: exempla poſſunt deſumi ex *l. quod in rerum natura* 24. *de leg.* 1. *l. interdum* 73. *hoc tit.* juncta *l. nec emptio* 8. *in princ.* & §. 1. *de contrahend. empt.* veluti ſi legetur, promittatur, vel vendatur partus ancillæ nondum editus, fructus ex illo fundo naſcituri; ineſt enim conditio, ſi partus edatur, ſi fructus naſcantur; alioquin nihil eſt, quod ſub obligatione cadere poſſit. Et hæc conditio dicitur ineſſe a natura. Aliæ ſunt tacitæ, quæ inſunt ex neceſſitate juris: veluti ſi legatum relinquatur ſub conditione, ſi heres ſcriptus adierit hereditatem. *l. qui liberis* 8. *in fine principii de vulgari. l. hæc verba* 3. *de leg.* 1. *l.* 1. *l. heredis* 7. *cum ſuis* §§. *l. ſi dies* 21. *in fine quando dies legati cedat.* quia neceſſarium eſt ad valorem legatorum jure civili, ut heres adeat. *l. omnia* 32. *cum ſimilib. de leg.* 1. Item ſi magiſtratus tutorem dederit ſub conditione, *ſi ſatis dederit*, non eſt datio conditionalis. *l. muto* 6. §. 1. *de tutelis.* quia neceſſaria eſt ſatisdatio, juxta principia *tituli de ſatisdatione tutorum.* Item ſi ſervo proprio libertas data ſit ita, *ſi in domini poteſtate permanſerit*, eſt etiam pura libertas. *l. ſervo* 47. ſic intelligenda, *de condit. & demonſtr.* quia alieno directa libertas dari non poſſet. *l. Sticho* 39. *de manumiſſis teſt.* quas duas claſſes exemplorum ponunt poſt Bartol. in *l.* 1. *de condit. & demonſtr.* Jaſonem & Ripam in *l.* 3. *de leg.* 1. Ripoll in *d. l.* 1. *Gloſſa ineſt autem conditio num.* 10. Pinellus *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 16. *num.* 12. & 13. Donell. *lib.* 8. *comment. cap.* 32. *a princ.* Baſilius *lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 2. qui tamen quædam exempla connumeravit præter relata parum apta ad rem.

§. VIII. Ratio, ob quam tacite inhærens conditio non cenſetur, nec ſit talis; ſed tantum reputetur qualitas rei, ut docuit ſubtiliter Ripa in *d. l.* 3. *in princ.* ea eſt; quia conditio propria & vera ponit caſum diſpoſitioni contingentem vel non contingentem ea diſponentium voluntate & oratione: ſed hæc conditio inhærens taliter ineſt actui, ut aliter valere non poſſit, quam ſi illa qualitas eveniat, quæ ad ejus valorem neceſſaria eſt: ergo non pendet ad utrumque, nec ſubſtantiam conditionis habet, ita Donell. & Baſilius *ubi proxime num.* 1. & 3. Sed quamvis conditionem non importent hæ qualitates, afferunt tamen dilationem, adeo quidem, ut quamvis ſtipulatio pura ſit vel legatum, nihilominus non debeatur, donec fructus vel partus naſcantur. *l. quod in rerum natura* 24. *de leg.* 1. *l. interdum* 73. *hoc tit.* hæc quidem dilatio non provenit ex voluntate diſponentium, quia diſpoſitio eſt pura, & de ſe apta ſtatim producere obligationem, ſed ex parte rei promiſſæ, quæ donec naſcatur non eſt quod poſſit deberi. *l. cum certus* 5. *de tritico & vino legato.* Coſta *lib.* 1. *ſelectarum cap.* 7. *num.* 6. Eſt itaque certa ex parte diſpoſitionis, incerta ex parte rei: & ideo tota obligatio pura cenſetur, ut arguit JCtus in *d. l. nec emptio* 8. §. 1. *de contrahenda empt. l. ex empto* 11. §. *ult. cum ſeq. de action. empti.*

§. IX. Quapropter hujusmodi conditiones non impediunt transmiſſionem legatorum, quia non reddunt legata conditionalia. *l. conditiones* 99. *de condit. & demonſtr. d. l.* 1. *l. quod pure* 6. §. 1. *l. heredis* 7. *l. ſi dies* 21. *quando dies legati cedat.* etiamſi a teſtatore exprimantur. *l. aliquando* 107. *de condit. & demonſtr.* quia quæ ex natura rei, vel ex juris neceſſitate veniunt, ſi explicentur, non mutant ſubſtantiam actus, ut late docent & explicant Bartolus, Cumanus, Jaſo, & Ripa in *d. l.* 3. *de leg.* 1. ubi ſolet notari, & per Canoniſtas per textum ibi in *cap. ſignificaſti de elect.* Hæc tamen doctrina limitatur, ſi exprimatur inhærens conditio aliter, & in alia forma quam ineſt, ſive diverſo effectu: tunc enim veram conditionem facit, ut docet & exemplo explicat Covarruv. in *cap. alma mater parte* 1. §. 9. *num.* 8. Aliud facilius exemplum ſit, ſi legatum relinquatur ſub conditione, *ſi volet*, efficitur conditionale. *l. ſi ita* 65. §. 1. *de leg.* 1. *l. ſi*

ita expreſſum 69. *de condit. & demonſtr.* quia ſignificat, ſi declaraverit voluntatem, cum alioquin legatum etiam ignoranti adquiratur. *l. cum pater* 77. §. *ſurdo de leg.* 2. Item ſi extraneus inſtitutus ſit ſub conditione, *ſi volet*, non facit conditionem; quia extraneus non aliter poteſt eſſe heres, quam ſi exprimat ſe velle. §. *ult. inſt. de heredum qualitate & diff.* cæterum ſi illa conditio adjiciatur ſuo heredi, eſt propria conditio: *l. Cornelius* 69. *l. jam dubitari* 86. *de heredib. inſtit. l. hæc verba* 12. *de condit. inſt.* quia ſuus etiam ignorans exiſtit heres patri jure continuationis dominii. *l. in ſuis* 11. *de liberis & poſth.* & ſic diſſimili modo ponitur illa conditio ac ineſt. Docent exemplum prædictum afferentes Anton. Gomez. *tomo* 1. *variar. cap.* 9. *num.* 23. *in principio.* Pater Sanchez *de matrimonio lib.* 5. *diſput.* 1. *num.* 6. & 7. Baſilius *d. cap.* 2. *num.* 5. Donell. *d. cap.* 32. & ibi Hilliger. *lit. B.* & ante eos late Jaſo *num.* 35. Ripa *num.* 10. & *num.* 13. & 33. in *d. l.* 3. *de leg.* 1. per textum ſic intelligendum in *l. in conditionibus* 19. §. 1. *de condit. & demonſtr.*

§. X. Unde facile exponitur textus alioquin difficilis in *l. ſi quis Sempronium* 68. *in fine de heredib. inſtit.* ubi exheredatio facta ſub hac expreſſa conditione, *ſi heres ſcriptus adierit hereditatem*, eſt vitioſa: & tamen intrinſece ineſt, quia repudiante herede ſcripto non valet exheredatio, ut nec cætera quæ ex teſtamento pendent. *l. filium* 20. *de contra tabulas.* Ratio eſt, quia exprimitur diverſo modo ac ineſt: ineſt enim tacite, ita ut prius, & per momentum temporis repellatur filius a dominio rerum paternarum, quod vivo patre habebat, & mox ſtatim ingrediatur heres per aditionem: cum vero exprimitur, facit hunc ſenſum, ut prius extraneus adeat, mox filius repellatur, quod eſt impoſſibile; quia dominium apud duos eodem tempore eſſe non poteſt, nec uni duo poſſunt heredes exiſtere: ergo extraneus non poteſt adire, antequam ſit filius exheredatus; & ſic nulla eſt exheredatio, quæ confertur poſt aditionem; ita docuit Socinus, quamvis male eum percepiſſet Ripa *ubi proxime num.* 32. Hillig. *lit. C.* Baſilius *num.* 6. Valentia *de liberis & poſth. cap.* 4. *num.* 6. omiſſo Donell. & aliis antiquioribus.

§. XI. Sed contra hanc doctrinam nonnulla ſunt, quæ opponuntur. Primo opponitur textus in *l.* 1. §. *ult. de condit. & demonſtr.* ubi cum docuiſſet, ineſſe conditionem in duobus illis exemplis. *lego, quod ex ancilla naſcetur*, vel *fructus ex illo fundo*; adjicit, idem dicendum eſſe, ſi ita legetur: *ſervum, quem alii non legavero, heres meus illi dato.* ecce ubi hæc tria exempla comparat, ſed poſtremum exemplum propter relativum *quem* adjunctum futuro tempori inducit veram conditionem. *l. Stichum* 6. *de leg.* 1. ergo duo priora exempla veram conditionem debent facere; alioquin inepte Ulpianus propoſuiſſet diverſa exempla ejusdem regulæ: & ſane ita voluerunt Cumanus in *d. l. Stichum num.* 2. Caſtrenſis in *d. l.* 1. *num.* 5. Sed mihi hic ſenſus nunquam placere potuit, nec diſſimilia exempla eſſe cenſeo: quare melius dicendum eſt cum Coſta *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 7. *num.* 7. relativum adjectum corpori incerto etiam de futuro non facere diſpoſitionem conditionalem; veluti ſi teſtator legaverit veſtem, quæ mea erit, cum moriar; ſed taxationem vel demonſtrationem, ut tantum cenſeatur legata, quæ permanſerit in dominio teſtatoris. *l. ſcribit* 34. §. *ult. de auro & argento legato.* Quod enim dicitur in *l. nuper* 85. *in fin. de leg.* 3. efficere conditionem, non eo pertinet, ut faciat legatum proprie conditionale, ſed ut non debeatur amplius, quam quod teſtator reliquit. Cum ergo exemplum ſit non de Sticho, ſed de ſervo, quem alii non legavero, (quod eſt corpus incertum) non facit conditionem, ſed ſolam demonſtrationem: voluit ergo teſtator legare, quem alii non legavit, ut non concurreret cum alio legatario: ergo legatum non eſt conditionale, nec intranſmiſſibile, & ſolam habet tacitam neceſſariamque conditionem ex ſuppoſitione, quod noluit teſtator, ut ille legatarius cum aliis concurreret.

§. XII. Secundo opponitur textus in *l. cum illud* 25. §. 1. *quando dies legati cedat.* ubi ita teſtator legavit: *heres meus Titio dato, quod mihi Sejus debet.* Sejus vero erat pupillus, debebatque forte centum ſine tutoris auctoritate, ut ſupponit textus, nec locupletior factus erat; ideoque tantum debebat naturaliter: quia pupillus doli capax contrahens ſine tutoris auctoritate jure naturali debet: diſerti ſunt textus in *l. ult. de jurejur. l. ſi pupillus* 127. *hoc tit. l.* 1. *in fine de novation. l. Stichum* 95. §. *naturalis de ſolution.* Alioquin ſi locupletior factus fuiſſet, deberet efficaciter ex reſcripto Divi Pii. *l.* 3. *commodati. l. ſi pupillus* 9. *de auctoritate tutorum.* & ſtatim heres cogeretur præſtare actionem legatario. *l. ſi ſic legatum* 75. §. *quod ſi* 2. *de leg.* 1. vel legatarius uteretur actionibus utilibus ex perſona ſua adverſus pupillum debitorem defuncti ex diſpoſitione *legis ex legato* 18. *C. de legatis.* Notat ubertim Olea *de ceſſione jurium & actionum tit.* 4. *in miſcellaneis num.* 8. & *tit.* 5. *quæſt.* 14. *num.* 7. & *tit.* 7. *quæſt.* 1. *num.* 3. Addendi ſunt Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 5. *num.* 5. & 7. & *cap.* 7. Hilliger. ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 45. *lit. H.* & *I.* Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 1. *principio* 2. *illatione* 3. quod agnovit Cujac. *lib.* 18. *quæſt. Papiniani* in *d. l.* 25. & nihilominus perſeveravit legere textum affirmative ita: *locupletior factus erat*, eumque ſequitur Giphanius in *l. furioſus* 48. *num.* 12. *de O. & A.* Sed merito refellitur ab Hillig. ad Donell. *lib.* 12. *cap.* 22. *lit. P.* quia ſi negatio deeſſet, ſupplenda foret, ut ſententia textus conſtaret. Ad rem. Quærit JCtus, utrum prædictum legatum valeat, & quale ſit? Reſpondetque diſtinguendo, ſi teſtator ad præſens tempus verba retulit, & voluit legare commodum obligationis naturalis pupilli, non valet legatum; quia licet obligatio naturalis poſſit cedi, & in alium transferri, ut expreſſe probat textus in *l. ſi ejus* 64. *in princ. ad S. C. Trebellianum.* notant poſt Bartolum Coſta *d. cap.* 7. *num.* 10. Eleganter Olea *tit.* 3. *quæſtione* 8. *num.* 33. & 34. tamen obligatio naturalis pupilli, dum pupillus eſt, inſpecto præſenti ſtatu, ut inquit Papinianus, prorſus evacuata eſt effectibus a jure; quapropter in hoc ſenſu ſolet dici, pupillum ſine tutoris auctoritate contrahentem nec naturaliter obligari. *l. quod pupillus* 41. *de condict. indebiti. l. pupillus* 59. *de O. & A.* Donell. in *d. l.* 125. *hoc tit. num.* 5. Hilliger. ad eundem *lib.* 12. *cap.* 2. *lit. P.* & *cap.* 22. *lit. N.* ergo ſi præſens tempus dictæ obligationis reſpexit, nihil legavit. Cæterum ſi teſtator reſpexit naturale debitum, & futuram obligationem, id eſt futurum ſtatum, in quo pupillus jam pubes factus, ſi ſolvit, non poteſt repetere. *d. l. ſi ejus* 64. valet legatum; ſed peti non poteſt, donec pubes factus ſolvat, non aliter quam ſi teſtator ita legaſſet: *heres dato, quod pupillus ſolverit*, ſupple *pubes factus*; docetque amplius, habere tacitam conditionem, *ſi ſolverit*, quæ eſt ſimilis illis conditionibus, *ſi ex ancilla natum erit*, *ſi fructus naſcantur*; quapropter concludit, illam tacitam conditionem non efficere legatum conditionale, & tranſmitti ad heredes, quamvis decedat legatarius, priusquam ſolvat pupillus. Hactenus Conſultus, qui eodem modo opponitur ac præcedens textus: nam relativum, *quod ſolverit*, vel quod idem eſt, *quod debet*, eſt futuri temporis: ergo debebat importare propriam & expreſſam conditionem. Sed etiam eodem modo diſſolvitur; quia illa verba, *quod debet*, incertum quid continent, cum ſignificent, quod ſolvere voluerit; & ideo relativum non inducit conditionem, ſed taxationem; veluti quando legantur fructus ex illo fundo naſcituri: docet Coſta *d. cap.* 7. *num.* 9. & *cap.* 21. *num.* 3.

§. XIII. Tertio ſolet opponi textus in §. *optionis* 23. *inſt. de leg.* in quo Juſtinianus ait, olim up-

optionis legatum habuiſſe in ſe conditionem, ſi legatarius optaret, & idcirco, ſi ante optionem deceſſiſſet, ad heredes non transmittere jus optandi; ergo tacita & inhærens conditio reddit legatum intranſmiſſibile, & per conſequens conditionale. Sed reſpondetur, illam conditionem, *ſi optaverit*, in legato optionis non ineſſe a natura, ſed venire intrinſecus ab ipſa voluntate teſtatoris, qui legando optionem ponit conditionem prædictam; quemadmodum qui pure rem aliquam legat, & ſub conditione legatum adimit, cenſetur expreſſa voluntate conditionem adjicere legato ſive dationi ipſi, quia provenit ademtio ex ipſius judicio. *l. legatum* 10. *de adimendis legatis. l. aliquando* 107. *de condit. & demonſtr. l. quod pure* 6. *quando dies legati cedat.* Cum ergo conditio optandi in legato optionis ex voluntate teſtatoris proveniat, conſequens eſt, ut vera conditio fuiſſet, & legatum intranſmiſſibile redderet, niſi Juſtiniano nova ſua Conſtitutione aliter viſum fuiſſet. Docent Cujac. in *recitationib. ad l.* 5. *de annuis legatis.* Pinellus *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 16. *num.* 12. & 13. Hic agendum eſſet de conditione impoſſibili, ſed abſtineo, quia plenius tracto in feriata ſelectione, quam his diebus vobis dicto.

§. XIV. Quarto infertur, propriam conditionem eam eſſe, quæ futurum eventum reſpicit ex voluntate partium, ut definitur in *l. nominatim* 34. §. 1. *de condit. & demonſtr.* unde tam poteſtativæ, quam mixtæ, & caſuales veræ conditiones ſunt, & actum ſuſpendunt: textus elegans in *l. is qui heres* 13. *de adquir. heredit.* juxta expoſitionem, quam dedi *lib.* 2. *opuſculorum ſectione* 3. *cap.* 2. *Poteſtativa conditio* eſt, quæ pendet mere ex poteſtate ejus, cui adjicitur; veluti *ſi Capitolium adſcenderit*, vel negative concepta, *ſi non adſcenderit. Caſualis* eſt, quæ pendet ex eventu naturæ, vel ex facto tertii, ut dicitur in *l. Titio* 108. *hoc tit.* veluti *ſi navis ex Aſia venerit*, vel *ſi Titius uxorem duxerit.* Mixta eſt, quæ participat ab utraque; habet enim aliquid a caſu, & aliquid a poteſtate: veluti *ſi Titio conſuli facto decem dederit.* Hæc diviſio communis eſt & vera ex *l. unica* §. *ſin autem.* ubi Cujac. *C. de caducis tollendis.* ſed ad noſtrum inſtitutum facis eſt ſuppoſuiſſe; eam accuratius examinant Sarmientus *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 2. *a num.* 10. *usque ad finem.* Ant. Gomez. *tomo* 1. *variar. cap.* 12. *num.* 60. Parladorius *differentia* 147. Donell. & Hilliger. *lib.* 8. *cap.* 34. Duarenus in *paraphraſi ad tit. de conditionib. inſt. cap.* 5. Menochius *lib.* 4. *præſumt.* 183. *per totam.*

PRINCIPIUM SECUNDUM.

De verbis, per quæ cenſetur adjecta conditio.

§. XV. De hac re ex profeſſo tractavit Bart. in *l.* 1. *de condit. & demonſtr.* quem tractatum teſte Caſtrenſi deſumpſit ex commentariis Petri, qui forte fuit Bellapertica, cujus commentaria admodum rara inveniuntur, & circumferuntur ſine ullo cognomento ſolo nomine Petri. Poſt Bartolum eundem tractatum proſecuti ſunt Menochius *lib.* 4. *præſumt.* 175. Thuſcus *lit. C. concluſ.* 589. *& ſeq.* Michaël Craſſus *de ſucceſſionib.* §. *legatum quæſt.* 54. Quem ut nos etiam breviter & ſub certis regulis elucidemus, primo notandum eſt, in dubio potius præſumi actum purum, quam conditionalem, *quia illa interpretatio ſumenda eſt, per quam actus magis valeat, quam pereat. l. quoties. de reb. dubiis. l. quoties* 81. *hoc tit.* Menochius *ubi proxime num.* 7. Joannes del Caſtillo *lib.* 4. *controverſiarum cap.* 55. *num.* 17. Deinde notandum eſt, nullum eſſe verbum, quod præciſe importet conditionem taliter, ut non poſſit aliter cenſeri, ſi evidens ſit voluntas teſtatoris, quod probatur ex *l. Mævia* 44. *de manumiſſis teſtam.* in qua libertas data fuit ſervis ſub conditione, ut monumento teſtatoris alternis menſibus lucernam accenderent; & tamen ex voluntate teſtatoris conjecturam ſumit JCtus, non conditionaliter ſed ſub modo fuiſſe manumiſſos. Ex qua *lege* deducunt, non ſemper cenſeri appoſitam conditionem, quamvis ejus mentionem fecerit diſponens, ſi mens diſpoſitionis aliud dictat: facit etiam textus in *l.* 2. §. *ult. de donation.* Docent Covarruv. *lib.* 1. *variar. cap.* 14. *num.* 6. Molina *de primogeniis lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 5. Baſilius *de matrimonio lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 4. Unde quamvis frequenter cenſeatur conditio adjecta per adverbium *ſi*, veluti ſi ita dixerit, *ſi navis venerit*, *ſi Titius conſul fiat*, tamen aliquando fallit ſecondum eandem conjecturam. Molina *d. cap.* 12. *num.* 4. Covarruv. *lib.* 2. *variar. cap.* 4. *num.* 3.

§. XVI. Igitur cum res conjecturalis ſit, tunc eſt cenſenda appoſita conditio, quando apparet ex verbis menteque diſponentium, voluiſſe actum conferre in futurum eventum contingibilem, qui poſſit eſſe vel non eſſe. Quæ fuit doctrina originalis Bartoli in *d. l.* 1. vulgoque recipitur: ſed quia ſunt verba, quæ aptiora exiſtunt ad ſignificandam conditionem, & ex quibus facilius inducitur, idcirco operæ pretium me facturum exiſtimo, ſi ad breve compendium ea redegero. Prima occurrit dictio *ſi*, quæ frequentius inducit conditionem, ut nuper notabam, & tamen, ſi ad præſens tempus referatur, non cenſetur talis, ut dixi ſupra §. 2. vel ſi continet eventum neceſſarium, veluti *ſi moriar. l. quodcunque* 45. §. *ult. hoc tit.* de quo etiam dixi ſupra §. 6. Denique conditiones intrinſecus inhærentes, ſi eodem modo exprimantur, quæ inſunt, quamvis exprimantur per eandem dictionem, non faciunt conditionem, ut dixi etiam ſupra §. 7. De qua dictione multa cumulat Auguſtinus Barboſa *de dictionib. uſu frequentib. dictione* 364.

§. XVII. Succedit adverbium temporis *cum*; quod relatum ad eventum de futuro importat conditionem, nec refert, an ita promittatur, *ſi illud factum fuerit*, an ſic, *cum illud factum fuerit. l. qui promiſit* 48. *de condict. indebiti. l. ſtipulatio* 38. §. *inter incertam* 16. *l. quodcumque* 45. §. *non ſolum* 3. *hoc tit.* Bart. in *d. l.* 1. *num.* 8. multi apud Barboſam in *d. tractatu dictione* 75. *num.* 2. & *ſeqq.* Ant. Fab. in *d. l.* 48. ſubtilis tamen differentia notanda eſt cum eodem Bartolo inter has duas dictiones *ſi* & *cum*: quod prima importat conditionem per ſe, id eſt primo & principaliter; cum ſit modus frequentior inducendæ conditionis: ſecunda vero per ſe & principaliter importat tempus, & propter incertitudinem temporis per conſequentiam inducit conditionem. *l.* 1. §. *dies. l. heres* 79. *in princ. &* §. 1. *de condit. & demonſtr.* & ideo, quando in eadem diſpoſitione opponitur dies conditioni, particula *cum* magis ſapit naturam diei, quam conditionis. Exemplum extat in *l. ſi quis legata* 53. *eodem tit.* ubi ſi teſtator prorogaverit diem legatorum vulgari modo, de quo in *l. talis ſcriptura* 30. *de leg.* 1. ita: omnia legata, quibus dies appoſitus non eſt, *heres meus annua, bima, trima die dato*, id eſt primo, ſecundo, tertio anno pro æqualibus portionibus, non intelligitur prorogatum legatum ita relictum, *cum pubes erit*; quia quantumvis incertus ſit, eſt tamen dies, & magis ad temporis expreſſionem refertur, quam ad conditionem. textus elegans in *l. ſi Titio* 22. *quando dies legati cedat.*

Ex qua primo infertur, ſi promittas, *cum volueris dare*, utilem ab initio eſſe obligationem; ſi vero promittas, *ſi volueris*, inutilem eſſe. *l. centeſimis* 46. §. *penult. & ult. hoc tit. l. ſub hac* 8. *de O. & A.* Prima enim clauſula per ſe tantum denotat tempus differendæ ſolutionis; ſecunda vero primo, & principaliter reſpicit conſtitutionem ipſius obligationis: nulla vero poteſt eſſe obligatio collata in meram, & abſolutam poteſtatem obligati. *d. l.* 8. ſed per ſecundam dictionem non confertur expreſſe in voluntatem creditoris, ſed tacite, & velate, ut poſt Bartol. omnes agnoſcunt in *d. l.* 46.

Secundo infertur, dictionem *ſi* de futuro & in caſu contingenti inducere conditionem, ſive promiſſioni ſive ſolutioni, aut executioni adjiciatur. *l. quibus diebus* 40. §. *quidam Titio de condit. & demonſtr.* ubi conditionale legatum eſt, quod ab initio pure fuit relictum, & poſtea adjecta fuit conditio dationi ita: *quas pecunias legavi, eas heres meus, ſi mater mea morietur, dato.* quod non procedit in dictione *cum*; quia de ſe & rigoroſe non inducit conditionem, ſed ratione temporis incerti: probatur ex *l. ſi cui* 49. §. 1. *cum* 2. *ſeqq. de leg.* 1. ubi ſi ita legatum, *cum annorum* 14. *erit, heres meus annua, bima, trima die dato*, legatum eſt conditionale, donec ad pubertatem perveniat; quia usque ad illum diem non legavit, & eſt dies incertus; cum poſſit legatarius non pervenire usque ad pubertatem, & ſic initio ipſius obligationis adjecta fuit particula *cum*: quare fecit conditionem, ut etiam in *l. Sejus* 46. *ad S. C. Trebell.* Cæterum poſtquam pervenit ad pubertatem, non eſt legatum conditionale, ſed dilatum in tres annos ſive penſiones; quia adjicitur dationi, quaſi dixerit, *tunc dato*, non diſpoſitioni. Idem probatur ex *l. ex his verbis* 5. *C. quando dies leg. cedat.*

Tertio inde infertur ad rationem differentiæ inter contractus & ultimas voluntates; quia ſi debitor promittat, *cum voluerit*, non tenetur, niſi ante mortem declaret ſe velle; morte finitur voluntas. *l.* 4. *locati.* & ideo heres non poteſt declarare, & evaneſcit obligatio. *d. l.* 46. §. *penult.* Cæterum ſi teſtator jubeat, ut heres *cum volet* legatum præſtet, intelligitur relictum legatum poſt mortem heredis, adeo ut, cum vivat, poſſit protelare voluntatem; moriens vero omnino incipiat debere. *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſic fideicommiſſum* 5. *cum ſeqq. l. uxorem* 1. §. *Scævola* 13. *de leg.* 3. Notavit differentiam Jaſo in *d.* §. *penult. num.* 4. & 11. ſed nec ab eo nec ab ullo alio rationem potui diſcere, ea ni fallor eſt, quia debitor de ſe promittit ſive conſulit, nec aliter vult obligari niſi cum velit; mori autem non eſt velle, potius eſt ceſſatio, & finis omnis voluntatis. *d. l.* 4. heres vero præſtat legatum non ex propria voluntate, ſed ex præcepto teſtatoris, quare JCti interpretati fuerunt illa verba, *cum heres voluerit*, ut ad dationem, non ad obligationem referantur, videlicet ut per omnem vitam poſſit heres non velle, ſed non ut penderet legatum ex ipſius declaratione, quia teſtator, qui legavit, voluit ut omnino præſtaret.

Quarto infertur, ſi dictio *cum voluero* referatur ad creditorem, nec conditionem facere, nec temporis dilationem importare, quia qui ita ſtipulatur, *promittis decem, cum petiero*, vel *cum voluero petere*, potius agit ut confeſtim ei numerentur, ut in praxi inſtrumenta, aut ſyngraphæ *de pagar aſu voluntad, cada, y quando. l. Titio* 87. *de condit. & demonſtr. l. ſi decem* 48. *l. liber homo* 118. §. *decem hoc tit.* Tandem noto, hanc conditionem *cum*, quando eſt præpoſitio ſexti caſus ſive ablativi, non inducere conditionem, veluti ſi ancilla cum liberis libera eſſe juſſa ſit, conſequitur libertatem, quamvis nullos liberos habeat, niſi evidens alia ſit mens teſtatoris. *l. ſi ita fuerit* 13. §. *ſi ancilla de manumiſſis teſtam.* unde facile exponuntur textus in *l. ſi cui* 52. *l. ſi quis* 101. *de leg.* 1. *l. Lucius* 88. §. *quisquis de leg.* 2. illa enim propoſitio conjungit perſonas vel res legatas, ſed non influit neque immutat in ſingulis voluntatem teſtatoris. *l. ſi ſervo* 31. §. *liberorum de ſtatuliberis.* notat Bart. in *d. l.* 1. *num.* 23. & cum multis Barboſa *d. dictione* 75. *num.* 6.

§. XVIII. Succedit diſquiſitio de aliis adverbiis temporum, *quoad, donec, quamdiu*, de quibus Bart. in *d. l. num.* 15. & 16. hanc regulam tradit; quando apponuntur ad inchoationem actus, important conditionem: exempla petenda ſunt ex *l. ſufficit* 56. *de condict. indebiti.* ubi ſi pactum fiat de non petendo, donec Titius conſul factus ſit, eſt conditionale adeo, ut interim ſolutum poſſit repeti; cæterum ſi non apponantur ad inchoandum actum, ſed ad illum finiendum, important reſolutivam conditionem, vel potius reſolutionem diſpoſitionis, veluti lego iſti quoad, vel donec cum filio meo moretur, ſi incipit morari, & poſtea a filio recedit, reſolvitur legatum annuum. *l. legatum* 17. *de annuis leg. l. Gajo* 13. §. 1. *de alimentis leg.* quæ eſt ex *l.* 1. *C. de leg. l. pater* 101. §. *ult. de condit. & demonſtr.* ea eſt tamen differentia vulgaris inter ultimas voluntates, & contractus, quod legata vel fideicommiſſa ita relicta, *donec cum filio meo moretur*, vel aliter limitata deficiente caſu ipſo jure extinguuntur, ſed obligatio limitata ex contractu per prædictas dictiones non finitur ipſo jure, ſed ope exceptionis excluditur. *l.* 4. *de ſervitutib. l. cum qui* 56. §. *qui ita hoc tit. l. epiſtola* 52. §. *ult. de pactis.* quia regulariter tempus non eſt modus tollendæ obligationis. *l. obligatio num.* 44. §. 1. *verſ. placet de O. & A.* ſed diſpoſitio teſtamentaria, quia ex ſola voluntate teſtatoris ortum habet, ſuſtinetur tantum, quantum durat voluntas. Don. *lib.* 11. *comment. cap.* 10. Cujac. in *l.* 5. & 6. *de annuis leg.* Cæterum ſi actus retractari non poteſt, qualis eſt libertas, nihil efficit dictio *donec* ad extinctionem actus poſita. *l. Imperatores* 52. *de manumiſſis teſtam.* Docent Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 6. *princ.* 1. *in init.* Cujac. *lib.* 12. *quæſt. Pauli* in *d. l.* 52. & *lib.* 10. *reſponſorum Papin.* in *l.* 20. §. *ult. de manumiſſ.* quæ ſolent notari in *l. ambiguitates* 12. *C. de uſufructu.* ex quo facili lapſu deſcendimus ad quæſtionem de tutela, quam pater tutori inteſtato dato injunxit ſub hac formula, *quamdiu in Italia ſit*; non intelligitur enim adempta, ſi ab Italia tutor recedat, quia tempus præfixum habet a lege, ſed potius ſuſpenſa per intervalla, ut liberetur tutor a periculo, cum abſit, & poſtea in illud recidat cum redierit. *l.* 3. §. *quod ſi quis* 9. *de ſuſpectis tutorib. l. Titius* 45. *in princ.* & §. 1. *de excuſationib. tutorum.* Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 24. *princ.* 1. *illat.* 3. de qua dictione multa congerit Barboſa in *prædicto tractatu dictione* 93. Eadem dicenda ſunt de adverbio temporis *dum*, quod idem ſignificat ac *donec. l. uxori* 30. §. *uxori* 5. *de leg.* 3. *l. ſi quis* 8. *de condit. & demonſtr.* Notant Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 18. Pichard. in §. *ſi uxori num.* 41. *inſt. de leg.* Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 6. *num.* 32. Adverbium *quandoque* eſt etiam temporis, & ſignificat ſiquando, ideoque facit conditionem. *l. cum vir* 25. *de condit. & demonſtr. l. quod pupillæ* 30. *quando dies legat. cedat.*

§. XIX. *Niſi* adverbium, quamvis reſolutivum ſit, tamen ſemper reddit conditionales ultimas diſpoſitiones. *l. quibus diebus* 40. §. *quidam Titio de condit. & demonſtrat. l. fideicommiſſa* 11. §. *ſic fideicommiſſum de leg.* 3. non facit vero contractus conditionales in principio, ſed reſolvit illam ſub conditione. *l.* 2. *de in diem addictione. l.* 1. *de l. commiſſoria.* rationem differentiæ nondum inveni apud noſtros interpretes, & eam vidi quæſitam ſummo nixu in quodam certamine literario. Eſt ergo, ut cenſeo, quia diſpoſitio teſtamentaria eſt imperfecta, & ut ita dicam in fieri, donec morte confirmetur; & ideo licet ſit pura, ſi poſtea adjiciatur conditio reſolutiva, hæc adjectio influit in priorem voluntatem, & reddit eam conditionalem, tanquam ſi ab initio facta fuiſſet ſub conditione; eatenus enim cenſetur datum, quatenus non eſt ademptum. *l. aliquando* 107. *de condition. & demonſtr. l. legatum* 10. *de adimendis leg. l. quod pure* 6. *quando dies legati cedat.* Contractus vero pure incipit, & ex eo partibus jus ſtatim quæritur, nec ad perfectionem amplius deſideratur, quam partium conventio, ſi conſenſu perficitur. *l.* 2. *de O. & A.* ergo reſolutoria conditio, quæ finem reſpicit, non poteſt influere in principium contractus.

§. XX.

§. XX. Inducit etiam conditionem *ubi*, ſi adjiciatur verbo futuri temporis, & eventui, qui poſſit contingere vel non; veluti ſi mulieri legatum ſit, *ubi ea nupſiſſet. l. ſi ita ſcriptum* 45. §. *ult. de leg.* 2. ſignificat enim *cum* vel *ſi quando*, quæ conditionem important. Docet Bart. in *d. l.* 1. *num.* 19. & poſt eum Claſſici in *d.* §. *ult.* Eadem ratione *in* & *ad*, quando tempus futurum deſignant, inducunt conditionem: ut in illo, qui legavit ad tempus liberorum, id eſt ſi quando liberos habeat. *l. ſi ita* 51. §. *ult. de leg.* 1. *l. ſolemus* 9. *l. ſi vir* 61. *de condit. & demonſtr.* Bart. *num.* 23. Claſſici in *d.* §. *ult.* quod plerumque eveniebat in illis, qui ob cœlibatum vel orbitatem ex lege Papia nihil capere poterant, vel non ſolidum. Facit textus in *l. in tempus* 62. *de heredib. inſtit.* Et quæ notant Cujac. *tractatu* 1. *ad Africanum* in *l.* 22. *de mortis cauſſa donat.* poſt alios noſter Valentia *de liberis & poſth. parte* 2. *cap.* 2. *num.* 11. addendus etiam Molina *de primogeniis lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 40.

§. XXI. Sunt etiam quædam nomina, quæ relata ad futurum tempus inducunt conditionem, veluti diſtributivum *quisquis*, ut puta ſi teſtator dixerit, *quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio meo heres eſto*; intelligitur ſubſtitutio facta ſub conditione, ſi adierit ex principali teſtamento hereditatem. *l. qui liberis* 8. *in princ. verſ. ſub conditione*, & §. 1. *de vulgari.* eodem modo in *l. qui Romæ* 122. §. *Agerius hoc tit.* hæc verba, *quidquid debere patrem meum conſtitiſſet*, faciunt conditionem, adeo ut ſi non conſtiterit de debito in vita ipſius patris, evaneſcat ſtipulatio ex defectu conditionis, quia in patris perſona debuit impleri: ita Jaſo in *l. Stichum* 6. *num.* 5. & 7. *de leg.* 1. Donell. *lib.* 15. *comment. cap.* 11. & 12. omiſſo intellectu Coſtæ *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 23. Cæterum ſi ad præſens tempus referatur, non facit conditionem, veluti ſi ita legetur, *quidquid Epheſi debetur, Sejo lego*, ſed eſt taxatio quantitatis legatæ. *l. in conditionibus* 19. §. 1. *de condit. & demonſtr. l. ſi ſic* 75. §. 1. *de leg.* 1. Bart. Cumanus, & alii in *d. l.* 19. §. 1. Idem dicendum eſt de alio diſtributivo *uter. l. uter ex fratribus* 23. *cum l. ſeq. de condit. inſt.* ubi illa inſtitutio, *uter ex fratribus conſobrinam meam uxorem duxerit*, cenſetur conditionalis in *fine textus.* notat Bart. in *d. l.* 1. *num.* 27.

§. XXII. De relativo *quis* major controverſia eſt apud interpretes, immo apud JCtos, qua de re late agunt omnes Claſſici in *l. Stichum* 6. *de leg.* 1. Nos ſupra §. 11. veritatem tetigimus cum Coſta, & nunc ejus doctrinam retinemus, quæ talis eſt: ſi relativum illud referatur ad corpus genericum vel incertum, facit taxationem, ſed non conditionem; eſt demonſtratio taxativa ſed non generica; veluti *quod mihi Titius debet vel debuerit: quod ſolverit; veſtem, quæ mea erit, cum moriar*, non valet legatum, niſi quatenus mihi debitum eſt, vel quatenus veſtis eſt mea. *l. ſi ſic legatum* 75. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 1. *in fine de condit. & demonſtr. l. cum illud* 25. §. 1. *quando dies legati cedat.* Quod ſi adjiciatur certo corpori, facit proprie conditionem. *l. Quintus Mucius* 10. *de auro, & argento legato.* Hæc tamen vera ſunt, ſi ad futurum tempus referantur. Cæterum ſi ſit de præſenti, non facit conditionem. *l. ſcribit* 34. §. *item ſcribit* 1. *eodem tit.* unde idem Coſta *lib.* 1. *ſelectarum cap.* 6. facile, veriſſimeque expoſuit *d. l.* 34. §. *ult.* in quo dixit JCtus hæc verba, *aurum, quod uxoris cauſſa paratum erit, illi do lego*, non facere conditionem, quia adjectum eſt relativum ſuper corpore incerto; facere tamen *demonſtrationem, & argumentum legati*; argumentum & demonſtratio eſt taxatio, & deſignatio legati; videlicet *ex auro illo uxori lego, quod tempore mortis in bonis meis inveniatur:* hoc eſt argumentum legati; quia quod alioquin incertum erat, certificatur per illam demonſtrationem: quæ verba & doctrinam non percalluit Cujac. in *l.* 5. §. *ult. de leg.* 1. & *lib.* 20. *obſervationum cap.* 39. & ideo pro illis *demonſtrationem & argumentum*, repoſuit *diminutionem & augmentum*: ſed audacter & contra fidem omnium librorum, & acriter eum increpuit Ripoll in *rubr. de condit. & demonſtr. cap.* 2. *num.* 10. Joannes etiam Bertrandus *de Juriſperitis lib.* 1. in *Quinto Mucio Scævola pag.* 23. legit *detractionem*, retinuitque verbum *argumentum*; ſed aliter interpunxit textum, nec melius eum accepit quam Cujacius.

Sequitur ſecunda regula, ſi relativum adjiciatur ſuper certo corpore de futuro, non facit demonſtrationem, quia ſuperflua eſſet, ſi adjicitur rei ſatis demonſtratæ. *l. demonſtratio* 17. *de conditionibus & demonſtr.* ergo tunc ex voluntate teſtatoris facit conditionem. *l. Stichum* 6. *de leg.* 1. ad hanc ſpeciem referendus eſt textus in *l. ſi debitor.* 39. §. 1. *de contrahenda empt.* ubi proponitur venditor, qui promiſit (ut recte exponit Cujacius *lib.* 27. *obſervat. cap.* 35.) decem pondo olei, quod natum eſſet ex tali fundo, & pro ſingulis pretium conſtituiſſe: collecta fuerunt quinque pondo; quæritur utrum in plus teneatur? & reſpondet Julianus in ſola quinque teneri; quia relativum, *quod natum erit*, adjectum fuit certo corpori, videlicet ex illo fundo, & ideo facit conditionem, ſi naſcentur, & non aliter. Notat poſt Bart. & Claſſicos eleganter Jaſo in *d. l.* 6. *num.* 4. ſimilis eſt textus in *l. qui fundum* 40. §. *qui agrum eodem tit. l. cum certus* 5. *de tritico, vino, & oleo legato.* in qua *lege* non vocatur conditio ſed taxatio, quæ provenit ex prædictis verbis: ſed certe idem eſt ſenſus, quia cum non debeatur plus quam quod natum eſt, eſt & taxatio legati & conditio, habet enim argumentum ab eventu, id eſt certificationem. Cujac. *lib.* 2. *obſervat. cap.* 2.

Quod etiam procedit in annuis legatis, niſi quod hæc eſt ſingularis differentia; quod ſi legavi quinque annuas amphoras vini, quod natum erit ex illo prædio; ſi aliquo anno plus naſcitur, aliquo minus, ſuppletur penuria ex fertilitate, & ita exæquantur penſiones. *l. legatum* 17. §. 1. *de annuis legatis. l. ex eo* 13. *de tritico, vino, & oleo legato:* cum alias in legato ſimplici (ſi deſignatur annus neque in eo naſcitur) non debeatur amplius, ut patet ex *legg. citatis*, ibique notat Bart. poſt Gloſſam. Cui doctrinæ fruſtra opponitur textus in *l. Lucius* 12. *de alimentis & cibariis legatis.* Nam ibi teſtator indiſtincte ſeu abſolute legavit libertis ſuis alimenta annua certorum nummorum, poſtea ut facilius ea exigerent, deſtinavit prædia; reſpondit JCtus, deberi integra alimenta, quamvis fructus prædiorum non ſufficiant: hæc eſt diverſa ſpecies a ſuperioribus, quia non ſunt legati fructus ex fundo naſcituri; ſed certa quantitas annua; item quia fundus non fuit poſitus ad taxationem, ſed ad ſecuritatem alimentorum in hypothecam, ut poſt Bartol. docent Covarruv. *lib.* 3. *variar. cap.* 7. *num.* 5. *verſ.* 4. Neguſantius *de pignoribus part.* 2. *membro* 4. *num.* 124. Rodriguez *de annuis reditib. lib.* 2. *quæſt.* 9. *num.* 65. Avendano *de cenſib. cap.* 24. & 25. Garzia *de expenſis cap.* 4. *num.* 30. 37. & 51. Valaſcus *de jure emphyteutico quæſt.* 32. *num.* 21. qui cum multis docent, quoties promittitur, & multo melius, ſi legatur penſio annua perpetua, & aſſignatur fundus, ex quo ſolvatur, fundum cenſeri pignori obligatum. Ex his textibus hanc doctrinam commendabilem ad praxim deduxit Bartolus, quando legantur tot cadi, amphoræ, aut modii, qui naſcentur ex tali fundo, relativum habet vim conditionis & taxationis; quando vero fundus aſſignatur ad ſecuritatem promiſſionis vel legati, nulla eſt taxatio, ſed habet tantum vim demonſtrationis, id eſt deſignationis. *l. quidam* 96. *in princ. de leg.* 1. in uno caſu debitor conſulit ſibi, vel heredi, ne plus ſolvat, ſi minus naſcatur; in altero vero conſulit creditori, ut habeat, unde ſecure exi-

gat: quam ſequuntur multi ita accipiendi apud Rodriguez *de ann. redit. lib. 2. quæſt. 7. num. 5.* & 11. Amaya in *l. 1. C. de annon. & tribut. num. 18. & 2. ſeqq.*

Nonnulla tandem objici poſſunt contra diſtinctionem Coſtæ, quam nos probamus. Primo textus in *l. nuper 85. de legat. 3. in fin.* ubi æque pro conditione ſumuntur, *veſtem, quæ mea erit*, ac *Stichum, qui meus erit.* ergo adjectum incerto corpori relativum facit conditionem, ut adjectum corpori certo: corpus incertum eſt veſtis, corpus certum eſt Stichus; ſed recte reſpondet idem Coſta *lib. 1. cap. 1. num. 6. & cap. 4. & 6. a princ.* quod ideo dicitur pro conditione eſſe in utroque caſu, quia etiam in primo relativum habet vim taxationis; eſt enim illa demonſtratio, *veſtis, quæ mea erit*, deſignatio & declaratio veſtis legatæ; & idcirco, ſi non ſit teſtatoris tempore mortis, deficit omnino corpus legatum, & nihil eſt, quod poſſit præſtari: non enim deſignavit veſtem, niſi per illam relationem, quæ ſit mortis tempore; ergo quamvis ſit proprie demonſtratio, deſervit pro taxatione & deſignatione rei legatæ, & conditionis vice fungitur, *arg. l. ſi ſic 75. in princ. & §. 1. de leg. 1.* quomodo ſine violentia accipi poteſt textus in *l. ſervi 5. §. Labeo de leg. 1.* Opponitur etiam textus in *l. 2. de hered. inſt.* Ubi ſi teſtator aliquos ſcribat heredes, *ex partibus, quas adſcripſero*, valet inſtitutio nullis adſcriptis partibus: ergo non inducit conditionem, alias ea deficiente deficeret inſtitutio. Reſpondet tamen Bart. rectiſſime in *d. l. 1. num. 28.* quam ſequitur Jaſo in *d. l. 6. num. 19. & 20.* diſtinguendos eſſe tres caſus in relativo; nonnunquam enim refertur ad ſubſtantiam rei legatæ, veluti *Stichum, qui meus erit*, vel ad perſonam legatarii, veluti *lego illis, quos deſignavero in Codicillis:* nonnunquam refertur ad aliquod accidentale, quod non eſt de ſubſtantia actus, veluti *heredes facio illum, & illum ex partibus, quas adſcripſero:* valet enim inſtitutio, etiam non adſcriptis partibus. *§. ſi plures inſt. de hered. inſt.* In primis caſibus relativum facit conditionem circa ſubſtantiam actus, ad quem refertur, & ideo deficiente ea, deficit diſpoſitio, ut in *legibus allegat.* & in *l. qui plures 18. de uſufr. leg.* quæ loquitur in caſu, quo deſignatio perſonarum facienda in Codicillis defecit, & per hoc deficit etiam legatum: in ultimo vero caſu refertur ad accidens, quod nec mutat, nec variat diſpoſitionem, ſcilicet ad deſignationem partium, quæ in inſtitutione non eſt neceſſaria; & ideo non facit conditionem. Idem dicendum eſt, ſi teſtator dixerit, *inſtituo Titium heredem ſub conditionibus, quas infra adjecero*, nec adjecerit: conditio enim eſt accidens, quod ſolet poni inſtitutioni, ſed non requiritur ad valorem, quod ſemper adjiciatur, & ideo omiſſa non nocet. *l. pen. C. de inſtitut. & ſubſtit.* ubi Imp. laudat reſponſum Papiniani, quod extat in *l. cum pater 77. §. ult. de leg. 2.* notant utrobique interpretes, & Cujac. *lib. 2. reſponſ. Papiniani* in *l. ex ea 16. de donat.*

§. XXIII. Ex quo elegantes conſequentias deducit Jaſo in *d. l. Stichum 6. a princ.* quas noſtræ reſolutioni applicabo. Primo infero, ſi legatum ſit corpus incertum, veluti *aurum, quod erit heredis, vel hereditatis jacentis*; licet antea decedat legatarius, quam eveniat demonſtratio, tranſmitti ad heredes ejus legatum. Ad hanc partem apprime ſpectat textus in *l. cum illud 25. §. 1. quando dies leg. ced.* Quam tamen expoſui ſupra §. 12. & in præſenti abſtineo. Quod ſi legetur ſub eadem clauſula, corpus certum intranſmiſſibile legatum eſt, quia facit conditionem, ut docuit idem Jaſo. Secundo infero, non recte dixiſſe Bartolum in *d. l. 1. num. 29. & 30.* conditionem cauſſatam per relativum eſſe tacitam; quia ſi ita eſſet, non officeret tranſmiſſioni, ut dixi ſupra §. 9. Alio modo philoſophabatur Petrus de Bexu Doctor antiquus apud Jaſonem *ubi proxime num. 27.* quod erat tacita verbis ſpecialibus, ſed expreſſa generalibus; id eſt, primo aſpectu tacita, quia non habet vulgarem formam conditionis, ſed in receſſu expreſſa, quia habet effectus conditionis, ſed melius Coſta *d. lib. 1. cap. 7.* cenſuit omni reſpectu eſſe expreſſam, quia idem eſt dicere, *Stichum, qui meus erit*, ac *ſi meus erit.*

§. XXIV. Erravit etiam Bartol. *ubi proxime*, dum docuit, relativa quantitatis, *quotus*, & *quantus* inducere conditionem: contrarium enim decidit JCtus in *l. ut heredibus 50.* alias *ſi Titius 49. §. cum ita de leg. 2.* ubi qui legat, *quantam pecuniam heres meus exegerit a debitore meo, taxatam Sejo dato*, non cenſetur legare ſub conditione, & habet rationem ex proxime dictis; quia pecunia eſt corpus incertum, & certificatur per relativum quantitatis: ergo non poteſt efficere conditionem. Deinde relativa quantitatis non poſſunt referri ad corpus certum, ut poteſt referri relativum *quis*, veluti *Stichum, qui meus erit:* quare in illo non poteſt conſiderari conditio, ſed demonſtratio. Nec obſtat textus in *l. clemens 81. §. 1. de hered. inſt.* quo nitebatur Bartol. & poſt eum alii Claſſici, ubi docemur, illam inſtitutionem, *quanta ex parte Titius me heredem fecit, ex tanta Sejus heres eſto*; inutilem eſſe, ſi teſtator non inveniatur inſtitutus: non enim facit hoc relativum, ſed ipſa diſpoſitio; teſtator enim reſpexit ad factum tertii, qui eum inſtituerat, vel non; quapropter cenſetur cauſſa finalis inſtitutionis, qua deficiente deficit inſtitutio. *l. cum in ſecundo 16. de injuſt. rupt.* docent Accurſ. in *prima ſolut.* & Bartol. in *d. §. 1.* Ant. Fab. *de error. Pragm. decade 51. errore 5.*

§. XXV. Sed tunc granditer obſtat textus in *l. 2. de hered. inſt.* & in *l. ult. in f. de bonor. poſſ. ſec. tab.* ubi ita ſcriptus heres, *ex partibus, quas ſcripſi*, ſi non inveniatur ſcriptus, deficit inſtitutio. Sed ut reſpondeamus in primis, non poteſt dici deficere ex defectu conditionis; quia in præteritum concepta non eſt conditio, ut ſæpe monui. Deinde dicendum eſt, non poſſe vitiari inſtitutionem, etiam non deſignatis partibus, ſi ſolus fuiſſet inſtitutus, quia cenſeretur ſcriptus ex aſſe; vel ſi coheredes fuiſſent inſtituti ex partibus deſignatis, cenſeretur inſtitutus ex reliquo uſque ad complementum aſſis. *l. item quod Sabinus 17. de hered. inſt.* ſupereſt ergo, ut dicamus, *dictam legem* 2. intelligendam eſſe, quando coheredes inſtituti fuerant ſine partibus, vel totus as inter eos erat expreſſe a teſtatore diſtributus, tunc alter coheres inſtitutus ex partibus, quas ſcripſerat, ſi nulla erat aſſignata, inutiliter cenſetur ſcriptus, quaſi teſtator dixiſſet, *poſt totum aſſem diſtributum ex reliqua parte heres eſto. d. l. 17. §. ſed ſi 3.* quia ſi inveniretur ſcriptus heres ex aliquot unciis poſt completum aſſem, illæ unciæ accreſcerent vulgari aſſis computationi, & cenſeretur diviſa hereditas in tot partes, quot teſtator adjecit. *l. interdum 13. §. ſed ſi 4. cum ſeq. eod. tit.* ergo ideo vitiatur inſtitutio talis, quia incerta eſt, ut videtur docuiſſe Cujac. *lib. 7. quæſt. Pauli* in *d. l. ult.* ſecus vero ſi teſtator dixerit de futuro, *ex partibus, quas adſcripſero*; quia licet partes poſtea non adſcribat, inſtitutio valet. *d. l. 2. in fine.* ſi enim poſtea non adſcribit, videtur mutaſſe voluntatem, ut docte aſſeruit *ibi* Paulus Caſtrenſ. quin imo licet totum aſſem diſtribuiſſet inter coheredes, ſi ultimo partem non aſſignaverit, ex vi mutatæ voluntatis videtur ſine parte inſtituiſſe, & fit tranſitus ad dupondium. *§. ſi plures inſt. eod. tit.* & ita cenſeo de hoc difficili textu.

§. XXVI. Denique caſus nominis facit conditionem, qualis eſt ablativus abſolutus; videlicet, quando per eum diſpoſitio confertur in caſum futurum, qui ſe habet ad eſſe, vel non eſſe. Exemplum extat in *l. a teſtatore 109. de condit. & dem.* Veluti *acceptis nummis centum rogo reſtituas hereditatem coheredi tuo*, eſt fideicommiſſum conditionale, in quo non immoror; quia ex profeſſo tractavi,

Digitized by Google

vi, & expoſui illum textum ad notas Claudii *lib. 4. opuſcul.* Addendi ſunt de vi & poteſtate ablativi abſoluti ultra illic relatos Ripoll in *d. rubr. de cond. & dem. cap.* 3. *num.* 10. Baſil. *de matrim. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 4. Sanchez *eod. tract. lib.* 3. *diſp.* 2. *num.* 2. & 3. Petrus Barb: latiſſime in *rubr. ſoluto matrim. parte* 1. *num.* 13. & *num.* 16. Sarmiento *lib.* 2. *ſelect. cap.* 1. *num.* 16. & 17.

§. XXVII. Retinendum ergo eſt, nihil tam efficaciter formare conditionem, quam voluntas diſponentis, quæ ſola inſpicitur; ideo unum idemque verbum aliquando importat conditionem, aliquando non. Exempla extant in *l. Sejus* 46. *ad S. C. Trebell. l. Firmio* 26. *quando dies leg. ced.* ubi fideicommiſſum filio vel alumno relinquitur præſtandum annuatim ex reditibus totius ſubſtantiæ, cum ad legitimam ætatem pervenerit: & tamen magis cenſetur adminiſtratio permiſſa heredi fiduciario, ut rem ſervet uſque ad illud tempus, quam conditio adjecta diſpoſitioni; ita enim ex voluntate teſtatoris collegerunt JCti; videlicet inſpectis perſonis fideicommiſſariorum, qui erant filii vel alumni: cum alioquin, ſi fuiſſent extranei, per illa verba appoſita conditio cenſeretur. *l. ſi Pontionilla* 5. *C. quando dies legator. ced.* ut ſupra de particula *cum* admonui. Alio modo omnes Claſſici accipiunt hos textus, nempe ut ideo conditio non ſit, quia tempus fuit adjectum ſolutioni, non fideicommiſſo, quos ſequitur Ripoll in *rubr. cap.* 1. *num.* 46. *uſque ad* 51. ſed quamvis conveniat textui in *l. his verbis* 5. *C. eod. tit.* non video, qualiter adaptari poſſit duobus præcitatis. Noſtram doctrinam tenent idem Ripoll *cap.* 3. *num.* 13. Menoch. *tom.* 1. *conſ.* 78. *num.* 31. Baſil. *lib.* 3. *de matrim. cap.* 1. *num.* 4. & alii apud ipſos.

PRINCIPIUM TERTIUM.

De ſtatu & qualitate conditionalis ſtipulationis.

§. XXVIII. Primo videndum eſt, qui actus poſſint celebrari ſub conditione, & qui illam reſpuant, & quia deſpero omnes vobis exhibere, proponam generalem regulam cum aliquibus exemplis, quæ vos in ſingularibus poſſint manu ducere. Regula talis ſit, actus, qui ad hoc inſtituti ſunt, ut ſtatim ſortiantur effectum, id eſt, qui eſſentiam habent ab executione & conſummatione, non poſſunt conditionem recipere; quia eſſet adjectio conditionis contra ſubſtantiam actus. Cæteri actus poſſunt celebrari ſub conditione: ita Covarr. *de matrim. parte* 2. *cap.* 3. *num.* 2. Baſil. *lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 15. Donell. *lib.* 5. *comment. cap.* 18. & ibi Hilliger. *lit. F.* Exempla ſunt in primis, quæ referuntur in *l. actus* 77. *de R. J.* acceptilatio, hereditatis aditio, optio, datio tutoris, emancipatio, & alii actus legitimi, quos ſedulo recenſet Petr. Fab. *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 22. & *ſeqq.* ſed paulo preſſius hæc explicanda ſunt. Inprimis aditio hereditatis non poteſt fieri ſub conditione. *l. eum qui* 52. §. 1. & *ult. de adq. hered.* quia eſt actus acquiſitionis dominii. *l. cum heredes* 23. *de adq. poſſ.* §. *in extraneis inſt. de hered. qualit.* & *differ.* dominium vero non poteſt uno eodemque actu & acquiri & non acquiri. Contra quam partem nihil facit textus in *l. primo gradu* 23. *quæ in fraud. credit.* ubi heredes inſtituti de conſenſu creditorum ea conditione adierunt hereditatem, ut ad quartam partem æris alieni tenerentur: quia ibi verbum *conditio* ſignificat pactum, ut docent Hotman. *quæſtionum illuſtr. cap.* 34. Petr. Fab. in *d. l. actus* 77. noſter Valentia *parte* 2. *de acq. hered. num.* 57. neque etiam textus in *l. ſi legatus* 30. *l. omnes* 71. *ad S. C. Trebell.* ubi rogatus reſtituere hereditatem, ſi adire cogatur a fideicommiſſario, adit, ſed poſtea fruitur tempore ad deliberandum; quia ibi aditio pura eſt, & ſtatim eſt heres; differtur autem reſtitutio, ne careat ſubſidio deliberandi a Prætore inducto. Petr. Fab. *d. lib.* 2. *cap.* 22. *pag.* 336. *in fine.* Eodem modo addictio bonorum, quæ ex Edicto D. Marci fit, conſervandarum libertatum cauſſa, de quo in *l.* 4. *de fideicomm. libertatib.* & *tota tit. inſt. de eo, cui libertatis cauſſa bona addicuntur,* debet pure fieri, quia eſt inſtar aditionis, ſed non impedit, quod is ipſe, cui bona addicuntur, paciſcatur ante addictionem, ut ſervi directo manumiſſi ab ipſo conſequantur libertates, non directo ex teſtamento; quia verba Edicti hoc permiſerunt. *d. l.* 4. §. *hi, qui ad libertatem* 12. *cum ſeq.* in quo etiam illa verba, *hac conditione*, ſignificant *hoc pacto.* Eadem ratione ſervitus conſtitui, id eſt, imponi, aut quaſi tradi non poteſt ſub conditione. *l. ſervitutes* 4. *de ſervitutib.* ſed poteſt promitti ſub conditione. *l. exiſtimo* 98. *hoc tit.* quia poteſt deberi ſervitus ſub conditione, ut alia quælibet res; ſed cum imponitur, pure imponenda eſt, alias non eſſet impoſita, quia impoſitio dicit perfectionem, & conſummationem. Ant. Fab. in *Rational. ad d. l.* 4. ubi Cujac. *lib.* 7. *quæſtionum Papiniani*, & alii apud Hilliger. ad Donell. *lib.* 11. *cap.* 10. *lit. C.* Goveanus *lib.* 1. *varior. cap.* 9. noviſſime Marcus Aurel. Galvanus in *tract. de uſufructu cap.* 31. qui omnes docent, ſi conſtituatur uſque ad diem, vel uſque ad conditionem reſolutivam, adveniente die, vel impleta conditione ope exceptionis deſinere ſervitutem deberi. *d. l.* 4. ubi redditur ratio, quæ vulgaris eſt, quia tempus non eſt modus tollendæ obligationis ipſo jure, ſed per exceptionem. *l. obligationum* 44. *verſic. placet de oblig. & act.*

§. XXIX. Sed ingens, ut mihi videtur, difficultas naſcitur ex *l. qui abſenti* 38. §. 1. *de adq. poſſ.* ubi pro certo ſupponit JCtus, traditionem rei corporalis fieri poſſe ſub conditione, ut ea impleta transferatur poſſeſſio & dominium; deficiente vero utrumque deficiat. *l.* 2. §. *ſi pecuniam de donat. l. non omnis* 19. *de reb. cred. l. dotis* 7. §. *ſi res* 3. *l. ſi ego* 9. §. 1. *de jure dot.* quod pro conſtanti ſupponunt omnes Claſſici, & Ant. Fab. in *l.* 4. *de ſervitut.* Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 4. *num.* 13. ſed ſi verum eſt, valde impugnatur præcedens doctrina, quia tranſlatio dominii eſt ex illis actibus, qui præſentem effectum continent, nec poteſt ſimul transferri, & non transferri, nec per conditionem ſuſpendi. Vel ſi hic actus ſuſpenſibilis eſt, quare non eſt ſuſpenſibilis traditio ſervitutis? Deinde quia collatio beneficii id eſt inſtitutio & inveſtitura non poteſt fieri ſub conditione, niſi fiat a Romano Pontifice, qui poteſt in legibus Eccleſiaſticis diſpenſare, ut ſignanter docet Gloſſa *verbo a Romano Pontifice* in *cap. ſi gratioſe de reſcriptis in* 6. quam ſequuntur Covarr. *lib.* 3. *var. cap.* 16. *num.* 2. Ripoll in *rubrica de condit. & dem. cap.* 1. *num.* 12. Barboſ. in *d. cap. ſi gratioſe num.* 7. Quod ſi in una ſpecie traditionis procedit, non poteſt deficere in aliis. Huic difficultati ut reſpondeam, obſervo, actus, qui non recipiunt conditionem, poſſe illam admittere, ſed tacite & a prævio actu dependentem: veluti acceptilatio non recipit conditionem, & tamen ſi acceptum feratur ei, qui ſub conditione promiſit, tacite recipit conditionem ſtipulationi adjectam. *d. l. actus* 77. *de R. J.* ſolutio pecuniæ aut rei debitæ non poteſt fieri ſub conditione, quia petit actualem & præſentem translationem dominii. *l. cum quis* 38. §. 1. *de ſolut.* & nihilominus ſi debetur ſub conditione, poteſt fieri ſolutio ſub eadem conditione, nempe ſi eveniat conditio debiti. *l. ſub conditione* 16. *eod. tit. l.* 2. *de condict. indeb.* Briſſ. *lib.* 2. *de ſolut. tit. de acceptilatione.* P. Fab. *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 23. Eodem ergo modo, quando cauſſa prævia transferendi dominii conditionalis eſt, veluti cauſſa dotis futuræ, quæ habet tacitam conditionem, *ſi matrimonium ſequatur. l. ſtipulationem* 21. *de jure dot.* poteſt traditio ſub eadem conditione fieri, quia eſt tacita. *d. l.* 7. & 9. *eod. tit.* ſic ſimiliter poteſt adjici illa conditio, trado tibi rem, *ſi mea eſt. d. l.* 38. §.

1. eſt enim intrinſeca & veluti de natura traditionis, quia nemo plus juris in alium transferre poteſt, quam ipſe habet, ut eſt juris regula. Itaque in *d.* §. 1. illa verba, *poſſeſſionem ſub conditione tradi poſſe*, accipienda ſunt ſecundum ſubjectam materiam de conditionibus tacitis, præviis, & neceſſariis ad valorem traditionis ipſius, quamvis reluctetur ibi Cujac. *lib.* 44. *Dig. Juliani*, qui rectam ſemitam vidit, ſed timuit calcare. Nec obſtant etiam textus in *d. l.* 19. *de reb. cred. l.* 2. §. *ſi pecuniam de donation. l.* 2. *de mort. cauſſa donat.* ibi enim traditio ipſa non eſt conditionalis, ſed donatio, id eſt, cauſſa traditionis; *dono tibi, ſi illud acciderit, ſi moriar. &c.* & ſtatim trado, ſed quia traditio ſola non transfert dominium, niſi juſta & perpetua cauſſa præcedat, quam traditio ſequatur. *l. numquam* 31. *de adq. rer. dom.* neceſſe eſt, ut effectus traditionis pendeat ab exiſtentia cauſſæ, & perfectione donationis. Agnoverunt Cujac. *lib.* 10. *Dig. Juliani*, Ant. Fab. & Donell. in *d. l. non omnis* 19. Bartol. Cuman. & Claſſici in *d. l.* 16. *de ſolut.* Itaque mea ſententia eſt, quoties præceſſit titulus purus, veluti venditionis aut donationis puræ & ſimplicis, non poteſt ſequi traditio conditionalis; quia implicat contradictionem, quod res tradatur de facto, & ſuſpendatur traditio; ut, quamvis male ſentiat, recte prævidit Giphan. in *d. l.* 38. §. 1. *de adq. poſſ.* ſed quoties titulus eſt conditionalis, & traditio fiat pure, ſecum trahit conditionem tituli, a quo pendet ejus effectus. Hæc opinio, ſi fides eſt Cujacio in *d. l.* 38. §. 1. fuit Martini doctiſſimi & vetuſtiſſimi gloſſatoris, cujus integriores gloſſas habuit Cujacius, ut non ſemel teſtatur; & ut mihi videtur, fuit etiam Accurſ. in *d. l.* 16. *de ſolut. verbo facta circa finem*: ut faceſſet opinio Bartoli, Cumani, Caſtrenſ. & antiquorum putantium, conditionem poni poſſe non tantum titulo, ſed etiam traditioni.

§. XXX. In hac etiam re noto alium errorem circa conſtitutionem uſusfructus: vulgo enim exiſtimatur, uſumfructum ſub conditione conſtitui poſſe, in qua opinione fuit Bartol. in ſua ſubtili *lectura ad l. uſusfructus* 4. *de uſufr.* quem ſequuntur omnes Claſſici, & Cujac. in *l.* 4. *de ſervitut.* Galvan. *de uſufr. cap.* 31. *pag.* 390. ſed quid doctiſſimos auctores moverit ad ſic ſentiendum, non video. Inprimis adverſus eos facit ea ſubtilis ratio excogitata a Bartol. in *d. l.* 4. *num.* 4. quam ſequentibus numeris ingenioſe proſequitur: ut nemo ferro candenti poteſt imprimere corpori characterem, & ejus exiſtentiæ adjicere conditionem inchoativam vel reſolutivam; ita nemo poteſt conſtitutioni ſervitutis contrariam qualitatem adjicere, a quo parum diſcrepat Briſſon. *lib.* 2. *de ſolut. tit. de acceptilat.* quæ ratio æque militat in traditione rei corporalis, atque in traditione cujuscumque ſervitutis. Deinde tradere & ſuſpendere traditionem, ſunt actus contrarii: ergo uno contextu peragi non poſſunt. Denique eos movere non debuerunt textus, quibus nituntur in *l.* 4. *de uſufruct. l. unic.* §. *pen. quando dies uſusfr. leg. cod. l. & puto* 16. §. *uſusfructus* 2. *fam. ercisc.* nam in *d.* §. *pen.* de legato aut promiſſione uſusfructus agitur, quæ poteſt eſſe in diem aut ſub conditione, & in *d. l.* 4. & in *d.* §. 2. de datione & adjudicatione ex die, & ad diem facienda; quod illum ſenſum habet, quod ab arbitro ad dividenda bona aſſumpto, vel a promiſſore aut teſtatore poſſit dari uſusfructus, qui incipiat a die, & finiatur adveniente die præſtituto; non tamen probant, in ipſa quaſi traditione uſusfructus poſſe poni diem, ut hodie tradatur in craſtinum; quia hoc eſſet abſurdum: ergo idem dicimus de uſufructu, ſive de ejus conſtitutione, quod de cæteris ſervitutibus & rebus corporalibus, ut ante nos prævidit Vultejus in §. *ult. inſt. de ſervitutib.* cujus ſententia non debuit diſplicere Hilliger. ad Donell. *lib.* 11. *cap.* 10. *lit. C.* illud tamen ſpeciale eſt in uſufructu, quod usque ad certum tempus conſtitutus ipſo jure finitur adveniente die, nec opus eſt exceptione, ut ex *dictis legibus* recte colligit Bartol. quem alii ſequuntur. Ratio eſt, quia uſusfructus conſiſtit in ipſa perceptione fructuum, qui quotidie naſcuntur, & ideo ipſe quotidie conſtituitur. *l.* 1. §. *interdum de uſufructu accreſcendo.* quamobrem adveniente die, in quo deſinit, non poteſt amplius conſtitui, & ipſo jure deficit, ut ſubtiliter docuit Donell. *lib.* 10. *comment. cap.* 16.

§. XXXI. Sed proſequamur exempla: adoptio ſub conditione fieri non poteſt. *l. quæſitum* 34. *de adopt.* nec manumiſſio per vindictam, licet tacitam conditionem recipiat. Veluti ſi heres manumittat ſervum legatum ſub conditione, interim nihil agit. *l. ſervum* 11. *de manumiſſ.* ſed repudiante legatario competit libertas. *l. ſi miles* 32. *de teſtam. milit. l.* 2. *de manumiſſ. l.* 3. *de manumiſſ. vindict. l.* 3. *qui & a quib. manumiſſi.* in quo valde relucet favor libertatis, ut dicam *lib.* 8. *opuſcul. cap.* 26. Nec divortium, ut vulgo ſolet probari ex *l.* 3. *de divort.* Nec auctoritatis a tutore præſtatio in negotiis pupillaribus. *l. nec ſub conditione* 8. *de auctor. tutor.* Nec datio tutoris ſive legitimi ſive judicialis. *l. mute* 6. §. *ſub conditione de tutel.* Nec ſententia ferri ſub conditione poteſt. *l. qui teſtamento* 37. *de excuſation. tutor. l.* 1. §. *biduum ff. quando appelland. ſit.* Dixi in *l. a Divo Pio* §. *in venditione de re judicata.* & docet Petr. Fab. *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 24. *pag.* 360. *& ſeq.* Denique matrimonium, prout eſt actus transferens reciprocum dominium corporum de præſenti, ſub conditione celebrari non poteſt: quod ſi conſenſui adjiciatur conditio, non erit matrimonium ſed ſponſalia. *cap. ſuper eo. cap. per tuas extra de condition. appoſit.* docent Cujacius in *cap.* 1. *eod. tit.* Baſil. *lib.* 3. *de matrim. cap.* 13. *a princ.* & quamvis non ita expreſſe loquatur, ad hos terminos reducendus eſt Pater Sanchez *lib.* 5. *ejusdem tractatus diſp.* 6. *cum l.* 3. *tit.* 4. *Part.* 4.

§. XXXII. Per contrarium illi actus, qui ex ſuo genere non petunt conſummationem de præſenti, ſed aliquid aliud poſt ſe ſpectant, dilationem & conditionem recipiunt, ita poſt alios Hilliger. ad Donell. *ubi proxime.* Pichard. *num.* 2. in §. *omnis inſt. hoc tit.* tales ſunt omnes contractus; nam ex contractu oritur obligatio. *l.* 1. *per totam, & lib.* 2. *de oblig. & act.* ex obligatione naſcitur actio. *l. licet* 42. §. *ea obligatio de procur.* per actionem autem exigimus, quod nobis debetur. *princ. inſt. de act.* ergo cum contractus ſpectet a ſententia judicis executionem, conſequens eſt, ut ſub conditione poſſit celebrari, veluti ſtipulatio. §. *omnis inſt. hoc tit. l. ex duobus* 7. *de duob. reis.* venditio, & locatio. §. *emptio* 4. *inſt. de empt. & vendit. l. neceſſario* 8. *de peric. & comm. rei vend. l. bovem* 43. §. *ſi ſub conditione* 9. *de Ædil. Edict. l. ſicut* 20. *ff. locat.* Societas, ſed de hac olim dubitatum fuit: quia videbatur conſiſtere in ipſa rerum aut induſtriæ actuali communicatione. *l.* 1. *pro ſoc. princ. inſt. eod. tit.* quæ communicatio cum facti ſit, ut traditio, non videbatur poſſe recipere ſuſpenſionem aut dilationem: ſed contrarium decidit Juſtinianus in *l. de ſocietate* 6. *C. pro ſocio.* diſtinguens ſubtiliter & certo contractum ipſum ab ejus effectu, qui in communicatione conſiſtit: ita eleganter Ant. Fab. in *d. l.* 1. *pro ſocio.* Cujac. in *recitat. ad titulum C. eod. tit.* quamvis aliter cenſuiſſet in *paratitlis*, & *lib.* 28. *quæſtionum Papiniani in l. actus* 77. *de R. J. & lib.* 32. *Pauli ad Edictum* in *d. l.* 1. & aliter Donell. in *d. l.* 6. Item transactio in *l. ſi ſuper* 9. *C. de transact.* mutuum. *l. omnia* 7. *de reb. cred.* pignus. *l. grege* 13. §. *ſi ſub conditione de pignor. act.* Eadem ratione inſtitutiones, legata, & fideicommiſſa ſub conditione dari poſſunt. §. *heres pure inſt. de hered. inſt. l. unic.* §. *ſin autem C. de caduc. toll.* libertates teſtamentariæ. §. *ad certum inſt. qui teſtam. tutor. dar. poſſ.* quia datio tutoris teſtamentaria non eſt injunctio tutelæ, ſed deſignatio; qua etiam ratione li-

libertus uni ex filiis poteſt ſub conditione aſſignari. *l. ſub conditione* 10. *de aſſign. libert.* Et alia hujusmodi conditionem recipiunt, quæ in unum colligere magis laborioſum eſſet, quam liberale.

§. XXXIII. His poſitis ſupereſt, ut explicemus, qualis ſtatus ſit actus ſub conditione celebrati? Qua in re habemus elegantem regulam his verbis conceptam, *quod pendet, non eſt pro eo, quaſi ſit*, relatam in *l. is damnum* 169. §. 1. *de R. J.* quæ idem ſignificat, ac illud axioma Philoſophorum, *conditionalia nihil ponunt in eſſe:* id eſt, quod pendet, ſub conditione nec eſt, nec deſinit eſſe; habet ſe ad utrumque, ad eſſe & ad non eſſe: quod melius manifeſtabitur exemplis. Homo emptus ſub conditione non poteſt redhiberi, dum pendet conditio; quia non poteſt reſcindi, quod adhuc non exiſtit. *l. bovem* 43. §. *ſi ſub conditione cum ſeq. de Ædil. Edict.* ſi ſervo proprio relicta ſit libertas ſub conditione, legatum vero pure, & dies legati cedat pendente conditione, evaneſcit legatum; quia non exiſtit liber, dum pendet conditio. *l. quæſitum* 91. §. 1. *de leg.* 1. *l. Julianus* 86. §. *cum vero de condit. & dem. l. nam cum libertas* 8. *quando dies leg. ced.* liber eſſe juſſus ſub conditione interim eſt heredis pleno jure. *l. ſtatuliberi* 29. *de ſtatulib.* & poteſt noxæ dedi ob delictum; ſed adveniente conditione liberatur, quia revera pendebat ſtatus, quando deditus fuit. *l. ſtatuliberum* 9. *eod. tit.* eadem ratio eſt de cæteris alienationibus; poteſt enim cum ſua cauſſa alienari, modo ejus conditio non reddatur deterior. *d. l.* 9. §. 1. cum aliis. Item ſi duobus pure inſtitutis alter ex eis ſcriptus ſit hoc amplius ex aliquot unciis ſub conditione, adeo pendet inſtitutio hujus partis, ut, ſi decedat ea nondum impleta, nihil transmittat, ſed tota portio coheredi accreſcat; quia tempore, quo datio perficitur, in rerum natura non fuit. *l. liber homo* §. 1. *de heredib. inſt.* ſi alicui ſervo fideicommiſſa libertas relicta ſit ſub conditione, & antequam eveniat conditio, ab eodem herede inſtituatur heres ſub conditione tacita ejusdem libertatis; dum pendet conditio, eſt heres neceſſarius, ſed adveniente conditione libertatis fit liber ex prima cauſſa, & remanet voluntarius. *l. ſi ſervum* 71. §. 1. *in fin. de adq. hered.* ſi ſervus mortis cauſſa donetur, & interim adquirat, in pendenti eſt acquiſitio, quamdiu pendet conditio donationis. *l. ſi is ſervus* 20. *de donat. inter V. & U.* ſi aliqua legata relicta ſint ſub conditione, aliqua pure, in computanda ratione legis Falcidiæ pura legata non præſtantur integra propter conditionalia, quæ pendent. *l. ſi propter* 53. *ad leg. Falcid.* quæ ſatis ſint docent uberius Petr. Fab. & alii in *d. l.* 169. §. 1. *de R. J.* idem *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 19. & 2. *ſeqq.* Sanchez *lib.* 5. *de matrim. diſp.* 6. maxime *num.* 5. Baſil. *lib.* 3. *cap.* 13. Donell. *lib.* 8. *cap.* 30. & Hillig. *lit. B.* & *lib.* 15. *cap.* 11. ubi late Hilliger. *lit. A.* Ant. Gomez. *tom.* 2. *variar. cap.* 11. *num.* 28. ubi additionator multos adducit, Ripoll in *rubr. de condit. & dem. cap.* 1.

§. XXXIV. Ex quo facilis inſpectio eſt, an qui dedit ſub conditione, ea pendente debitor vere ſit? Certum enim eſt, interim debitorem non eſſe; quod probatur ex *l. ſub conditione* 16. *de condict. indeb.* ubi ſi, quod debetur ſub conditione, interim ſolvatur per errorem, poteſt repeti, quia non eſt debitum: idem probat textus in *l. qui promiſit* 48. *eod. tit.* Diſerte etiam docemur fidejuſſorem, qui ſub conditione interceſſit ante ejus adventum, non obligari, in *l. fidejuſſor* 16. §. *ſtipulatione* 5. *de fidejuſſ.* faciunt textus in *l. ſub conditione* 16. *de ſolut. l. quod in diem* 12. *de acceptilationib. l. cedere diem* 213. *de V. S.* §. *ſub conditione* 4. *inſt. hoc tit. l.* 12. *tit.* 11. *Part.* 5. & fere omnes textus ſuperiori §. relati. docent Hilliger. & Ant. Gomez. *ubi proxime.* Morla in *empor. jur. tit. de reb. cred. quæſtione* 7. Pichard. & alii in §. *ex conditionali inſt. hoc tit.* quamvis antiquiores apud Viglium in *l.* 1. *num.* 89. *ſi certum petatur.* & Alberic. Gentil. in *l. creditores* 10. *de V. S.* perperam contrarium cenſuerint.

§. XXXV. Sed aliqua ſunt, quæ opponuntur. Primo opponitur textus in *l. creditores* 10. *de V. S.* ubi Ulpianus conſtanter aſſerit, creditores eſſe, quibus pure, in diem, vel ſub conditione debetur; alio modo reſpondendum eſt ex mente compoſitorum Pandectarum, qui illam regulam generalem nobis reliquerunt; alio modo ex mente JCti. Ex hac mente reſpondeo cum Cujac. loqui Ulpianum de cauſſis irrogandæ infamiæ, & præcipue de ea, quando quis mitti poſtulat in poſſeſſionem calumniæ cauſſa ex falſo credito: in qua inſpectione creditorem calumnioſum cenſeri ait, ex quacumque cauſſa ſibi deberi fingat, etſi ſub conditione. Ex compoſitorum mente reſpondendum eſt cum communi, quam ſequuntur Alciat. Morla, & Hilliger. ibi large & improprie accipi verbum *creditoris* pro eo, qui ſpem habet ſibi debitum iri, qui non abſolute, ſed conditionalis creditor appellatur in *l. creditores* 54. *eod. tit.* juncta *l. id quod* 19. ſic intelligenda *de pecun. conſtit.* Secundo opponitur textus in *l. is, cui* 42. *de oblig. & act.* ubi creditor conditionalis ex contractu appellatur proprie creditor ad differentiam ejus, cui debetur ex cauſſa legati vel fideicommiſſi ſub conditione, qui non dicitur creditor, ut etiam in *l. in fraudem* 27. *qui & a quib. l. cum is* 8. *eod. tit.* juncta expoſitione Cujacii *ibidem*, & Fabri in *Juriſprud. Papin. tit.* 6. *principio* 2. *illat.* 6.

§. XXXVI. Difficilis hic locus vulgo reputatur, ſed mihi etiam placet communis expoſitio; videlicet quodammodo eſſe creditorem, cui ſub conditione debetur, non quidem eo reſpectu, ut actio ante adventum conditionis naſcatur, ſed ut interim, ac pendet conditio, non ſit in poteſtate debitoris mutare voluntatem, quia jam eſt celebratus contractus, a quo nemini ex contrahentibus licet reſilire, *arg. l. neceſſario* 8. *de peric. & commod. rei vendit.* docent Hilliger. *d. lit. A.* Gentilis in *d. l.* 10. *de V. S.* Ant. Fab. *lib.* 15. *conject. cap.* 6. & *de erroribus Pragm. decad.* 25. *errore* 1. Deinde quia ſtipulatio ab initio vires ſumit, quamvis ſit conditionalis, ut quicumque alius contractus, & ideo transmittitur ad heredes, licet ſtipulator decedat conditione pendente. *l. ſi quis* 57. *hoc tit.* §. *ex conditionali* 4. *inſt. eod.* legatum vero aut fideicommiſſum, dum vivit teſtator, revocabilia ſunt. *l.* 3. §. *ult. cum l. ſeq. de adim. legat.* Deinde poſt mortem teſtatoris non transmittitur, ſi legatarius pendente conditione decedat. *l. unic.* §. *ſin autem C. de caduc. toll.* ergo propter hunc reſpectum creditor ex contractu conditionalis appellatur creditor, ſed non creditor ſub conditione ex cauſſa teſtamenti: docent ſupra relati, & cum multis Olea *de ceſſione jur. & act. tit.* 3. *quæſtione* 10. *num.* 8. Nec obſtat textus in *l. quod de pariter* 16. *de reb. dub.* in quo mater ſtipulata dotem a marito ſibi reddi mortua filia in matrimonio, ſi ſimul ruina aut naufragio pereat cum filia, non transmittit ſtipulationem ad heredes; quia reſpondetur, hoc provenire ex defectu conditionis non ſtipulationis: ſtipulata enim fuit ſibi reddi, id eſt, ſibi ipſi ſuperſtiti, ſi maneret viva poſt mortem filiæ, quod cum non accidiſſet, defecit conditio ſtipulationis. docent Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 7. *num.* 8. Donell. & Cujac. in *d. l.* 16. addendus Coſta in §. *cum in bello ſcholio ult. num.* 1. & alii apud Oleam *d. tit.* 10. *num.* 10.

§. XXXVII. Sed jam deſideratis ſcire rationem, quam quotidie quæritis, quare ſtipulatio conditionalis transmittatur ad heredes, & legatum fideicommiſſumve conditionale non transmittatur? Communis eſt, quia in contractibus ſpectatur tempus, in quo contrahitur, in teſtamentis tempus, in quo legata cedunt, ita aliqui apud Oleam *ubi proxime num.* 9. ſed hoc ipſum iterum quæritis, ſive rationem hujus rationis, quam præſtitit cum judicio Donell. in *l. ſi filius* 78. *hoc tit.* & funda-

vit Hilliger. *lib.* 9. *ad eumdem cap.* 6. *lit. G.* quia contractus continet factum utriusque partis; diſpoſitio vero teſtamentaria ſolam continet voluntatem teſtatoris, in qua nihil agit legatarius; & ideo contractus ſtatim valet: diſpoſitio teſtamentaria non poteſt conſiderari, donec aliquem effectum incipiat producere per ceſſionem diei. Hæc ratio etiam valet, ut ſtipulatio conditionalis ſtatim patri acquiratur, quamvis impleatur conditio poſt emancipationem filii; legatum vero non aliter patri acquiratur, quam ſi filius in poteſtate perſeveret, cum conditio evenerit. *l. quæ legata* 18. *de R. J.* qua de re late egi in *tract. de acquiſit.* Ego tamen aliter concipio hanc rationem; videlicet, quia contractus, etſi conditionalis ſit, ſtatim eſt in eſſe productus, & illico obligat contrahentes, ne ab illo recedant, quamvis conditionalis ſit, ut nuper dicebam; quare nihil mirum, ſi tempus contrahendi inſpiciatur; diſpoſitio vero teſtamentaria non obligat ſtatim, nec valet, niſi ex voluntate teſtatoris, quæ in futurum collata eſt: ex quo facile elucet ratio, propter quam ſervus hereditatis jacentis, quæ corporis expers eſt, in quo uſusfructus conſiſtit, non poſſit ſtipulari uſumfructum nec ſub conditione; & tamen ſub conditione ei poſſit legari. *l. ſi uſusfructus* 26. *de ſtipul. ſervor.* non etiam poſſit delegari, aut cedi legatum conditionale. *l. legata* 41. *de cond. & dem.* ut obſervavit Cujac. *lib.* 18. *obſerv. cap.* 1. & in *l. unic.* §. *cum autem C. de cad. toll.* & poſſit cedi obligatio conditionalis ex contractu. *l. nomina. l. multam de hered. vel act. vend.* Olea *d. quæſt.* 10. *a princ.*

§. XXXVIII. Sed adverſus nuper dicta obſtant textus in *l. ſi rem* 31. *l. exiſtimo* 98. *hoc tit.* ubi ſtipulatio rei meæ ſub conditione facta valet, ſi tempore exiſtentis conditionis mea eſſe deſierit; idem de emptione docemur in *l. exiſtimo* 61. *de contrahend. empt.* ergo non inſpicitur tempus contractus, ſed exiſtentis conditionis. Vidit hanc difficultatem Accurſ. in *d. l.* 31. ex cujus non admodum perſpicua doctrina ita perſpicue diſſolvit Bartol. *ibidem:* aut quærimus de contractu ipſo ad cauſſam acquiſitionis, & tunc inſpicimus tempus, in quo celebratur. *l. ſi filius* 78. *hoc tit.* aut de perſonis contrahentium, & tunc etiam idem tempus inſpicimus; quia perſona contrahentis non admittit ſuſpenſionem, niſi enim perſona certa eſt, non poteſt eſſe contractus. *l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus in fin. hoc tit.* quomodo accipitur textus in *l. ſi uſusfructus* 26. *de ſtipul. ſervor.* in quo ſtipulatio uſusfructus facta per ſervum hereditatis jacentis non ſuſtinetur, quamvis fiat ſub conditione, quia deficit perſona, quæ poſſit uti frui, & ad perſonam inſpicitur tempus celebrati contractus: ſin autem de re quæramus, non inſpicitur tempus ſtipulationis, ſed impletæ conditionis; quia ad contractus non inſpicitur præſens jus rei, nec eſt neceſſarium, ut de præſenti exiſtat. *l. interdum* 73. *hoc tit. l. ex emptis* 11. §. *ult. cum l. ſeq. de act. empt.* Et ideo licet res mea ſit, in qua a principio ſtipulatio conſiſtere non poſſet. *l. nemo* 82. *hoc tit.* tamen ſi ſtipuler rem meam ſub conditione, valet propter caſum de futuro contingentem; poteſt enim eſſe non mea tempore expletæ conditionis: itaque reſpectu rei non inſpicimus tempus contractus: nec obſtat textus in *l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſacram* 5. *hoc tit.* ubi ſtipulatio rei ſacræ aut hominis liberi ſub conditione facta inutilis eſt, etſi tempore expletæ conditionis homo liber effectus ſit ſervus, vel res ſacra efficiatur profana. Hoc enim alia ratione evenit, & quidem ſpeciali, nempe quia triſtis eventus non eſt exſpectandus, ut ipſe textus ait. Ita poſt Bartol. Caſtrenſ. Alex. Jaſo, Donell. & Giphan. in *d. l.* 31.

§. XXXIX. Denique obſtant textus in *l. in omnibus* 41. *de judic. l. in poſſeſſionem* 6. *l. pen. ex quib. cauſſis in poſſ. eat. l. creditoribus* 4. *de ſeparation. tot. tit. ut in poſſeſſionem legator.* quibus docemur, creditorem conditionalem ſive ex cauſſa contractus ſive teſtamenti poſſe poſtulare ſatisdationem a debitore; immo ſi latitet, vel ſuſpectus ſit de fuga, poſſe mitti in poſſeſſionem, quamvis non poſſit impetrare, ut bona vendantur, quoniam reſpondeo, id potius provenire ex ſpe debiti, quam ex debito. Nec enim jus permittit, ut ſpes illa fruſtretur, maxime ex malitia rei: docent late & cum multis Petr. Barb. in *d. l. in omnibus* 41. Fontanel. *de pact. nuptial. tom.* 1. *clauſ.* 4. *gloſſa* 9. *parte* 5. *num.* 30. Ripoll in *d. rub. cap.* 1. *num.* 54. *uſque ad finem.* vel ut docuit ſapienter Covarr. in *practicis cap.* 19. quia, licet non ſint vere creditores, ſunt creditores ſecundum quid, id eſt, ſecundum contingentiam conditionis, quod ſufficit, ut eorum ſecuritati conſulatur per viam cautionis: ex quo latiſſime Salgadus in *labyrintho creditor. parte* 1. *cap.* 8. *num.* 24. *uſque ad* 37. fundat, creditorem conditionalem, & multo magis in diem poſſe in judicio concurſus comparere, petereque gradum; non ut ſtatim ſibi pecunia ſolvatur, ſed ut ſibi præſtetur ſatisdatio ab aliis poſterioribus creditoribus de reſtituenda pecunia, ſi conditio fuerit expleta.

§. XL. Jam gradum facimus ad poſtremam inſpectionem, quando cenſeatur vere creditor, cui debetur ſub conditione? manet autem profligata ex ſuperioribus; creditor enim eſt, ſimulac impletur conditio: diſerti textus in *l. hæc venditio* 7. *l. ſi quis fundum* 37. *de contrah. empt. l. neceſſario* 8. *de peric. & commod. rei vend.* neque aliud requiritur præter implementum conditionis, ut ſentiunt Sanchez *de matrim. lib.* 5. *diſp.* 8. Baſil. *lib.* 3. *cap.* 14. Molin. *tom.* 2. *de juſt. & jur. diſp.* 285. *concluſ.* 4. Parlador. *lib.* 2. *rerum quotid. cap. ult. parte* 1. §. 12. *limitat.* 5. impleta vero conditione retrocurrit contractus, & creditor cenſetur ex die, quo initus fuit, non ex die, quo impletur conditio, ut in tacita conditione matrimonii probat textus in *l.* 1. *qui potior. in pign. habean. l.* 33. *tit.* 13. *Part.* 5. & in quavis expreſſa. *l. qui balneum* 9. *in princ.* & §. 1. *l. potior* 11. §. 1. *eod. tit. l.* 27. *eod. tit. & Part.* niſi conditio contractus ſit mere poteſtativa, poſitaque in facultate debitoris, veluti in mutuo, à cujus poteſtate pendet, ne ſe obliget, ſi non accipiat. *l. qui pecuniam* 30. *de reb. cred.* juncta *l.* 4. *quæ res pign. vel hypothecæ.* vel ſi promiſit ſub conditione, ſi aliquid feciſſet, vel non feciſſet, nec enim in effectu promittere cenſetur, donec ipſe velit obligari, & ideo non retrotrahitur conditio. *d. l.* 9. §. 1. ubi docet Cujac. & in aliis locis, & latius proſequuntur ad praxim multa reſolventes. P. Barb. in *l.* 1. *part.* 3. *num.* 32. *ſol. matrim.* Carlev. *tom.* 2. *de judic. diſp.* 23. *num.* 11. Salgad. latiſſime *parte* 2. *labyrinth. cap.* 11. *a princ.* qui plurimos dant: nec obſtat *l. inter ſtipulantem* §. *ſacra hoc tit.* cum ſimilibus, in quibus ſtipulatio rei ſacræ, aut hominis liberi ſub conditione facta inutilis eſt, etſi tempore expletæ conditionis homo liber effectus ſit ſervus, vel res ſacra efficiatur profana: hoc enim alia ratione evenit, & quidem ſpeciali, nempe, quia triſtis eventus non eſt exſpectandus, ut ipſe textus ait. Ita poſt Bartol. Cuman. & dilucidius Caſtrenſ. Alex. Jaſo, Donell. & Giphan. in *d. l. ſi rem* 31.

TRAC-

TRACTATUS TERTIUS.

De ſtipulationibus, contractibus, & diſpoſitionibus in diem certum celebratis.

§. I. Circa diem adjectum contractibus, & cæteris diſpoſitionibus duplex inſpectio eſt; nam vel ex die incipiunt, vel conferuntur in diem. Ex die incipiunt, veluti ſi ita ſtipuleris: *Kalendis Martiis dare ſpondes?* Ad diem concipiuntur hoc modo: *usque ad Kalendas dare ſpondes? l. obligationum* 44. *§. 1. de obligat. & act. §. omnis*, juncto §. *at ſi ita ſtipuleris inſt. hoc tit.* quem tractatum ut breviter, pleneque abſolvamus, ſequentes elucidabimus conſiderationes.

Prima ſit, quod in diem promiſſum eſt, ſtatim debetur, licet peti non poſſit ante adventum diei.

Sit ſecunda: adjectio diei eſt pro reo plerumque, & juxta quod communiter accidit; idcirco non poteſt urgeri ad ſolutionem, donec tempus præfixum præterea.

Sit tertia, tempus, in quod confertur obligatio ut deſinat, veluti *usque ad Kalendas illas dare ſpondes?* non tollit obligationem ipſo jure, ſed ope exceptionis.

Quibus principiis, ni fallor, tota hæc noſtra diſputatio clauditur, quæ ſubtilis, & utiliſſima eſt; quia ut ex Epicteto Arrianus diſſerit, *non ſufficit, ut debeatur pecunia, datam eſſe mutuam*; id eſt, non ſufficit inſpicere contractus per ſe, ſed cum ſuis qualitatibus, inter quas frequentior, & ſolennior eſt adjectio temporis.

PRINCIPIUM PRIMUM.

Statim deberi, quod in diem promiſſum eſt.

§. II. Quod principium diſerte probatur ex *d. §. omnis*, & ex *d. l. obligationum* 44. *§. 1. l. centeſimis* 46. *hoc tit. l.* 3. *§. ult. cum leg. ſeq. de pecun. conſtit. l.* 2. *verſic. & cum dubitaretur C. eod. tit.* Ex quibus probatur, debitum in diem poſſe conſtitui; quia vere debitum eſt. *l. ſi dies* 21. *quando dies leg. ced.* juxta *leg. cedere diem* 213. *de V. S.* ubi dicitur, cedere diem legatorum ſtatim, licet in tempus relicta ſint: cedere autem diem eſſe incipere deberi. *l. unic. §. libertatibus* 6. *verſic. ſed hæc omnia C. de cad. toll.* Item ex *l. in diem* 5. *l. Stichum* 8. *§. 1. de novat.* quæ probant, debitum in diem poſſe ſtatim per novationem tolli, etiam ante adventum diei; quia ſtatim debitum eſt, ad differentiam debiti conditionalis, quod novari non poteſt, priusquam conditio exiſtat, & ex *l. in diem* 10. *de condict. indeb.* ubi quod in diem debetur, ſi per errorem ante tempus ſolvatur, repeti non poteſt; quia non ſolvitur indebite, cum vere debitum ſit. *l.* 12. *tit.* 11. *Part.* 5. Illuſtrant omnes Claſſici in *l. centeſimis* 46. *hoc tit.* & in *l. certi condictio* 9. *de reb. cred.* Donell. & Hill. *d. lib.* 15. *cap.* 8. 9. & 10. *per tota*. Ripoll in *l.* 1. *verbo cum dies certus de condit. & dem.* Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 19. & 20. Ant. Gomez. *tom.* 2. *var. cap.* 11. *ex num.* 21. *usque ad* 27. Duar. ad *tit. de oblig. & act. cap.* 4. P. Molin. *tract.* 2. *de juſt. & jur. diſp.* 284. Pich. in *d. §. omnis* 2. *inſt. hoc tit.* & alii in diſcurſu referendi.

§. III. Sed contra ſic argumentor: nemo obligatur, niſi quatenus ab initio vult obligari; quia actus agentium non operantur citra eorum intentionem. *l. ſi quis nec cauſſam* 4. *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* & ideo, qui ſub conditione aliqua promittit, non prius obligatur, quam conditio exiſtat. *l. obligationum* 44. *§. conditio de oblig. & act. §. ſub conditione inſt. hoc tit.* ſed qui in diem promittit, non prius vult obligari, quam dies veniat: ergo contractus in diem celebratus non producit ſtatim obligationem, quæ ratiocinatio ſequentibus teſtimoniis poteſt fulciri. Primo ex *l. certi condictio* 9. *de reb. cred.* & ex *l.* 4. *de ſeparation.* In quibus pari juris cenſura conjungitur creditor in diem cum creditore ſub conditione. Secundo ex *l. ſi ita ſcriptum ſit* 45. *§. ſi ſub conditione de leg.* 2. ubi quemadmodum legatum ſub conditione relictum ea pendente non poteſt repudiari; ita neque ante adventum diei. Tertio ex textu difficili, & parum noto in *l. ſed etſi* 10. *ad S. C. Trebell.* ubi heres fiduciarius, qui tenetur fideicommiſſum reſtituere in diem, vel ſub conditione, ſi ante adventum reſtituat, nihil agit; niſi ratam reſtitutionem habeat poſt implementum conditionis, vel adventum diei.

§. IV. Sed his non obſtantibus certiſſima eſt, & valde juri conſona noſtra aſſertio, nempe quod in diem promittitur, ſtatim deberi: pro cujus clariori explicatione primo præmitto, poſſe apponi obligationi diem certum vel incertum: dies certus eſt, veluti *Kalendis Martiis dare ſpondes?* dies incertus, veluti *cum pubes erit. l.* 1. *§. 1. de cond. & dem.* Dies incertus conditionem facit. *l. dies* 75. *eod. tit.* De qua diſputatione late egi ſupra *tract.* 2. idcirco in præſenti ſuperſedeo. Secundo præmittendum eſt, circa certitudinem diei aliquando ſolere incidere controverſiam, de quo die ſenſerint contrahentes: ut in ſpecie textus in *l. eum, qui* 41. *in princ. & §. ult. hoc tit.* veluti ſi quis promiſit Kalendis Januariis, nec declaravit quibus, nempe ſecundis, tertiis, aut aliis: dubitabatur enim, de quibus Kalendis ſenſiſſet? ſed placuit, accipiendum eſſe hunc ſermonem de primis, proximisque venturis: quod ſi in ipſo Kalendarum die promiſit, de ſequenti anno accipitur; quia ſi aliter acciperetur, in infinitum procedendum foret, nec magis ſecundas, quam tertias aut ulteriores intelligeremus. Deinde quia conſuetudo loquendi expoſtulat, ut cum Kalendas dicimus, proximas ſignificemus, ut ibi docet Accurſ. & fere omnes, Cujac. *lib.* 5. *quæſt. Papin.* in *l. veteribus* 39. *de pact.* Julius Pacius *legg. conciliatar. cent.* 2. *quæſt.* 7. Donell. *lib.* 8. *comment.* in *l. quoties* 12. *de reb. dub. & lib.* 15. *cap.* 10. ubi Hillig. *lit. B.* Ant. Gomez. *tom.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 26. Nec contraria eſt aſſertio textus in *l. ſi ita* 12. *hoc tit.* ubi qui promiſit dare Kalendis Januariis vel Martiis, his poſtremis dare tenetur, quia in ſtipulationibus ſervatur, quod minimum eſt, & inſpicitur longius tempus dilationis. *l. ſi ita* 109. *hoc tit.* Non, inquam, obſtat hæc aſſertio, quia procedit, quoties minimum & leviſſimum poteſt colligi ex verbis contrahentium, nullumque inde abſurdum ſequitur, ut poſt Cujac. Donell. & Pacium ſupra laudatos docet P. Fab. in *l. ſemper* 9. *de R. J. pag.* 62. quod de tempore indefinito dici non poſſet ſine interitu ſtipulationis. Incidit etiam in controverſiam illa inſpectio, quæ dies comprehenſa cenſeatur in hac ſtipulatione: *promitto ante Kalendas proximas*, & placuit, ut perinde eſſet, acſi ipſis Kalendis promiſſum fuiſſet. *l. qui ante* 13. *l. eum, qui* 56. *§. qui ita* 5. *hoc tit.*

§. V. Quæ inſpectio præbet nobis occaſionem explicandi difficilem & vexatum locum Pauli in *l. anniculus* 132. *de V. S.* quem Alciat. & Budæus cenſuerunt eſſe ænigma inextricabile. Intendit exponere, quis ſit proprie anniculus? quod vigente lege Papia frequenter in diſputationem veniebat propter latinos, qui latinas libertas uxores ducebant, conſequebanturque jus civitatis Romanæ propter filium, filiamve anniculos. Ulpian. in

fragm. tit. 3. §. 3. notant Jacob. Gothofr. in *fontib. juris civilis ad leg. Papiam pag.* 284. Henricus Salmuth in *not. ad memorabilia Panciroli lib.* 2. *tom.* 10. *pag.* 194. *&* 195. ideo prædicta lex extrahitur ex libris Julii Pauli *ad leg. Jul. & Pap.* Primo autem ſupponitur ex *l. anniculus* 134. *eod. tit.* anniculum non dici infantem recentem natu, ſed cum fuerit 365. dierum: quæritur deinde, an opus ſit impleviſſe poſtremum diem anni, ut ſit anniculus, & reſpondet Paulus, ſufficere, ſi attigerit poſtremum diem, licet moriatur prima vel ſecunda hora poſtremi diei, quia, ut dicatur annus impletus, potius dies numeramus, quam momenta temporum; ſi numeramus dies, & infans attigit poſtremum, jam habet 365. dies, ſi numeremus momenta tempotum, donec infans perveniret ad ultimum momentum, ad ultimum inſtans poſtremi diei, non cenſebatur anniculus: hæc eſt ſolita, & civilis computatio anni apud Romanos: docent Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 4. *illat.* 7. *princ.* 3. Henricus Salmuth *ubi proxime.* Alberic. Gentil. in *d. l.* 134. His ſuppoſitis quærit idem Paulus in *d. l.* 132. quando dicatur amitti filius jam anniculus factus, & reſpondet ex conſuetudine loquendi, anniculum mori, qui extremo die anni moritur, ſive in initio, ſive in medio, ſive in fine diei moriatur; totus enim unus dies eſt, & ſufficit diem illum attigiſſe, quod commune & facile eſt; ſed comparatio, quæ ſequitur, eſt valde difficilis, inquit Conſultus, *& conſuetudo loquendi id ita eſſe declarat, ante diem decimum Kalendarum, poſt decimum diem Kalendarum, neutro enim ſermone undecim dies ſignificantur.* Comparatio eſt, quemadmodum conſuetudo loquendi efficit, ut hoc ſermone non ſignificetur undecimus dies, ſed tantum decimus: ita anniculus eſt, qui tantum tetigit poſtremum diem anni: ſic Ant. Auguſtin. *lib.* 4. *emendat. cap.* 6. quem ſequuntur Jac. Cujac. *lib.* 27. *obſerv. cap.* 27. & Duar. ad *l. qui ante* 13. *hoc tit.* docentes ex more Romano poſt diem tertium eſſe, poſtquam dies tertius incipit, ipſo die tertio non exacto: afferunt exemplum ab Euangelio Chriſti Domini & Salvatoris noſtri, quem credimus poſt tertium diem ſurrexiſſe ex eo, quod tertio die ſurrexit, poſtquam incepit die tertius. Ant. vero Auguſtin. alio exemplo utitur petito ex Cicerone, Plutarcho, & A. Gellio; fertur enim Ciceronem natum fuiſſe ante diem tertium Nonas Januarias, quia utraque propoſitio ex conſuetudine loquendi Romanorum non excludit, ſed contenta eſt, tetigiſſe ipſum diem, quem deſignat: ex quo facile exponitur textus in *lege ſi calvitur* 233. §. 1. *de V. S.* ubi Conſultus ait, poſt Kalendas Januarias die tertio vota olim ſuſcepta fuiſſe pro ſalute Principum, quo natum Ciceronem cum indicio boni ominis obſervavit Plutarch. in *ejus vita:* erit ergo dies nuncupationis votorum tertio Januarii, ut docuerunt Ant. Auguſtin. *ubi proxime.* Cujac. & Duar. in *d. l.* & cum aliis, quorum ſententiam præferre debuit noſter D. Franc. de Amaya in *l. unic. C. de obligat. votor. num.* 6. *&* 7. non moror aliam expoſitionem Laurentii Vallæ *lib.* 4. *Elegantiar. cap.* 8. & alias Gothofr. in *d. l.* 132. contentus veram, ni fallor, præſtitiſſe.

§. VI. Sed ut repetamus tractatum noſtrum, ex proxime dictis apparet, quare, qui promittit ſolvere ante Kalendas, ipſis Kalendis cenſeatur promiſiſſe: ratio eſt prompta; quia ſermo ille ſignificat ante Kalendas inceptas, vel ante Kalendas finitas, & ideo cum æquivocus ſit, illa interpretatio capitur, quæ majorem dilationem reo præbet: quapropter interpretamur ante finitas Kalendas, hoc autem verificari non poteſt, niſi in ipſo inſtanti ultimo Kalendarum; nec ante poteſt agi, quam illud inſtans perveniat, & ſic neceſſe eſt, ut agatur ſequenti die. Jaſo, Donell. & Giphan. in *d. l.* 13. Ex quo apparet, interpretationem hanc factam fuiſſe ob favorem debitoris; verba enim *ante Kalendas* non minus apta ſunt ſignificare ante inchoatas, quam ante finitas, imo facilius ſignificant tempus inchoatum, quam finitum. *l.* 2. *ne de ſtatu defunctor.* Jaſo *num.* 2. & Coraſius *ubi proxime.* Ergo quoties ponitur tempus honorati, diverſum dicendum eſt, ſufficitque inchoare tempus deſignatum, ut diſpoſitio locum habeat. Exemplum exſtat in *l. ſi ita fuerit* 41. *de manum. teſtam.* ubi liber eſſe juſſus ita, *anno duodecimo poſtquam ego mortuus fuero*, principio duodecimi anni conſequitur libertatem ex veriſimili mente teſtatoris: reddit Conſultus rationem ex conſuetudine loquendi; quia ita loqui ſolemus, *duodecimus annus eſt*, quamvis ſimus in ipſo duodecimo anno, necdum completus ſit. Infert etiam inde differentiam eſſe inter hanc formulam, *poſt duodecimum annum*, & hanc *duodecimo anno:* quia prima ſignificat præciſe finitionem anni; ſecunda non ſignificat præciſe finitionem anni; poteſt enim & finitionem, & inchoationem ſignificare juxta ſubjectam materiam: & ita hunc textum expono, quem ex diametro oppoſitum *d. l.* 13. cenſebant Bart. & Jaſo. Quod etiam diſputat Pompon. in §. 1. *ejusdem legis.* neque in eo amplius immorari expedit; ſed in §. *ult.* quæritur de dictione *intra* in hac ſpecie, *Stichus, poſtquam mortuus fuero, intra annum liber eſto*, & reſpondet, ſtatim a die aditæ hereditatis liberum futurum, non quidem ex privilegio piæ cauſſæ, aut favore libertatis, ut poſt antiquiores cenſebant Tiraquell. *de privileg. piæ cauſſæ privileg.* 22. Rebuffus *de privileg. ſcholaſticor. privilegio* 136. ſed ex proprietate dictionis *intra*, ut docet Perez de Lara *de anniverſariis & capellaniis cap.* 9. *num.* 11. quæ comprehendit totum tempus deſignatum, & quamlibet ejus partem; ideo liber eſſe juſſus intra annum, ſimulac attigerit annum, verum eſt perveniſſe ad tempus præfixum: per contrarium obligatus dare intra annum, dum ſupereſt quælibet anni pars, verum eſt in mora non eſſe. In ſumma inſpiciendum eſt, cujus favore tempus adjicitur; quia ſi ponitur favore debitoris, (ut in dubio præſumitur) niſi toto tempore completo non intelligitur venire dies, ſi vero adjicitur favore honorati, ſuccedit diſpoſitio ſtatim, ac inchoatum eſt tempus.

§. VII. Ex his facile exponitur antinomia, quæ videtur exſtare inter *leg. in diem* 46. *l. ſi in annos* 49. *de cond. & dem. & leg. qui filius* 74. §. 1. *ad S. C. Trebell.* in prima dicitur, ſi in dies centum, vel intra dies centum juſſus eſt ſervus, ut pecuniam ſolvat heredi, & liber ſit, non incipere computari dies, antequam adeatur hereditas; quia non eſt heres cui ſolvatur pecunia, quod explicat Cujac. *lib.* 23. *obſerv. cap.* 14. Cæterum poſt aditam hereditatem ſtatim incipere computari dies, ſtatim cedere diem libertatis, ut poſſit præſtare pecuniam & eſſe liber: idemque de legatario dicitur, ne exiſtimemus aliquid ſpeciale eſſe in libertate, ut non recte exiſtimavit Accurſ. in *l. non putabam* 48. *eod. tit.* in *d. l.* 49. dicitur, ſi in annos decem, dum natus eſt heres, datum ſit legatum, vel libertas ſervo relicta ſit, nec legatum poſſe peti, nec libertatem competere, antequam attingatur poſtremus dies decimi anni, ut poſt veteres recte docuit Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 13. *num.* 1. Quæ aſſertiones inter ſe contrariæ videntur. Rurſus in *d. l.* 74. §. 1. ſtat decretum Antonini Caracallæ, in quo pronuntiavit, Antonio filio teſtatoris deberi fideicommiſſum, quod ipſi relictum fuit, cum ad annum 20. ætatis perveniſſet, ſimulac 20. ætatis annum attigit; & per conſequens ad filiam ejus heredem illud tranſmiſiſſe, non tanquam ad filiam nepotemque teſtatoris, ſed virtute impleti temporis aut conditionis, quam teſtator appoſuit, ut latius docet Coſta in *cap. ſi pater* 1. *verbo abſque liberis num.* 10. *&* 11. Ecce ubi aliquando requiritur totum tempus impleri, aliquando ſufficit attingere tempus deſignatum: quid ergo reſpondendum eſt? ſed ut dixi, facile eſt reſponſum; oportet enim ſcire,

cujus

cujus gratia tempus adjectum ſit; ſi adjicitur favore heredis aut debitoris, non prius diſpoſitio effectum ſortitur, quam totum tempus exactum ſit; quod ante tempus impletum non debet urgeri ad ſolutionem: idcirco in *d. l.* 49. damnatus dare in annum 12. non poteſt conveniri ante tempus impletum, & liber eſſe juſſus in illud tempus, ante illud non conſequitur libertatem: voluit enim teſtator, ut per totum tempus ſerviret heredi, nec alia potuit eſſe voluntas ejus, cum diſtulit dationem libertatis; at vero in *d. l.* 46. juſſus fuit implere conditionem dandi pecuniam in 100. dies; quæ conditio habet impendium ſimul & dilationem, ſed quia potius adjecta fuit, ut non differretur datio, quam differretur libertas, ideo prudenter cenſuit Conſultus, ſervum non teneri ſpectare ad conditionem implendam, ut poſtremus dies veniret, quam potius ſi elaberentur 100. dies, non poſſet parere conditioni. *l. Thais* 41. *§. intra* 12. *de fideicommiſſ. libertat. l. ſi intra* 23. *de ſtatulib.* deinde in *d. l.* 74. §. 1. facilis eſt conjectura, tempus adjectum fuiſſe favore filii; quia procul dubio pater ideo diſtulit præſtationem fideicommiſſi in 20. annum filii; ut non exponeret patrimonium periculo, & dilapidationi tutorum ſive lubrico tutelæ, ut loquitur Papin. in *l.* 3. *§. cum Pollidius de uſur.* favor ergo filii efficit, ut cenſuiſſet Imperator, perveniſſe ad 20. annum, cum illud attigit, docuit licet breviter Bart. in *d.* §. 1. Per contrarium in *l. non putabam* 48. *de cond. & dem.* Imp. Aurelius Antoninus decrevit, non deberi fideicommiſſum ei, qui 16. annum attigit, quod illi relictum erat, cum ad 16. annum perveniſſet, ut etiam in *l. ſi cui legetur* 49. *in pr. de leg.* 1. Quod decretum juſtiſſimum etiam fuit, quia nulla eſt conjectura, ob quam poſſimus dicere, tempus adjectum fuiſſe favore honorati, & in dubio cenſetur adjectum favore heredis, vel debitoris. Nec ferendum eſt, quod Cujac. dixit in *d. l.* 49. ambo decreta pugnantia eſſe, quia facile componuntur ex noſtra diſtinctione, quam tetigit Bart. in *d. l.* 49. licet ſub quibuſdam diſtinctionibus, quas non amplector. Caſtrenſ. in *l. Sejus* 46. *num.* 10. *ad S. C. Trebell.* Larreategui *lib.* 5. *ſelect. cap.* 8. *num.* 4. & 6.

§. VIII. Sub eadem tractatione de die, & quando certa, vel incerta cenſeatur, eſt etiam præmittendum, tempus ſimpliciter adjectum diſpoſitioni non efficere eam conditionalem; ſed tempus mixtum cum aliquo eventu facere conditionem. V. G. ſi promitto, vel lego in diem Sancti Joannis, vel ad decimum quartum annum, non eſt contractus, nec diſpoſitio conditionalis; ſi vero lego Sejo, cum annorum 14. ſit, vel cum Titius ad 14. annum pervenerit, diſpoſitio conditionalis, & dies facit conditionem. Probatur hæc doctrina ex *l. ſi Titio* 22. *quando dies leg. ced.* ubi ſic legatum relictum fuit Titio, *cum is* 14. *annorum erit*, & deceſſerit ante ætatem, legatum ad heredes non transmittit, quia non tantum tempus ſed etiam conditio adjecta eſt per illam ſcripturam. Et ex *l. ſi ita* 16. *de manum. teſtam. l. ſi ſervus* 19. *de ſtatulib.* ubi ſi ita libertas & legatum relictum ſit Sticho, *cum Titius annorum* 30. *erit*, & Titius ante præfinitam ætatem moriatur, legatum quidem evaneſcit, ſed libertas peculiari favore conſervatur, ut competat poſt tempus præfinitum. Probatur etiam diſerte ex *d. l. ſi cui legetur* 49. *de legat.* 1. *§. hoc autem* 2. *cum ſequenti.* Rationem vero differentiæ inter utrumque tempus præſtitit eleganter Bartolus in *d. §. hoc autem.* quem omnes Claſſici ſequuntur; quia dies ſimpliciter adjectus neceſſario venturus eſt, nec ſe habet ad eſſe vel non eſſe: ergo differt, ſed non ſuſpendit diſpoſitionem: at vero cum tempus adjicitur eventui, veluti ſi vixerit, ſi pervenerit ad illam ætatem, eum eventus ſit dubius, & utrumque ſperaverit teſtator, tempus nempe & eventum, facit, quod pendeat diſpoſitio, quia ſe habet ad eſſe vel non eſſe, & per conſequens conditionalis efficitur. DD. Neoterici non utuntur hac Bartoli ratione, ſed ego eam reputo valde elegantem & juridicam.

§. IX. Sed utrum tempus adjectum onerato inducat conditionem, magna fuit controverſia inter veteres. Bart. quem aliqui ſequuntur, negabat: ſed communis, quam præfert Jaſo, & ego præfero, aſſerit, & nullam differentiam conſtituit inter tempus adjectum legatario, vel heredi, debitori, vel creditori. Teſtimonia pro hac parte ſunt diſerta, primo ex textu in *l. ſi quis a filio* 32. *de leg.* 1. ubi qui legat a filio herede, *cum is in tutelam ſuam veniſſet*, id eſt, cum perveniſſet ad 14. annum, & a ſubſtituto filii legata repetivit modo ſpeciali, ut ſubſtitutus præſtaret ea legata, ad quæ tenebatur filius, & non plura: inquit, ſubſtitutum non debere illud legatum, ſi filius moriatur impubes ob defectam conditionem. En ubi tempus pubertatis adjectum fuit heredi, & facit conditionem: ergo nulla eſt differentia, ſive adjiciatur heredi, ſive legatario, ut notant ibi Cujac. Accurſ. & Gothofr. expenduntur etiam textus in *l. fideicommiſſa* 23. *§. etiam* 3. *l. Thais* 41. *§. libertatem* 10. *de fideicommiſſ. libertat. l. fideicommiſſaria* 10. *C. eod. tit.* ubi ſi teſtator fideicommiſſam libertatem a filio herede reliquerit ſervo, cum filius ad certam ætatem perveniſſet, & hoc amplius eidem ſervo legatum dederit, ſi filius ante præfinitam ætatem deceſſerit, legatum non debetur, ut expreſſe dicitur in *d. §. libertatem*, ſed libertas præſtanda eſt, elapſo tempore jure ſingulari benignaque ratione: ergo idem concluditur ab ſpeciali, nempe tempus cum eventu adjectum heredi facere conditionem. In his textibus cenſebat Bart. nullum favorem libertatis ſpecialem conſiderari debere, ſed tantum favorem communem, quo plenius voluntates teſtantium interpretamur. *l. in teſtamentis* 12. *de R. J.* ſed convincitur comparatione legati & libertatis, quæ fit in *d. §. libertatem.* ut advertit Jaſo *ubi proxime*, & Cujac. *lib.* 36. *Dig. Juliani* in *d. l. ſi ita* 16. Neque obſtat textus, quo nitebatur Bartol. in *l. libertis* 18. *§. ab heredibus* 2. *de alim. & cibar. legatis.* ubi proponitur juſſum fuiſſe ſervum ab heredibus manumitti, hoc ſignificat teſtatorem juſſiſſe, ut illum heredes manumitterent, inter quos erat Sejus heres; deinde teſtator hæc verba adjecit, *a te autem Sei peto, ut cum ad annum* 25. *perveneris, militiam ei compares, ſi tamen te ante non reliquerit.* Servus manumiſſus fuit, morabatur cum Sejo, ſed is ante vigeſimum quintum annum deceſſit. Reſpondet nihilominus Conſultus, transacto tempore, quo, ſi Sejus viveret, perveniſſet ad 25. annum, deberi ab heredibus Seji militiam liberto, id eſt, officium publicum, ut explicant Lælius Taurellus in *lib. de militiis ex caſu*, qui circumfertur cum emendationibus Ant. Auguſt. & Rævard. *lib.* 3. *conjectaneorum cap.* 3. Hinc deducebat Bartol. tempus cum eventu adjectum heredi non facere conditionem: ſed melius reſpondent Jaſo in *d. §.* 1. *num.* 9. & Duar. in hoc textu, noluiſſe teſtatorem ſpectare, ut Sejus viveret, ſed potius ut cum illo libertus moraretur, ut eum non derelinqueret: quare cum per libertum non ſtetiſſet, conditionem impleri, mortuo Sejo habetur pro impleta. *l.* 1. *C. de legat.* transacto tamen tempore; quia diem & conditionem habuit diſpoſitio, & impleta conditione ſupereſt dies. *l. in illa* 8. *hoc tit.*

§. X. Non poſſunt prætermitti multa JCtorum fragmenta, quæ videntur contraria ſuperioribus principiis. Primo opponitur textus in *l. ex his* 5. *C. quando dies legator. ced.* ubi hæc figura legati proponitur. *lego filiæ meæ decem, quod legatum accipere debebit, cum ad legitimam ætatem pervenerit.* Deceſſit filia ante præfinitam ætatem; reſpondent Impp. transmiſiſſe legatum ad heredes, quia per illa verba non inducitur conditio, ſed dilatio: ergo tempus adjectum adventui non facit conditionem. Reſpondent tamen recte Jaſo, Bart & Duar. in

d. l. 49. §. 1. & poſt alios Larreategui *lib.* 5. *cap.* 8. *num.* 6. in illa ſpecie non fuiſſe adjectum tempus diſpoſitioni, ſed præſtationi legati, quod non influit in legatum ipſum, ut latius dixi ſupra *tract.* 2. *princ.* 2.

Opponitur etiam textus in *l. Firmio* 26. §. 1. *ff. quando dies leg. ced.* ubi cum teſtator voluiſſet legare alumno ſuo centum, voluiſſetque, ut utilius illis uteretur, juſſit collocari fœnore trientario, id eſt, dari ſub uſuris trientibus, (*a quatro por ciento*) ut uſuras alumnus perciperet usque ad 25. annum; & cum perveniſſet ad illam ætatem, ferret ſortem. Deceſſit alumnus ante ætatem; & reſpondet Papinianus, tranſmiſſum eſſe legatum in heredes alumni, ut poſſint illud ab heredibus petere poſt tempus tranſactum: quia non habet conditionem, ſed dilationem: facilis vero eſt reſponſio, & ratio conjectutandi, non fuiſſe animum teſtatoris adjiciendi conditionem, ſed tantum dilationem; quia per illam voluit proſpicere alumno, ut ſalvam haberet ſortem in illam ætatem, in qua ſe ſuaque tueri poſſet, ut in *l.* 3. §. *cum Pollidius de uſur.* docent Duar. & Larreategui *ubi proxime.* Cujac. *lib.* 9. *reſponſ. Papin.* in *d. l.* 26.

Opponitur quoque textus celebris in *l. Sejus* 46. *ad S. C. Treb.* ubi teſtator heredem inſtituit, a quo petiit, ut filio ſuo reſtitueret hereditatem, cum ad 16. annum perveniſſet: deceſſit filius ante ætatem, & nihilominus reſpondet Conſultus, ad heredem filii fideicommiſſum tranſmiſſum fuiſſe. Verum ipſemet rationem reddit in fine textus ibi: *ſcilicet, ſi prorogando tempus ſolutionis tutelam magis heredi fiduciario permiſiſſe, quam incertum diem fideicommiſſi conſtituiſſe videtur*, quamvis loquatur conditionaliter, eſt ſuppoſitio certa, in qua ratio decidendi vertitur: id eſt, ideo fideicommiſſum non cenſetur conditionale, quia tantum tutelam bonorum relinquere voluit heredi fiduciario, ut per ejus adminiſtrationem filio conſuleret, ut in *d.* §. *cum Pollidius*, & in *l. ſi ita* 43. §. *Pegaſus de leg.* 2. docuit omnium optime Ant. Fab. de *errorib. Pragm. decad.* 31. *error.* 1. *poſt medium*, & *lib.* 18. *conjecturar. cap.* 4. erudite Cujac. *lib.* 26. *obſ. cap.* 21. Larreategui *d. cap.* 8. *num.* 4. Hæc omnia conjecturalia ſunt, ſed Bartol. Cuman. Alex. & Jaſo in *d. l. ſi cui legetur* §. 1. *de leg.* 1. cenſent, præſumi potius diem prorogandæ ſolutioni apponi, quam ut conditionem faciat, quoties legatum, fideicommiſſumve filio minori a patre relinquitur in tempus pubertatis; quæ quidem conjectura mihi ſatis probabilis videtur; quia non poteſt videri alia mens patris, quam ut conſulat filio, nec patrimonium tutoribus permittat.

Sed non eſt adeo firma, ut aliquando non deficiat etiam in filio ex circumſtantiis; veluti in ſpecie textus in *l. ſi mater* 33. *de vulg.* in qua mater, quæ filio pupillariter ſubſtituere non poteſt. *l.* 2. §. 1. *eod. tit.* eum heredem fecit, *cum pubes eſſet*; & in defectum alium ſubſtituit: valet ſubſtitutio non quidem ut pupillaris, ſed ut vulgaris, quæ fit heredi inſtituto ſub conditione, ſi heres non ſit; & ideo, filio non perveniente ad pubertatem, bona ad ſubſtitutum ſpectant defecta conditione: efficit vero prædictum tempus conditionem etiam in perſona filii, quia cuilibet conſtabit animum matris fuiſſe, quaſi pupillariter ei ſubſtituere, ut non aliter heres eſſet, quam ſi ad annos diſcretionis perveniſſet: ergo potius favore ſubſtituti tempus adjectum fuit, quam filii, aut ejus heredis. Explicat, quo ſolet ingenio, Coſta in §. *& quid ſi tantum parte* 1. *num.* 65. *usque ad num.* 72. & in *cap. ſi pater parte* 1. *verbo habens num.* 3. *& parte* 3. *verbo interdum num.* 62. videruntque, licet minus plene Goveanus, & Cujac. *tract.* 2. *ad African.* in *d. l.* 33. *& lib.* 3. *obſerv. cap.* 34. quo rejicitur & deletur gloſſa prima Accurſii, & frequens opinio Accurſianorum putantium, puram eſſe inſtitutionem, & tempus adjectum fuiſſe favore filii in *d. l.* 33.

Denique ex hac conjectura facilis eſt intellectus textus in *l. Publius* 36. §. 1. *de cond. & dem.* ubi mater Septitiæ quædam prædia reliquit, rogavitque ut reſtitueret filio, cum ad 16. annos perveniſſet; quod ſi prius decederet filius, ut reſtitueret Publio & Gajo, filius ante ætatem deceſſit, & non tranſmiſit prædia ad heredes, quia potius ad ſubſtitutos ſpectant: ideo quia favore ſubſtitutorum prædictum tempus importat conditionem; notant Cujac. *d. lib.* 26. *obſerv. cap.* 21. Larreategui *d. cap.* 8. *num.* 4. De qua quæſtione ſcio controverſiam fuiſſe inter Robertum & Cujac. antagoniſtas ſui temporis, & de ea ſcripſiſſe Robertum *lib.* 3. *animadverſ. cap.* 27. & in *Mercatorem eodem lib. & cap.* Ant. Mercatorem *lib.* 3. *notatorum cap.* 27. ſed quia hi libri ad manus mihi non ſunt, eorum ſententias non promo.

§. XI. Ex qua differentia inter tempus ſimplex, & tempus eventui adjectum fluit ratio decidendi ad noſtram aſſertionem; quia tempus ſimplex ſolum adjicitur ſolutioni, & ad ejus dilationem, non vero influit in ipſam obligationem. Tempus enim per ſe, & ſimpliciter conſideratum neceſſario venturum eſt; igitur qui ad tempus promittit, vel diſponit, ſtatim vult obligari, quia, cum neceſſarius ſit adventus diei, ſtatim neceſſitate adſtringitur, & hæc eſt obligatio. *princ. inſt. de obligat.* unde non poteſt diei eſſe ultra agentis intentionem, ſi illico obligetur, qui in diem promiſit, quia tantum appoſuit tempus ſolutioni, nihil mutando, vel tollendo de neceſſitate obligationis. Neque obſtant textus in *l. certi condictio* 9. *de reb. credit. l. ſi creditor* 4. *de ſeparat.* Comparatio enim, quæ fit inter creditorem in diem, & conditionalem, non eſt ad ſubſtantiam obligationis, ſed ad effectum exigendi, quo inſpecto nulla eſt inter utrumque debitorem differentia, ut dicam *principio ſequenti.* Non etiam obſtat textus in *d. l. ſi ita* 45. §. *ſi ſub conditione de leg.* 2. ubi quemadmodum non poteſt repudiari conditionale, ita nec legatum in diem relictum. Quia reſpondetur, non poſſe repudiari, niſi quod eo inſtanti acquiri, & exigi poſſet. *l. is qui* 13. *l. is poteſt* 18. *de adq. hered.* legatum vero in diem relictum, licet ſtatim cedat. *l. dies* 21. *quando dies legat. ced.* non tamen pertinet ad legatarium, donec dies veniat. *l. Sempronius Attalus* 26. *de uſufr. legato.* Notarunt ſignanter Cujac. *lib.* 22. *obſerv. cap.* 1. & ab eo in hoc non diſſentiens Hillig. ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 17. *lit. D.* Ideo igitur non poteſt ante adventum diei repudiari, quia licet ſtatim debeatur, non ſufficit deberi; ſed requiritur, ut pertineat, id eſt, ut peti poſſit: docent Accurſ. *ſolutione* 1. & Bartol. communem ſequutus in *d.* §. *ſi ſub conditione.* Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 20. Ant. Fab. *lib.* 18. *conjecturar. cap.* 4. Pich. in §. *omnis hoc tit. num.* 22. omiſſis Sarmiento *ſub lib.* 8. *ſelect.* in *d.* §. *ſi ſub conditione*, & Ripoll in *l.* 1. *de cond. & dem. verbo dies certus num.* 36.

§. XII. Difficilior eſt explicatio textus in *l. ſed ſi ante* 10. *ad S. C. Trebell.* pro cujus clariori explicatione ſuppono, deciſionem hujus textus pendere ab antecedenti lege in fine; ubi Ulpianus aſſerit, ſi ſcriptus ſub conditione rogatus ſit hereditatem reſtituere, eaque pendente velit adire, & paratus ſit reſtituere hereditatem fideicommiſſario, nihil agere; quia prius eſt, ut deferatur inſtituto hereditas, quam ut ipſe poſſit adire: pendente autem conditione adire non poteſt, quia nec hereditas delata eſt. *d. l. is qui* 13. notat ad rem Ant. Fab. *lib.* 18. *conject. cap.* 4. & 8. diſtinctio Accurſii *verbo nihil agit*, eſt docta, ſed non pertinet ad rem. Hoc dixerat Ulpian. in *l.* 9. *in fine* de aditione, ſequitur in *l.* 10. quæſtio de effectiva reſtitutione, ſi cum effectu inſtitutus ſub conditione vel ex die, ante adventum diei, vel implementum conditionis reſtituat, an transferat actiones in fideicommiſſarium? & reſpondet Gajus, non tranſtuliſſe: redditque rationem; quia non ita reſti-

reſtituitur hereditas, ut teſtator rogavit: teſtator enim inſtituit in diem, vel ſub conditione; ante adventum vult heres reſtituere hereditatem; ergo non implet voluntatem teſtatoris. Deinde ipſe nondum eſt heres, nondum habet actiones; ergo quas actiones non habet, transferre in alium non poteſt, *arg. l. nemo plus juris cum ſimilibus de R. J.* Hæc facile dicuntur, ſed quod ſuppoſuimus, poſſe heredem ſcribi ex die difficile eſt. Eſt enim conſtans juris regula, hereditatem dari non poſſe, neque ex die neque ad diem. *l. hereditas* 34. *de hered. inſt. §. heres pure* 9. *inſt. eod. tit.* rationem præſtat Valentia *de adq. hered. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 25. & 26. Neque admitto primam ſolutionem Gloſſæ, interpretantis Conſultum de die incerto; quia hic dies conditionem facit. *l. dies* 75. *de condit. & dem.* & fruſtra de illo tamquam de re diverſa a conditione ageret. Magis placet ſecundus intellectus, ut recipiamus Conſultum de terminis habilibus, videlicet ſi talis eſt teſtator, qui poſſit inſtituere heredem ex die, qualis eſt miles. *l. in fraudem* 15. *§. miles* 4. *l. miles ita* 41. *de teſtamento militis.* ſequitur Bart. in *l. ſed etſi* 9. *num.* 3. *ad S. C. Trebell.*

§. XIII. Sed ponamus, inſtitutum fuiſſe pure, & rogatum reſtituere hereditatem ſub conditione, eſt etiam in hac ſpecie planum, non poſſe hereditatem reſtitui ante conditionis adventum; quia pendente conditione nondum eſt fideicommiſſarius: ergo neque ex SCto Trebelliano poſſunt transferri actiones. *l.* 1. *§. ſed & quoties* 9. *ad S. C. Trebell.* Quod ſi rogatus eſt in diem reſtituere, ante adventum diei volens reſtituere poteſt; quin imo & invitus poteſt cogi, ut adeat & reſtituat periculo fideicommiſſarii; quia fideicommiſſum in diem relictum ſtatim debitum eſt. *d. §. ſed & quoties. l. recuſare* 6. *§. ult. cum l. ſeq. l. cogi* 16. *§. cum quidam* 7. *eod. tit.* In quos textus cum non incidiſſet ſubtilis Antonius Faber *lib.* 18. *conjectur. cap.* 4. male cenſuit, fideicommiſſum in diem relictum repræſentari non poſſe.

PRINCIPIUM SECUNDUM.

Tempus regulariter cenſeri adjectum favore debitoris.

§. XIV. Cum hoc principio convenit juris regula in *l. cum tempus* 17. *de R. J.* quæ ait, tempus a teſtatore adjectum cenſeri pro herede, & in ſtipulationibus pro debitore. In cujus confirmationem faciunt ſequentia. Quod ante adventum diei peti non poteſt. *l. ſi mandavero* 22. *in principio, & §.* 1. *l. qui mandatu* 43. *l. fidejuſſor* 51. *ff. mand. l. ſi fidejuſſor* 31. *ff. de fidejuſſ. l.* 1. *C. de condict. ex lege.* quæ omnes ad eandem ſpeciem pertinent. *l. cum legatorum* 8. *cum ſeq. ff. ut legator. nom. cav. l. veluti* 27. *§.* 1. *l. eum, qui* 41. *§. quoties. l. qui hoc anno* 42. *l. continuus* 137. *§. cum ita* 2. *l. eum, qui* 138. *hoc tit. §. qui hoc anno* 27. *inſt. de inutilib. l. nihil* 186. *de R. J. l.* 15. *tit.* 11. *Part.* 5. Deinde fit, ut ſi debitor voluerit ante tempus repræſentare pecuniam, poſſit, ut cum multis fundamentis tenet Vasquez Menchaca *de ſucceſſionum creatione §.* 7. *num.* 19. & 20. & probant in ſpecie textus in *l. quod certa* 70. *de ſolution. l. ſtipulatio* 38. *§. inter incertam* 16. *hoc tit.* ubi redditur ratio, quia totum medium tempus liberum relinquitur ad ſolvendum. *d. l. continuus* 137. *§. cum ita verſic. nam & quod. l. cum pater* 77. *§. curatoris* 14. *l. Lucius* 88. *§. teſtator* 5. *de leg.* 2. *l.* 3. *§. quod ſervus* 14. *de ſtatulib. l. quod quis* 50. *de oblig. & act.* qui ſunt textus ab ſpecie *l. ſed ſi vir* 31. *§. quod vir uxori de donat. inter V. & U.* ubi non prohibetur conjugi ſolvere, quod alteri conjugi debetur in diem, neque eſt donatio, ſed potius ſolutio debiti, neque interuſurium in ea ſolutione æſtimatur, quemadmodum neque æſtimatio fit fructuum induſtrialium, ut deſinat valere donatio. *l. de fructibus* 17. *eod. tit.* Scipio Gentilis *lib.* 1. *ejusdem tractatus cap.* 31. *& ſeqq.*

§. XV. Hæc tamen regula duplicem limitationem patitur, prima ſi aliud ſenſerint diſponentes, adjiciendo tempus in favorem creditoris, ne ante ſolvi poſſit, quam dies veniat, juxta diſtinctionem Conſultorum in *l. ſi ita* 43. *§. Pegaſus de leg.* 2. *l. Javolenus* 15. alias, *eum qui de ann. legat.* veluti ſi teſtator juſſit ad evitandum periculum tutelæ, ne filio minori ante legitimam ætatem reſtituatur hereditas, male enim reſtituitur, ſi præmature reſtituatur. *l.* 3. *§. cum Pollidius de uſur.* ſecunda limitatio eſt, ſi ex anticipata ſolutione damnum eventurum ſit alii, ut in ſpecie textus in *l. cum pater* 77. *§. filia* 10. *de leg.* 2. Ubi rogata reſtituere fratris ſui filiis, cum moreretur, ſi in vita reſtituat, præmature reſtituit, & nihil agit; quia potuit prædecedere filius, cui reſtituit, quo caſu illi, qui ſuperſunt, habent jus ad fideicommiſſum: ergo eis non potuit parari præjudicium propter anticipatam ſolutionem. Idem traditur in *l. uxorem* 41. *§. Sejum* 12. *de leg.* 3. *l. filiusfam.* 114. *§. Divi* 11. *de leg.* 1. Docent Cujac. *lib.* 10. *obſerv. cap.* 39. & *lib.* 8. *reſponſ. Papin.* in *d. §. a filia.* Molina *de primog. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 22. *usque ad* 31. Ant. Fab. *lib.* 18. *conjectur. cap.* 4. 5. & 8. Donell. & Hill. *lib.* 16. *cap.* 11. *lit. B. C. & D.*

§. XVI. Contra quam partem, ut id obiter moneam, faciunt textus in *l. poſt mortem* 12. *C. de fideicommiſſ.* & in *l. patrem* 19. *quæ in fraud. creditor.* ubi qui rogatus fuit poſt mortem ſuam reſtituere alicui hereditatem, ſtatim poteſt reſtituere, & efficax reſtitutio eſt; ſed recte poſt antiquiores reſpondent Molina *ubi proxime num.* 25. Pater Molina *de juſt. & jur. tract.* 2. *diſput.* 593. *num.* 2. Larrea *deciſ. Granat.* 15. *num.* 3. & 10. in *dictis legg.* nulli generari præjudicium ex anticipata reſtitutione fideicommiſſi, quia certus & ſolus erat fideicommiſſarius, neque habebat ſubſtitutum aut alium, cui poſſet damnum afferri, ſi fideicommiſſarius decederet, vivente herede, quod verum eſt: ſed illud eſt difficilius, contra quod diximus ſupra §. 13. quomodo ante mortem poſſet fideicommiſſum reſtitui? cum relictum poſt mortem heredis conditionale ſit. *l. ſi heres* 70. *ad S. C. Trebell.* conditionale vero fideicommiſſum ante eventum conditionis reſtitui non poteſt. Viſa fuit hæc difficultas tanta Antonio Fab. *d. lib.* 18. *cap.* 5. ut optaverit ſubtilem interpretem, qui eum ab illa liberaret; quam ut diſſolvat, neſcio quid comminiſcitur, quotidie homines mori, & tamquam aquam dilabi; quod a mente Conſultorum alienum eſt: quare hac evaſione omiſſa dicendum eſt cum communi antiquorum, quos ſequuntur Peregrin. *de fideicommiſſ. art.* 2. *num.* 51. Padilla in *d. l. poſt mortem num.* 6. 7. & 10. illud tempus conceſſum eſſe heredi ipſius favore, quare poterit ei renuntiare, & præmature reſtitutionem facere, quando voluerit; non quidem ex SC. Trebelliano, quia non reſtituit, quomodo teſtator juſſit, ſed per viam ſimplicis donationis ſine tranſlatione actionum, quod textus optime admittunt, quia non agunt de efficacia reſtitutionis, ſed de ipſa reſtitutione, ſupponentes pro comperto, & quaſi de ea re nemo dubitaverit, recte fieri poſſe, ut ipſe Ant. Fab. ſupponit in *Codice deciſionum Sabaudiæ tit. de fideicommiſſ. defin.* 13. quo etiam modo accipiendus eſt textus in *l. ſi ſponſus* 5. *§. ſi quis rogatus de donat. inter V. & U.*

§. XVII. Sed ut redeamus ad noſtram exceptionem, alia exempla peti poſſunt ex *l. ait Prætor* 10. *§. ſi cum in diem* 12. *l. omnes* 17. *§. ult. quæ in fraud. credit.* Ubi ſi debitor, qui ſolvendo non erat, ſolverit ei, cui in diem debebat, quamvis ſolutio teneat, de quo non diſputo, nihilominus interuſurium, id eſt intereſſa anticipatæ ſolutionis,

Digitized by Google

nis, revocatur per edictum fraudatorium; quia anticipata ſolutio non poteſt præjudicare cæteris creditoribus adhuc in tempore, ſive interuſurio. Ex quo principio auſi fuerunt noſtri Pragmatici docere, non poſſe fieri anticipatam ſolutionem, ſi ex ea creditori ipſi damnum contingere poſſit: qua doctrina utuntur, cum inſtat periculum diminutionis, aut reprobationis monetæ; ſi enim debitor in diem vult anticipare ſolutionem, non anditur; quia ex anticipatione damnum diminutionis aut reprobationis imminet creditori. Ego non video juris teſtimonium aut rationem convincentem, quæ id perſuadet; verum ob auctoritatem ſenatuum & ſcribentium ita ſuſtinendum erit, ut docent Larrea *deciſ. Granat.* 15. Ant. Fab. in *ſuo Cod. tit. de ſolution. defin.* 14. Morla in *emporio tit. de reb. cred. quæſt.* 21. *in fine.* Padilla multos caſus ſimiles congerens in *d. l. poſt mortem num.* 13. Salgado in *labyrinth. creditor. part.* 2. *cap.* 29. *num.* 35. *usque ad num.* 47. qui indiſtincte loquitur, cujuscumque favore tempus adjectum ſit.

§. XVIII. Et ut plene abſolvam hanc diſputationem de diſpoſitione in diem, notn etiam, ſi, quod promittitur vel relinquitur, perſonale ſit, ut libertas, aut oſusfructus, non prius incipere deberi, quam dies veniat. *l. unic. §. pen. & ult. quando dies uſusfr. leg. ced. l.* 2. & 3. *quando dies legator. ced.* quæ loquuntur in uſuſructu. *l. unic. §. libertatibus* 6. *C. de cad. toll. l. beredis §. ult. cum l. ſeq. quando dies legator. ced. l. ſi non ſervus* 36. *§. ult.* ſic intelligendo, *ad leg. Falcid.* Quæ loquuntur in libertate. Ex quibus facile exponuntur ſequentes loci. Primo textus in *l. ergo* 4. *§. ſi ex die* 5. *de fideicommiſſ. libertat.* ubi quemadmodum ſervo manumiſſo in teſtamento ſub conditione non addicitur hereditas ex conſtitutione Imperatoris Marci, donec impleatur conditio; ita neque addicitur manumiſſo in diem, donec adveniat dies; quia neutro caſu cedit ante diem, vel conditionem. Secundo textus in *l. peculium* 65. *§. Titio* 2. *de leg.* 2. ubi ſi Stichus legatus eſt Titio, & poſt mortem Titii liber eſſe juſſus eſt, legatum quidem valet, dum Titius vivit, & poſt mortem ejus libertas ſervo competit: legatum vero ſervi Titio relictum cedit ab adita hereditate. Ratio eſt evideus, quia legatum Titii perſonale eſt, nec poteſt ad beredes transmitti, ſiquidem poſt ejus mortem liber futurus eſt ſervus legatus: Petr. Fab. in *l. ea eſt natura* 65. *in fin. de R. J.* appellavit hoc legatum uſusfructus, ſed debuit dicere quaſi uſusfructus; ideo autem, quia perſonale eſt, cedit ab adita hereditate, imo ſi diem haberet, non prius ecderet, quam dies veniret. Cum hoc textu creditur pugnare alius Juliani in *l. poſt mortem* 68. *§. ſi pure usque ad fin. de leg.* 1. quem cavilloſum appellavit Petr. Fab. *ubi proxime:* aperte, & implacabiliter pugnantem cenſuerunt Jacobus de Arenis Doctor antiquus apud Bartol. in *d. §. Titio.* Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 6. *illat.* 4. *principio* 6. Ant. Goveanos in *l. idem* 19. *de vulgari.* ſed quia ad nos oon ſpectat, omiſſa prædicta opinatione, & ſolutione Accurſii, Bartoli, & Accurſianorum, ſatis probabiliter utrumque textum opponunt Cujac. *lib.* 16. *quæſt. Papin.* in *d. §. Titio.* & Julius Pacius *legum conciliatar. cent.* 6. *quæſt.* 10. quos, eum res inciderit, poteſtis adire. Tertio inde exponitur textus in *l. ſi patroni* 55. *§. Imperator ad S. C. Trebell.* a quo male ſe expedit Faber *d. lib.* 18. *conject. cap.* 4. ſed quod ad noſtram inſpectionem attinet, facilis eſt: teſtator ſervo proprio directam dedit libertatem ad tempus, ſive, ut in aliis legitur, in tempore, id eſt, ad diem, veluti Sancti Joannis, ut exponit Acc. & eſt communis intellectus, quia usque ad tempus non poſſet dari ſibertas, ſed vitio temporis ſublato pura maneret. *l. libertas* 33. *cum ſeq. de manumiſſ. teſtam.* nec locus eſſe poſſet quæſtioni, quam Papinianus tractat, juſſitque teſtator, ut ſervo reſtitueretur hereditas. Quæſitum fuit, utrum ante adventum diei libertati adjecti poſſet heres cogi adire, & reſtituere hereditatem, negatque Papinianus, quia non eſt perſona, cui poſſit fieri reſtitutio, ſervus non eſt perſooa. *l.* 1. *de jure deliber. l. nullo* 7. *ad leg. Cornel. de falſis. l. quod attinet* 32. *de R. J.* libertas data eſt in diem, neque ante diem competit; ergo fideicommiſſum ſuſpenditur, ita eleganter Cujac. *lib.* 20. *quæſt. Papin.* in *l. ſed cum* 12. *l. non eſt cogendus* 53. *ad S. C. Trebell.* ſed nunc quæritur ratio, cur uſusfructus, & cætera jura perſonalia io diem relicta promiſſave non cedant, ſive non incipiant deberi, antequam dies veniat? Ratio eſt, quia effectus ceſſionis eſt, ut poſſint transmitti ad heredes. *l. ſi poſt diem* 5. *in princ. & §.* 1. *quando dies legati ced.* ſed perſonalia non poſſunt transmitti ad heredes, ut patet: ergo fruſtra jus induceret, ut deberi inciperent, antequam dies veniat. Ad quid enim ante diem inciperent deberi? Siquidem neque ante diem peti poſſunt a legatario creditoreve, neque eo defuncto transmittuntur ad heredes: ergo in perſonalibus non fuit neceſſaria juris providentia, quæ ſtatuit, ut debita in diem ſtatim incipiant deberi, ſi realia ſint, & transmiſſibilia, quia ars, & natura nihil operantur fruſtra. Ita Cujac. in *l. unic. §. libertatibus C. de caduc. toll. & lib.* 23. *obſ. cap.* 10. & in aliis multis locis. Ant. Fab. *lib.* 19. *conject. cap.* 16. & quamvis minus expreſſe eodem modo videntur ſentire Acc. & Bartol. in *l.* 2. *quando dies leg. ced.*

§. XIX. Deinde etiam noto, annua legata in initio cujuscumque anni peti poſſe. *l. a vobis* 5. *l. in annos* 8. *l. filiæ* 22. *de ann. legat. l. habitationis* 11. *de uſufr. leg. l. nec ſemel* 12. *quando dies leg. ced. l.* 1. *C. eod. tit. l.* 15. *tit.* 11. *Part.* 5. Quod etiam in ſtipulationibus procedere non obſcure docemur in *l. eum, qui* 56. *§. qui ita* 4. *hoc tit. l. ſi ſervus* 18. *§. ult. de ſtipulat. ſervor.* De ratione inter graviſſimos interpretes dubitatum fuit. Ego vero præfero ratinnem Donelli in *l. qui hoc anno num.* 5. *hoc tit. & lib.* 15. *comment. cap.* 9. videlicet, quia qui promittit, vel legat ad annum, totum illud tempus ſibi vel heredi tribuit ad differendam ſolutionem; ſed qui legat vel promittit annua, non vult differre ſolutionem, ſed potius multiplicare obligationem penſionum. Non enim quis ſingulis annis promittit vel legat, ut minus debeat, ſed ut debeat plures ſummas & penſiones: ergo ex adjectione penſionum non poſſumus conjecturam ſumere, voluiſſe promiſſorem aut teſtatorem ſingulis tempus adjicere. Alias rationes præſtant alii auctores, ſed omnes in doctrina conveniunt. Videndi ſunt Petr. Surd. *de aliment. tit.* 4. *quæſt.* 17. *num.* 9. Cujac. *lib.* 17. *quæſt. Papin.* in *l. ſi ſervus* 18. *§. ult. de ſtipulat. ſervor.* Rodriguez *de ann. redit. lib.* 1. *quæſt.* 17. *num.* 100. qui hac ſuppoſita diſtinctione totam rationem reddit, quare reditus anoui non poſſint peti, niſi in fine anni, vel diei ad ſolutionem deſtinati.

§. XX. Quamvis tamen debitor in diem ante ejus adventum excuti non poſſit, tamen ſi ad inopiam incipiat vergere, vel de fuga ſuſpectus ſit, recte poteſt pulſari, ut idoneam ſatisdationem præbeat, vel ejus bona a creditore capiuntur, aut ipſe in carcerem detruditur. *l. in omnibus* 41. *de judic. l.* 67. *tit.* 5. *Part.* 5. quæ doctrina non tantum procedit in bonæ fidei judiciis, ſed indiſtincte, ut cum multis notant Petr. Barboſ. in *d. l.* 41. Salgad. in *labyr. creditor. parte* 1. *num.* 29. *& ſeqq.* Hilliger. ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 8. *lit. A.* Rurſus ſi debitoris non interſit ex juſta cauſſa rem retinere, quamvis dies adjectus ſit, ſtatim eam reddere tenetur: veluti depoſitarius, cui res cuſtodiæ cauſſa tradita eſt, ut illam ad diem reſtituat; poteſt enim urgeri ad reſtitutionem ante diem; quia non poteſt prætendere juſtum intereſſe in retentione. *l.* 1. *§. ſi depoſuero* 45. *ff. depoſit.* ubi Fab. Bart. & Claſſici, Donell. *d. lib.* 15. *cap.* 9. *in fine.* tandem, aliquandn dies magis adjicitur feſtinandæ

ſo-

ſolutionis quam prorogandæ, veluti ſi ita ſtipuleris: *decem hodie dare ſpondes?* ſtatim quippe debetur, quia hic dies non datur dilationi, ſed potius præſtationi maturæ. *l. liber homo* 118. §. 1. *hoc tit.* notavi latius *tractatu* 2. *principio* 2. circa illam formulam, *decem cum petiero.*

§. XXI. Etiam in *eodem tract. principio* 3. egi de tempore adjecto ad finiendam obligationem, quod cum numquam ingrediatur ſubſtantiam obligationis, ut dixi ſupra *principio* 1. *hujus tract.* quemadmodum adjectum inchoandæ obligationi illam non ſuſpendit, ita adjectum reſolvendæ illam non perimit; idcirco, qui promiſit ſingulis annis usque ad annum ſexageſimum, etiam adveniente die debet, ſed quia ultra intentionem nemo obligatur, ſi poſt adventum diei petat, repellitur exceptione pacti. *l.* 4. *de ſervitutib. l. obligationum* 44. §. 1. *verſic. placet de oblig. & act. l. eam, qui* 56. §. *qui ita* 4. *hoc tit.* a qua regula uſusfructus excipitur, qui adveniente die ipſo jure finitur. *l.* 4. *ff. l. ambiguitatem* 12. *C. de uſufr.* ex ratione, quam ibi præſtiti. Denique noto ad hanc ſpeciem non pertinere textum in *l. libertis* 18. *de ann. legat.* quamvis contrarium tentaverit Jaſo in *l. ſi cui legetur* 49. §. 1. *num.* 3. *de leg.* 1. quia ibi tantum vertitur quæſtio, utrum annuum legatum cum temporis præfinitione (veluti usque ad 30. annos) transeat ad heredes? Reſpondetque Scævola tranſire, ſed non utrum ipſo jure finiatur, quamvis certum ſit, finiri ex alia ratione, nempe quia eſt unum diviſum in plures penſiones, ut in *l. Firmio* 26. §. 1. *quando dies leg. ced.* cum ſimilibus.

TRACTATUS QUARTUS.

De ſtipulatione, cæterisque diſpoſitionibus cum adjectione loci.

§. I. Quemadmodum dies differt ſolutionem, ita etiam adjectio loci; debitor enim tantam dilationem habet, quanta indiget ad perveniendum in locum, in quo deſtinavit ſolutionem. §. *loca inſt. hoc tit. l.* 2. §. *qui ita* 6. *de eo, quod certo loco. l. eum, qui* 41. §. *quoties* 1. *l. interdum* 73. *l. continuus* 137. §. *cum ita* 2. *hoc tit.* Quare ſi reus principalis Romæ exiſtens promittat ſe daturum Carthagini, & Carthagini degens tamquam fidejuſſor intercedat, qui eodem die promittat forte ſervo ſtipulatoris, fidejuſſor non prius poteſt urgeri ad ſolutionem, quam tantum tempus prætereat, quanto opus eſſet debitori ad perveniendum Carthaginem; & ex diverſo licet reus principalis Carthagini eſſet, ſi fidejuſſor Romæ degebat, gaudet ex perſona ſua intercapedine temporis, quia Carthaginem pervenire poſſet. Ex quo conſtat, fidejuſſorem ex utriusque perſona conſequi loci dilationem. *l. ſi teſtamento* 50. §. *ult. de fidejuſſorib.* Hæc doctrina apud nos ſancitur in *l.* 13. *tit.* 11. *Part.* 5. in cujus *tit. lege* 29. deciditur quæſtio, quæ jure communi non invenitur deciſa; nempe quando quis promiſit dare Carthagini, cum tres inveniantur Carthagines, altera Hiſpaniæ, altera Americæ, altera Africæ, ſi non appareat per conjecturas, de qua ſenſerint contrahentes, in propinquiori cenſeri promiſſum, quemadmodum qui Kalendis promiſit, de proximis cenſetur cogitaſſe. *l. eum, qui Kalendis* 41. *hoc tit.* ut dixi *ſuperiori tract. in principio.*

§. II. Cum ergo dilatio hæc ſit tacita, nec deſignetur voluntate contrahentium, conſequens eſt, ut arbitrio judicis relinquatur, intra quod tempus promiſſor potuiſſet pervenire in locum, quem deſtinavit ſolutioni: quod arbitrium redditur inſpectis circumſtantiis, de quibus in *d. l. continuus* 137. §. *cum ita.* neque obſtat textus in *l.* 1. *ff. ſi quis cautionib.* ubi Prætor evocato, id eſt, citato ad comparendum in tribunali, in ſingulos concedit ſingula vicena milliaria dies, apud nos *ſiete leguas menos un tercio.* Auſonius Burdegalenſis hoc reſpiciens Edictum Prætoris, quærensque de amico, qui a domo ſua per nonaginta dies aberat, ſic cecinit *epiſt.* 5. *ad Theonem.*

Millia bis nongenta jubet demenſio legum
Adnumerata reos per tot obire dies.
Jam potui Romam pedes ire, pedesque reverti,
Ex quo te dirimunt millia pauca mihi.

Quam dimenſionem poſt alios, quos ſedulo laudat Menoch. *de arbitrar. cent.* 1. *caſu* 2. illuſtrat Petr. Pithœus *lib.* 1. *adverſarior. cap.* 13. non, inquam, obſtat *d. l.* 1. quia licet Menoch. *ubi proxime,* & Pichard. in *d.* §. *loca num.* 7. nolint agnoſcere præfinitionem illam deſervire ad eos, qui vadimonio obſtricti ſunt ad ſiſtendum ſe in judicio, non ad alias promiſſiones, de quibus Prætor tam ſpecialem curam non geſſit: tamen hæc eſt propria ſententia illius textus; ſi enim non aſſignent tempus conventionale, intra quod ſe ſiſtant, Prætor ex arbitrio præfinit. *l. de die* 8. *qui ſatisdare cogantur.* ſi abſentes ſint, definit ſeptem leucas ſingulis diebus. *d. l.* 1. niſi aliqua impedimenta oboriantur, quæ majorem exigant dilationem. *l.* 2. §. *ſi quis judicio ff. ſi quis caution.* uno verbo me expediam, in ſtipulationibus judicio ſiſti, dierum itinera præfinita ſunt, cum aliquo tamen judicis arbitrio, in cæteris laxius arbitrium eſt; quamvis nihil impediat, ut poſſit judex illud ſequi, ſi terra iter agendum ſit, nec ſint impedimenta.

§. III. Unde ſi tam breve ſpatium temporis in ſtipulatione appoſitum ſit, ut prorſus ſit impoſſibile intra illud pervenire ad locum ſolutioni deſtinatum, inutilis ſtipulatio eſt. *d. l.* 2. §. *qui ita* 6. *de eo quod loco certo.* §. *loca inſt. hoc tit.* Dixi, ſi ſit prorſus impoſſibile, quia ſi aliqua arte effici poſſit, ut pecunia præſtetur, valet ſtipulatio. Caſus exſtat in *l. ult.* §. *ſi inter eos* 4. *hoc tit.* veluti ſi inter eos, qui Romæ ſunt, talis ſtipulatio fiat, *hodie Carthagine dare ſpondes?* quamvis ex terminis ipſis ſtipulatio inutilis ſit, quia uno die e Roma Carthaginem perveniri non poteſt; tamen ſi contrahentes haberent diſpenſatores ſuos Carthagine, quibus pridem notum feciſſent, ut illa die daret alter, alterque acciperet nomine dominorum, & eo die hac ſuppoſita datione celebraretur Romæ ſtipulatio, procul dubio valeret: quia impoſſibilitas, quæ eſt ex parte contrahentium, deficit ſuppoſita executione diſpenſatorum aut camptorum. Contra obſervatur in ultimis voluntatibus: quippe ſi teſtator heredem inſtituat ſub conditione, ſi monumentum in triduo perfecerit, vel Romæ degens legaverit pecuniam intra triduum Gadibus perſolvendam; quamvis utrumque impoſſibile ſit, tamen ſuſtinetur inſtitutio & legatum. *l. ſi quis ita* 6. *de cond. inſt. l. ſi mihi & tibi* 12. §. 1. *de leg.* 1. Ratio differentiæ communis eſt & facilis, quia contractus vitiantur adjecta conditione impoſſibili. §. *impoſſibilis inſtit. de inutilibus.* ultimæ vero voluntates, ſuſtinentur rejecta conditione. *l.* 3. *de condit. & dem.* notant in ſpecie poſt Claſſicos in *præcit. loc.* Cujac in *l.* 1. *de cond. inſt.* Henricus a Sucrin *repetitarum lect. cap.* 8. Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 1. & in §. *ſi arbitratu ampliat.* 12. *num.* 17. & in *cap. ſi pater parte* 3. *verbo perſonis num.* 20.

§. IV. Contra quam diſtinctionem obſtat graviter vulgaris textus in *l. inſulam* 58. §. *in operis* 1. *ff. locat.* ubi proponitur contractus locationis ali-

aliсujus operis, veluti conſtruendæ domus, in quo dictum erat a contrahentibus, ante quem diem opus perfici deberet; id eſt, perficiendum erit opus ante biennium compotandum ex hoc die. Deinde placuit, ut ſi intra terminum præſinitum opus non fieret, locator præſtaret conductori, quanti ejus interfuiſſet: forſan in tempore ſtatuto non potuit opus perfici, non quidem negligentia locatoris, ſed ob preſſuram temporis; quæſitum fuit, utrum contractus valeat, & in eo pœna contenta? Et ſupponendo contractum valere Labeo reſpondit, tantum temporis indulgendum eſſe locatori, quantum vir bonus (id eſt judex, ut in *l. continuus* 137. §. *cum ita hoc tit.*) arbitretur neceſſarium eſſe ad perficiendum opus: quod ſi intra illud tempus opus perfectum non ſit, tacite etiam ſupponit pœnam deberi, & arbitrandi reddit rationem; quia apparet, quid actum ſit inter contrahentes, ut opus eo ſpatio temporis abſolveretur, ſine quo perfici non poſſet: ecce textum, in quo operi faciendo deſtinatum fuit expreſſe tempus a contrahentibus, intra quod tamen perfici non potuit, & ideo a judice laxius tempus præſtatur, videlicet quod ad perfectionem neceſſarium eſt: ergo eodem modo, ſi itineri faciendo deſignetur brevius tempus, quam neceſſarium ſit, poterit judex laxius tempus præſcribere, neque ob eam rationem contractus erit inutilis.

§. V. Sed Raphaël Fulgoſius recte illum textum expoſuit, conſiderans differentiam, quando dies promiſſioni adjecta fuit, quæ propter brevitatem ſtatim apparet impoſſibilis, veluti monumentum intra triduum ædificare, ex Roma Gades in triduo pervenire; quæ ſtipulatio omnino inutilis eſt propter impoſſibilitatem implementi; Vel quando talis dies adjectus fuit, qui arbitrio contrahentium reputabatur ſufficiens terminus ad perficiendum opus, licet poſtmodum apparuiſſet, nimis brevem eſſe; in hoc caſu conſtat de animo contrahendi: ergo non eſt ratio; cur inutilem contractum exiſtimemus. Tunc ergo ſuppoſita voluntate contrahentium tempus ad arbitrium boni viri reducitur in *d. l. inſulam* 58. §. 1. ita Fulgoſ. quem quamvis non viderit, ſequitur Pichard. in *d.* §. *loca num.* 12. & quamvis ſubobſcure loquatur, idem videtur ſenſiſſe, ſi aliquid ſentit, noviſſime Bartholomæus Cheſius *lib. ſingulari interpretationum cap.* 22. Omiſſa Martini, Bartoli, Caſtrenſ. Fabr. aliorumque communi opinione, diſtinguentium ſine juris fundamento inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris, & ſolutione Donelli *lib.* 12. *comment. cap.* 21. & in *l. ult.* §. *inter eos num.* 3. *hoc tit.* qui contra literam textus inhærens gloſſæ putabat, diem adjectum non fuiſſe in ipſo contractu, ſed extra eum.

§. VI. His præmiſſis ſuccedit, ut diſquiramus, ubi conveniendus ſit, qui certo loco ſe daturum promiſit? Et in primis certum eſt, poſſe conveniri in loco deſtinato ſolutioni. *l. heres abſens* 19. §. *illud fin. de judiciis. l. ſi duo* 16. §. 1. *de pecunia conſtit. l.* 1. *l. is, qui certo* 9. *de eo, quod cert. loc. l.* 3. *de reb. auct. judic. poſſid. l. quære* 100. *de ſolut. l.* 32. *tit.* 2. *Part.* 3. *verſic. e la ſexta.* docent Gloſſ. Bart. & Salicet. io *l. unic. C. ubi conveniantur, qui cert. loc. dare promiſer.* Gregor. in *l.* 13. *gloſſ.* 14. *tit.* 11. *Part.* 5. P. Barboſ. in *d. l.* 19. §. *ult. a princ.* Carleval *de judiciis tom.* 1. *tit.* 1. *diſput.* 2. *num.* 284. Donell. in *l.* 1. *de eo, quod cert. loc. num.* 6. Adeoque præciſe in hoc loco tenetur, ut, ſi velit alibi ſolvere invito creditore, audiendus non ſit. *d. l. ſi is, qui certo* 9. Poteſt vero creditor, ſi maluerit, debitorem convenire etiam in loco proprii domicilii. *d. l. heres abſens* 19. §. *ult.* Itaque duplex forum ſortitur, qui promiſit certo loco dare; primo in loco ſolutioni deſtinato; deinde in loco domicilii: & habet rationem, quia deſtinare ſolutionem in certo loco eſt quaſi contrahere inibi. *l. contraxiſſe* 21. *de oblig. & act. d. l.* 3. *de reb. auct. judic. poſſid. l. vinum* 22. *in fine de reb. cred.* ſed qui in aliquo loco contrahit, duplex forum ſortitur, domicilii nempe & contractus. *cap. Romana* §. *contrahentes de foro competenti in* 6. *d. l. heres abſens* 19. §. *proinde de judiciis. l.* 2. *C. de juriſdict.* ergo idem dicendum eſt de eo, qui promiſit ſolvere in loco ſolutioni deſtinato, ut ſupra laudati docent.

§. VII. Ex quo apparet, quid dicendum ſit, ſi reus promittat ſolvere Epheſi aut Capuæ; poteſt enim conveniri in civitate, quam ex duabus illis elegerit creditor; ipſe vero facultatem habet ſolvendi in illa, quam elegerit. *l.* 2. §. *Scævola,* alias *leg. non utique* 3. *de eo, quod cert. loc.* in cujus §. *ſeq.* docemur, ſi in duobus locis fiat promiſſio copulative, veluti *Epheſi & Capuæ*, dimidium in altera civitate & dimidium in altera ſolvendum eſſe; quia hæc eſt voluntas contrahentium, ſiquidem una ſumma in duobus locis in ſolidum ſolvi non poteſt. Alios infinitos caſus excogitant veteres, & poſt eos Carlev. *ubi proxime.* meum vero inſtitutum non patitur ultra expreſſa in legibus divagari: ſed ponamus, promiſſorem domicilium Salmanticæ habere, contractum celebraſſe Matriti, & ſolutionem contuliſſe faciendam Hiſpali: quæritur utrum triplex forum ſortiatur, id eſt, utrum etiam ſortiatur forum contractus? Nam de cæteris duobus non dubitatur. Hæc quæſtio nullo juris textu deciditur, quia nullus loquitur ſuppoſitis his tribus terminis; ſed tamen communi conſenſu recte DD. cenſent, promiſſorem non ſortiri forum in loco contractus. Ratio eſt, quia deſtinatio loci eſt ſpecies contractus quoad forum. *d. l. contraxiſſe.* ergo ibi cenſetur celebratus contractus, ubi deſtinata ſolutio fuit: itaque hæc fictio obumbrat veritatem, ut docent Panormit. in *cap. ult. de foro compet. num.* 32. & poſt multos antiquiores P. Barb. in *d. l.* 19. §. *proinde num.* 135. & §. *ult. num.* 23. Carlev. *d. diſp.* 2. *num.* 259. Aug. Barb. in *collect. ad leg. unic. C. ubi conven. qui cert. loc. dare promiſer. num.* 2. & 3. utuntur etiam textu non ineleganti in *l. exigere* 65. *de judiciis.* ubi non attenditur locus celebrati contractus dotalitii, ſive inſtrumenti receptionis dotis, ad hoc, ut mulier in eo loco pro dote experiri poſſit; ſed potius ubi maritus, ipſaque domicilium matrimonii habuerunt: neque enim id genus contractus eſt, ut eum locum ſpectari oporteat, in quo inſtrumentum dotis factum eſt, ut inquit textus; id eſt non inſpicitur, ubi celebretur contractus, ſed ubi dos conſtituta eſt; nam in eo loco præſumitur fuiſſe conventam traditionem dotis, & per conſequens reſtitutionem, quæ ei correſpondet: ergo ſi hic locus tacite conventus prævalet loco contractus, multo magis prævalere debebit locus expreſſe conventus: ita Barboſ. in *d. l.* 65. *num.* 12. *cum ſeqq.*

§. VIII. Sed quia forum contractus non aliter exerceri poteſt, quam ſi reus in loco contractus inveniatur, ut conſtat ex *d. l. heres abſens* §. 1. & §. *proinde. l.* 2. *C. de juriſdict. cap. Romana* §. *contrahentes de foro compet. in* 6. ubi notatur, & in *cap. ult. x. eod. tit.* ideo placuit, ut idem dicendum ſit de foro loci, in quo deſtinata eſt ſolutio: non enim in eo poteſt reus conveniri, niſi illuc perveniat, & ibi a creditore inveniatur; ſi enim in vero contractu neceſſe eſt, ut concurrat præſentia rei ad hoc, ut ibi poſſit conveniri, multo magis erit neceſſaria in contractu ficto, qualis eſt deſtinatio ſolutionis, ut docent recte Panormit. *d. cap. ult. num.* 30. Petr. Barb. in *d.* §. *proinde num.* 64. Carlev. *ubi proxime num.* 262. niſi ſpecialiter ſe ſubmiſerit juriſdictioni judicis loci, in quo ſolutionem deſtinavit. *l. ſi convenerit* 18. *de juriſdict. l.* 20. *tit.* 21. *lib.* 4. *noſtræ Recopil.* ubi late Aceved. Carlev. *num.* 219. & 263. & in *eadem diſp.* 2. *quæſt.* 8. *per totam.* Petr. Barb. in *l.* 1. & 2. *ff. de judiciis.*

§. IX. Ex quibus principiis duplex aſſertum ori-

oritur. Primum eum, qui petit Romæ, quod dandum eſt Capuæ, plus petere loco, ſi petat ſine commemoratione loci, in quo deſtinata fuit ſolutio. *§. ſi quis agens* 33. *verſ. loco plus petitur inſt. de actionib. cap. unic. in fin. x. de plus petitionib.* quod dupliciter poteſt intelligi, nempe, ſi petiit in loco domicilii, antequam tranſiret tempus, quo poſſet reus Capuam pervenire; & hoc genus plus petitionis videtur eſſe petere plus tempore; vel ſi poſt transactum tempus petiit ſine commemoratione loci; quia intereſt etiam rei, ut loci commemoratio fiat; multototies enim locus ſolutionis deſtinatur ſavore rei. *l. unic. C. ubi conven. qui cert. loc. dare promiſer. l.* 2. *de eo quod cert. loc.* quamvis regulariter loquendo durius obligetur, qui certo loco dare promiſit, quam qui pure. *l. fidejuſſor* 16. *§.* 1. *cum ſeq. de fidejuſſoribus. l. uſuras* 8. *C. de ſolution.* ſic poſt Theophil. Fabr. & Cujac. explicat noſter Pichard. in *d. §.* 33. *num.* 23. ergo licet petatur alibi, debet fieri commemoratio loci, in quo facienda eſt ſolutio. Secundum aſſertum eſt, ſi numquam accedat reus ad locum ſolutioni deſtinatum, numquam poſſe ibi conveniri; quia ſorum deſtinatæ ſolutionis non babet locum, niſi reus ibi inveniatur. Quapropter neceſſe ſuit recurrere ad actionem utilem, qua mediante ubique poſſet conveniri cum commemoratione loci, ut dixi; docemurque in *l.* 1. *de eo quod cert. loc.* & hæc eſt qualitas actionis arbitrariæ in hac ſtipulatione. *§. præterea inſt. de action.* de qua agendum eſt in hoc tractatu.

§. X. Sed inprimis obſervari expedit cum ſubtili Antonio Fabro *totis decadibus* 90. & 91. *de errorib. Pragmaticorum.* & in *Ration. ad l.* 1. *de eo, quod cert. loc.* hanc actionem non dici arbitrariam, ea ratione, qua cæteræ ita appellantur. Cæteræ enim ideo arbitrariæ, quia, ſi reus primo juſſui judicis in re reſtituenda non obtemperet, ſequitur major condemnatio; ſive in quadruplum, ut in Edicto de eo, quod metus cauſa; ſive in omne intereſſe, ut in rei vindicatione, & actione ad exhibendum. *§. præterea* 30. *inſt. de action.* ubi vulgo notatur. Hæc vero dicitur arbitraria per emphaſin, ſive per antonomaſiam, quia ſemper in illa arbitrarie agitur, petiturque condemnatio ad judicis arbitrium ab initio, & abſque ulla interlocutione. *l.* 2. *§. nunc de officio, de eo quod cert. loc.* Igitur cum hæc arbitraria parum, aut nihil commune habeat cum cæteris, importune obtruderem tractatum univerſalem de arbitrariis, cum nemo interpretum, qui de hac agunt, illum proſequatur.

§. XI. Deinde recolendum eſt, quod ſopra dixi, duplex forum ſortiri, qui in loco ſolutionem deſtinavit. Sed quia accidere poterat, ut debitor illuc non accederet, vel data opera, vel aliqua præpeditus occupatione; ideo Prætor æquitate ductus actionem utilem prodidit, ut elapſo tempore, quo locum deſtinatum debitor poſſet pervenire, creditor haberet ſacultatem conveniendi illum ubique quocumque loco; facta vero commemoratione loci, ubi ſolutio facienda erat. *d. l. unic. C. ubi conven. qui certo loco dar. promiſ. l. eum, qui* 43. *de judiciis. l. qui certo loco* 27. *de condict. indeb. l. ſi duo* 16. *§.* 1. *de pecunia conſtit.* Itaque directa actione ex ſtipulatione tantum agi poteſt in loco ſolutioni deſtinato; quia de ea re ita placuit contrahentibus; non eſt enim auferenda ſua utilitas reo, ſi forte commodius illi ſit ſolvere Capuæ, quam alibi, ut dixi. §. 9. Poteſt etiam directo conveniri in ſoro domicilii, ſi locus ſolutionis adjectus ſit favore creditoris, & ipſe velit illi renuntiare, petereque tamquam ex ſimplici ſtipulatione ſine commemoratione loci, aut intereſſe, & hoc modo accipio ſententiam Juliani, & aliorum in *d. l.* 19. *§. ult.* in quo nulla exſtat commemoratio arbitrii, quia de re illa non quærebatur; ſolum deciditur, utrobique poſſe reum conveniri ratione domicilii, & deſtinatæ ſolutionis; videlicet directa actione ſine intentione intereſſe.

§. XII. Unde ſi velit agere creditor actione arbitraria eum commemoratione intereſſe in loco domicilii, non poteſt intentare directam ſed utilem; quia directa actio eſt condictio certi ſtricti juris ſine ullo arbitrio, ut optime docet Donell. in *ſumma tituli de eo, quod cert. loc.* Igitur ſi vult conſequi intereſſe, quamvis in domicilio debitoris agat, actione utili debet experiri; ex quo intelligitur myſterium *legis* 1. *de eo, quod cert. loc.* & quid addiderit Prætor per hanc actionem, cum etiam directa competeret in loco domicilii: addidit quippe qualitatem arbitrariam data actione utili: ergo non fuit de vento Edictum Prætoris, etiam reſpectu ſolius fori domicilii, ut auſus ſuit dicere Bartol. poſt Nicolaum de Mateſilan, quem laudat in *d. l.* 1. Rurſus nec dicendum eſt cum Fulgoſio, Caſtrenſ. & Jaſone *ibidem*, eum, qui certo loco promiſit, non poſſe alibi conveniri, niſi in loco ſolutioni deſtinato; poteſt enim directa actione ſine commemoratione intereſſe utrobique agi, de qua loquitur textus in *d. l.* 19. *§. ult.* Major difficultas eſt, an hæc actio arbitraria detur creditori ubique, ut dicitur in *d. l. eum, qui* 43. *de judiciis.* quocumque in loco, ut in *d. l. ſi duo* 16. *§.* 1. *de pecun. conſt.* & quidem ſi verba legum intueamur, negare non licet, ex benignitate Prætoris conceſſum ſuiſſe, ut reus poſſet conveniri facta commemoratione loci, ubicumque inveniretur, per quam utriusque tam rei, quam actoris ratio habetur. *l.* 2. *de eo, quod cert. loc.* unde ex mutatione ſori nullum reo præjudicium reſultat, ſiquidem ei compenſandum eſt in ſententia condemnatoria arbitrio judicis, quam ſententiam in puncto juris veriorem docuerunt Nicolaus de Mateſilan apud Bart. in *d. l.* 1. & ibi Ant. Fab. & *decad.* 91. *errore* 2. & 3. Cujac. in *Paratitlis ad tit. C. ubi conveniantur.* verum contraria communis eſt, & in foro recepta, nempe ut non poſſit conveniri etiam arbitraria actione, niſi in ſoro domicilii, aut alio alias competenti; & habet æquitatem, ne infinitis tribunalibus diſtringatur promiſſor, quam docent Gloſſ. in *d. l.* 1. & in *d. l. unic.* omnes Claſſici contra Bart. in *d. l.* 1. ubi Donell. *num.* 6. Gregor. in *l.* 13. *gloſſ.* 4. *tit.* 11. *Part.* 5. & cum multis P. Barboſ. in *d. l.* 19. *§. ult.* Carleval *ubi proxime.*

§. XIII. Igitur ſi ia, qui promiſit dare Capuæ, ibi conveniatur, directa actione agendum eſt, & ceſſat arbitraria; cum enim conveniatur in ipſo loco deſtinato ſolutioni, non eſt de quo creditor quæri poſſit: niſi forte temporis mora locum faciat arbitrio. *l. quod ſi Epheſi* 4. *de eo, quod cert. loc.* Fingite promiſſam eſſe pecuniam Epheſi ſolvendam Kalendis Juliis: & quamvis Epheſi agatur, agi tamen poſt Kalendas, quando creditoris interfuit ſua die pecuniam ſolutam ſuiſſe; ſorſan quia amiſit, vel deſiit lucrari ex eo, quod Kalendis pecunia ſoluta non fuit: tunc quamvis agat in loco deſtinato ſolutioni, arbitraria competit; ex eo enim tempore quidquid æſtimatur, quod noviſſime ſolvi potuit. *l. ſi Kalendis* 11. *de re judicata.* unde actor conſequi poteſt, quanti ſua interfuit illa die ſolutum non ſuiſſe. *l. vinum* 22. *de reb. cred. l. ult. de condict. tritic. l. qui hominem* 37. *ff. mand. l. ſi fundum* 114. *hoc tit.* Nec tantum habetur ratio intereſſe intrinſeci rei, veluti ſi ſervus promiſſus deterior factus fuit, ſed etiam extrinſeci, videlicet damni accepti, aut lucri intercepti ob non ſolutam pecuniam. *d. l.* 37. Ex quo colligitur elegans differentia inter ſtipulationem puram, & ſtipulationem in diem: in ſtipulatione pura contrahitur mora per interpellationem. *l. mora* 32. *de uſur.* & tamen ex mora nec debentur uſuræ, nec lucrum, aut damnum ante acti temporis. *l. videamus* 38. *§. ſi actionem* 7. *eod. tit.* Cæterum ſi ad diem promiſſio facta ſit, elapſo die ſtatim mora contrahitur. *l. pecuniæ* 9. *de uſur. l. trajectitiæ*

23. *de oblig. & act. l. ad diem* 77. *hoc tit.* & debetur omne intereſſe rei, nempe quanti ſtipulatoris interfuit illa die pecuniam ſolutam non fuiſſe. *d. l. ſi fundum* 114. *cum aliis*, ut omnes interpretes agnoſcunt: ergo ſi promiſſa ſit pecunia Epheſi ad diem, vel ſola dies adjecta ſit ſtipulationi, & ſua die ſoluta non ſit, creditor poteſt petere lucrum iuterceptum, & damnum acceptum taxandum judicis arbitrio. Cum hoc certum ſit, dubitant noſtri interpretes, utrum adjectio diei faciat actionem arbitrariam, ut facit adjectio loci? Guilielmus de Cuneo, & Albericus de Roſate in *l. iu bonæ fidei de eo, quod cert. loc.* Fulgoſius, Donell. & Ant. Fab. in *l. quod ſi Epheſi eod. tit.* & Jaſo in *rub. ejusd.* maxima vi contendunt, propter adjectionem diei non fieri actionem arbitrariam: arbitraria enim actione (inquiunt) tantum agitur, quando agendum eſt contra verba cootractus alibi, quam ubi deſtinata fuit ſolutio; & tunc propter ſummam æquitatem Prætoris, qui loeum fori mutavit, utriusque tam actoris, quam rei ratio habetur io intereſſe liquidando. *l. 2. eod. tit. l. unic. C. ubi conveniantur qui cert. loc.* ſed quando dies adjectus eſt, agitur in loco proprii fori, & actione directa, nec habetur ratio debitoris: ergo non eſt actio arbitraria. Cujac. vero *tractatu* 3. *ad Africanum* in *l. centum Capuæ de eo, quod cert. loc.* cenſuit actionem fieri arbitrariam propter adjectionem diei, ſiquidem poteſtas judici attribuitur arbitrandi, quanti interſit actoris ſua die peeuniam ſolutam non fuiſſe, & contrarium docentes vocat abnormes JCtos; quo oomine acriter retunditur a Donello; ſed tantorum virorum pace quæſtio eſt futilis, & tantum de nomine. Nam ut agnovit Donell. aliquo ſenſu ſit actio arbitraria propter tempus, quatenus permittitur judici de intereſſe actoris arbitrari: ſed non deſinit eſſe directa; quemadmodum promiſſio faciendi producit actionem directam, quæ ſuccedit ad intereſſe, ſi promiſſor non faciat, quia nemo præciſe ad factum compelli poteſt. *l. ſi quis ab alio* 13. *de re judicata. l. ſtipulationes* 72. *verſ. Celſus hoc tit.* quo ſenſu cum de intereſſe arbitretur judex, poterit dici improprie actio arbitraria. Proprie vero arbitraria actio non ſit, niſi propter locum, & cum qualitate, de qua nunc agam.

§. XIV. Succedit, ut de arbitrio judicis in noſtra actione arbitraria videamus; quod præfinitur in *l. 2. §. nunc de officio de eo quod cert. loc. §. ſi quis agens* 33. *verſ. loco inſt. de actionib. d. l. unic. C. ubi conven. qui cert. loc. dar. promiſer. l.* 13. *tit.* 11. *Part.* 5. quod tale eſt: inprimis animadvertere debet, quid, qualeque ſit, quod petitur: veluti ſi eſt vinum, triticum, vel res alia, quæ certo in loco, & die præfixa dari debuit; quando autem redditur, minoris eſt, vel quia deterior facta fuit, vel quia pretium ejus decrevit. Hoc eſt damnum intrinſecum, quod procul dubio æſtimatur, ſive damnum circa rem ipſam. *l. vinum* 22. *de reb. cred. l. ult. de condict. triticar. l. hominem* 37. *mandati. l. ult. de peric. & commod. rei venditæ. l. ſterilis* 21. *§. cum per venditorem de action. empt.* Deinde animadvertere debet, quid deſiiſſet lucrari; quoniam in hac actione de eo quod certo loco etiam lucri ratio habetur. *cap. unic. de plus petitionib.* textus elegans & parum ootus in *cap.* 40. *de offic. & poteſt. judic. delegat.* ubi gloſſa *verbo loco & termino.* Jaſo in *d. l. 2. §. ult. num.* 3. & in aliis, in quibus vel ex pacto, vel ex propria negotii qualitate venit totum intereſſe, ut in *l. in lege* 24. *§. colonus. l. ſi fundus* 33. *verſic. nam etſi ff. locati. l. ſi mulier* 21. *§. commodi* 4. *ff. rerum amotar. l. ſi commiſſa* 13. *ff. rem ratam haberi. l. quidquid* 7. *C. arbitr. tut. l. ult. C. de ſententiis, quæ pro eo, quod intereſt, proferuntur.* ut notat Arnoldus Vinnius *lib. 2. quæſt. juris cap.* 37. Nec obſtat, quod in actione furti, in edicto damni infecti, & in contributione legis Rhodiæ de jactu non habeatur ratio lucri ad intereſſe taxandum, ſed tantum damni accepti. *l. 2. §. ſi navis verſ. portio ad leg. Rhod. de jactu. l. Proculus* 26. *de damn. infecto. l. ſi is qui rem* 66. *§. ult. de furtis.* quia hæc diſſimilia ſunt; in his enim actionibus non redditur judicium ad id, quod intereſt, indiſtincte, ſed ad recuperandum damoum; in noſtra vero actione & ſimilibus propoſitum eſt omne intereſſe. *d. l. 2. §. ult.* quare etiam ratio lucri habetur, ut ibi notaot omnes Claſſici. Sigillatim non vacat inveſtigare omnia negotia, in quibus venit totum intereſſe, & in quibus venit ſolum damnum; videndus erit Joſephus Gibalinus, qui ex profeſſo diſputat in *tract. de uſuris lib. 2. cap. 5. art. 5. per totum.*

§. XV. Damni probatio ooo eſt admodum difficilis; conſiſtit enim in poſitivo: veluti ſi ex eo, quod ſuo loco pecunia ſoluta noo ſit, creditor res aliquas vili pretio diſtraxit, vel io pœnam incidit, aut ſub gravi fœnore mutuum accepit; quæ omnia oculis ſubjici, & per teſtes manifeſto probari poſſunt. Sed probatio lucri iotercepti valde difficilis eſt, conſiſtit eoim in negativo, nempe quod non fuit lucratus, cum poſſet, ſive ut dixit Jaſo in *d. §. ult. num. 7. eſt ens, non ens.* quare eum difficilis ſit probatioois, ut docent Menoch. *de arbitrariis caſu* 116. *num.* 20. Maſcard. *de probationib. concluſ.* 930. *& ſeqq.* maxime 932. ad conjecturas recurrendum eſt, ut iidem docent, & Jaſo. *d. num.* 7. Donell. *num.* 9. in *d. §. ult.* Gibalin. *d. cap. 5. art. 8. per totum.* Frequentior tamen conjectura eſt a ſolitis, veluti ſi creditor ſolitus fuit negotiari, & inde ad octo, vel decem pro centum ſingulis mercaturis lucrabatur: probata hac conjectura, probatur legitimum intereſſe lucri ceſſantis, ut dicitur in *d. §. ult.* doceot auctores ſupra citati; oec ſola occaſio remota mercandi articulanda eſt, ſed proxima, ita: potuit mercari, quia merces adfuerunt, & ſolutus fuit, & ex illa mercatura ad communem modum potuit reportare talem quæſtum, ut cæteri, qui mercati fuerunt in illa occaſione, reportarunt. Covarr. *lib. 3. var. cap. 4. num.* 1. Menoch. *caſu* 119. *&* 120. *lib. 2. de arbitrariis.* & cum magna expreſſione P. Barb. in *l. de diviſione* 5. *num.* 28. *ſol. matr.* Gibal. *d. art.* 8. Narbona in *Recopilat. tit. de los Cambios lib. 5. l. 13. gloſſa* 4. qui duo agunt de generibus probationum intereſſe, & quando ſtetur juramento partis.

§. XVI. Nec obſtant textus in *l. ult. de peric. & commod. rei vend. l. ſterilis* 21. *§. cum per venditorem de action. empt.* in quibus mora facta per venditorem in re tradenda, non venit extrinſecum intereſſe, ut puta, ſi mercator fuit, & potuit negotiari; ſed tantum intrinſecum, quod circa rem eſt, vel uſuræ recompenſativæ, de quibus in *l. curavit* 5. *C. de action. empt.* Quoniam omiſſa ſubtilitate Donelli, quam ſectatur Arnoldus Vinnius *lib. 2. quæſt. juris cap.* 38. placet communis intellectus, nempe non venire lucrum ſperatum ex negotiatione, quando non eſt proximum ſed remotum: neque enim refert, quod ex illa pecunia poſſet merces comparare; imo oec refert, quod ſit mercator: ſed juxta *d. §. ult.* requiritur, quod eſſet ſolitus negotiari in illa merce, & quod eſſet occaſio negotiandi, & quod in illa occaſione cæteri, qui mercati fuerunt, talem tantumque quæſtum reportaſſent. Itaque prædicti textus accipiendi ſunt de occaſione remota, & *dict. §. ult.* accipiendus eſt de occaſione proxima. Barb. *num.* 26. & 27. Gutierrez *de juram. confirm. parte 1. cap. 2. num.* 8. Gibal. *d. cap. 5. art. 5. num.* 7. maxime *num.* 9. Quia lucrum ceſſans non juſtificatur, niſi ex proxima, & individuali occaſione lucrandi, ut docent Molin. *de juſt. & jure tom. 2. diſp.* 315. Gibal. *ubi proxime art. 6. per totum.* quia etiam agunt de lucro ceſſante ab initio convento in mutuo, & de conditionibus in eo requiſitis.

§. XVII. Illud difficilius eſt, quod docemur in

d. §.

d. §. cum per venditorem. non ſolum extrinſecum lucrum, ſed neque extrinſecum damnum præſtandum eſſe a venditore; veluti ſi triticum non tradidit ſuo tempore, & ob id mortui fuerunt ſervi, vel perierunt animalia fame conſumpta. Videtur enim hoc præſtandum eſſe, cum ſit damnum in patrimonio paſſum ratione moræ debitoris: verum etiam in ratione damni commendanda eſt diſtinctio Sapiæ apud Barboſ. *num.* 31. & 32. ſi is, qui emit, expreſſit, ſe emere ad paſcendam familiam, vel ad hanc aut illam neceſſitatem, & venditor hoc compertum habuit, vel ex dicto emptoris, vel ex quibuslibet aliis ſufficientibus indiciis, qualia erunt, ſi cum Hiſpali ſervos haberet, illic deſtinavit ſolutionem, ut in *d. §. ult.* tunc pretia ſervorum fame pereuntium veniunt in computatione damni; quia eſt damnum proxime occaſionatum ex mora debitoris. Cæterum ſi de hac neceſſitate nihil conventum, actum, aut cogitatum fuit, damnum illud imputatur culpæ remotæ, nec venit in computatione intereſſe, ad quam rem expendit elegantem locum Senecæ *lib. 6. de benefic. cap.* 14.

§. XVIII. Hæc ratio damni, & lucri habetur pariter in reo, atque in actore. *l. 2. de eo, quod cert. loc. l. unic. C. ubi conven. qui cert. loc.* In reo expreſſe docemur in *§. ſi quis agens* 33. *verſic. loco inſt. de action.* Ita tamen in actore ratio ejus habetur, ſi ipſe non fuit in culpa, quominus pecunia in loco præſtaretur, alioquin culpa ipſius ipſi eſſet proficua, ut acriter fundat Donell. in *d. l. 2. num.* 6. & 7. debitoris autem habetur, etſi ſit in culpa, nec voluiſſet ad illum locum accedere. Tunc vero ejus ratio habetur, quando ipſius cauſſa & utilitate locus ſolutioni deſtinatus fuit, ut in *leg. uſuras* 8. *C. de ſolution.* Mora enim ipſi nocet ad perpetuandam obligationem. *l. ſi ſervum* 91. *§. ſequitur hoc tit.* Sed non tollit commoditatem, quam debet ex ipſo contractu reportare, ut optime explicat Donell. & hic eſt caſus, in quo utriusque ſimul ratio poteſt haberi; actoris, ſi ejus interfuit, pecuniam deſtinato loco ſolvi; rei, quando ipſius cauſſa locus adjectus fuit; quia actor non poteſt agere arbitraria, niſi reus in culpa ſit, & ipſe non ſit in culpa: debitor vero agit arbitraria ſine oppoſitione culpæ actoris, quem ſupponere debuerunt Cujac. in *d. l. centum Capuæ*, & Ant. Fab. in *d. l.* 2. Hoc intereſſe tam ex parte actoris, quam ex parte rei olim ſine limitatione erat, poteratque excedere legitimum modum uſurarum, de quo late dixi ſupra *tract.* 1. ut docet Julianus in *l. 2. §. ult. de eo, quod cert. loc.* Sed hodie poſt novam Juſtiniani Conſtitutionem, de qua in *leg. ult. C. de ſententiis, quæ pro eo, quod intereſt, proferuntur.* omne intereſſe ſuper contractu certæ rei, aut certæ quantitatis limitatum eſt; non enim poteſt excedere quacumque ratione duplum rei, vel quantitatis promiſſæ. Ita hi textus componendi ſunt cum Ant. Fabro, & Arnoldo Vinnio *d. lib. 2. quæſtion. juris cap.* 37. quamvis aliter ſubtiliterque Donell. in *d. §. ult. num.* 7. & aliter Accurſ. Bart. Jaſo, & alii, quorum intellectum rejicit idem Donell.

§. XIX. Exteoditur in hac actione arbitrium judici conceſſum ad abſolvendum debitorem. *l. quod ſi Epheſi* 4. *§. interdum de eo, quod cert. loc.* quod triplici in caſu accidere poteſt. Primo ſi congruo tempore debitor obtulit pecuniam creditori in loco ſolutioni deſtinato, & ipſe accipere recuſavit: quamvis enim debitor poſtea pulſatus in alio loco recuſet ſolvere, moram non facit, & remittendus eſt ad locum ſolutioni deſtinatum, ut ibi ſatisfaciat creditori, interimque abſolvitur per judicem domicilii ab inſtantia judicii. Secundo, ſi reus alibi conventus dicat ſe habere depoſitam pecuniam in loco ſolutionis, ut ibi creditori præſtetur; remittendus enim eſt abſolutus ab eadem inſtantia. Sed dicet aliquis, in his caſibus non eſſe reum tantum abſolvendum ab inſtantia judicii, ſed abſolute & peremptorie; quia oblatio, quam ſequitur depoſitio congruo tempore & loco facta, habet vim ſolutionis. *l. acceptam* 19. *C. de uſuris. l. obſignatione* 9. *C. de ſolution.* Reſpondeo tamen, textum in *d. §. interdum.* non eſſe ita intelligendum, ut ſolemniter factæ fuiſſent oblatio, obſignatio, & depoſitio coram judice; ſed de quavis oblatione, & depoſito particulari, quæ licet non liberent debitorem, ſufficiunt, ut debitor a mora liberetur, & creditor in ea conſtituatur. *l. ult. de lege commiſſoria. l. ſed etſi de uſur.* ut explicant Claſſici in *d. §. ult.* Tertio ſi reus dicat, ſe poſſe in loco ſolutionis de facili ſolvere pecuniam, quia ibi habet inſtitorem vel diſpenſatorem, vel offert litteras cambii. Sed in his omnibus caſibus non prius remittitur, quam præſtet cautionem de ſolvendo in loco ſolutionis ſaltem juratoriam, ut docet Faber in *Ration. ad d. §. interdum*, & *decad.* 90. *de erroribus Pragmaticor. errore* 2. ubi emendat, quæ docuerat *lib. 15. conject. cap.* 2. Ad quid vel quare ſit neceſſaria cautio, cum ſuperſit vetus actio ex contractu, dubitant interpretes, præſertim Donell. *ibid. num.* 4. Ego cenſeo, non durare veterem actionem ex contractu, poſtquam lis conteſtata fuit alibi; quia per litis conteſtationem novata fuit actio ex contractu præcedenti. *l. aliam* 29. *de novation.* cum ſimilibus: ergo jam reus non poſſet conveniri in loco ſolutioni deſtinato, quamvis ibi inveniretur; niſi denuo per cautionem, novamque ſtipulationem ſe ſoluturum ibi promitteret, quod ſubtile & obſervandum cenſeo.

§. XX. Supereſt, ut inveſtigemus, unde proveniat hæc qualitas arbitraria cum adjectione loci in hac noſtra ſtipulatione? Hæc quæſtio ita exponitur terminis ſcholaſticis; an hæc qualitas ſit intrinſeca ſtipulationi factæ cum adjectione loci, vel ſit extrinſeca, & adventitio jure perveniens reſolvitur a Jaſone in *l. 2. in princ. de eo, quod cer. loc.* ſatis diſerte, dum docet, quod actiones ſtricti juris ſolum efficiuntur arbitrariæ; aſſumentes iſtam qualitatem extrinſecus propter accidens adjectionis loci contra naturam ipſarum: nam in actionibus ſtricti juris frenum eſt valde ſtrictum. *l. quidquid* 99. *hoc tit.* ſed quando ſubeſt peculiaris ratio æquitatis, ut in hoc tractatu, Prætor poteſtatem præbet judici arbitrandi, quæ non provenit ex ſtipulatione, ſed ex adjectione loci, quod aliter procedit in actionibus bonæ fidei, quarum ea eſt natura, ut in eis veniat quidquid dictaverit æquitas. *l. quia tantundem* 7. *de neg. geſt. l. 5. de in litem jurand. §. in bonæ fidei inſt. de action.* ergo ſi ex contractu bonæ fidei aliquid certo loco promiſſum ſit, nec ibi ſolvatur; poterit arbiter aſſumptus in judicio bonæ fidei arbitrari ex bono & æquo, quantum actoris, quantum rei interſit; neque ad id neceſſaria erit actio arbitraria; ſed ſufficit nativa ipſa actio ex contractu. *l. in bonæ fidei* 7. *de eo, quod cert. loc. l. ſi ut certo* 5. *ff. commodat.* Ratio eſt, quia licet contractus non haberet adjectionem loci, eſſet nihilominus a ſemet ipſo laxæ poteſtatis, & facultatis arbitrariæ, cum bonæ fidei ſit: ergo ex adjectione loci non variatur ejus natura. Hanc doctrinam pluribus verbis exprimit Donell. in *l. centum Capuæ num.* 3. & in effectu communis eſt antiquorum.

§. XXI. Ex quo apparet, ſi heres damnatus ſit certo loco præſtare legatum, actionem arbitrariam competere. *l. ſi heres* 5. *de eo, quod cert. loc. l. ſi fideicommiſſum* 50. *de judiciis. l. cum res* 47. *de leg.* 1. juxta hos terminos intelligendis: eſt enim actio ex teſtamento ſtricti juris. *§. actionum* 28. *inſtit. de actionib.* per argumentum a ſufficienti partium enumeratione. *l. alias* 6. *de in litem jurand. l. ult. de condict. ob turp. cauſſam.* licet aliquam dotem habeat actionis bonæ fidei. *l. 3. C. in quib. cauſſ. in integrum reſtitutio non ſit neceſſ. l. hujusmodi* 84. *§. qui ſervum* 4. & *§. adet de leg.* 1. quare arbitraria opus eſt, cum æquitas non veniat ex natura actionis teſtamentariæ. Idem in mutuo dicendum eſt, quod ſtricti juris eſſe nemo ambigit. *l.*

Digitized by Google

6. *de eo, quod cert. loc.* Et in pecunia conſtituta propter eamdem rationem. *l. ſi duo* 16. §. 1. *de pecun. conſtit.* Denique in omnibus actionibus ſtrictis, ex quibus alibi petitur, quod certo loco debetur, arbitraria experiundum eſt, ut tenent omnes Claſſici, quos ſequuntur Cujac. & Donell. in *d. l.* 5. & 6. quamvis nimia ſubtilitate & contra juris rationem contrarium voluerit perſuadere Ant. Fab. *ibi, & decad.* 91. *err.* 1. & 2. cujus fundamenti quilibet ſatisfacere poterit, ne immoremur. Per contrarium ex commodato non agitur arbitraria actione, ſed directa. *l. ſi ut certo* 5. *commodati.* neque ex depoſito. *l. ei, apud quem* 5. §. 1. ſic accipiendo, *ff. depoſ.* quia hæc judicia bonæ fidei ſunt. *d. §. actionum* 28. quod in cæteris omnibus recipiendum eſt.

§. XXII. Ex his non difficili opera explicatur difficilis textus in *l. centum Capuæ* 8. *de eo, quod cert. loc.* & componitur cum *l. quæro* 54. *ff. locat.* Ab hac poſtrema incipiendum eſt: quærit Paulus, an fidejuſſor conductionis teneatur in uſuras, quæ debentur nomine non illatarum penſionum: quæſtio eſt talis. Si ego interceſſi fidejuſſor pro Titio conductore, & ipſe moram fecit in ſolvendis penſionibus, & ideo ad uſuras, quæ veniunt ex mora in contractibus bonæ fidei, cœpit teneri: quæritur, an ego etiam tenear eodem modo ad uſuras pervenientes ex mora debitoris principalis? Pro certo enim ſupponitur, in contractibus bonæ fidei uſuras ex mora deberi. *l. in bonæ fidei* 13. *C. l. mora* 32. §. *in bonæ fidei* 2. *de uſur. l. pupilli* 6. §. *ult. cum l. ſeq. de neg. geſt. l. qui per colluſionem* 49. §. *pretii ſorte de action. empt. l. Lucius* 24. *in fine ff. depoſit. l.* 4. *C. eod. tit.* cum aliis ſexcentis. Ut decidat quæſtionem, ſumit rationem dubitandi Paulus ex Conſtitutionibus, quibus cavetur, eos, qui pro pro aliis tenentur, ſolummodo debere agnoſcere damnum ſortis, non etiam uſurarum, quæ Conſtitutiones exſtant in *l. Lucius* 21. §. 1. *ad municipal. l. Imperatores* 9. *in princ. de adminiſtrat. rer. ad civit. pertinentium. l. unic. C. de his, qui ex officio, quod adminiſtrar. conven.* ergo eodem modo fidejuſſor, qui pro alio obligatur, debebit tantum ſuſcipere periculum ſortis, non etiam uſurarum. Sed non obſtantibus prædictis Conſtitutionibus, quæ in diverſo caſu loquuntur, nempe in nominatore adminiſtratoris Reip. & in cæteris, qui ex officio pro publicis adminiſtratoribus tenentur, ut ex illis patet, ad rationem decidendi ita diſtinguit Paulus, vel fidejuſſor conductoris interceſſit limitate ad mercedem, & nihil amplius; vel interceſſit in omnem cauſſam contractus. Primo caſu, quem Paulus ſupponit, & non explicat, non tenetur ad uſuras: ſecundo vero caſu tenetur ad uſuras ex mora provenientes. *l. etiam* 5. *de fidejuſſor. minorum. l. ſi quis* 24. §. 1. *de uſur. l.* 1. §. *belliſſime. l. pen. ut legator. nom. caveat. l. ſi poſtquam* 10. *rem pupilli ſalvam fore. l.* 2. §. *pen. & ult. de adminiſtr. rer. ad civit. pertin. l. ſi mandator* 8. *C. quod cum eo. l. initio* 5. *C. de pact. inter empt. & vendit. l. fidejuſſor* 10. *C. de fidejuſſor.* Suſcipit enim in ſe totum periculum proveniens ex contractu, ejuſque totam cauſſam ſpondet, & indemnem prorſus facere creditorem tam a ſorte, quam ab incremento uſurarum, ut multis verbis explicat Paul. in *d. l.* 54. Quando vero cenſeatur in omnem cauſſam interceſſiſſe, diſputant varie & valide noſtri interpretes, in qua etiam re Cujac. variavit, ut obſervat Merillius *lib.* 1. *variantium ex Cujacio cap.* 23. mihi tamen jam pridem inſedit, in omnem cauſſam cenſeri interveniſſe, quando indiſtincte generalibus verbis & ſine aliqua limitatione fidejuſſit; ut non difficulter probatur ex *lege* 2. *in fine qui ſatiſdare cogantur. l. fidejuſſores* 68. §. 1. *de fidejuſſ. l.* 2. §. *ult. de adminiſtr. rer. ad Civit. pertin.*

§. XXIII. Eadem fere ſpecies proponitur ab Africano in *d. l. centum Capuæ*, & reſolutio prorſus contraria eſt, quamvis velit ibi diſſimulare Cujac. *tract.* 3. *ad Africanum.* Species hæc eſt: Titius a Sejo ſtipulatus fuit ſibi centum Capuæ dari; & eo nomine fidejuſſorem accepit. Non explicat, an fidejuſſor ſimpliciter interceſſiſſet; ſed cum ſufficiat non intercedere limitate, ut omnem in cauſſam cenſeatur fidejubere, fatendum eſt in omnem cauſſam contractus interceſſiſſe, ut in *d. l. quæro* 54. abſonum enim eſt, & contra mentem Africani contrarium aſſerere. Hac ſuppoſita ſpecie primo docet Africanus, ſimiliter poſſe a fidejuſſore peti, ac a reo principali; id eſt, quemadmodum adverſus reum principalem Capuæ non ſolventem competit arbitraria, ita & adverſus fidejuſſorem competit, ſi interceſſit cum adjectione loci, ut dixi in *princ. hujus tractat.* Quærit tamen, ſi reus principalis moram faciat, quominus Capuæ pecuniam ſolvat, utrum ex ejus mora obligatio fidejuſſoria creſcat; caſus quæſtionis ſic eſt exponendus cum Cujacio: reus principalis non acceſſit Capuæ, fidejuſſor acceſſit, & paratus fuit ibi pecuniam ſolvere, creditor ſine mora defuit; poteritne arbitraria locum habere contra fidejuſſorem inculpatum propter culpam rei principalis? Negat Africanus, nec obſtat exemplum uſurarum, per ſtipulationem promiſſarum a reo principali, & quod ad eas etiam tenetur fidejuſſor, qui ſimpliciter interceſſit, ut ſupponit Conſultus; quia uſuræ promiſſæ debentur jure obligationis, ut ſors principalis; & ſunt duæ obligationes. *l. ſi a colono* 58. *de fidejuſſor. l.* 3. *C. de uſur.* & utramque ſuſcipit fidejuſſor, qui ſimpliciter interceſſit; at intereſſe in actione arbitraria venit ex officio judicis, & quod debetur officio judicis, non debetur jure obligationis. *l. non quidquid* 40. *de judiciis.* Quod convincit Africanus hoc ſingulari principio; ſi uſuræ per ſtipulationem promiſſæ ſint, & pars ſortis principalis ſolvatur, nihilominus peti poſſunt integræ uſuræ decurſæ: cæterum ſi pars pecuniæ ſolvatur, poſtquam debitor moram fecit in præſtanda pecunia Capuæ, vel tota pecunia ſolvatur, non poteſt agi pro intereſſe ante cauſſato reſpectu pecuniæ ſolutæ, & pro qua parte ſoluta fuit. *l. ult.* ſic intelligenda, *de eo, quod cert. loc.* Quod etiam procedit in uſuris debitis ex mora in contractibus bonæ fidei, quia ex judicis officio debentur, cui non eſt locus exſoluta principali obligatione. *l.* 4. *Cod. depoſiti. l. qui per colluſionem* 49. §. *pretii ſorte de act. empt.* Hactenus ſpecies Africani, ex qua inſurgit grandis difficultas, contra quod diximus *ſuperiori* §. fidejuſſorem ſimpliciter intercedentem in uſuras, & intereſſe contractus bonæ fidei teneri: cur enim non tenetur etiam ex mora debitoris principalis ad intereſſe, quod evenit in actione arbitraria. Verum ex notata differentia facile deſcendit ſolutio; quoniam uſuræ, intereſſe, & æquitas veniunt in contractibus bonæ fidei ex natura ipſius contractus; ſed in contractibus ſtricti juris veniunt ex Edicto & æquitate Prætoris contra naturam contractus propter adjectionem loci: ergo qui ſimpliciter intercedit pro reo obligato ex contractu bonæ fidei, ſuſcipit in ſe totum periculum, totam cauſſam contractus, & per conſequens uſuras; ſed qui intervenit pro debitore obligato ex contractu ſtricti juris, non ſuſcipit intereſſe loci, quia non eſt cauſſa contractus, ſed æquitas extrinſeca & accidentalis; & hæc ſufficiant pro explicatione difficillimorum textuum; quos etiam expoſui in *Academicis ad tit. de fidejuſſorib. cap.* 1. *num.* 23. *usque ad num.* 29.

§. XXIV. Sed quamvis non debeatur jure actionis intereſſe, quod ex officio judicis in arbitraria venit; nihilominus cum ipſa actione principali debitum cenſetur, quod eleganter probatur ex *lege pecuniam* 15. *de compenſationibus.* cujus intricata ſpecies hæc eſt: ego ſtipulatus ſum a Titio, mihi dari pecuniam Hiſpali; Titio debebam pecuniam ſimpliciter, id eſt ſine adjectione loci, Titius urget me, ut ei ſolvam pecuniam ſimpliciter debitam, ego oppono compenſationem de eo, quod mihi de-

debet Hiſpali. Reſpondet Conſultus, admittendam eſſe compenſationem, ita tamen ut ratio habeatur intereſſe Titii, videlicet ſi mihi debebat Hiſpali centum, quæ ibi facile & ſine expenſa ſolvere poterat, & quia compenſo Salmanticæ, nec ſolvo totam quantitatem, quam ei debebam in hac Civitate, & qua indigebat ad rerum comparationes, vel ad alias neceſſitates, damnum patitur, vel lucrum amittit: hoc deducendum eſt de eo, quod mihi debet, & hoc minus eſt compenſandum. Ita fingo hypotheſin hujus textus, ad quem noto cum Bartolo, poſſe me alibi conventum compenſare, quod certo loco mihi debetur, etiamſi velim compenſare, antequam petere poſſim, antequam debitor pervenire poſſit Hiſpalim. Ratio eſt, quia, licet habeat diem obligatio loci, & dies tacitus, ut dixi in *princ. hujus tract.* impedit compenſationem. *l. cum mihi 16. §. 1. de compenſat.* licet dies expreſſus impediat illam. *l. quod in diem 7. eod. tit.* Caſtr. accipit prædictum textum de eo, quod jam mihi debebat Hiſpali, quia tranſierant dies ad iter faciendum neceſſarii; ſed non eſt neceſſe reſtringere ita ejus deciſionem. Secundo noto, in illo textu non compenſari, quod intereſt, ſed tantum compenſari debitum; imo id, quod intereſt, decedit de debito, *ſed eſquenta de loque ſe me debe.* qui ſenſus convenit cum lectura florentina, quæ ita legit: *quanti Titii interfuerat*, approbaturque communiter; licet vulgata aliter habeat; verum nihil refert aſſerere, ſi mea interfuiſſet pecuniam ſolvi Hiſpali, etiam hoc intereſſe venire in compenſationem, ut volunt Caſtr. Fulgoſ. & Fab. quia licet non debeatur jure actionis, debetur officio judicis, quod etiam compenſatur; quia magis debitum eſt, id eſt, firmius & ſtrictius, quam quod natura debetur; quod tamen compenſari poteſt. *l. etiam 6. de compenſationibus.*

§. XXV. Eſt etiam in prædicto textu illud notabile, eum, qui opponit compenſationem, videri velle alibi exigere, cum alioquin niſi ex voluntate creditoris alibi ſolvi non poſſit, niſi in loco ſolutioni deſtinato. Unde facile exponitur textus Scævolæ alioquin ſumme difficilis in *l. qui Romæ 122. hoc tit.* ſpecies eſt: Titius Romæ mutuam pecuniam accepit ſolvendam in longinqua Provincia per tres menſes, (id eſt, ſingulis menſibus eam partem, ut communis expoſitio, ſive per tres menſes, id eſt, quacumque die trium menſium, quod idem eſt, ac poſt tres menſes, ut præfert Donell. ſed ad deciſionem parvi refert) Romæ promiſit uſuras creditori forſan octo pro ſingulis millibus, & ſingulis menſibus, & quamvis textus non exponat, ita ſupponendum eſt propter ſequentem quæſtionem, uſuras aliquas, vel totas dedit in anteceſſum creditori; ante tres menſes poſt paucos dies, veluti poſt octo, aut decem debitor creditori ſolemniter obtulit ſummam mutuo acceptam, revera acceptam veluti nongenta, & octuaginta, detracta illa pecunia, quam creditori prærogaverat uſurarum nomine; quæritur utrum prædicta oblatione liberetur? Non eſt dicendum cum antiquiuribus, oblationem factam fuiſſe verbaliter, non realiter, & ob id inutilem fuiſſe. Scævola enim, ut locum faciat quæſtioni, ſupponit omnia recte proceſſiſſe, ut melius cenſet Gaſp. Rodriguez *de annuis redit. lib. 1. quæſt. 18. num. 19.* & quamvis minus expreſſe Petr. Barb. in *l. mora 10. num. 54. & ſeq. ſolut. matrim.* vel in alio ſimili effectu, nempe ad excludendam moram, ad quam ſufficit oblatio verbalis, ut accipiunt Giphan. & Donell. in *d. l. 122.* & Ant. Faber *de errorib. Pragmatic. decad. 22. errore 5.* Rationem dubitandi ſolerter clauſit Scævola illis verbis: *cum integram ſummam, in quam ſtipulatione obligatus eſt, obtulerit*, videlicet, quia licet debitor oblationem feciſſet, detracta ſumma, quam nomine uſurarum dederat in anteceſſum, nihilominus integram ſummam debitam obtulit, quia ſtipulatio, interpoſita ex cauſſa mutui, non plus obligat, quam ad acceptum nomine mutui; ideoque qui mutua centum accepit, & ſtipulanti ſpopondit centum & viginti, in ſola centum tenetur. *l. cum ultra 9. C. de non numer. pecun. l. rogaſti 11. §. ſi tibi de reb. cred. l. hactenus 11. de pecun. conſt.* & per conſequens, qui de mutua pecunia accepta ſtatim tradit in anteceſſum uſuras, eo minus tenetur, quam tum tradit uſurarum nomine, ut eleganter fundat Rodriguez *ubi proxime num. 15.* unde facile rejiciendi ſunt Hotman. *de uſur lib. 1. cap. 4.* & nonnulli antiquiores, qui decepti aliquorum librorum litera legunt *non integram.* ergo cum integram pecuniam obtuliſſet, videbatur oblatio recte facta, maxime quia pecuniam poſt paucos dies Romæ obtulit, quando parvi, vel nihil poterat intereſſe creditoris reſumere pecuniam ſuam Romæ. Nihilominus reſpondet Scævola, creditorem poſſe ſua die, id eſt, poſt tres menſes petere integrum debitum in loco ſolutioni deſtinato: *integrum* dixit, id eſt, quod revera debetur, in quo contractum mutuum fuit, demptis nummis in anteceſſum ſolutis; ut recte exponit idem Rodriguez *num. 27. 33. & 34.* quia oblatio Romæ facta non fuit facta congruo loco, imo nec congruo tempore; cum utriuſque gratia creditoris & debitoris adjiciatur tempus, & maxime locus. *l. 1. & 2. de eo, quod cert. loco*; ut exponunt Duarenus, Donell. & Giphanius, & in effectu parum diſcrepans Ant. Fab. *lib. 1. conject. cap. 1.*

F I N I S.

Digitized by Google

INDEX CONTENTORUM.

PARS PRIMA.

TRACTATUS PRIMUS.

De nova & vetere ſtipulatione, de cauſſa inventionis, origine, natura, & uſu. - - 375.

TRACTATUS SECUNDUS.

De fine cur inventa ſit ſtipulatio, ubi diſputatur, per quem adquiri poſſit obligatio ex ſtipulatione. : 387.
CONSECT. I. *Obligationem mutui adquiri per extraneum poſſe.* - - - - 390.a.
CONSECT. II. *Obligationem pignoris per extraneum adquiri non poſſe.* - - 391.a.
CONSECT. III. *Ex contractu, vel modo civili per eum, qui alter non eſt, adquiri poſſe.* 392.b.
CONSECT. IV. *De utili obligatione filiabus nepotibuſque adquirenda ex cauſſa dotis, ex contractu patris, matris, aut avorum.* - - - - - - 395.a.
CONSECT. V. *De pacto appoſito favore extranei in traditione rei a Domino facta.* 396.b.
CONSECT. VI. *De conventione extraneo facta ſecundum jus regni.* - - 397.a.

TRACTATUS TERTIUS.

De adquiſitione per eos, qui in poteſtate noſtra ſunt, vel in quos jus aliquod habemus.
SECT. I. *De Adquiſitione ſervili.* - - - ibid.
CONSECT. I. *Servos nihil proprium poſſe habere.* - - - 398.a.
CONSECT. II. *Invitis dominis per ſervos adquiri regulariter.* 399.a.
CONSECT. III. *Servo nolente nihil poſſe dominum per eum adquirere.* - - - 403.b.
CONSECT. IV. *Servum volentem extraneo adquirendo nihil agere.* 406.a.
CONSECT. V. *Nihil poſſe ex teſtamento per ſervum adquiri, quod non conſiſtat in perſona ſervi. De differentia in hac re inter contractus, & teſtamenta, & de capacitate præſtanda per dominos ſervis.* - - - 407.a.

PARS SECUNDA.

TRACTATUS PRIMUS.

De ſtipulatione pœnali. - - - - 413.
PRINCIP. I. *Pœnalem ſtipulationem eſſe principalem.* - - - - - ibid.
PRINCIP. II. *Stipulationem pœnalem confirmare primam.* - - - - - - 414.a.
CONSECT. I. *Pœnalem ſtipulationem non novare primam.* ibid.b.
PRINCIP. III. *Pœnalem ſtipulationem adjici animo puniendi reum.* - - - - 416.a.
CONSECT. I. *Si prima intentio impoſſibilitatem contineat, pœnam non deberi.* ibid.b.
CONSECT. II. *Idem dicendum eſſe, ſi accedat promiſſioni rei turpis, vel legibus interdictæ.* - - 417.a.
PRINCIP. IV. *Non tantum obligationi, ſed etiam cauſſæ poſſe accedere pœnalem ſtipulationem.* - - - - 418.b.
PRINCIP. V. *Venire caſum pœnæ, cum impleta non ſit præcedens intentio.* - - 419.a.
PRINCIP. VI. *Pœnalem ſtipulationem reducere ad certam quantitatem, quod in prima erat incertum; & quid in foro conſcientiæ, & jure Regio circa ſtipulationem pœnalem.* - - - 425.a.

TRACTATUS SECUNDUS.

De ſtipulatione & contractu conditionali.
PRINCIP. I. *Quid ſit conditio & quotuplex.* - 427.
CONSECT. I. *De conditione in præſens, vel præteritum collata.* - - - - ibid.
CONSECT. II. *De conditione eventus neceſſarii.* - - 428.a.
CONSECT. III. *De conditionibus, quæ tacite inſunt.* - 429.a.
PRINCIP. II. *De verbis, per quæ cenſetur adjecta conditio.* - - - 431.a.
PRINCIP. III. *De ſtatu & qualitate conditionalis ſtipulationis.* - - - - 435.a.

TRACTATUS TERTIUS.

De ſtipulationibus, contractibus, & diſpoſitionibus in diem certum celebratis. 439.a.
PRINCIP. I. *Statim deberi, quod in diem promiſſum eſt.* - - - - ibid.
PRINCIP. II. *Tempus regulariter conſeri adjectum favore debitoris.* - - - 443.a.

TRACTATUS QUARTUS.

De ſtipulatione, cæteriſque diſpoſitionibus cum adjectione loci. - - - - 445.

JO

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI VESPERTINÆ CATHEDRÆ MODERATORIS,

AD

TITULUM DIG. DE ADQUIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE,

PRÆLECTIO ACADEMICA.

Exordium a Seneca ſumamus *Epiſt.* 73. ſic inquit: *ſoli lunæque plurimum debeo: & non uni mihi oriuntur anno, temperantique annum Deo privatim obligatus ſum: quamvis non in meum honorem deſcripta ſint. Stulta avaritia mortalium poſſeſſionem proprietatemque diſcernit, nec quidquam ſuum credit eſſe, quod publicum eſt: At ille ſapiens nihil judicat ſuum magis, quam cujus illi cum humano genere conſortium eſt.* Accuſat, exagitatque Philoſophus immoderatum ſtudium habendi, quo homines a ſanctiſſima & vetuſtiſſima communione rerum diſcedentes privata ſibi quæſitare cœperunt. Per contrarium *Epiſt.* 90. laudat & extollit ſtatum generis humani, quando in communi rerum natura fruebatur: *Hæc erat*, inquit, *publicarum opum ſecura poſſeſſio*; & paulo poſt: *irrupit in res optime poſitas avaritia: & dum ſeducere aliquid cœpit, atque in ſuum vertere, omnia fecit aliena.* Avaritia nedum in deſiderio habendi multa conſiſtit ex ſententia Philoſophi, ſed in nimia ſubtilitate diſtinguendi proprium; alio enim affectu æſtimatur poſſeſſio, alio proprietas, & eum natura tantum uſum rerum deſideret; opinio noſtra varie & noxie rebus ipſis afficitur. Præclare idem Seneca *Epiſt.* 16. *ſi ad naturam vives, nunquam eris pauper: ſi ad opinionem, nunquam dives.* jura vero civilia affectus iſtos noluerunt reſcindere, ſed regere: ſecundum quæ docemur etiam nihil commune habere, id eſt maxime inter ſe diſtare proprietatem, poſſeſſionemque. *l. naturaliter* 12. *§. nihil commune hoc tit.* ſubtilem ergo hanc differentiam prius exponere in animo eſt, Chariſſimi & Clariſſimi Auditores, ut penitus cognoſcamus ſubſtantiam poſſeſſionis, ſi eam a ſubſtantia proprietatis diſcernamus.

PARS PRIMA.

De adquirenda Poſſeſſione.

CAPUT PRIMUM

De Proprietate, & Poſſeſſione in communi.

§. I. Dominii vox non admodum uſitata fuit apud veteres, adeo quidem, ut Cic. nunquam ea uſus fuerit, ſi credimus Mario Nizolio in *theſauro.* & Giphanio id expreſſe teſtanti in *rubr. de acq. rer. dom. in principio.* obſervo tamen, Marcum Varronem Romanorum doctiſſimum & coævum Ciceronis hac voce uſum fuiſſe *lib.* 2. *de re ruſt. cap.* 6. ibi: *in mercando emptionibus traditionibusque dominium mutant.* Quid ſignificet verbum *dominium*, & quid ſit, non facile eſt dictu; quia non habemus definitionem in jure. Paulus in *l. poteſtatis* 215. *de V. S.* dixit *dominium* ſignificari per verbum *poteſtatis:* quod explicatius docuerat Ariſtot. *lib.* 1. *polit. cap.* 3. cum dixit, ſervum tanquam partem rei familiaris totaliter domini eſſe: Itaque quod totaliter alicujus eſt, in illius dominio eſſe dicitur. Aliam notam dominii poſuit Conſultus in *ea lege*, videlicet ſub dominio noſtro eſt, quod poſſumus vindicare; optime quidem, quia tantum ei competit vindicatio, qui vel jure gentium, vel jure civili dominium adquiſivit. *l. in rem actio* 23. *de rei vind.*

§. II. Totale hoc jus in re, quod dominium appellamus, Dei omnipotentis eſt, quia ſua omnia fecit per beneficia creationis & conſervationis, a Deo in Reges Legesque derivatur, ut præclare ediſſerit D. Auguſt. *contra Donatiſtas* a Gratiano noſtro relatus in *cap.* 1. 8. *diſtinct.* Ideo Mar-

Digitized by Google

cianus in *l. 2. de legib.* appellavit legem dominam omnium rerum, & Antoninus Imp. ſe mundi dominum eſſe dixit in *l. deprecatio 9. ad l. Rhod. de jact.* Hoc dominium dicitur ſupremum, & univerſale, quod attemperatur ſingulorum dominio privato, illudque tuetur, & conſervat. Quod argumentum eleganter verſant Senec. *lib. 2. de beneſ. cap. 4. & 2. ſeqq.* ibi: *jure civili omnia Regis ſunt: & tamen illa, quorum ad Regem pertinet univerſa poſſeſſio, in ſingulos dominos deſcripta ſunt, & unaquæque res habet poſſeſſorem ſuum: Itaque dare Regi & domum, & mancipium, & pecuniam poſſumus: nec donare illi de ſuo dicimur.* Plin. in *paneg.* prope medium ibi: *Et quid Cæſar non ſuum videat, tandemque imperium Principis, quam patrimonium majus eſt.* Quæ verba non videtur percepiſſe magnus alioquin Lipſius *annot.* 505. Aurel. Symmach. quoque *lib. 10. Epiſt.* 54. ibi: *omnia regitis, ſed ſua cuique reſervatis.* multa alia in eundem ſenſum attulit Philo Judæus in *lib. de plantatione.* Igitur cum hoc dominio univerſali Principis recte componitur ſingulorum privatum dominium: debet enim princeps univerſalis dominus privata dominia ſubditorum conſervare. Quippe illud univerſale dominium ad tuitionem eſt privatorum, non ad deſtructionem aut derogationem. Docent Marc. Aurel. Galvan. *tract. de uſufr. num. 2. cap.* 25. Doctiſſimus Zolorzan. *de jur. Ind. tom. 1. lib. 2. cap. 21. num.* 64. Chriſtophor. Beſold. in *diſſertat. de majeſt. in genere cap.* 7. fere per totum maxime ex *num.* 5. & in *diſſertat. de jure & diviſ. rer. cap. 1. num. 8. & 9. & cap.* 2. omnium tamen latiſſime & lautiſſime Henning. Arniſæus *lib. 3. de jur. majeſt. cap. 1. a princ. uſque ad num.* 10.

§. III. Effectus hujus univerſalis dominii multi ſunt, prout poſtulat publica utilitas, cui omnia privata debent ſubjici. *l. unic. Cod. de cad. tol. in fin. l. ult. C. de primip.* Cic. *lib. 1. de legib.* In primis per hoc dominium princeps auſert privatum dominium male de Republica meritis, quos egeſtate laborare expedit, ne opes ipſis irritamenta ſint ad delinquendum, ex quo proveniunt confiſcationum jura, quæ juſtiſſima ſunt, ſi juſte exerceantur, & non avare aut rapiendi animo. *l. bona fides* 31. *depoſiti. l. quiſquis 5. C. ad l. Jul. majeſt.* Deinde ſi neceſſitas publica ingruit ad arces extruendas vel mœnia fabricanda, tollit, diruitque ædificia privatorum. *l. ædificia 14. C. de operib. publ.* prædia finitima hoſtili loco aſſignat militibus, qui tutantur limites. *l. item ſi verberatum 15. §. 1. de rei vind. l. Lucius 11. de evict.* debitoribus moratorias inducias concedit in præjudicium creditorum. *l. quoties 2. l. univerſa 4. C. de precib. Imp. offer.* cum enim privatum dominium privatam utilitatem reſpiciat, univerſale vero reſpiciat publicam, conſequens eſt, ut privatum cedat univerſali: quia naturæ & politicæ diſciplinæ prius potiusque debet eſſe intentum ad conſervandum communem ſtatum rei, quam ſingulorum utilitatem; quippe hæc ſtare non poteſt, niſi ſtatus publicus ſalvus ſit. Docet egregie Ariſt. in *œconomic. cap. 1. & lib. 1. polit. cap. 1. & 2.*

§. IV. Verumtamen non facile princeps auferre debet privatis dominium rerum ſuarum ob cauſſam publicam; Auguſtus enim cum de fabricando, & exornando foro Romano cogitaret, illud anguſtius fecit, nec auſus fuit poſſeſſoribus extorquere proximas domus, ut Suetonius narrat in *ejus vita cap.* 56. Tiberius quoque ejus ſucceſſor non fuit paſſus manumitti ſervum quemdam privati, qui erat hiſtrio, donec pretio accepto dominus manumiſſioni conſentiret. Dio Caſſius *lib. 57. hiſt.* & aliquin ipſe Tiberius ſervum proprium acclamatione Populi coactus fuit manumittere. Suet. in *Tib. cap.* 47. quam licentiam inhibuit Imp. Marc. Aur. Antoninus, ſpeciali reſcripto, quod refertur in *l. ſi privatus 17. qui & a quib. man.* Vindicius vero ſervus Vitelliorum, qui indicavit & detexit conjurationem de Tarquiniis reducendis, libertate donatus fuit a Populo Romano, ut teſtantur Dionyſ. Halicarn. *lib.* 5. Livius *lib.* 2. & indicantibus complices conjurationis Catilinæ idem præmium propoſitum fuit apud Saluſt. in *hiſt. de conjur.* jungendi ſunt alii caſus ex *tit. quib. ex cauſſ. ſerv. pro pret. lib. nanc.* ſed in his omnibus & ſimilibus, qui accidere poſſunt, facile credo juſtum Principem vel Rempublicam de ærario, vel ex contributione civium redditurum eſſe privatis pretium ſervi, vel rei ablatæ pro neceſſitate publica, quod feciſſe Aratum Cicyonium erga ſuos, narrant Cic. *lib. 2. de off. prope fin.* & Plutar. in *ejus vita*, Pop. Romanum ſecundo bello Punico erga illos, qui ad ſtipendia pecuniam contulerant. Liv. *lib.* 31. & cum Aurelio Pio Senatore Tiberium tradit Tacit. *lib. 1. annal.* Quod auctores practici dicunt *dare bonum cambium pro re ablata.* videndi ſunt Molin. & addentes *lib. 2. de primog. cap. 7. num. 28. & lib. 4. cap. 3. num.* 6. Alphonſ. de Villadiego in *l. 2. in prolog. del fuero juzgo num.* 39. & per textum præclarum ibi in *l. 5. tit. 2. lib.* 2. ejusdem fori: noſter Amaya *lib. 1. obſerv. cap. 1. num.* 90. Hug. Grotius *de jur. bel. & pac. lib. 2. cap. 14. num. 7. & 8.* Arniſæus *d. lib. 3. de majeſt. cap. 7. num.* 9. & alii apud ipſos.

§. V. Ex quibus exponere libet textum D. Ambroſii a Gratiano noſtro relatum in *cap. convenior 21. 23. quæſtione* 8. Occaſio fuit edictum Valentiniani Imp. miſſum per ſuggeſtionem matris Juſtinæ Arrianæ, quo permiſit hæreticis Arrianis conventus agere, & damnabilis ſectæ prædicationi publice intereſſe, quod licet tacito nomine Arrianorum hodie extat in *l. ult. Cod. Theod. de fid. cath.* ut expreſſius tradunt Ruffin. *lib. 2. hiſt. eccleſ. cap.* 16. Sozomen. *lib. 7. cap.* 13. & cum hæreticis quædam Baſilica per catholicos eſſet ablata, & ritu catholico expiata, & conſecrata, voluit Juſtina, juſſitque ejusdem filius Valentinianus, ut eis reſtitueretur prædicta Baſilica, quæ erat Mediolani, ob quod contra Ambroſium edictum emiſerunt procurante Mercurino Mediolanenſi Epiſcopo ex partibus Arrianorum, ut poſt veteres hiſtoricos eccleſiaſticos ubertim narrat Baron. anno Chriſti 386. Hinc eliciendus eſt ſenſus priorum verborum textus: *convenior ipſe a Comitibus & Tribunis, ut Baſilicæ fieret matura traditio.* & ibi: *horrebam quippe animo, cum armatos ad Baſilicam Eccleſiæ occupandam miſſos cognoſcerem: ne dum Baſilicam vindicabant, aliqua ſtrages fieret.* & ibi: *mandatur trade Baſilicam.* Vindicabant ergo hæretici Baſilicam, & utebantur contra Ambroſium manus militaris auxilio, ut in *l. qui reſtituere 68. de rei vind.* de qua cum multis agant Carleval *de judic. tom. 2. tit. 3. diſp. 1. num. 4. & diſp. 3. num.* 5. noſter Val. *lib. 2. illuſtr. tract. 2. cap. 4. num.* 24. Improbant tamen eam, tanquam quieti publicæ parum convenientem, & incivile remedium uterque Ant. Fab. in *Rational. & lib. 16. conject. cap.* 7. aliisque in locis, & Pichard. in §. *ita tamen 27. num. 46. inſt. de act.* imo & Ambroſius ipſe deteſtabatur per hæc verba: *orabam, ne tantæ urbis, vel potius totius Italiæ buſto ſuperviverem:* metuebat quippe, ne rixæ inter catholicos oborirentur, quæ urbis excidio eſſe poſſent, ſi executores pergerent uti manu & violentia militari. Ratio edicti erat, Imperatori licere omnia, & ejus eſſe univerſa: Ambroſius vero hanc propoſitionem non rejicit, ut falſam abſolute, (nec enim poſſet, cum eadem uſus ſit Aug. contra Donatiſtas in *cap. 1. 8. diſtinct.*) ſed declinat, & eam magno cum pondere accipit, quando juſtitia adeſt ex parte Principis, & publica utilitas poſtulat; quorum neutrum in præſenti actione militabat. Non quidem aderat juſtitia, quia Cæſar non debebat ſe ſanctis negotiis immiſcere: quæ enim Dei ſunt Deo, & quæ Cæſaris Cæſari ſunt reddenda, juxta ſententiam Chriſti Domini *Matth. cap.* 22. eleganter Tertullian. in *lib. de Idololatr. cap.* 25. *Quid ergo erit Dei, ſi omnia ſunt Cæſaris?* Ergo is, cujus uni-

Digitized by Google

univerſa ſunt profana, impie & ſacrilege emittit edicta de rebus Deo ſacratis: deinde nec aderat publica utilitas, quia Baſilica vero Dei cultui conſecrata, nonniſi per abominationem ad conventicula hæreticorum redire poſſet. *cap. ſemel Deo de R. J. lib. 6.* opponit quoque, Baſilicam prius fuiſſe Catholicorum, & nominat ſanctiſſimos Præſules, qui illam quiete poſſederunt, atque martyrio potius ſe præbet, quam ut Baſilicam tradat. Auguſtinus vero loquebatur de Baſilicis Donatiſtarum, quas nemo Catholicus Deo rite ſacratas dixerit, ſed profanas, in quibus denegari non poteſt Imperatori ſuum jus & ſupremum dominium. Unde concludit Ambroſius, non exiſtente juſtitia nihil Imperatorem de alieno poſſe diſponere, comparatque edicto huic tyrannidem Achabi, volentis auferre vineam Nabot ad hortum ſuum, *lib. 3. Reg. cap.* 21. Tyrannus quippe eſt, qui abutens dominio univerſali aufert privatis ſuum. *Ezechiel. cap.* 46. cui congruit illud Cicer. *lib. 2. de offic. videndum erit ei, qui Rempublicam adminiſtrat, ut ſuum quisque teneat, neque de bonis privatorum publice diminutio fiat.* notant Vasquez Mench. *illuſtr. cap.* 20. *&* 26. *& aſufreq. cap* 1. Covar. *lib.* 3. *variar. cap.* 6. maxime *num.* 8.

§. VI. Unde apparet, dominium univerſale Principis non derogare dominio privato ſingulorum, quia diverſi ordinis eſt, & tuetur dominium privatum, quod ab illo dependet. Fit etiam inde, vetante lege Dominium a privato adquiri non poſſe, quia totum dependet a legis poteſtate. *l. ubi lex* 24. *de aſuc.* ſola etiam poteſtate legis abſque hominis facto poſſe adquiri. Ulpian. in *fragm. tit.* 19. *§. lege* 1. *l. obvenire* 130. *de V. S.* Per contrarium quoque efficitur ſola hominis voluntate, niſi per aliquod factum explicetur, amitti non poſſe. *l. ſi quis vi* 17. *§. differentia hoc tit.* quia ſola ejus voluntate ſine cauſſa juſta & modo a jure approbato adquiri non poſſet. *l. nunquam* 31. *de adq. rer. dom.* Denique ex eadem ratione provenit, ſuſpendi & contineri in fictione poſtliminii, quia dominium in jure conſiſtit, totum juris eſt. *l. in bello* 12. *§. cætera* 6. *de capt.* ut notavi *lib.* 6. *opuſc. cap.* 1. *&* 2. *& cap.* 6. *num.* 3. quare ſtatim conſentio cum auctoribus, qui dominium definiunt per verbum *jus*, & non per verbum, quod denotet apprehenſionem, occupationem, detentionem, aliudve ſimile factum, quia non pendet ex facto, ſed ex jure.

§. VII. Videamus modo, in quo conſiſtat ſubſtantia dominii? non quæro de natura ſed de eſſentia: multa enim ſunt naturaliter debita alicui rei, quæ minime ſunt de ejus ſubſtantia; veluti corpori humano naturaliter debentur omnia membra bene compacta, & tamen non pertinent ad eſſentiam, quæ ſalvatur pede vel manu deficiente. Hæc, quæ videntur phyſica, etiam ſunt legalia, ut ex dicendis apparebit. Naturalia ergo ſunt dominio diſpoſitio de re & fruitio: nihil enim tam naturale eſt, id eſt tam naturaliter debitum dominio, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi. *§. per traditionem* 40. *inſt. de rer. div.* Eſt quippe dominus rei ſuæ moderator & arbiter. *l. in re mandata* 21. *C. mand.* etiamſi prodige ea uti velit, quia de rebus ſuis nemini tenetur rationem reddere. *l. ſed etſi lege* 25. *§. conſuluit. de pet. her.* Nihilominus diſpoſitio de re non pertinet ad ſubſtantiam Dominii; ſubſtantialia enim de rebus tolli non poſſunt, alioquin res ipſæ perirent, ut docent Philoſophi, & ex jure probat idem axioma textus in *l. cum precario* 12. *de prec.* tradunt Covarr. *de matrim. part.* 2. *cap.* 3. *§.* 1. *num.* 23. Molin. *de primog. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 40. Rodriguez *de ann. reditib. lib.* 2. *quæſtione* 12. *num.* 22. Petr. Barb. in *l. quæ dotis* 34. *num.* 120. *sol. matr.* Ant. Fab. *de err. Pragm. dec.* 77. *errore* 3. ſed aliquando accidit, ut qui dominus rei eſt, illam alienare non poſſit, & qui dominus non eſt, facultatem alienandi habeat. *princ. inſt. quib. al. lic. vel non.* Ergo diſpoſitio non eſt de ſubſtantia dominii. Galvan. *d. cap.* 25. *de uſufr. num.* 2. aſſeruit, pertinere ad exercitium Dominii, non ad ejus intrinſecam ſubſtantiam. Ego aſſero, pertinere ad complementum dominii; unde non placent definitiones Bart. in *rubr. de adq. rer. dom.* & in *l. ſi quis vi* 17. *§. differentia hoc tit.* Alciat. in *l. traditionibus C. de pact.* & aliorum, qui vulgo definiunt dominium *jus de re corporali perfecte diſponendi*; quia illud definiunt per id, quod dominio eſſentiale non eſt.

§. VIII. Fruitio quoque ſpectat naturaliter ad dominum rei. *l. ſi quis ſciens* 11. *C. de rei vind. l. qui ſcit* 25. *§.* 1. *de uſur. l.* 2. *l. item ea* 6. *de adq. rer. dom. §. item ea* 19. *inſt. de rer. div.* ſive ſint emolumenta provenientia ex re ſine detrimento ipſius, ſive ſint reliquiæ, quæ ſuperſunt re perempta, vel deſtructa. *l. ſolum* 49. *§.* 1. *de rei vind. l. ſi ſervus* 14. *§. bove* 2. *de condict. furt. l. ſi quis* 52. *§. ſi quis* 14. *de furt.* Nihilominus poteſt fruitio ſeparari a Dominio, ut contingit, quando ex voluntate partium uſusfructus alicui conſtituitur; vel a lege, ut conceditur patri in bonis adventitiis filiorum in integris *tit. C. de bon. mat. & de bon. quæ lib.* Quo ſeparato nihilominus propria dicitur res illius, in cujus antea dominio fuerat, ut ad varios juris articulos probatur ex *l. quoties* 9. *§. alt. de her. inſt. l.* 1. *§.* 1. *ad S. C. Syllan. l. Mævius* 66. *§. fundo de leg.* 2. *l. recte* 25. *de V. S.* Ex quo non placet definitio Giphanii ad *tit. de adq. rer. dom. num.* 21. quod ſic dominium definit, *jus re corporali non tantum utendi ſed abutendi &c.* quia uſus fruitioque non ſunt de ſubſtantia dominii, ut nuper dixi.

§. IX. His inſuper habitis, exiſtimo ſubſtantiam dominii conſiſtere in primis in eo, *quod ſine facto noſtro in alium transferri, vel a nobis auferri non poſſit. l. id quod noſtrum* 11. *de R. J.* quam legem de proprio juſtoque dominio accipiunt Petr. Fab. Rævard. & Jacob. Gothofr. *ibidem*; ſemper legis diſpoſitionem excipio, cui ſubordinatum eſt dominium privatorum. Idcirco lex, ſalva dominii ſubſtantia, efficere poteſt, ut res de altero ad alterum tranſeat; idemque efficere poteſt voluntas hominis, ſi lege confirmata ſint, veluti in fideicommiſſis familiæ relictis, de quibus in *l. filiusfamilias* 114. *§. Divi de leg.* 1. Nec tamen ideo minus dicitur rei proprietatem habere, cujus dominium ad vitam duraturum eſt. *l. ſpecies* 15. *de aur. & arg. leg.* Quam ad id valde commendat Molina *de primog. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 4. maxime *num.* 7. Debet etiam eſſe reſpectu rei familiaris, alioquin, quamvis noſtrum ſit, dominium non eſt: eleganter Senec. *lib.* 7. *de benef. cap.* 6. ibi: *Poteſt Titus Livius a Doro accipere, aut emere libros ſuos*, juncta *l. cum ſuæ* 71. *cum duab. ſeqq. per totas de leg.* 3. Ex quo provenit, jus Patronatus non poſſe dici dominium, quia non ſit locupletior, qui illud adquirit. *l. naturalis* 5. *§. ult. de præſ. verb. l. quod autem* 7. *§. alt. cum ll. ſeqq. de donat. int. vir. & ux. l. nemo* 182. *§. locupletior de R. J.* venit etiam, non dari dominium in rebus, quæ extra commercium ſunt. *l. denique* 13. *§. quæſitum* 5. *quod vi aut clam. l.* 1. *de div. rer. §. nullius* 7. *inſt. de rer. div.* ibi: *Quod divini juris eſt, id nullius in bonis.* Senec. iterum *cap. ſeq. omnia quidem Deorum eſſe, ſed non omnia Diis dicata: in his obſervari ſacrilegium, quæ religio numini adſcripſit.* Nihil vero refert, quod res ſit corporalis vel incorporalis, modo augeat patrimonium noſtrum; idcirco ſervitutes prædiales ſubjici dominio noſtro vere & perfecte, docet Ulpianus in *fragm. tit.* 19. *in princ.* Ex quo rejiciendæ ſunt definitiones, quæ inſerunt verba *de re corporali*, traditæ a Giphanio in *prædicta Rubr.* Donell. *lib.* 9. *cap.* 8. & aliis apud Hillig. ibi *lit. D.*

§. X. Tempus eſt, ut noſtram, novamque definitionem præſtemus; ſic ergo dominium definio: *jus plenum perfectumque in re commercio ſubjecta*

legi ſubordinatum, quod ſine facto noſtro a nobis auferri non poteſt. Antequam illam explicemus, prænotandum eſt Dialecticorum axioma. Verba in definitionibus non dicere actum ſed aptitudinem, quod etiam noſtri deducere ſolent ex *l. libertas* 4. *de ſtat. hom.* ſufficit ergo ad hoc, ut verificetur definitio, quod dominium ſit in aptitudine plenum jus & perfectum, licet in actu diminutum ſit poteſtate legis, vel voluntate hominis. Quomodo maritus dominus eſt rei dotalis. *l. quamvis* 75. *de jur. dot. l. doce ancillam* 9. *C. de rei vind. princ. inſt. quib. alien. lic.* licet diſſoluto matrimonio regulariter recedat dotis dominium a marito: ſufficit enim, quod ea mente detur, ut perpetuo penes maritum ſit, quamvis eveniat ejus reſolutio; certum autem eſt, eo animo dotem dari. *l.* 1. *de jur. dot. l.* 1. *pro dot.* Mortem autem aut divortium eſſe caſus ominoſos, qui non expectantur. *l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſacram* 5. *de V. O.* Alia ſunt dominia, quæ reſolvuntur ex prævia contrahentium voluntate: veluti ex pacto commiſſorio, addictionis in diem, & ſimilibus. Hæc etiam plena & perpetua ſunt ex terminis, nec auferuntur dominis ſine eorum voluntate, quia reſolutio fit ex voluntate, quam præſtiterunt in initio actus vel contractus, de qua re plenius dixi in *Academico tract. de fructib.*

§. XI. His ſuppoſitis explicemus ſigillatim definitionem noſtram. Dixi *jus*, quia dominii ſubſtantia a jure dependet, & in jure conſiſtit; & eſt poteſtas, quam jus in rebus nobis attribuit ab ejus aſſiſtentia dependens, ut dixi ſupra *num.* 7. Dixi *plenum perfectumque*, quæ non eſt ſuperflua repetitio, quam Græci appellant Ἀναδίπλωσιν; ſed eſt duplicatio ad ſignificandum efficaciſſimum jus in re, quod præbet Dominium, ut Juſt. in *princ. inſt. de tutel.* tutelam definivit cum hac reduplicatione, *vis ac poteſtas.* Itaque verbum *plenum* in aptitudine ſignificat jus aptum comprehendere omnes effectus fruitionis, & diſpoſitionis dominio debitos, quamvis in actu illos non comprehendat, ut dixi *ſuperiori* §. Plenum quippe illud dicimus, cui nihil deeſt ad complementum, ut Mathematici dicunt, & a noſtris probatur ex *l.* 2. *de Decur.* docent Tiraq. in *l. ſi unquam C. de rev. don. ad fin. num.* 10. & in *tract. de mort. parte* 5. *num.* 6. Petr. Peralta in *l.* 3. §. *qui fideicommiſſum de her. inſt. num.* 5. Ideirco pleno jure dicitur rem habere, qui complete dominium in ea habet. *l. ſuos* 73. *de leg.* 3. *l. in pecudum* 28. *de uſuris.* §. *in pecudum inſt. de rer. div.* quod dixit Modeſtinus dominium plenum, a qua uſusfructus non ſeparatur in *l. libertis* 4. *de alim. & cib. leg.* Quin in definitione contentum eſt hoc verbum aptitudine; ſed in reſponſis Conſultorum ſignificat actualiter dominium, cui nihil deeſt de naturalibus effectibus ipſi debitis, ut in *l. generaliter* 29. *qui & a quib. man.* cum multis aliis congeſtis a Briſſ. *de V. S. lib.* 14. *verbo plenum. Perfectum* vero non reſpicit effectus aut complementum dominii, ſed perpetuam & irrevocabilem ejus adquiſitionem: jus enim revocabiliter adquiſitum dominium non eſt. *l. ſequitur* 4. §. *tunc in poteſtatem* 12. *de uſucap.* quod verbum deſumpſi ex *l. nmaes* 139. §. *non videtur de R. J.* Dixi *legi ſubordinatum*, quia, ut expoſui ex §. 2. ſubordinatio hæc nihil derogat privatorum dominio, & tamen illud moderatur & tuetur: neque enim aliter exiſtere dominium poſſet niſi in adquiſitione, & conſervatione a lege dependeret. Dixi *in re commercio ſubjecta*, quæ verba multis videbuntur ſuperflua, quia in *l.* 3. *de uſuc.* definitur uſucapio, in *princ. inſt. de leg.* definitur legatum, in *l. ſenatus* 35. §. 1. *de mort. cauſ. donat.* definitur donatio, in *princ. de oblig.* definitur obligatio, & nullibi adjiciuntur hæc verba ſed ſupponuntur; igitur nec nos adjicere ea debemus, ſed ſupponere. Nihilominus tamen retinenda ſunt, quia in definitione dominii exponendum, & non ſupponendum eſt, quod exprimit ejus ſubſtantiam; hæc vero conſiſtit in augendo patrimonio noſtro per res proprietatis & commercii capaces: in reliquis vero effectibus, qui ſpectant ad modos peculiares adquirendi, & transferendi dominii, ſupponendum eſt id, quod in ipſo dominio continetur. Denique dixi, *quod ſine facto &c.* Quæ verba deſumpſi ex *l. id quod noſtrum* 11. *de R. J.* Sed inſtabitis, perfectum eſt, quod ita nobis adquiſitum eſt, ut ſine facto noſtro a nobis auferri non poſſit, ut nuper dixi. Ergo ſuperflua ſunt hæc poſtrema verba. Reſpondeo, verbum illud varium eſſe, & multiplicis ſignificationis, prout poſtulat materia ſubjecta; *perfectiſſimum* enim *teſtamentum* dicitur, quod omnibus decurſis ſolemnitatibus factum fuit. §. *ult. inſt. de teſt. ord. Perfecta emptio*, ſimul ac de pretio convenit. *l. neceſſario* 8. *de per. & com. rei vend. l. unic. C. quando lic. ab emp. reced. Perfecta ſtipulatio*, ſi in idem corpus concurrat conſenſus cum verborum formula. *l. continuus* 137. §. 1. *de V. O. Perfecta locatio* in *l. Lucius* 21. §. 1. *ad munic. Perfecta donatio* in *l. perfecta* 3. *C. de don. quæ ſub mod.* Ideo perfectum jus in re commercio ſubjecta explicatur commodiſſime per poſtrema verba, quæ denotant jus plenum jam adquiſitum, quod a nobis auferri non poteſt, & ſic per adjunctum expreſſius & efficacius explicatur verbum *perfectum.*

§. XII. Expoſita, ſecundum proprietatem juris, noſtra definitione, videamus, ſi deficit in præceptis Dialecticorum, ſecundum quæ debet conſtare genere, & differentia, & converti cum ſuo definito, ut operoſe ſundat noſter Pich. in *tract. de mor. num.* 13. & pridem Everard. in *Topic. legalib. loc.* 44. Genus generaliſſimum eſt *jus*; ſic enim definitur uſusfructus *princ. inſt. de uſufr.* definitur ſervitus prædialis a Bart. in *rubr. de ſervit. jus prædio inhærens.* Merum etiam Imperium *jus gladii* definitur ab interpretibus in *l.* 3. *de juriſd.* & denique jus plurifariam uſurpatur in *l. pen. de juſt. & jur.* ſequitur *plenum*, quod eſt aliquanto reſtrictius, convenit enim juri Patronatus in libertos, & alias res, quod plenum dicitur in *l.* 2. *C. de bon. lib. l. qui ex cauſſa* 29. *ff. eod. tit.* & juri patriæ poteſtatis, quod eſt plenum & perfectum, & tamen non eſt dominium, ut recte probatur ex *l.* 1. §. *per hanc de rei vind.* Verba autem *in re commercio ſubjecta* denotant materiam, circa quam verſatur dominium, & continent differentiam a jure Patronatus, & patriæ poteſtatis. Poſtrema verba ſtant loco ſpecificæ differentiæ, per quæ differt dominium ab illis juribus in re, quæ ex natura ſua finiuntur tempore: qualis eſt uſusfructus, qui amittitur morte, aut media vel maxima capitis deminutione. *l. penult. C. de uſufr.* §. *finitur inſt. eod. tit.* a jure emphyteuticario, quod non petit, ut perpetuum ſit, ſed tempore etiam ſolet finiri. *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* §. *adeo inſt. de locat. & cond.* Quo reſoluto in perſona primi emphyteuticarii reſolvitur etiam in eo, in quem translatum fuit. *l. lex vectigali* 31. *de pign.* Idcirco potiſſima ratio dominii eſt, quæ in his ultimis verbis denotatur. Quæ ſi a definitione auferrentur, obſcura ſaltem maneret.

§. XIII. Definivi dominium in propria, & rigoroſa ſignificatione, reſtat modo notare, multoties in jure vocem hanc uſurpari analogice, & improprie pro poteſtate, quam quis in re habet. In primis dominium uſusfructus dicitur in *l. qui uſumfructum* 3. *ſi uſusfr. petat. l. ſemper* 15. §. *ergo* 8. *quod vi aut clam.* Uſusfructus vero, cum non contineat jus plenum, & perfectum, non eſt capax dominii. Dicitur etiam dominium poſſeſſionis in *l.* 2. *C. ubi in rem act. l.* 2. *C. Theod. de mat. bon. l.* 2. *C. Gregor. ſi ſub alter. nom. res emp. er.* Verum neque hæc propria ſignificatio; quia adeo diſtat poſſeſſio a dominio, ut de poſſeſſione dominium verificari non poſſit. Docent Cujac. in *paratit. ad tit. de adq. rer. dom.* & Giphan. *num.* 17. ibi. Aliam diſtinctionem domi-

nii

Digitized by Google

nii induxit Theophil. ad §. *ult. inſt. de libertin.* ſcilicet bonitarium & quiritarium, ſed ex infra dicendis *cap.* 3. *in fine* apparebit, neutrum ex his proprie dominium fuiſſe.

§. XIV. Reſtat pro coronide obſervare, verba *proprietatis* & *dominii* ſunonuma eſſe, & idem ſignificantia. *Proprium* enim dicitur, quod in dominio cujusque eſt. Horat. *lib.* 2. *epiſt.* 2. *Inde ſi proprium eſt &c.* unde ſuſtineri non poteſt definitio Galvani *d. cap.* 25. *de uſufr. num.* 2. *jus quo res propria eſt:* quia definit idem per idem, quam etiam rejecit noviſſime Barthol. Cheſius *lib.* 2. *interpr. cap. ult.* cujus definitio etiam ex eodem vitio non placet, quæ talis eſt: *qualitas rei, qua ejus domini ſumus.* In primis, quia dominium non eſt qualitas, deinde quia hoc quærimus, qui ſint domini, & quemadmodum plenum dominium dicatur, quod comitatur fruitio. *d. l. libertis* 4. *de al. & cib. leg.* ſic plena proprietas in eodem ſenſu appellatur in *l. ſi extraneo* 46. *de uſufr.* licet frequentius nuda & plena proprietas appelletur, quam nudum & plenum dominium, ut obſervat Parlad. *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 4. Notabo denique peculiarem textum in *l.* 2. *C. Theod. de mat. bon.* Verba ſunt: *Res, quæ ex matris ſucceſſione ad filios fuerint devolutæ, ita ſint in parentum poteſtate, atque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur.* Vox *Pontificii* non eſt admodum uſitata, ſignificat facultatem, & poteſtatem jure conceſſam ad aliquam rem. Novioris ſæculi auctores ea ſolent uti. Marculph. Monach. *lib.* 2. *formul. cap.* 5. ibi: *ea ſcilicet ratione, ut nihil exinde penitus de qualibet re alienandi, aut minuendi pontificium non habeamus.* In aliquibus libris præſertim emendatioribus legitur quoque apud A. Gell. *lib.* 2. *noct. attic. cap.* 13. ibi: *res ſemel ſtatuta, deliberataque ab eo, cujus negotium id pontificiumque eſſet.* In aliis codicibus legitur *potiſſimum*, ſed prior lectio magis placet. Videndi ſunt Cerda in *adverſ. ſacr. cap.* 27. *num.* 12. Bignon ad Marculf. *ubi proxime.* cum ergo Conſtantinus uſumfructum patri ſolum conceſſiſſet in bonis maternis filii ſui, declaravit ita in ejus fore poteſtate, ut ſolum frui poſſet, quod nemo dixerit proprie eſſe dominium, licet quoad eſſentiam limitatum fruendi, & defenſionis ſuſcipiendæ ſolidum perfectumque illud appellaverit: & hæc de dominio in communi notaſſe ſufficiat, quæ dixiſſe didiciſſeque nec me, nec vos fortaſſe unquam pœnitebit.

§. XV. Nunc accuratiſſima cura deſcribenda erit poſſeſſio, ut cum dominio comparata, quantum inter ſe diſtent, cognoſcamus. Incipiendum autem duxi ſtatim a definitione, ne vos ſuſpenſos diu teneam, ſi probe & ſubtiliter explicetur. Veram & genuinam definitionem præſtitit Theoph. ad *tit. de interd. Rei corporalis detentio κατοχὴ*; nec multum variavit Harmenop. in *prompt. jur. lib.* 2. *tit.* 1. *in princ. naturalis rei cujus piam detentio*, a qua etiam parum diſcrepant auctores *Eclogæ Baſilicorum lib.* 50. *tit.* 2. §. 6. Hanc Græcorum definitionem ſequuntur cultiores juris interpretes Duar. Cujac. Ant. Fab. & alii apud Hill. ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 6. *lit.* G. & nuper Galvan. *de uſufr. cap.* 33. *num.* 2. Multis vero diſplicuit, quia vim & poteſtatem illius verbi κατοχὴ non comprehenderunt, quod derivatur a verbo ἔχω *habeo*, & præpoſitione κατὰ, quæ eſt *ſecundum* vel *juxta*, quæ præpoſitio anget ſignificationem verbi *habeo*, tam in modo, quam in effectu; quia ſignificat habere per occupationem corporalem, & ſimul ſignificat habere ſibi & nomine proprio. Multa teſtimonia ex Græcis auctoribus in hujus rei confirmationem adducunt Henric. Stephan. & Scapula ejus epitomator in *comm. de Ling. Græc. ſub verbo* ἔχω, quæ eſt radix, quibus abſtineo. Expendam tamen ex jure elegantem, & ad aſſumptum noſtrum propriiſſimum locum, qui pariter explicabitur.

§. XVI. Extat in *l. qui habebat* 101. *de leg.* 3. ubi ſic legavit teſtator apud Scævolam: *Dulciſſimæ Patriæ meæ jubeo in partem ipſius dari, adjudicari, & ſeparatim ipſi aggregari prædia omnia, quæ in Syria poſſideo*, κέκτημαι. Hoc verbum Græcum valde eſt notandum, quia ab ejus propria ſignificatione pendet explicatio textus: verſio vulgata habet *poſſideo*, ſed majus myſterium continet. Quæſitum fuit, utrum in legato comprehenderentur prædia pignori accepta? Ratio dubitandi ingens erat, quia prædium pignori acceptum vere & proprie poſſidetur. *l. quæcumque* 13. §. 1. *de Public. in rem act. l. ſi ſervus* 22. §. 1. *de nox. act.* Deinde teſtator legavit univerſa prædia, quæ in Syria poſſidebat. Igitur debebant comprehendi pignori accepta: ſed ratio decidendi provenit ex eo, quod teſtator dixit, *do, adjudico*, quæ verba ſignificant dominii tranſlationem; quare verbum κτάω, cujus paſſivum eſt κτάομαι, ſignificat *tenere, poſſidere ſibi* rem non quomodolibet, ſed tanquam propriam, non quidem ex propria ſignificatione, quæ contempta eſt animo ſibi quomodolibet habendi, ſed ex comparatione cum præcedentibus. Unde facile exponitur textus in *l. Juliano* 68. *de leg.* 3. Quæritur quid cenſeatur legaſſe, qui legavit univerſum prædium, cujus partem pignori acceperat, partem tanquam propriam habebat? Reſpondet JCtus, utramque partem in legato comprehendi; ratio eſt, quia nullum eſt verbum, quod reſtringat univerſalem voluntatem: ſed non ideo præjudicat juri debitoris, qui luere pignus poteſt, nemo enim plus legare præſumitur, quam in re habet. *l. ſi domus* 71. §. 2. *de leg.* 2. Aliter hos textus exponunt Acc. Bart. & alii Claſſici apud Genuam in *lib. leg. conciliatar.* & apud Barb. in *l. ſervi* 5. *num.* 21. *de leg.* 2. adverſus quos diſputare ex re veſtra non eſt.

§. XVII. Si ergo in lingua latina verbum eſſet, quod proprie exprimeret poteſtatem verbi Græci κατοχὴ, paucis verbis definiri poſſet poſſeſſio, ſed quia illo caremus, ſic exponenda eſt definitio Græca. *Detentio rei cum animo ſibi habendi.* Verbum *habendi*, ut ego comperio, primus ſelegit ad noſtram definitionem Præclariſſimus Anteceſſor meus magni nominis, meritique Conſultus D. Ildeph. Guill. de la Carrera in *manuſcr. ad rubr. ff. hoc tit.* & poſtea agens in Primaria Juris Canonici Cathedra ad *tit. de cauſſ. poſſ. & propr.* qui per omnia ſequens Theophilum ſic definivit: *detentio rei corporalis cum animo ſibi habendi conjuncta.* Ego brevitati conſulens demi *corporalis*, & expreſſi *conjuncta* anno 1649. cum primum ſtudioſis meis hanc materiam dictaverim, invenique approbaſſe ad hoc intentum verbum *habendi* Cujac. *lib.* 9. *obſerv. cap.* 33. Anton. Fabrum in *l. officium* 9. *de rei vind.* & in *l.* 7. §. *neque colonis com. divid.* quos tunc laudavi, poſteaque prodiit notiſſimum *Collegium Pandectarum* Ant. Matthæi Lugdun. apud Batav. Anteceſſoris, qui eandem definitionem præſtitit, quam ego ante tres annos præſtiteram, adduxitque in confirmationem Cujac. & Fab. quos ego attuleram. Itaque non eſt mihi attribuenda ex aſſe gloriola inventionis hujus definitionis, ſed Theophilo & Carreræ ſupra laudatis, ut ſic ſemota invidia inventoris omnibus in hac ſchola placeat, quia niſi vehementer fallor, nulla poteſt commodior excogitari.

§. XVIII. Sed enixe & cum cura exponenda eſt. In primis dicitur *detentio*, quod verbum ſtat loco generis, quia *detentio*, & *detinere* etiam dicitur de re, quæ non eſt capax poſſeſſionis. Ut moroſus creditor dicitur *detinere pecuniam*, quam mature non ſolvit in *l. ult.* §. *ult. de adm. rer. ad civ. pertin.* & *detenere inſtrumenta* eodem ſenſu in *l. unic. C. ut cauſſ. poſt pub. adſ. tut.* & magno conſenſu a plerisque doctiſſimis Viris acceptum fuit ad hanc definitionem, & omiſſis, quos retuli §. 1. illo utuntur Azo in *ſumma C. hoc tit. in princ.* & ab eo mutuans noſtra *l.* 1. *tit.* 30. *Part.* 3. Acc. in *l.* 1. *gloſſ.* 1. *hoc tit.* Donell. *lib* 5. *cap.* 6.

6. cujus definitionem ſequutus ſuit noſter Pich. *princ. Inſt. de interd. num.* 27. & in ſuis definitionibus idem verbum retinent Duarenus in *paraphr. hoc tit. cap.* 1. *& lib.* 1. *diſp. cap.* 9. Cujac. *lib.* 9. *obſerv. cap.* 33. Ant. Contius *lib.* 1. *diſp. cap.* 9. Weſembec ad *hunc tit. num.* 2. Adjicitur verbum *rei*, quod comparatum & conjunctum cum *detinendi* verbo, ex naturali actione, qua aliquid detinemus, ſignificat rem corporalem, quia res incorporales detineri non poſſunt, niſi improprie & abuſive. *l. cum ſervus* 43. *§.* 1. *de adq. rer. dom. l. poſſideri* 3. *hoc tit.* Idcirco abundat, nec eſt neceſſarium verbum *corporalis*, ut notant Hill. ad Donell. *lib.* 20. *cap.* 1. *lit. F.* Giphan. in *l. actionum* 25. *num.* 36. *de O. & A.* Ant. Perez ad *tit. C. de uſuris num.* 1. Utrumque verbum conjunctum adeo aptum eſt ad definiendam poſſeſſionem, ut poſſeſſio dicatur *detentio rei* in *l. ab hoſtibus* 15. *§. ult. ex quib. cauſſ. maj. l. quod dicitur* 5. *de imp. in res dot. fact. l. ſi quis* 8. *§.* 1. *C. de præſ.* 30. *vel* 40. *ann.* ſed id non eſt perpetuum, quia detentio rei ſine animo ſibi habendi non minus convenit poſſeſſioni, quam nudæ detentationi, quæ poſſeſſio non eſt. Ideoque depoſitarius, commodatarius, conductor, qui non poſſident, (quod interim ſuppono) dicuntur habere detentionem rei, quæ non eſt poſſeſſio. *l. officium* 9. *de rei vind. l. depoſui* 38. *de pecul. l. poſſeſſio* 49. *§.* 1. *hoc tit. l. ſequitur* 4. *§. item ſi* 9. *de uſuc. l.* 1. *§. unde* 8. *quod leg. l. ſtipulatio* 38. *§. hæc quoque* 7. *de V. O. l. & uno* 18. *§.* 1. *de acceptil. §. eſt autem inſt. quib. mod. toll. obl.* Unde non placet admodum brevis definitio poſſeſſionis tradita a Petro Friderico Mindano *cap.* 1. *de mater. poſſ.* per hæc tantum verba: *detentio rei*; quia conveniunt aliis a definito, quam etiam improbavit Hill. ad Donell. *d. cap.* 6. *lit. L.*

§. XIX. Sequuntur verba *cum animo ſibi habendi*, quæ exprimunt vim, & poteſtatem verbi κατοχὴ, ut ſupra notavi, quod non ſignificat animum dominandi, qui non eſt de ſubſtantia poſſeſſionis, cum nihil commune habeat cum proprietate. *d. l. naturaliter* 12. *§.* 1. *hoc tit.* ſed contentum eſt, ut quis ſibi detineat, non alii. Verbum *habendi* valde proprium eſt noſtræ definitioni. Primo quia ἔχω, a quo componitur κατοχὴ, ſignificat latine *habeo*. Deinde quia *habendi* verbum, licet variæ ſignificationis ſit, adjectum prioribus verbis talem detentionem denotat, quæ nihil aliud poſſit eſſe, quam poſſeſſio. Denique quia inter alia ſignificat quoque occupare rem, ut apud Virg. *lib.* 2. *Æneid. verſ.* 290.

Hoſtis habet muros, ruit alto a culmine Troja.

Lucil. *lib.* 29. *apud Non. Marcel. cap.* 4. *num.* 226. *hoc tunc ille habebat, & fere omnem Apuliam.* Quare ad definiendam rem, cujus ſubſtantia in facto occupationis conſiſtit, recte utimur verbo *habendi*, quod non abhorret a ſignificatione occupationis. Hic breviter notandus eſt Cornelius Fronto vetus Grammaticus, qui cum differentiam indagaret inter hæc verba *habere*, & *poſſidere*, ſic ſcripſit in *lib. de ſignif. latini ſerm. habere poteſt etiam fur & nequam; poſſidet nemo niſi qui rei ſolidæ, aut donatæ, aut emptæ dominus eſt.* Verius enim eſt ſecundum jus, poſſidere dici etiam de fure & prædone. *l.* 3. *§. ex contrario* 5. *verſ. idem Trebatius hoc tit.* Ut inferius dicam, & interim notat in Grammaticum Galvan. *de uſufr. cap.* 33. *num.* 8. *&* 9.

§. XX. Sunt tamen, qui prædictum verbum ineptum eſſe exiſtiment definiendæ poſſeſſioni, quorum fundamentis neceſſe eſt ſatisfacere: primum eſt, hereditas habet omnia jura defuncti. *l. hereditas* 62. *de R. J.* Sed hereditas non poſſidet: ergo qui habet non poſſidet. Deinde conductor, commodatarius, & fructuarius non poſſident, ut manet notatum, ſed hi habere dicuntur. *l.* 2. *§. habere* 38. *ne quid in loc. pub. l.* 1. *§. quod autem* 33. *de vi & vi arm. l. ſtipulatio* 38. *§. habere* 9. *de V. O.* Ergo non ſignificat poſſidere; facilis tamen ſolutio eſt, quia verbum *habere* per ſe ſumptum non minus aptum eſt ſignificare cauſſam dominii, & quietam poſſidendi rationem. *l. habere* 188. *de V. S.* quam nude tenere rem. *d. l. ſtipulatio* 38. *§. habere* 9. ſed adjunctum verbis definitionis reſtringitur, & aptatur ejus ſignificatio ad poſſeſſionis cauſſam. Secundum argumentum minus adſtringit. Dicunt enim, *habere licere* ſignificat ſolidum, plenum, & abſolutiſſimum dominium, cui nec deſit uſus, nec fruitio. *l. ex empto* 11. *§. idem Neratius* 8. *& §. ult. de act. emp.* cum multis aliis, quas adduxi & ex profeſſo expoſui in *l. inter ſtipulantem* 83. *de V. O. in princ.* Ergo fruſtra accommodatur definiendæ poſſeſſioni; ſed recte reſpondent Bart. Zaſius, & Giphan. in *d. l. ſtipulatio* 38. *§. hi qui ſunt*, non eſſe eandem poteſtatem ſimplicis verbi *habere*, ac utriusque conjuncti *habere licere*: ſimplex enim varie ſignificat ſecundum ſubjectam materiam, ſed utrumque conjunctum ſignificat plenum dominium. Senec. *epiſt.* 16. *non tantum tibi habere liceat, ſed calcare divitias*, ubi arguit de dominio, & juſto uſu rerum ad abuſum & prodigalitatem. Si quæratis rationem, cur conjunctum verbum magis ſignificet, quam ſimplex, mihi alia non occurrit, quam præſtita ab Horat. in *art. Poët.*

——— ——— ——— Si volet uſus,
Penes quem arbitrium eſt, & jus, & norma loquendi.

Alia ſunt argumenta, quibus aliquando reſpondi, ſed nunc omitto, tanquam minime operoſa, & admodum facilia.

CAPUT SECUNDUM.

De ſubſtantia Poſſeſſionis, & quatenus differat a Dominio.

§. I. Ex definitione poſſeſſionis ſupra expoſita infertur primo, ſubſtantiam ejus in facto conſiſtere, totam facti eſſe. Quod primo ſuadet etymologia, quam tradit Paul. in *l.* 1. *in princ. hoc tit.* ſive dicatur a pedibus, ut habent libri veteres, ſive a ſedibus, ut legitur in florentino, lectionem veterum librorum approbavit *l.* 1. *tit.* 30. *Part.* 3. libri vero florentini lectionem videtur ſequi D. Iſid. a Gratiano relatus in *cap. Jus gentium* 1. *diſt.* utramque merito ſuſtinent Pich. *princ. inſt. de interd. num.* 6. Valent. *lib.* 1. *illuſt. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 6. Oroz *lib.* 4. *de apic. jur. civ. cap.* 1. Olim vero hac de re varie valideque digladiabantur auctores, ut conſtat ex notatis a Forcatulo in *necyom. jur. dial.* 73. Alex. Turamin. *de vera ſubſt. poſſeſſ. cap.* 4. *num.* 3. Ant. Merend. *lib.* 2. *controv. cap.* 17. jure tamen reprehenſi fuerunt, qui has minutias ſectantur a Barclajo *lib.* 2. *ſatyric.* his verbis: *amitto vanitatem quæſtionum, quibus ipſi ingratiſſimis laboribus torquentur, ſed illos audio jam in partes diviſos eſſe, dum dubitant, an a ſedibus, an a pedibus Ulpianus* (diceret Paulus) *in poſſeſſionis notatione ſcripſerit.* Et quamvis argumentum ab etymologia deductum non ſit admodum firmum, ut ex eo probare poſſimus, in facto ſedendi, aut ponendi pedem, poſſeſſionem conſiſtere, tamen ratio alluſionis, quam præbet Paulus, id evidenter convincit, ibi: *quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei inſiſtit.* Ecce diſerta verba, in quibus fatetur Paulus, ab ipſa inſiſtentia, quam poſſeſſio requirit de facto, ejus derivationem deſumptam fuiſſe. Ergo occaſione etymologiæ ſupponit, eſſe inſiſtentiam illud factum, quod requirit ſubſtantialiter poſſeſſio; quare non approbo interpretationem Laur. Vallæ & Grammaticorum, eam licet ſequatur Oroz *d. cap.* 1. *num.* 4. qui docent denominari *a potis*, & *ſedeo*, quaſi poſſidere ſit, *potis ſum ſedere*; quia conditio

tio hæc, ut retineamus poſſeſſionem, ſola potentia accedendi ad res poſſeſſas non eſt ſubſtantia poſſeſſionis, quæ per ſe requirit aut ſupponit factum, & inſiſtentiam ipſam, ut licet breviter notat Contius *lib. 1. diſp. cap.* 10. Tandem noto, Galvanum *d. cap.* 33. *num.* 1. animadvertere, in aliquibus libris legi *a ſedibus, quaſi ſedium poſitio*, quod verbum elegantiorem reddit clauſulam.

§. II. Suadet etiam illud ipſum principium definitio; quia detentio rei in facto conſiſtit, animus ſibi habendi eſt etiam facti. *l. conſilio* 8. *de cur. fur.* Igitur cum definitio tantum exigat requiſita, quæ facti ſunt, tota ſubſtantia poſſeſſionis erit facti: ab auctoritate idem probatur ex multis JCtorum teſtimoniis. *l. denique* 19. *ex quib. cauſſ. maj. l.* 3. §. 1. *de bon. poſſ. l.* 1. §. *furioſus* 3. §. *ſi vir* 4. *l. quod ſervus* 24. *l. poſſeſſionem* 29. cum aliis *hoc tit.*, *l. ſtipulatio* 38. §. *qui ſunt* 6. *de V. O. l.* 1. §. *Scævola ſi is qui teſt. lib. eſſe juſſ. eſt. l. in bello* 12. §. *facti de capt. & poſtl. rev.* Quæ doctrina ut verior, ita in hac ſchola receptior eſt; eam ſuſtinent ex Anteceſſoribus noſtris Didac. de Segura in *repet. ad d.* §. *ſi vir num.* 2. & 3. Ant. Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 18. *verſ. item ideo.* Covar. ſaltem de acquiſitione & retentione loquens in *reg. poſſeſſor in princ. part.* 2. *num.* 1. & 2. Vasquez Mench. *lib.* 2. *de ſucc. creat.* §. 15. *num.* 81. Pichard. *princ. inſt. de interd. art.* 2. Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 36. Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 1. *num.* 4. & noſtris Salmantinis merito accenſendus Joſeph. Santolaria *lib. ſing. interpr. cap.* 21. *num.* 6. & olim condiſcipulus noſter in hoc ipſo Gymnaſio incluſus ſub eodem Præceptore D. Raphaël Villoſa Barcinonenſis, qui bona fide, & noſtro præceptore laudato ejus dictata tranſcribens in ſuo eleganti *tract. de fugitivis cap.* 9. *num.* 27. & 28. docet, pro comperto obtinuiſſe jam inter meliores juris cultores, poſſeſſionis ſubſtantiam omnino facti eſſe. Externi etiam hanc opinionem, ut veriorem tuentur, Alciat. in *libell. de quinque ped. præſcr. a num.* 95. Tiraquell. ſatis expreſſe in *tract. de morte part.* 1. & 5. Peregrin. *lib.* 3. *var. cap. de poſſeſſione num.* 2. Gilken. *de præſcr. parte* 2. §. 3. *cap.* 1. *num.* 18. Petr. Greg. *lib.* 1. *ſyntagm. cap.* 13. *num.* 6. Donell. *lib.* 5. *cap.* 6. ubi Hillig. *lit.* C. Ant. Fab. in *d. l.* 19. & in aliis locis. Giphanius in *l.* 1. *hoc tit. num.* 13. ex illis verbis, *nam quod poſſeſſio ſit facti*. Galvan. *d. cap.* 33. *num. ult. pag.* 483. Inde *corporis poſſeſſio*, Bart. Cheſius *lib.* 2. *interpr. jur. cap. ult. num.* 127. Ant. Matthæus in *colleg. Pand. diſp.* 45. *num.* 46. & alii, quos poſſem ciere, ſed relati plures ſunt quam ſatis, ut vobis perſuadeam, opinionem hanc longe communiſſimam eſſe, & quam ſine periculo ſequimur.

§. III. Reſpondeamus nunc quibusdam objectionibus, quas afferunt Merenda *lib.* 2. *controv. cap.* 18. *num.* 14. Oroz *lib.* 4. *de apic. jur. civ. cap.* 2. *num.* 8. & alii, qui cenſent poſſeſſionem ſaltem juſtam, & a jure civili approbatam juris eſſe, & in jure conſiſtere. Primo objiciunt quaſi diſertum Papiniani textum in *l. poſſeſſio* 49. *in princ.* & §. 1. In quo docet, poſſeſſionem nobis adquiri per ſervos noſtros, vel per eos, in quibus uſumfructum habemus: *quia plurimum ex jure mutuatur poſſeſſio: quia poſſeſſio non tantum corporis, ſed & juris eſt*, ſed quamvis hunc locum valde extollant contrariæ ſententiæ aſſertores, parum illis favet, quia non negamus, poſſeſſionem juſtam multos effectus a jure mutuari, quibus poſſeſſio per ſe & independenter a juris approbatione conſiderata deſtituta eſſet; uſucapio enim, fructuum adquiſitio, actio Publiciana, & mille aliæ prærogativæ indultæ ſunt a jure poſſeſſioni juſtæ: ſed hæ circumſtantiæ ſunt, ſive accidentia, quæ non ingrediuntur ſubſtantiam ipſius poſſeſſionis, ut docent ſic prædictum textum explicantes Donell. & Hillig. *lit. A. & K. d. cap.* 6. Ant. Fab. in *d. l. denique* 19. Ramirez de Prado ad Martial. *lib.* 4. *epigr.* 80. Pichard. *pr. inſt. de interd. num.* 77. Val. *d. lib.* 1. *tractatu* 2. *cap.* 2. *num.* 41. & *tractatu* 3. *cap.* 11. *num.* 5. Quem ſenſum ut verum agnovit Merend. *d. lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 31. opponunt etiam textum in *l. nemo* 10. *C. hoc tit.* ubi Imp. decidit, duplicem eſſe cauſſam poſſeſſionis, aliam quæ in jure conſiſtit, aliam, quæ corporis tantum eſt, & naturali tantum detentatione cenſetur. Verum cum hic textus agat de conſtituenda differentia inter poſſeſſionem a jure approbatam, & a jure deſtitutam, nihil aliud ſignificant verba illa, quam juſtam poſſeſſionem conſiſtere in facto a jure formato, id eſt juris aſſiſtentia veſtito. Injuſtam vero tam nudam eſſe, ut nihil a jure indumenti conſequatur, ut dixit Galvanus *d. cap.* 33. *num. ult.* conſiſtit ergo in jure juſta poſſeſſio quoad adminicula, non quoad ſubſtantiam: natura ergo juſtæ poſſeſſionis, ut inquit Imp. in jure conſiſtit; quia natura ejus ſunt dotes, quæ juſtæ poſſeſſioni debentur, ut adquiſitio fructuum, tuitio juris &c. Sed de ſubſtantia nihil loquitur Imp. Opponunt etiam textum in *l. peregre* 44. *hoc tit. l. ſi ea res* 31. §. 1. *de act. empti. l. ſi ſtaita* 15. §. *ſi quis metu* 35. *de act. emp. l.* 2. §. *habere* 38. *ne quid in loco publ. l. non ideo* 5. *C. de lib. cauſſ. l. ſi quis* 7. *C. ad l. Jul. de vi publ.* ubi poſſeſſionis jus dicitur & jus rei; ergo poſſeſſio in jure conſiſtit. Sed hoc argumentum leve eſt: jus enim poſſeſſionis eſt effectus a jure introductus, reſultans ex poſſeſſione, quæ ipſa facti eſt, ut ſolemus dicere, *ex facto jus oritur. l. ſi ex plagis* 52. §. *in clivo ad l. Aquil.* Quem ſenſum agnovit Honorius Pontifex in *cap. dilecto* 28. *de V. S.* & tradunt etiam Pichard. *ubi proximo.* Hillig. *d. cap.* 6. *lit.* C. Duaren. in *l.* 1. *hoc tit.* Merenda *d. cap.* 19. *num.* 20.

§. IV. Perfecta ſubſtantia poſſeſſionis, quæ conſiſtit in facto, facile dicendum erit, poſſeſſionem eſſentialiter unam eſſe, nec diverſæ ſpeciei eſſe, aut ſpecie diſtinctas juſtam & injuſtam, civilem & naturalem, corporalem & civiliſſimam, propriam & impropriam; quia ſi eſt vere & proprie poſſeſſio, debet eſſe detentio rei cum animo ſibi habendi; ſi quia detinet rem cum animo ſibi habendi, vere & proprie poſſidet, ſive juſte ſive injuſte poſſideat, quia in ſumma poſſeſſionis, id eſt in ſubſtantia, ut communiter exponitur, inter hæc nulla eſt differentia. *l.* 3. §. *ex contrario* 5. *verſ. idem Trebatius hoc tit.* Hanc ſententiam, quam veriſſimam cenſeo, ſuſtinent poſt Azon. Accurſ. in *l. licet verbo non poſſit C. hoc tit.* & cum multis Antiquorum Franc. Ripa in *l.* 1. *hoc tit. num.* 54. Alciatus *num.* 31. Coraſius in *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune hoc tit. num.* 6. Conn. *lib.* 3. *comm. cap.* 10. *num.* 1. & 5. Vasquez Mench. in *l. ſi quando* 6. *de inoff. teſt. num.* 41. Tiraquell. in *tract. de mort. in præfat. decl.* 7. *num.* 3. Ant. Contius *lib.* 1. *diſp. cap.* 10. Parlad. *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 9. *num.* 9. Greg. Lopez Madera *animadv. jur. civ. cap.* 27. *num.* 8. Giphan. in *l.* 3. *hoc tit. num.* 114. Ramos in *rubr. hoc tit. num.* 19. Quæ ſententia ſic a ratione fundatur. Animus, qui conſtituit poſſeſſionem, tantum recipit hoc, quod eſt ſibi habere, ſed affectus ſibi habendi pariter includit juſtam & injuſtam volnntatem, malam vel bonam fidem, pravam & rectam cauſſam. Ergo ejuſdem ſpeciei eſt juſta & injuſta poſſeſſio. *d.* §. *ex contrario* 5. Deinde quæ differunt ſpecie, omnino diverſa ſunt, diverſæque eſſentiæ, ut equus & homo, quæ per conſequens comprehendere non poteſt una definitio, ſed poſſeſſionem ut ſic una definitio comprehendit, ſive hoc, ſive illo modo adquiratur. Ergo poſſeſſio ut ſic una eſt. *l.* 3. §. *genera* 21. *hoc tit.* Item habere bonam vel malam fidem eſt qualitas pravæ aut rectæ intentionis reſpectu ſubjecti operantis, qui eſt homo, ut recte conſiderat Giphan. *ubi proxime*; ſed quæ diſtinguuntur per qualitates ſive per

Digitized by Google

accidentia, non diſtinguuntur ſubſtantialiter, ut homo juſtus ab injuſto, aut albus a nigro. Ergo poſſeſſio per injuſtitiam vel juſtitiam non diſtinguitur ſubſtantialiter, ſed accidentaliter, quæ non eſt ſpecifica diſtinctio. Tandem quæ toto genere diſtant inter ſe, non debent dividi, veluti homo non dividitur inter hominem mortuum, pictum, & vivum; quia homo mortuus vel pictus non eſt proprie homo; ut ſtatera falſa non eſt proprie ſtatera, ſed cum adjuncto falſa, ut docent Tiraquell. *de retractu lignagier* §. 1. *gl.* 20. *num.* 12. Parlad. *d. lib.* 7. *cap.* 9. *num.* 17. ſed detentatio eorum, qui non poſſident, vere & proprie poſſeſſio non eſt. Igitur fruſtra, & deriſorie poſſeſſio dividitur inter propriam, & impropriam.

§. V. Nihilominus in contraria ſententia ſunt Joan. Vetus Gloſſator, & poſt eum enixe Bart. in *l.* 1. *hoc tit.* & multi veteres, quos ſequuntur Jaſo *ibidem num.* 54. *in fin.* Didac. Perez in *l.* 1. *verbo poſſeſſionem doloſam tit.* 13. *lib.* 3. *ordin. verſ. ad ſecundum cum ſeq.* Covar. in *regula poſſeſſor parte* 2. *in princ. num.* 4. & 5. Cujacius *lib.* 9. *obſerv. cap.* 33. & *lib.* 27. *cap.* 7. Donell. *lib.* 5. *cap.* 7. & ibi Hillig. *lit. A.* ubi nonnullos utriusque ſententiæ aſſertores refert Marcus Lyclama *lib.* 7. *membran. ecl.* 25. Galvan. *d. tract. de uſufr. cap.* 33. *ex num.* 2. Valentia *d. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 3. Oroz *d. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 8. & 9. qui cenſent, poſſeſſionem juſtam ab injuſta ſpecie differre, & ob id ſubſtantialiter diſtingui alteram ab altera, & quamvis omnes a me relatos legerim, non inveni apud unum ex eis rationem a priori, quæ id ſuadeat, præter unum Valentiam, qui *d. cap.* 3. *num.* 12. hanc indicavit potius, quam expreſſit. Animus & affectus ad poſſidendum in eſſe producit, quia ſine animo nulla poſſeſſio adquiri poteſt. *l.* 3. §. *in amittenda* 6. *l. quemadmodum* 8. *hoc tit.* Animus retinet poſſeſſionem. *l.* 3. §. *ſaltus. l. clam poſſidere* 6. §. *ult. hoc tit.* Animo ſolo ceſſante amittitur poſſeſſio. *d.* §. *in amittenda.* Detentio enim corporalis regitur ab animo in adquirenda, retinenda, & amittenda poſſeſſione, quod eleganter oſtendit Galvanus; ſed animus pravus a juſto differt ſubſtantialiter & ſpecifice; cum ſpecificetur ab objecto, quod reſpicit, & propter quod objectum dicitur bonum aut malum. Igitur ſi animus juſtus ab injuſto differt ſpecifice & eſſentialiter, diſtinguetur etiam poſſeſſio, quæ omnino ab animo pendet. Cui argumento ut ſatisfaciam, quod in hac quæſtione difficile eſt, reſpondeo, finem poſſidentis proxime, & immediate tantum reſpicere hoc, quod eſt retinere rem ſibi, & præſcindere ab juſta vel injuſta adquiſitione, vel retentione: objectum enim cujuſcunque rei eſt finis rei, ſed finis poſſidentis eſt ipſum poſſidere, non media, per quæ adquirimus juſte, vel injuſte poſſeſſionem. Ergo ſpecies & ſubſtantia poſſeſſionis non debet ſumi a juſtitia, vel injuſtitia medii, ſed ab ipſo detinere rem ſibi, utcunque ſit: quæ doctrina eſt etiam D. Thomæ in *opuſc. de verit. quæſtione* 23. *art.* 1. & 3. omniumque Theologorum, quos ſequuntur doctiſſimi & religioſiſſimi Salmanticenſes *tom.* 3. *diſp.* 1. *dub.* 3. *num.* 2. Qua doctrina ſuppoſita dico, animum ſeu voluntatem in communi conſideratam, reſpectu hujus vel illius actus, diſtingui eſſentialiter & ſpecifice in pravam & rectam, & efficere hunc vel illum actum ſpecie differentem, pravum vel rectum. Voluntatem vero determinatam ad hunc actum, ſcilicet ad poſſidendum, tantum ferri ad detinendum ſibi ut ſic, & quomodolibet. Igitur in hac voluntate ſic determinata non poteſt dari differentia ſpecifica ex qualitate tituli, aut cauſſæ poſſidendi, quia ipſum poſſidere appetit non mediam cauſſam, aut qualitatem tituli.

§. VI. Evaſimus jam ſubtilia & ſalebroſa, nunc planius reſpondebimus ad textus, quibus prædictam, aliasque differentias fundant auctores ſupra relati. In primis noto, nullum eſſe juris civilis locum, quo doceamur expreſſe, dividi poſſeſſionem in injuſtam & juſtam; ſed omnes aliud agentes hujus differentiæ meminiſſe, veluti in *l.* 3. §. *ex contrario* 5. *hoc tit. l. nemo* 10. *C. hoc eod. tit. l.* 1. §. *dejicitur de vi & vi arm.* ubi differentia conſtituitur inter juſtam & injuſtam poſſeſſionem, illa dicitur civilis, hæc naturalis. Verum ut reſpondeam, hæc diſtinctio non eſt ſubſtantiæ, ſed qualitatis: una quippe poſſeſſio eſt, juſte tamen parta dicitur civilis, injuſte naturalis: quia illa ſine opera, ſine labore, ſine ſollicitudine juris adjumento ſuſtinetur: hæc vero cum cura, & cum periculo cuſtoditur, in qua naturalis detentio rei valet & incubatio, ut dicitur in *l. ult. C. ne rei dom. vel templ.* & notat doctiſſimus Hadrian. Turneb. *lib.* 24. *adverſ. cap.* 24. In aliis vero locis civilis poſſeſſio dicitur, quæ animo ſolo retinetur; naturalis vero appellatur (etſi juſta ſit, & bona fide capta) quæ retinetur facto, & inſiſtentia corporali. *l.* 1. *in princ.* & §. 1. *l.* 3. §. *ſaltus. l. clam poſſidere* 6. §. *qui ad nundinas hoc tit. l.* 2. §. 1. *pro herede.* Hæc tamen differentia modalis eſt, cum magis pertineat ad modum adquirendæ & retinendæ poſſeſſionis, quam ad ejus ſubſtantiam. Pulchre & huc etiam ultra intentum advocandus Senec. *de vit. beat. cap.* 14. *feras cum labore & periculo venamur, & captarum quoque illarum ſollicita poſſeſſio eſt*, id eſt cuſtodiæ indigens, plena labore, & anxietate. In aliis dicitur civilis poſſeſſio, quam dominus retinet; naturalis, quam retinet ſervus. *l. quod ſervus* 24. *hoc tit. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *hæc quoque* 7. *de V. O.* ſed hæc differentia non ab ipſa poſſeſſione provenit, quæ ſemper eſt ejusdem ſpeciei, ſed a ſubjecto: ſervus enim cum expers ſit juris civilis, & particeps juris naturalis, jure naturali poſſidere poteſt, ſed non cum adjumento civili. *l. quod attinet* 32. *de R. J.* Tandem colonus, commodatarius, & ſimiles, qui non poſſident. *l. non ſolum* 33. §. *quod vulgo de uſuc.* dicuntur naturaliter poſſidere, & domini rerum dicuntur poſſidere civiliter in *l.* 3. §. *ult. cum l. ſeq. ad exhib. l. communi* 7. §. *neque colonis* 7. *com. div. l. videamus* 38. §. *ſi poſſeſſionem de uſuris.* Hæc tamen non eſt diviſio inter ſpecies poſſeſſionis, ut voluit Parlad. *tom.* 3. *differ.* 26. *in princ.* ſed diſtinctio inter veram propriamque poſſeſſionem & impropiam. Igitur cum de poſſeſſionibus in plurali loquuntur Conſulti, ut in *l. quemadmodum* 8. *hoc tit.* & in *l. non ſolum* 33. §. *quod vulgo de uſuc.* accipiendi ſunt de diverſis conceptibus, in quibus ſecundum diverſos modos, & diverſas qualitates diſtinguitur poſſeſſio non ſubſtantialiter, ſed accidentaliter, ut jam dixi.

§. VII. Opponitur etiam textus in *l.* 3. §. *vel etiam* 22. *hoc tit.* ubi inquit Paulus, *vel etiam poteſt dividi poſſeſſionis genus in duas ſpecies, ut poſſideatur aut bona fide, aut non bona fide.* Ecce ſunt duæ ſpecies poſſeſſionis; ſed ſpecies ſecundum Philoſophos eſt eſſentia cujusque rei. Ergo poſſeſſio juſta ab injuſta differt eſſentialiter ſeu ſpecifice. Verum hic textus, ſi intelligatur ſecundum juris proprietatem, diſerte confirmat noſtram ſententiam; quia apud Dialecticos genus eſt, quod prædicatur de pluribus differentibus ſpecie, veluti animal prædicatur de homine & brutis, quæ conveniunt in ratione generica animalis; ſpecies eſt, quæ prædicatur de pluribus differentibus numero; veluti homo, qui prædicatur de Titio, Petro, & Sejo. Apud Conſultos vero dicitur genus homo, quia plures numero, aut multa individua comprehendit, & ſpecies dicitur quodlibet individuum, veluti Stichus; quæ fuit Bart. obſervatio in *l. Mævius* 66. §. *duorum de leg.* 2. & aliorum veterum, quos ſequuntur Zaſius in *ſingularib. intellectib. cap.* 1. Sarmiento *lib.* 2. *ſelect. cap.* 5. & *num.* 8. Parlad. *tom.* 3. *diff.* 31. *a princ.* Nicol. de Caſtro *prælect.* 3. *Salmantic. num.* 150. *per totum.* ſecundum quæ clare conſtat, Paulum unum genus poſuiſſe poſſeſſionis, ſive apud Philoſophos unam

ſpe-

ſpeciem; & juridice loquentem conſtituiſſe duas ſpecies, ſive apud Philoſophos duas poſſeſſiones diverſas numero; quæ vero per numerum diſtinguuntur, ut Petrus a Paulo, non diſtinguuntur ſubſtantialiter. Ergo ex mente Conſulti poſſeſſio juſta ab injuſta ſubſtantialiter non diſtinguitur, ut agnoverunt Giphan. in *d. l.* 3. §. *genera.* Hillig. ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 7. *lit. B.*

§. VIII. Unde expedite notamus, non diſtingui ſubſtantialiter, ſed tantum ſecundum modum poſſeſſionem, quæ facto corporali apprehenditur & retinetur, ab ea, quæ per ſymbola, aut per modos fictos adquiritur, & ſolo animo retinetur; quæ non ſunt diverſæ poſſeſſiones in eſſentia; ſed diverſi modi adquirendi & retinendi poſſeſſionem: quam doctrinam expreſſe tradunt Viglius in §. 1. *inſt. de her. qual. & diff.* Franciſc. Ripa in *rubr. de cauſſa poſſ. & propr. num.* 6. Tiraquell. in *tract. de morte declar.* 7. *num.* 3. cum plurimis a ſe pro more relatis, Vasq. Mench. in *l. ſi quando C. de ineff. teſt. num.* 41. Gregor. Lop. Madera *d. cap.* 27. nec diffitentur Donell. & plurimi apud Hillig. *lib.* 5. *cap.* 9. Parlad. *diff.* 26. §. *unico.* Oroz *d. lib.* 4. *cap.* 12. quatenus inter modos adquirendæ, & retinendæ poſſeſſionis ponunt omnes actus, de quibus infra futurus eſt ſermo, non tamen ideo conſtituentes diverſas ſpecies poſſeſſionum.

§. IX. Igitur poſſeſſio, quæ cum majori labore acquiritur & retinetur, eſt avium, piſcium, ferarum; quæ propriiſſime naturalis poſſeſſio appellatur in *l.* 1. *in princ.* & §. 1. *hoc tit.* quia tota ex facto dependet; nec amplius durat quam facto ipſo detentionis corporalis retineatur: quare ſimulac evaſerint cuſtodiam noſtram, deſinunt a nobis poſſideri. *l. uſumfructum* 62. §. 1. *de uſufr. l. lines & labra* 15. *verſ. piſces cum leg. ſeq. de act. emp. l.* 3. §. *quidquid cum ll. ſeqq. l. adeo* 7. *de adq. rer. dom. l.* 3. §. *item feras* 14. *cum ſeqq. hoc tit. l.* 19. *& ſeq. tit.* 28. *Part.* 3. Seneca ſupra §. 6. relatus. Quam circumſtantiam tanquam huic poſſeſſioni peculiarem agnoſcunt Covar. *lib.* 3. *var. cap.* 5. *num.* 6. & in *regula peccatum parte* 2. §. 8. *num.* 14. & 15. Mench. *cap.* 57. *illuſtr. num.* 21. Cujac. *lib.* 4. *obſerv. cap.* 2. Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 10. *lit. C.* Giphan. in *l.* 3. *hoc tit. num.* 88. Val. *d. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 8. & 9. Suarez de Mendoza ad *l. Aquil. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 22.

§. X. In adquiſitione etiam poſſeſſionis, quæ fit rerum nullius, & incipiunt noſtræ eſſe per naturalem, & primævam occupationem, idem factum naturale, verum & non fictum deſideratur, quia neceſſe eſt corporali actione eas apprehendere, nec ſufficit præoccupatio per viſum, vel per alia ſymbola, ut notant vulgo auctores, & ibi ſignanter Pichard. noſter in §. *item lapilli inſt. de rer. div.* Paul. Caſtrenſ. in *l.* 2. *num.* 3. *de condict. ſine cauſſa,* Cujac. *lib.* 11. *obſerv. cap.* 38. Donell. & Hillig. *lib.* 4. *cap.* 10. *lit. B.* ſunt vero ex eis nonnullæ res, quarum retinetur etiam poſſeſſio per eandem jugi & corporalem inſiſtentiam, qua omiſſa amiſſave ſtatim amittitur; ut in feris ſupra notavi. Tales ſunt aër, aqua profluens, & mare, & per hoc littora maris. *l.* 2. *l. in tantum* 6. *de div. rer.* §. 1. *inſt. eod. l. quod in littore* 14. *in princ.* & §. 1. *l. quamvis* 50. *de adq. rer. dom. l. præſcriptio* 45. *de uſucap. l.* 1. §. *ſi quis* 18. *de nov. op. nunc. l.* 1. §. *adverſus* 8. *cum ſeq. l. in littore* 4. *ne quis in loc. publ. l.* 3. *tit.* 18. *Partita* 3. videndi ſunt Cujac. *d. lib.* 4. *cap.* 2. Donell. & Hillig. *d. lib.* 4. *cap.* 1. *lit. K.* & *cap.* 9. *lit. A.* & *B.* Grotius *de jur. bel. & pac. lib.* 2. *cap.* 3. §. 9. & in notatis, Val. *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 1. *num.* 10. & 13.

§. XI. Aliæ vero ſunt, quarum poſſeſſio adquiritur eodem naturali facto; ſed poſt acquiſitionem ſolo animo retinetur, quia non indigent eadem jugi & perpetua cuſtodia; & alioquin dura ſervitus eſſet, ſi teſtudinum more rebus illis deberemus inhærere. Veluti poſſeſſio terrarum, quas vacuas occupavimus; inſularumque, quas diſſitum mare ambit; lapillorum, gemmarum, & prædæ ab hoſtibus captæ. *l.* 1. *l.* 3. §. *Neratius* 3. & §. *genera* 21. *l. interdum* 21. §. 1. & 2. *hoc tit. l.* 2. *pro ſuo.* In illis nunquam ſeparatur dominium, quia ab occupatione incipit, & deficiente occupatione deficit: nec verum & proprium dominium eſt, ſed temporarium, quia nec mancipi, id eſt imperfectum olim dicebatur. Ulp. in *fragm. tit.* 19. Theoph. in §. *per traditionem* 40. *inſt. de rer. div.* & in *princ. de uſuc.* In iſtis vero, quamvis ab occupatione naturali incipiat dominium, quia fuit vetus, & primæva cauſſa adquirendi dominium ſingulorum, ut apud Paul. in *l.* 1. *hoc tit.* dicebat Nerva filius, tamen poſt occupatam rem partumque dominium perfectum eſt, & amiſſa poſſeſſione retinetur. Qua differentia expoſita facile conſtat, de quo modo adquirendi dominium ſenſerit Paulus, cum dixit, a naturali poſſeſſione cœpiſſe dominia rerum: videlicet de antiquiſſimo modo occupationis rerum nullius, ut docent Bartol. in *d. l.* 1. *num.* 2. Caſtr. *num.* 16. Alciat. *num.* 1. Duaren. Cujac. & Giphan. in *d. l.* 1. *in princ.* Solorzan. in *Polit. Ind. lib.* 1. *cap.* 9. Donell. & Hillig. *d. lib.* 4. *cap.* 19. *lit. D.* Valent. *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 4. *a princ.* Inde rejiciendi ſunt Angelus Spanochius & Alexander Turamin. apud Merend. *lib.* 2. *controv. cap.* 18. *num.* 5. contendentes, erraſſe Conſultum, dum dixit priorem eſſe poſſeſſionem dominio: quia ubi non ſunt diverſa, & ſucceſſiva temporis inſtantia, prior eſt in intentione finis: ſed finis occupantis potius appetit dominium, quam poſſeſſionem. Igitur dominium prius eſt in intentione quam poſſeſſio; ſed hæc philoſophica ſunt, ad quæ non reſpexit Paulus; ex jure vero illud conſtat; occupationem aſſerre poſſeſſionem rei occupatæ, & eſſe cauſſam adquirendi res nullius; ſed cauſſa prior eſt ſuo effectu. Igitur occupatio poſſeſſionis, prout cauſſa eſt, prior eſt dominio.

§. XII. Ecce ex jure gentium receptum fuit, ut multarum rerum ſolo animo retineretur poſſeſſio, ut prædocuit Mench. *d. cap.* 57. *illuſtr. num.* 24. Quod jus Romanum & cæterarum nationum jura admiſerunt, alioquin nemo poſſet poſſidere res plures, quam poſſet ſecum bajulare, quod eſſet fruſtraneum & deriſorium. *l.* 3. §. *ſed etſi* 6. §. *ſaltus* 11. *l. clam poſſidere* 6. §. 1. *l. ſi id quod* 25. §. *quod autem. l. peregre* 44. §. *ult. cum. l. ſeq. ff. hoc tit. l. licet* 4. *Cod. hoc tit.* §. *poſſidere inſt. de interd. Paul. lib.* 5. *ſent. tit.* 2. §. 1. *l.* 2. *tit.* 30. *Part.* 3. Itaque vel poſſeſſio inutilis res erat futura, vel ſolo animo cum potentia accedendi ad rem poſſeſſam debuit retineri: quare animo retenta non diſtat ab ea ſubſtantialiter, quæ continua occupatione retinetur; & idem eſt animo retinere rem, ac jugiter illi inſiſtere; quia jus gentium debuit concedere poſſeſſioni illud, ſine quo non poſſet ſubſiſtere. Docent poſt nonnullos veteres Duaren. in *l.* 1. *hoc tit.* & *lib.* 1. *diſp. cap.* 18. Donell. *lib.* 5. *cap.* 13. & ibi Hillig. *lit. A.* Pichard. *princ. inſt. de interd. num.* 66. & 99. Val. *d. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 25. Anton. Matthæus in *colleg. Pandect. diſp.* 45. *num.* 40. Ant. Merenda in hoc recte cenſens *d. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 12. & 13. Igitur hæc eſt conditio, ſine qua non poſſet dari poſſeſſio, ut ſolo animo retineatur, & ſic prope eſt, ut pertineat ad ſubſtantiam ipſius, nec magis faciat in poſſeſſione corporalis apprehenſio, quam animus. *l.* 1. §. *quid dicturi* 47. *de vi & vi arm.* Ex quo ſequitur, non minus injuſtam, quam juſtam poſſeſſionem animo ſolo, & potentia accedendi ad rem poſſeſſam retineri; quia cum eadem ſubſtantia ſit utriusque poſſeſſionis, non potuit jus denegare injuſtæ poſſeſſioni, quod debetur poſſeſſioni ut ſic, ſcilicet quod ſolo animo retineatur. Quæ doctrina diſerte probatur ex *l. nunquam* 31. §. *ſi vi aut clam de uſuc.* ad quam etiam induci poſſunt textus in *l.* 1. §. *deficitur* 9. §. *ſive autem* 24. *cum ſeq. de vi & vi arm.* Notemus ergo, pos-

poſſeſſionem animo retentam non diſtingui ſpecifice, ſive ſubſtantialiter ab ea, quæ jugi occupatione retinetur.

§. XIII. Eadem etiam ſubſtantia poſſeſſionis retenta, jura civilia tam Romanorum, quam diverſarum Provinciarum multos modos, multasque cerimonias admiſerunt ad apprehendendam poſſeſſionem minore cum labore: ſic loquitur cum judició Parlad. *tom.* 3. *diff.* 26. §. *unic.* Quas omnes nunc ad breve compendium redigam, cum de illis latiſſimum ſermonem olim inſtituerim: conſuli tamen poſſunt in re, nec multum ſubtili, nec neceſſaria, Ant. Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 35. Donell. & Hillig. cum multis a ſe relatis *lib.* 5. *cap.* 9. Covarr. *lib.* 3. *var. cap.* 16. Val. *d. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 29. Oroz *d. lib.* 4. *cap.* 12. Hoc tamen adjumento proſequuta ſunt jura in primis juſtos poſſeſſores, qui nanciſcuntur poſſeſſionem decreto judicis, vel ex dominorum voluntate: deinde eos, qui alioquin poſſent corporaliter peragere totum factum ad apprehendendam poſſeſſionem requiſitum: petunt quippe capacitatem, & aptitudinem, & ſolum ſupplent tædium facti. v. g. qui vult totius fundi poſſeſſionem apprehendere, non indiget ejus glebas peragrare, ſufficit ſi in fundum pedem inferat. *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* Item ſi res vacua ſit poſſeſſore, poſſeſſionis capax per viſum, ſive per immiſſionem oculorum rei, quam cernit, poſſeſſionem apprehendit. *l.* 1. §. *ſi juſſerim* 21. *l. quod meo nomine* 18. §. *ſi venditorem hoc tit.* Per glebam avulſam a terra, per ramum arboris, vel per feſtucam a fundo extractam tradebatur, & adquirebatur poſſeſſio ex conſuetudinibus Danorum & Germanorum, quarum fit mentio in *cap.* 2. *de conſuet.* ubi hic modus dicitur *Scotatio*, quod verbum explicant, & textum illuſtrant Cujac. *lib.* 19. *obſerv. cap.* 18. Gothofred. in *l. quisquis* 28. *C. de uſufr.* Innoc. Cironius *lib.* 1. *obſerv. cap.* 9. Hillig. ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 9. *lit. D.* Briſſ. *lib.* 6. *de formul. pag.* 501. Hieronym. Bignon in *notis ad formulas Marculſi Monachi lib.* 1. *cap.* 13. *pag.* 473. Baronius *tom.* 11. *annal. anno Chriſti* 1102. *cap.* 20.

§. XIV. Per ſymbola etiam traditur v. g. domo vendita, mutata, aut in ſolutum data cum animo dominii transferendi aut poſſeſſionis, clavibus traditis cenſetur celebrata traditio, & transfertur poſſeſſio. *l.* 1. §. *ſi juſſerim hoc tit. l. clavibus* 74. *de contr. empt. l. qua ratione* 9. §. *item ſi quis merces de adq. rer. dom.* Cæterum ſi titulus non præcedat, ſola clavium traditio nihil aliud quam cuſtodiam committit. *l. cum pater* 77. §. *pater* 25. *de leg.* 2. *l.* 7. *tit.* 30. *Part.* 3. & præter ſupra relatos notat Ant. Fab. *de error. Pragm. dec.* 75. *errore* 2. 6. & 7. Cuſtodis etiam appoſitio cum animo apprehendendæ poſſeſſionis ſufficiens eſt ad eam adquirendam. *l. quarundam* 51. *hoc tit. l. quod ſi neque* 14. §. 1. *de per. & com. rei vend.* in quo idem dicitur de ſigillo impoſito rebus cum eodem animo, alioquin ſi alius animus ſit, (veluti ne ſubmutarentur trabes, vel res de quarum venditione agitur) ſine animo non adquiritur poſſeſſio. *l.* 1. §. *ſi dolium* 2. *eod. tit.* Denique inſtrumento, ſive ſcriptura donationis, venditionis, vel fundationis majoratus tradita cenſetur adquiſita poſſeſſio, & traditio facta rerum, quæ in inſtrumento continentur. *l.* 1. *C. de donat. l.* 8. *tit.* 30. *Part.* 3. *l.* 2. *tit.* 12. *lib.* 3. *Fori. l.* 17. & 44. *Tauri. l.* 1. *tit.* 6. *l.* 4. *tit.* 7. *lib.* 5. *Comp.*

§. XV. Aliquando ſola voluntas ſufficit ad adquirendam juſtam poſſeſſionem ſine ullo prorſus facto; veluti ſi dominus miſerit epiſtolam ad eum, qui in fundo erat, per quam jubeat, ut ſibi poſſideat, factum præcedens deſeruit pro præſenti & actuali apprehenſione, ut circuitus vitentur. *l. quædam* 77. *de rei vind. l. non ſolum* 33. §. *quod vulgo de uſuc. l.* 2. §. *quod vulgo pro herede.* ſimilis eſt fictio, quæ vocatur brevis manus, in qua unus actus ſurripitur, ſive occultatur: veluti ſi rem tibi commodatam, vel apud te depoſitam tibi vendiderim vel donaverim, vel ex alio titulo transtulerim; ſi omnia ex integro peragenda eſſent, tu mihi redditurus eras rem, & ego tibi denuo eram traditurus: totus hic actus ſuppletur, ſurripitur, occultatur, & præcedens traditio, cauſſa per voluntatem domini mutata, deſervit ad adipiſcendam poſſeſſionem. *l. ſive autem* 9. §. 1. *de Publ. in rem act. l. certi condictio* 9. §. *ult. de reb. cred. l. ſi rem* 61. *de evict. l.* 3. §. *ult. de donat. int. vir. & ux. l. qua ratione* 9. §. *interdum. l. ſi ſervus* 21. §. 1. *de adq. rer. dom.* §. *interdum* 44. *inſt. de rer. div. l.* 46. *tit.* 28. *Part.* 3. docent Val. *d. tract.* 2. *cap.* 14. Cujac. *lib.* 4. *obſerv. cap.* 3. ſubtiliter Ant. Fab. *d. dec.* 75. *errore* 5. & 10. Huic fictioni ſimilis eſt alia, in qua mutatur ſola voluntate poſſeſſio ſine ullo prorſus facto. v. g. vendo tibi rem, & in eodem inſtrumento illam a te conduco, vel commodatam, vel precario rogatam recipio: per hoc commentum mutatur dominium rei ſimul cum poſſeſſione; & ego incipio nomine alieno tenere, & tu incipis per miniſterium meum poſſidere. *l. ejus rei* 46. & *ſeq. l. quædem* 77. *de rei vind. l. quod meo nomine* 18. *hoc tit.* Alia exempla petenda ſunt ex *l. ſi pignus* 37. *de pign. act. l. qui bona fide* 19. *l. interdum* 21. *hoc tit. l. certe* 6. §. *is qui rogavit* 2. *de precar.* notat Fab. *ubi proxime errore* 2. & 3. Etiam ſola retentione uſusfructus, licet ſeparatim & ſpecialiter non ſit proprietas conſtituta, celebratur traditio rei, & poſſeſſio adquiritur. *l. quisquis* 28. *l. ſi quis argentum* 35. §. *ſi quidem C. de donat. l. ult. C. Theod. eod. tit. l.* 90. *tit.* 30. *Part.* 3.

§. XVI. His commentis fictionibusque a jure introductis valde affine eſt aliud in praxi receptiſſimum, quod dicitur *conſtitutum poſſeſſorium*, & ſic peragitur: vendo tibi fundum, vel domum, quam poſſidebam, & non quidem trado, ſed in inſtrumento concedo tibi facultatem apprehendendi poſſeſſionem, & interim conſtituo, me tenere rem nomine tuo, tanquam conductorem, vel precario rogantem, ſtatim cenſetur in te tranſlata poſſeſſio, & incipis poſſidere per miniſterium meum. Ant. Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 80. Alciat. *d. l. quod meo nomine* 18. *hoc tit.* Cujac. *lib.* 19. *obſerv. cap.* 18. Menchaca in *l. ſi quando* 35. *num.* 52. *C. de inoff. teſt.* Donell. & Hillig. *lib.* 5. *cap.* 10. *lit. A.* & *B.* Ant. Fab. in *C. deciſ. Sabaudiæ lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 8. exiſtimant hoc conſtitutum poſſeſſorium pertinere ad ſpeciem textus in *l. quod meo nomine* 18. *hoc tit.* Ad quam etiam alludunt Pontifices in *l. cum veniſſet* 9. *de reſt. ſpol. cap. ſi diligenti* 17. *de præſcr.* explicaturque & approbatur expreſſe in *d. l.* 90. *tit.* 30. *Part.* 3. ſed Giphan. in *l. ſi ante* 10. *hoc tit.* contendit, neque ſpecie tenus a jure Romano cognitum fuiſſe. Ego in quæſtione, quæ fere eſt de nomine, non diſputo, licet in priorem ſententiam proclivior ſim. Tantum noto, ut effectum ſuum operetur clauſula, conſtituentem debere eſſe in poſſeſſione rei, de cujus traditione agit; item rem ipſam poſſideri poſſe, & poſſeſſurum capacem fore poſſeſſionis adipiſcendæ, ut tantum ſuppleatur tædium, labor, & factum; ſed ſupponatur facultas, & potentia accedendi ad rem ex parte poſſeſſoris, & rei ipſius. Ad quod principium fundandum expendunt textus in *l. Pomponius* 29. *quib. mod. uſusfr. am.* & in *l. interdum* 21. §. *ult. hoc tit.* in quibus ſi fructuarius, vel alius, qui non poſſideat, conſtituat ſe nomine alterius poſſidere, nihil agit, quia poſſeſſionem, quam non habent, non poſſunt transferre, *arg. l. traditio* 20. *de adq. rer. dom.* Quam doctrinam valde approbo: videndi ſunt Molina & addentes *lib.* 4. *de primog. cap.* 2. *num.* 4. Ant. Fab. *d. dec.* 75. *per totam.*

§. XVII. Eſt & aliud commentum, per quod ſine facto adquiritur poſſeſſio longa manu; id eſt prolongata manu, & apprehenſa re, licet manus ex-

Google

extenſa non ſit, nec vere res apprehendatur. Veluti ſi res in præſentia poſita ſit vacua alius poſſeſſionis, poſſeſſorque manifeſtet affectum ad poſſidendum, cenſetur apprehenſa poſſeſſio per immiſſionem oculorum. *d. l.* 1. *§. ſi juſſerim penult. hoc tit. l. ſi pecuniam* 79. *de ſolut.* Quod idem accidit in multis ſpeciebus, hinc facile exponendis, relatis in *l. ſi ego* 9. *§. cæterum verſ. & non puto de jur. dot. l. donationis* 31. *l. ſi pater* 39. *l. quod ſtatuliber* 41. *in fine. l. ult. de donat. l. ſi procuratoris* 79. *de V. O. l. falſus* 43. *§. ſi is qui* 2. *de furt.* ut recte docent Val. *d. cap.* 14. *num.* 4. Donell. & Hillig. *d. lib.* 5. *cap.* 10. *lit. C.* Cujac. *lib.* 12. *reſp. Pap.* in *l. donationes* 31. *§. ſpecies de donat.* ubi Giphan. *num.* 11. Idem Giphan. in *l. quod ſtatuliber num. ult.* Gothofr. in *d. l. ſi procuratori* 79.

§. XVIII. In his omnibus ſupplementis naturalis facti a jure inductis in primis obſervamus, requiri facultatem & potentiam reducibilem ad actum ex parte rei, & ex parte poſſeſſoris: obſervamus deinde, totum hoc auxilium præſtare jus ſolum poſſeſſori juſto; indignus quippe eſt legum auxilio, qui in leges committit. *l. auxilium* 37. *§. in delictis de minor.* Quare fur, invaſor, prædo, & reliqui injuſti occupatores non prius incipiunt poſſidere, quam rem naturaliter apprehenderint. *l.* 3. *§. ſi rem* 18. *hoc tit.* ut infra dicemus. Unde apparet, ſi res poſſidere non poſſit, vel is, qui poſſeſſurus eſt, non poſſit de facto apprehendere poſſeſſionem, nihil adjumenti poſſe jus tribuere: veluti ſi res apud hoſtes ſit, ad quam poſſeſſor accedere non poteſt, vel ſi perſona captiva exiſtat, quæ de facto ad civitatem accedere non poteſt, ubi res poſſidendæ ſitæ ſunt, ut recte docent Jaſ. in *d. l.* 1. *§. ſi juſſerim num.* 12. *hoc tit.* Gregor. in *l.* 7. *gloſſ.* 1. *in fin. tit.* 7. *Part.* 3. Covar. *lib.* 3. *var. cap.* 16. *num.* 12. *verſ. adquiritur.* Ant. Fab. *d. decad.* 75. *errore* 1. Hillig. ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 13. *lit. A.* Giphan. in *l.* 3. *hoc tit. num.* 82. poteſt enim jus ſupplere factum poſſibile, & tædio laboreque agentem levare; ſed fingere illum, qui prorſus agere non poteſt, naturaliter egiſſe, non tam fictio eſſet, quam delirium; cum fictio ſemper verſetur circa facta poſſibilia, ut advertunt Alciat. *lib.* 6. *parerg. cap.* 1. & in *præludio de præſumpt. num.* 2. Menoch. in *eod. tract. lib.* 1. *quæſt.* 8. *num.* 5. eleganter & ad rem notat Villoſa *de fugitivis cap.* 9. *num.* 28. Ex quibus in tuto manere debet, hæc ſupplementa non derogare ſubſtantiæ poſſeſſionis, quia ſunt pro apprehenſione naturali, perinde atque ſi corporaliter res apprehenſa fuiſſet, quemadmodum poſſeſſio retenta ſolo animo dicitur vere & proprie retineri, quia animus cum potentia reducibili ad factum eſt pro jugi & continua occupatione, ut præter citatos ſupra §. 8. notat Cujac. in *l. donatarum* 3. *C. hoc tit.*

§. XIX. Unde facile, certoque judicio profligatur vetus inter Sabinianos, Proculianosque controverſia de ſimultanea poſſeſſione duorum circa eandem rem, quam priusquam aggrediamur, ne importuno loco multa projiciamus, quæ alibi ex profeſſo dicenda ſunt, in primis ſupponendum eſt, colonum, inquilinum, commodatarium, uſufructuarium ſibi non poſſidere, ſed per eos dominum rei. Ideo ſi ita arguamus, colonus poſſidet rem ſibi locatam, & ſimul dominus, nihil convincimus, quia negandum eſt, colonum poſſidere. Deinde ne in ambiguo ludamus, diſtinguenda eſt cauſſa a poſſeſſione ipſa: namque cum duo emunt, vel ſtipulantur tanquam duo rei unam, eandemque rem, utrique in ſolidum debetur. *l.* 2. *de duob. reis.* Cæterum quando pervenitur ad traditionem, nec dominium ſingulis adquiritur in ſolidum, nec poſſeſſio; ſed pro parte indiviſa. *l. recto* 25. *de V. S.* Itaque quamdiu non pervenitur ad diviſionem, ambo poſſident pro parte certa ratione quotæ, incerta vero ratione loci: id eſt ſcimus eſſe dimidiam, ignoramus tamen, quo in loco ſita ſit, ut in *l. certus* 26. *hoc tit. l. ſi fur* 32. *§. ult. de uſuc.* videndus eſt noſter Val. *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 4. *cap.* 3. *num.* 13. Eodem modo, cum dicimus in *l. eandem* 9. *de duob. reis.* rem penes duos reos debendi fuiſſe depoſitam duobus pariter commodatam, vel pignoratam, inſpicimus contractam obligationem a duobus; non tamen in ſolidum eodem tempore traditam rem fuiſſe utrique, neque in ambos creditores in ſolidum tranſlatam fuiſſe poſſeſſionem, ſed utrique in ſolidum quæſitum fuiſſe jus pignoris. *l. ſi aliena* 20. *§.* 1. *de pign. act. l. ſi fundus* 16. *§. ſi duo de pign. & hyp. l. ſi finita* 15. *§. cum autem* 18. *de dam. inf.* ut explicant Duaren. in *l.* 3. *§. ex contrario hoc tit.* Gabriel Mudæus in *tract. de pign. tit. cui conſtituatur hypotheca num.* 8. Balduin. *eod. tract. cap.* 14. Gaſpar Rodriguez *de ann. redit. lib.* 2. *quæſt.* 9. *num.* 61.

§. XX. His ſuppoſitis ſciendum eſt, de hac quæſtione magnam, & moroſam controverſiam fuiſſe inter ſcholas, quam ex profeſſo Paulus noſter refert & decidit in *l.* 9. *§. ex contrario* 5. *hoc tit.* Sabinus quippe exiſtimavit, ſaltem in caſu ſpeciali precariæ poſſeſſionis utrumque poſſidere, & eum, qui conceſſit, & eum, qui precario rogavit poſſeſſionem: & ſic ſaltem in hoc caſu ejusdem rei poſſeſſionem penes duos eſſe poſſe: Trebatius hoc amplius cenſebat, duos ſimul poſſe poſſidere, ſi alter juſte alter injuſte poſſideat: non poſſe vero ſimul poſſidere duos juſte, vel duos injuſte eadem ſpecie poſſeſſionis: agnovit ergo, concurrere poſſe ſimul duas poſſeſſiones diverſæ qualitatis; non tamen ejusdem qualitatis. Hanc ſententiam Trebatii reprehendit Antiſtius Labeo, quia in ſumma poſſeſſionis, id eſt in ſubſtantia, nihil intereſt, juſte quis an injuſte poſſideat: quare ſi ſententia Trebatii vera eſſet, poſſet concurrere duplex juſta poſſeſſio, ſi non eſſet inconveniens, ut concurreret juſta cum injuſta: & ſic vel utrumque debuit fateri, vel neutrum. Hæc eſt ſententia Labeonis, quantum ex verbis Pauli aſſequi poſſumus. Quid tamen in quæſtione principali ſenſerit doctiſſimus hic, & ingenioſiſſimus Conſultus, ex textu non conſtat. Proclivior tamen ſum, ut exiſtimem, abſolute negaſſe, duos in ſolidum poſſidere poſſe, quia Paulus ſtatim ſubjicit: *quod verius eſt: non magis enim eadem poſſeſſio apud duos eſſe poteſt, quam ut tu ſtare videaris in loco, in quo ego ſto, vel in quo ego ſedeo, tu ſedere videaris.* Ecce ubi contra Trebatium approbat Labeonis ſententiam, & ex ea abſolute concludit, duos ſimul non poſſe retinere eandem poſſeſſionem ex ratione naturali, quod unus locus non poteſt occupari ſimul a duobus corporibus: igitur quia Labeo Trebatium reprehendens idem ſenſerat abſolute, (quidquid aliter cenſuerit Petrus Fridericus Mindanus, & cum eo D. Hieronym. de Oroz *lib.* 4. *de apic. jur. civ. cap.* 12. *num. ult.*) Labeonem ſequutus fuit Julianus in *l. duo* 19. *de precar.* ibi: *nam neque juſtæ, neque injuſtæ poſſeſſiones duæ concurrere poſſunt*: licet enim hæc verba poſſint diſtributive accipi de duabus juſtis ſimul, vel ſimul injuſtis poſſeſſionibus: eadem etiam proprietate poſſunt copulative accipi de juſta cum injuſta poſſeſſione, ut ſic abſolute negetur, duos in ſolidum poſſe poſſidere. Itaque non eſt neceſſe dicere cum Cujac. in *hac lege* proſtrare ſententiam Trebatii, quæ reprehenſa fuerat a Labeone, nec fateri cum Joan. Weſembecio *diſp.* 51. *num.* 24. eſſe inevitabilem antinomiam cum *d. §. ex contrario.* ſententiam vero Pauli & Labeonis expreſſe, & abſolute ſequitur Ulp. in *l. ſi ut certo* 5. *§. ſi duobus ff. commod.* ibi: *Celſus filius ſcribit lib.* 6. *Dig. quæri poſſe, utrum unusquisque eorum in ſolidum, an pro parte teneatur? & ait, duorum quidem in ſolidum dominium, vel poſſeſſionem eſſe non poſſe.* Ecce indiſtincte negat, poſſeſſionem penes duos in ſolidum eſſe poſſe, nec diſtinguit, utrum alter juſte, alter injuſte poſſideat.

§. XXI. Manet ergo rejecta Trebatii ſententia de poſſeſſione juſta & injuſta, ſed an rejiceretur

a Conſultis opinio Sabini de propria, & precaria poſſeſſione, non conſtat ex *d. §. ex contrario.* Tantum enim ponitur reprehenſio Labeonis in Trebatium; nihilominnus verius videtor reprehenſum fuiſſe Sabinum a Celſo filio in *d. §. ſi duobus*, & a Paulo in *d. §. ex contrario*, quatenus docent, indiſtincte poſſeſſionem penes duos eſſe non poſſe. Ergo ſi rogans poſſidet, non poſſidebit rogatus, eritque incluſio unius poſſeſſionis excluſio alterius: videtur tamen ſententia Sabini in jure approbata ex *l. & habet* 15. *§. eum qui de precario.* Ubi Pomponius *lib.* 29. *ad Sabin.* primo pro conſtanti ſupponit, rogantem precario, ut ſibi poſſidere liceat, uanciſci vere & proprie poſſeſſionem: ſic dubitatum fuiſſe ait, an etiam poſſideat, qui conceſſit? Reſponderque penes utrumque eſſe illum hominem, qui preeario datus fuit, penes rogantem, quia poſſidet corpore, penes concedentem, quia non diſceſſit animo poſſeſſione. Ecce veram poſſeſſionem preeario rogatam vocat corporalem poſſeſſionem, & illam opponit poſſeſſioni, quam concedens animo retinuit. Igitur vera corporalis poſſeſſio concurrere poteſt cum vera civili poſſeſſione, quæ ſolo animo retinetur. Et hæc fuit ſententia Sabini. Cujac. *lib.* 5. *obſerv. cap.* 22. *& lib.* 9. *cap.* 32. Giphanius & Gothofr. in *d. §. ex contrario*, & cum aliis Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 16. agnoſcunt ex bona fide, ſententiam Sabini extare in *d. §. eum qui*, improbatam tamen per Paulom in *d. §. ex contrario.* ſed pro mente compoſitorum ut reſpondeat Valentia *num.* 19. doeet, concedentem diſceſſiſſe a poſſeſſione vere & abſolute; videri tamen eam animo retinere, quam ſtatim poteſt recuperare rupto precario. *l. ult. eod. tit.* Adjicio ego, in cenſura juris non videri amiſſam aut dimiſſam illam poſſeſſionem, quam vetus poſſeſſor ſtatim poteſt recuperare. *l. ſi quis vi* 17. *l. non videtur* 22. *hoc tit.* maxime eum perſeverante precario commoda poſſeſſionis non amittat, qui rogatus fuit, neque quoad uſucapionis cauſſam, neque quoad interdicta, ut dicam infra *cap.* 3. §. 6. Nunc vero obſervo, Pomponium non confiteri, utrumqoe ſimul poſſidere hominem; ſed caute dixiſſe, penes utrumque eſſe: quod magis refertur ad jus, quod ex poſſeſſione reſultat, quam ad ipſum factum poſſidendi: cum ergo, qui precario conceſſit poſſeſſionem, retineat omnes effectus ſive omne jus, quod ex poſſeſſione reſultat, eleganter dixit Pomponius, hoc jure inſpecto non diſceſſiſſe animo poſſeſſione; non vero dixiſſe de facto poſſidere: cum utrumque verum ſit, non poſſidere & retinere cauſſam poſſeſſionis.

§. XXII. Ego qui in eis, quæ a meis Præceptoribus tradita fuerunt, libenter perſevero, ut de Atejo Capitone notavit Pomponius in *l.* 2. *§. poſt hanc* 47. *de O. J.* quod ſemper ſuſtinui, & nunc ſuſtineo; nempe eandem rem a duobus in ſolidum poſſideri non poſſe. Hæc ſententia traditur ab Ant. Gomez. quando de vera poſſeſſione loquitur, quæ habet ſubſtantiam propriæ poſſeſſionis in *l.* 45. *Tauri num.* 99. quamvis *num. ſeq.* de concurſu propriæ, & impropriæ poſſeſſionis diverſo modo loquatur: Pich. *princ. inſt. de interd. num.* 44. Valent. *d. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 14. magno & illuſtri Præceptore meo D. Ramos in *novantiqua prælect.* quam ipſe excepi in *d. l.* 3. *§. ex contrario.* Apud exteros tam veteres, quam neotericos communiſſima eſt: videndi ſunt Cujac. *lib.* 10. *obſ. cap.* 32. Conn. *lib.* 3. *comm. cap.* 10. *num.* 5. Ant. Fab. in *d. l.* 5. *§. ſi duobus ff. commod.* Petr. Fab. in *l. jus noſtrum* 7. *de R. J.* & alii apud Hill. *lib.* 15. *cap.* 32. *lit.* X.

§. XXIII. Sed quia olim Vaconius a Vacuna *lib.* 2. *declar. cap.* 39. poſtmodumque Petrus Fridericus Mindanus in *hoc tract. cap.* 10. *per totum*, & Oroz *d. lib.* 4. *cap.* 10. valde valideque adnituntur fundare, duos poſſe in ſolidum eandem rem poſſidere, quod ſemper cenſui, & nunc cenſeo a juris ratione, imo a ratione naturali abhorrere, eurabo veterem a me traditam doctrinam firmius ſtabilire, quod ſic faciam. Poſſeſſio, quæ facto naturalis inſiſtentiæ & occupationis retinetur, ut avium ferarumque, ſpecie & eſſentia non diſtat ab ea, quæ animo retinetur, ut nuper fundavi; ſed avim, quam ego poſſideo, & ſub cuſtodia mea coërceo, alius præter me poſſidere non poteſt, ut fatetur Oroz *d. cap.* 10. *num. ult.* Igitur eadem impoſſibilitas verſatur circa poſſeſſionem, quæ animo retinetur. Deinde ſi adjumentum animi non deſerviret pro actuali detentatione rei, fruſtraneum eſſet, cum ſic vacua maneret, & expoſita alienæ occupationi: ſed non poteſt dici jus gentium induxiſſe fruſtraneum adjumentum. Igitur quamdiu animo retinetur poſſeſſio, non magis ab alio poteſt occupari, quam ſi corporaliter retineatur, quo in caſu fruſtraneus eſt animus ſecundi volentis poſſidere, cum inveniat rem ab alio poſſeſſam, & occupatam. *l. clam poſſidere* 6. *§. qui ad nundinas. l. ſi id quod* 25. *§. ult. l. peregre* 44. *§. ult. cum duab. legg. ſeqq. ff. l. licet* 4. *C. hoc tit.* Item quamvis non peragremus totum fundum, ſed pedem tantum inſeramus in angulum ejus vel glebam, totius fundi poſſeſſionem apprehendimus. *l.* 3. *§.* 1. *hoc tit.* Quia minima corporis parte tacta, totum corpus tangimus, & apprehendimus. *l. vulgaris* 21. *de furt.* quæ extat relata a Gratiano in *cap. vulgaris* 26. *de pœnit. diſt.* 1. & quamvis non ſtemus in toto fundo, ſed in illo ſpatio, quod plantæ occupant, tamen ex jure gentium producitur occupatio ad totum locum, quem poſſidemus, ut recte poſt Accurſ. & Antiquiores fatetur Gomez. in *d. l.* 45. *Tauri num.* 99. ſed impoſſibile eſt, ut in illo ſpatio, in quo ego ſto vel ſedeo, alius ſtet vel ſedeat, cum penetratio corporum impoſſibilis ſit per rerum naturam, quod late fundat Cic. *lib.* 4. *quæſt. academ.* nec ignoravit Martial. *lib.* 5. *epigr.* 39.

Uno credis equo poſſe ſedere duos?

Igitur impoſſibile etiam eſt, ut in fundo, in quo ego ſto, tu ſtes, ut poſſideas, ſi prius ego occupavi, & poſſidere cœpi. Hanc concluſionem probat textus elegans in *cap. licet cauſſam* 9. *verſ. ex præmiſſis de probat.* quem libenter exponerem, ſed non repeto, quæ de ejus explicatione dixi in Academico tractatu *de interd. parte* 2. *num.* 12. *& ſeqq.*

§. XXIV. Tandem hæc pars fulcitur ex *l. quod meo nomine* 18. *§. ult. hoc tit.* Primo ſupponitur, quamvis ego ſim in parte fundi, & alius clam per aliam partem eundem fundum occupet, me non amiſiſſe poſſeſſionem, neque ullam partem clandeſtinum occupatorem poſſidere; quia pars denuo occupata non minus a me retinetur per animum, quam pars, cui corporaliter inſiſto. Deinde quæritur, quid ſit dicendum, ſi novus occupator non ſit clandeſtinus, ſed violentus; eaque potentia veniat, cui ego reſiſtere non poſſim, utpote ſi veniat cum exercitu, tunc amiſſa eſt a me poſſeſſio, quamvis ignorem, ut in *l. ſi ager* 24. *quib. mod. uſusfr. amitt.* Eſt enim vis major, cui reſiſti non poteſt. *l. ex conducto* 15. *locati.* Docet tamen exercitum poſſidere illam partem, quam occupat, & me retinere reliquæ partis poſſeſſionem: ſic per partes fundus dividitur, & pars, quam occupat, poſſidet exercitus, quam vero exercitus non poſſidet, ego poſſideo: quia duo in ſolidum eandem partem poſſidere non poſſunt. Videamus, quare exercitos deturbet me ignorantem a parte fundi poſſeſſi? Ratio eſt facilis, quia exercitui reſiſtere non poſſum, & comparatur exercitus impetui fluminis, qui inundat partem fundi mei perpetuo incurſu, cujus poſſeſſionem ob id amitto, quia ad rem poſſeſſam accedere non poſſum. Videamus denique, cur exercitus, qui ingreſſus fuit partem fundi, non poſſideat totum fundum, niſi totum fundum occupet, contra textum in *d. l.* 3. *§.* 1. *hoc tit.* Ratio eſt facilis, quia eſt juris adjumen-

tum,

tum, per quod juſtus poſſeſſor jus habet ad totam rem, epprehendit poſſeſſionem totius, ſi partem attingat: quo adjumento indignus eſt invaſor; ideo non amplius poſſidet, quam occupat. Docent prædictam differentiam agnoſcentes Alexander in *d. §. ult. num.* 18. Menoch. *de retin. poſſ. rem.* 5. *num.* 57. & cum magna auctorum manu ſummoque cum judicio magnus Præceptor meus D. Ramos *de Epiſcop. Luſit. propoſ. 1. num.* 10. Igitur ſive juſta, ſive injuſta poſſeſſio ſit, ſemper verum eſt, dicere alterum non poſſidere, quod ego poſſideo, me autem non poſſidere, quod alter vere poſſidet, quamvis poſſideat injuſte.

§. XXV. Qui legerit attente noſtra fundamenta, inveniet ea arte eſſe diſpoſita, ut ſimul per ea elidantur fundamenta contrariæ ſententiæ, nunc reſtat reſpondere ad textus, quibus etiam contrarii nituntur. Primo quaſi diſertus opponitur locus Ulpiani in *l. ſi duo 3. uti poſſid.* In qua aſſerit, ſi duo poſſideant, juſte alter alter injuſte, utrumque in poſſeſſione eſſe manu tenendum, quod agnovit Pontifex in *cap. licet cauſſam 9. verſ. ex præmiſſis de probat.* Verum hic textus nihil ad rem facit, neque enim loquitur de ſubſtantia poſſeſſionis, ſed tantum de incertitudine judiciali: aliquando enim judex ignorat, ex duobus de poſſeſſione contendentibus uter vere poſſideat, & tunc vel poſſeſſio penes tertium ſequeſtratur, vel ambo in poſſeſſione manu tenentur, ut ex hoc textu colligunt Bart. & antiquiores epud Menoch. *de retin. rem. 3. num.* 740. & cum aliis noſter Valentia *d. cap. 3. num.* 18. Dixi in *tract. de interd. parte 2. num.* 9. Ex quo etiam facili opera exponitur textus in *l. ie hac actione 3. §. Pomponius 12. ad exhibend.* Ubi docemur, ejus rei nomine multis poſſe competere actionem ad exhibendum: ratione dominii, quia alter contendat, rem ſuam eſſe dominio tenus: ratione uſusfructus, quia alter contendat, in ea re ſe uſumfructum hebere: ratione poſſeſſionis, ſi alter contendat, ſe poſſeſſorem: ratione pignoris, ſi elter contendat ſibi rem obligatam; quie actio ad exhibendum competit his, quorum intereſt, quacunque juſta ratione. *d. l. 3. §. 1. cum ſeqq.* hæ omnes cauſſæ concurrere poſſunt coram judice, ex quacunque earum poteſt quilibet contendere, ſibi rem exhiberi, & in aperto loco collocari: ſed ex hoc textu tantum probatur, multos poſſe prætendere, ſua intereſſe exhiberi rem; non tamen probatur in effectu, multos ſimul illam poſſidere, dominum, poſſeſſorem, creditorem: nam de poſſeſſione, penes quem fuiſſet, poſtea determinandum eſt per ſententiam, quie actio ad exhibendum tantum præparatoria eſt. *l. 2. eod. tit.* Opponunt etiam, creditor poſſidet, & per eum conductor. *l. quamvis 32. §. 1. hoc tit.* ſed dominus poſſidet. Ergo ambo poſſident. Negamus dominum vere & proprie poſſidere, ut infra dicam: multa denique involvunt de re ſurrepta a ſervo vel debitoris, qui rem pignori tradidit, vel creditoris, qui rem pignori accepit, ut probent, penes duos vel tres ejuſdem rei eſſe poſſeſſionem. Sed hæc eſt mera ignorantia principiorum; quie ſervus dominum ſuum nec privat poſſeſſione, nec uſucapiendi conditione. *l. non ſolum 33. §. ult. de uſuc.* Et ſic re a ſervo ſurrepta idem dicendum eſt, ac ſi ſurrepta non fuiſſet, quod ex infra dicendis opportunius epparebit: nunc ad aliud caput tranſitum faciamus, proſequentes eundem tractatum de ſubſtantia poſſeſſionis, & in quantum diſtet a dominio.

CAPUT TERTIUM.

De rebus, quæ poſſunt poſſideri, & de perſonis, quæ habent affectum poſſidendi.

§. I. Omnes res, quæ teneri, apprehendi, & detineri poſſunt, poſſunt ſimiliter poſſideri, cum in illis verificetur genus noſtræ definitionis, *detentio rei.* Ex quo apparet, tam res mobiles quam immobiles poſſe poſſideri; ut non ſit ſuſtinenda ſententia Acc. in *l. 1. verbo pedibus hoc tit.* qui levi fundamento ductus, ab etymologia petito, cenſebat non dari poſſeſſionem rerum mobilium: multo enim verior eſt contraria, quæ ſuadetur ex pluribus teſtimoniis *noſtri tit.* & aliorum, in quibus quæſtiones verſantur de poſſeſſione, & uſucapione ſervorum, rerumque mobilium, quæ in re comperta adducere ſupervacuum reputo. Videndi tamen ſunt ex profeſſo Accurſium refutantes Menoch. *de retin. rem. 2. a princ.* Pich. *princ. inſt. de interd. num.* 6. Valent. *lib. 1. illuſtr. tract. 2. cap. 1. num.* 9.

§. II. Apparet etiam, tantum poſſideri poſſe vere & proprie res corporales: incorporales enim res nec tangi, nec detineri poſſunt, & per conſequens nec poſſideri. *l. poſſideri 3. hoc tit.* Quare uſus rerum incorporalium quaſi poſſeſſio appellatur per notem improprietatis, ut definivit Theoph. *princ. inſt. de interd.* docent poſt multos Hill. ad Don. *lib. 5. cap. 6. lit. O.* Pich *d. princ. inſt. num.* 182. Valent. *d. tract. 2. cap. 2. num.* 45. Oroz *lib. 4. cap. 2. a num.* 5. De cujus quaſi poſſeſſionis qualitate, & vera eſſentia, cum omnino e noſtra ſit diverſa, non eſt noſtrum agere in præſenti. Egimus tamen ex profeſſo in *Academ. tract. de interd. parte 4. a princ.* & in *ſelect. ad l. Scribonius num.* 16.

§. III. Dum tamen ſint res corporales, quantumvis in commercio non ſint, recte poſſunt poſſideri, earumque propria datur poſſeſſio; ut de homine libero docemur in *l. 1. §. ſed & per eum 6. hoc tit.* licet enim hæc poſſeſſio non poſſit producere effectum uſucapionis, quia uſucapio præſtat dominium, cujus paſſive incapax eſt homo liber, ac cæteræ res commercio exemptæ. *l. uſucapionem 9. de uſuc.* tamen non repugnat ſubſtantiæ poſſeſſionis, ut poſſideantur; qnia ſufficit detinere rem cum animo ſibi habendi, qui animus poteſt verſari etiam circa res, quæ extra commercium ſunt. Nec poſſeſſio iſta vecua eſt effectibus; ecce enim per hominem liberum, quem bona fide poſſidemus, ratione poſſeſſionis adquirimus ex re noſtra, & ex operis ejus. *d. §. ſed & per eum 6. l. homo liber 34. de adq. rer. dom.* Ut infra dicam. Sic itaque ſuſtineo ſententiam hanc, quam tenent Valent. *d. cap. 2. num.* 10. & Oroz etiam *cap. 2. num.* 3. Quamvis Pich. *d. princ. inſt. de interd. num.* 41. impropriam eſſe hominis liberi poſſeſſionem exiſtimaverit, & Donell, *d. cap. 6. in fin.* docuerit, ejus poſſeſſionem magis in opinione, quam in veritate conſiſtere, a quo non videtur recedere Hill. ibi *lit. P.* ſed tunc grandis inſurgit difficultas ex *l. qui univerſas 30. §. 1. hoc tit.* in qua docemur, amitti loci puri poſſeſſionem, ſi fiat ſacer, vel religioſus; quia non poſſumus eam retinere, quamvis loco velimus inſiſtere, reputantes ipſum profanum & contemnentes religionem. Igitur affectus ad poſſidendum non poteſt inducere veram, & propriam poſſeſſionem hominis liberi, aut rei ſacræ. Reſpondeo tamen, affectum poſſidentis debere tendere ad hoc, ut ſibi rem habeet: ſibi eutem rem habere non poteſt, niſi talis ſit, quæ ipſi ad uſus utiles pecuniarioſque proficiat, ad quod tendit poſſeſſio: cum ergo homo liber, & res commercio exempta ad id utilis eſſe non poſſit, cum neque in bonis, neque in fructu, neque in uſu ſit. *§. nullius inſt. de rer. div.* cum ſimilibus, conſequens fuit, ut animus illius, qui ſcit rem eſſe ſacram, nullius ſit momenti & fruſtraneus: quare hic animus cum ſcientia compati non poteſt, quia impoſſibile eſt, ut velit ſibi habere id, quod ſcit nullius privato uſui poſſe ſubjici. Igitur ut detur proprius animus, & verus affectus poſſidendi, neceſſaria eſt ignorantiæ qualitatis rei, & bona fides, quia data oritur vera propria & juſta poſſeſſio; alioquin licet quis vinciat hominem liberum, & deturbet eum

rerum ſuarum poſſeſſione, illum tamen non poſſidet. *l. cum heredes* 23. §. 2. *hoc tit. l.* 1. §. *penult. de vi & vi arm.*

§. IV. De rebus hæc dixiſſe ſufficiat, videamus nunc de perſonis, quæ habent affectum poſſidendi, id eſt ſibi habendi. Incipiamusque a furibus, prædonibus, invaſoribus, & aliis injuſtis occupatoribus rerum mobilium immobiliumque, cum hi omnes habeant animum lucrifaciendi, & ſibi habendi, detineantque res corporales, vere & proprie poſſident, & veteres poſſeſſores ſua privant poſſeſſione: lex enim non poteſt quidquam operari contra factum illius, qui ſibi poſſidere vult, & corporaliter rem occupat. *l.* 1. §. *ſi vir* 4. *hoc tit.* Quæ concluſio indubitata eſt, & probatur ex *l.* 3. §. *ſi rem* 12. *l. clam poſſidero* 6. §. *qui ad nundinas cum l. ſeq. l. rem quæ* 15. *l. quod meo nomine* 18. §. *ult. l. quod ſervus* 24. *in fin. l. ſi rem* 47. *l. permiſceri* 51. *hoc tit. l. naturaliter* 5. *de uſuc. l.* 2. & 3. *uti poſſid. l.* 1. & *toto tit. de vi & vi arm.* quam partem amplius non proſequor, quia potius ſpectat ad *tract. de amit. poſſ.* de quo acturus ſum annuente Deo infra *cap. ult.* Notandum tamen eſt in præſenti, eum, qui rem mobilem furto abducit, vel immobilem per violentiam invadit, affectu & animo domini poſſidere; talis enim animus eſt prædonis, qui dominum, ſi poſſidet, debet privare dominio, & rem ſibi lucrifacere, ut notavi *lib.* 7. *opuſc. cap.* 2. *num.* 11. & 46. & tamen non poſſidet pro ſuo; quia hic titulus ſemper præſupponit juſtam opinionem ejus, qui exiſtimat ſe dominum eſſe, nec compatitur cum mala fide, & cum ſcientia injuſtæ detentationis. *l. ancillam* 4. *pro ſuo.* quare dicitur pro poſſeſſore poſſidere. *l. pro herede* 11. §. 1. *cum* 2. *legg. ſeqq. de pet. her.* differtque a malæ fidei poſſeſſore, qui ex aliquo titulo, veluti emptionis, donationis, aut ſimilibus rem quidem poſſidet, ſciens alienam eſſe, ſed tamen ſubnixus aliqua cauſſa, non per furtum, rapinam, aut invaſionem, injuſtamve detentationem. Notant Ant. Fab. *de err. Pragm. dec.* 26. *err.* 9. Schiford. ad *eund. lib.* 2. *tract.* 28. *quæſt.* 7. Hill. ad Don. *lib.* 4. *cap.* 24. *lit. D.*

§. V. Servus quoque capax eſt poſſidendi; quia eum affectum & voluntatem habeat naturaliter, qua homo eſt. *l. cum proponas* 3. *C. de her. inſt.* ſi alienam rem ſurripit, vel invadit, habet animum ſibi lucriſaciendi, ſibi habendi, & per conſequens poſſidet. *l. quod ſervus* 24. *hoc tit. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *habere* 9. *de V. O.* Dixi, ſi rem alienam ſurripiat; quia rem domino ſurripiendo non auſert ab eo poſſeſſionem. *l. Pomponius* 13. *l. rem quæ* 15. *hoc tit. l. non ſolum* 33. §. *ult. de uſuc.* ubi ratio redditur. Juſtam autem poſſeſſionem ſibi adquirere non poteſt, tametſi velit, quia ſtatim ad dominum refert. *d. l.* 24. *l. poſſeſſio* 49. *hoc tit.* De quo latius agam infra *cap.* 50.

§. VI. Is etiam, qui precario rogat poſſeſſionem, id eſt, ut ſibi poſſidere liceat, vere & proprie poſſidet; licet enim titulus precariæ conceſſionis temporarius, & revocatione concedentis exſpiret. *l.* 1. *de prec.* tamen cum poſſeſſio perpetuam cauſſam non exigat, ſed præſentem animum ſibi habendi, conſequens eſt, ut concedens poſſit ad tempus transferre poſſeſſionem, & rogans poſſit illam adquirere ad tempus. Igitur rogans juſte & vere poſſidet. *l. quæcunque* 13. §. 1. *de Publ. in rem act. l. ſi ſervus* 22. §. 1. *de nox. act. l. communis* 7. §. *inter prædones* 4. *comm. div.* Ex quo neceſſario ſequitur, concedentem non retinere poſſeſſionem, quia duo eandem rem in ſolidum poſſidere non poſſunt, ut dixi *cap.* 2. §. 21. quare rupto precario datur conjunctio, ſive acceſſio poſſeſſionis inter concedentem, & rogantem ad uſucapiendum, ut datur inter emptorem & venditorem; quia concedentis nova poſſeſſio eſt, poſtquam rupit precarium; alioquin ſi eadem poſſeſſio ſemper penes eum maneret, non poſſet per rerum naturam dari utriusque poſſeſſionis conjunctio; quia unitas non conjungitur, ſed pluralitas. *l. Pomponius* 13. §. *is qui precario* 7. *hoc tit. l. de acceſſionibus* 14. §. *ſed etſi. l. ult. de div. & temp. præſcr.* Verum eſt, ſi perſeverante precario concedens impleverit tempus ad uſucapionem requiſitum, complere etiam uſucapionem, licet interim poſſideat rogans. *d.* §. *is qui precario* 7. ſed inde non ſequitur, concedentem poſſidere actualiter, ſed potius ſequitur, uſucapionem ſpeciali beneficio juris ſine poſſeſſione continuari, ut de debitore, de hereditate jacente, & de aliis caſibus dixi in *tract. de uſuc. parte* 2. *ſect. de poſſeſſione.* docentque ad rem Acc. Bart. Cuman. Alex. & Jaſ. in *d.* §. *is qui precario.* Dixi juſtam eſſe poſſeſſionem; quia illam nactus fuit rogans ex voluntate domini: quare ſi dominus rumpat precarium, & rogans nolit ſtatim reſtituere concedenti poſſeſſionem rei, non deſinit quidem poſſidere, ſed incipit poſſidere pro poſſeſſore tanquam prædo, fur, vel invaſor: idcirco multoties in jure tria poſſeſſionum genera conjunguntur, non vi, non clam, non precario, ut obſervat Cujac. *lib.* 9. *obſ. cap.* 33. Unde apparet, non eſſe neceſſarium poſſidere affectu domini, ut vera & juſta poſſeſſio ſit. Nam qui ſcit, ſe rem alienam poſſidere, civiliter poſſidet & juſte, & tamen nec uſucapit, nec tenetur noxali judicio, nec Publiciana, ut probant præcitati textus. Eſt igitur, ut nunc cenſeo, affectus dominandi qualitas quædam extrinſeca, ſive prærogativa poſſeſſionis, per quam multos effectus producit, quos poſſeſſio ut ſic non parit: ſed ut juſta ab injuſta poſſeſſione non diſtinguitur ſubſtantialiter, ſic nec diſtinguitur poſſeſſio ut ſic a poſſeſſione cum affectu dominandi.

§. VII. Dixi, rogantem precario poſſidere, quando rogavit, ut ſibi poſſidere liceat: cæterum ſi tantum rogavit uſum rei, non poſſidet, ſed naturaliter tantum tenet, & per miniſterium ejus poſſidet concedens. Cum hac diſtinctione componuntur multa juris teſtimonia, quæ recenſui *lib.* 1. *opuſc. cap.* 13. pro explicatione textus in *l. qui a ſervo* 16. *de O. & A.* Quam diſtinctionem recipiunt auctores ibi laudati; & qui poſt illa opuſcula publicata ſcripſerunt Galvan. *de uſufr. cap.* 33. *num.* 50. Guilielm. Maſius *lib.* 4. *ſingular. cap.* 1. *num.* 8. Oroz *d. lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 3. Recipitur etiam eadem diſtinctio in ſequeſtre, id eſt in eo depoſitario, ſive tertio, qui ex conſenſu partium, ſive illis renitentibus ex judicis imperio eligitur, qui rem cuſtodiat, de qua controverſia eſt. *l. ſequeſter* 119. *de V. S. l.* 1. *tit.* 3. *Part.* 5. A. Gell. *lib.* 20. *noct. attic. cap.* 10. ſi enim tantum ſequeſtratur cuſtodia rei, non poſſidet, ſi vero ſequeſtratur ejus poſſeſſio, poſſidet vere & proprie, dum ſequeſtrum durat, quæ diſtinctio diſerte traditur in *l. intereſſe* 39. *hoc tit.* juxta quam accipiendus eſt textus, qui indiſtincte loquitur in *l. licet* 17. §. 1. *depoſiti.* notant gloſſ. *verbo poſſidebas* in *cap. examinata* 15. *de jud.* Duar. *de ſacr. eccl. min. lib.* 3. *cap.* 10. Cujac. *lib.* 9. *obſ. cap.* 33. Don. *lib.* 5. *cap.* 13. & ibi Hill. *lit. E. & F.* Giph. In *d. l.* 39. Amaya in *l.* 2. *Col. de decur. num.* 40. Nec placent D. Joannes del Caſtillo *lib.* 3. *controv. cap.* 16. *num.* 217. Pater Molina *tom.* 2. *de juſt. & jur. diſp.* 523. *num.* 4. Pich. in §. *præterea num.* 22. *inſt. quib. mod. re contr. obl.* qui indiſtincte tenent, ſequeſtrum poſſidere; alii multi diſtinguunt apud Oroz *d. cap.* 3. *num.* 4. ſequeſtrum conventionale a judiciali, ut per illud transferatur poſſeſſio, per judiciale vero tantum transferatur cuſtodia. Hæc diſtinctio merito diſplicuit Pich. *ubi proxime:* nulla enim eſt ratio, quæ judici prohibeat poſſeſſionem ipſam ſequeſtrare, quando de jure partium non illico conſtat, & timeri poteſt jurgatio; ut in quaſi poſſeſſione juris patronatus ſequeſtrata apud tertium, qui gaudet jure poſſeſſionis: probant textus in *cap.*

quo-

quoniam 3. *cap. ſi vero* 12. *cap. eam* 22. *cap. cum propter* 27. *de jur. patr. l.* 11. *tit.* 15. *Part.* 1. Et quamvis exemplum ex quaſi poſſeſſione ſumatur, idem procedit in vera rerum corporalium poſſeſſione, quando militat eadem ratio, ut docent præcitati auctores.

§. VIII. Creditor etiam vere & proprie poſſidet pignus ſibi a debitore traditum, ut probant diſerti textus in *l. quæcunque* 13. §. 1. *de Publ. in rem act. l. ſi ſervus* 22. §. 1. *de nox. l. ſi creditor* 28. *l. ſi rem* 29. *l. cum & ſortis* 35. §. 1. *l. ſi pignus* 37. *de pign. act. l. genit* 38. *de adq. her. l. debitor* 59. *ad S. C. Treb. l. per ſervum* 37. *de adq. rer. dom. l.* 1. §. *per ſervum* 15. *l. qui pignoris* 36. *cum ſeq. l. ſi de eo* 40. *hoc tit. l. certe* 6. §. *ult. l. debitor* 11. *de precar. l. de acceſſionibus* 14. §. *etſi mihi de div. & temp. præſcr.* Quam doctrinam ſedulo & egregie fundavit noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 11. *per totum.* plurimis citatis auctoribus, quibus addi poſſunt Paul. Caſtr. in *l. ſi quis* 10. *num.* 3. *hoc tit.* Giph. in *l. intereſſe* 39. *num.* 7. *hoc tit.* Ant. Matthæus in *colleg. Pand. diſp.* 28. *num.* 27. Alios etiam adduxi *lib.* 1. *opuſc. cap.* 12. & nuper cum aliis Oroz *d. lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 4. ſed quamvis hoc principium omnibus, qui jus civile profitentur, compertiſſimum debeat eſſe, curabimus tamen illud a ratione fundare.

§. IX. Debitor rogat precario poſſeſſionem rei pignoratæ a creditore. *l. cum & ſortis* 35. §. 1. *de pignor. act. l. qui pignoris* 36. *hoc tit.* ſed nemo rogat, quod penes ſe habet. *l. unic. C. de theſ.* Igitur non habet poſſeſſionem, quam ab alio rogat; deinde conducit etiam debitor uſum rei a creditore ipſo. *l. ſi pignus* 37. *de pign. act. l. res pignoris* 37. *hoc tit.* & in hoc caſu dicitur creditor per debitorem retinere poſſeſſionem, ut venditor retinet per emptorem, qui ante ſolutionem pretii rem conduxit ab eo. *l. ſervi* 16. *de per. & com. rei vend.* juncta *l. Julianus* 13. §. *offerri de act. emp.* Igitur ſi creditor per debitorem conducentem poſſidet, multo melius per ſe poſſidebit, quando res penes ſe retinet. Deinde etiam inter debitorem, & creditorem acceſſio eſt poſſeſſionis, poſtquam pignus redemptum & poſſeſſio per debitorem recuperata eſt. *l. de acceſſionibus* 14. §. *etſi mihi* 3. & §. *ult. de div. & temp. præſcr.* ſed acceſſio poſſeſſionum eſt inter poſſeſſiones diverſas numero, ut nuper dixi. Igitur recuperata poſſeſſio a debitore diverſa eſt a poſſeſſione, quam habebat creditor manente pignore. Denique beneficii loco conceditur debitori, ut uſucapiat ſine poſſeſſione, quamdiu poſſeſſio penes creditorem eſt. *d. l. qui pignoris* 36. *hoc tit.* Ergo evidenter apparet creditorem poſſidere, non debitorem, & quod dicitur in *l. ſervi* 16. *de uſuc.* debitorem poſſidere quoad uſucapionem, intelligendum eſt improprie, ut intelligatur poſſidere, non at poſſideat. *d. l. cum & ſortis* 35. §. 1. *l. ſi pignus* 35. *de pign. act.* quia revera ſine poſſeſſione uſucapit beneficio juris, ut de precario ſupra dixi. Itaque hæc conſequentia, quam non nemo deducit, falſa eſt; creditor poſſidet, & debitor uſucapit, ergo ambo ſimul poſſident; quia debitor uſucapit per beneficium juris ſine poſſeſſione, quamdiu poſſeſſio eſt penes creditorem, nec furtum rei commiſſum eſt. *l. non ſolum* 33. §. *qui pignori* 4. *cum ſeqq. de uſuc.* de quo interim videndus eſt Valeron *cap.* 8. *animadv.* dum nos agimus de amittenda poſſeſſione.

§. X. Sed operæ pretium eſt rationem a priori reddere, quare creditor poſſideat, id eſt, quare habeat animum ſibi habendi, ſibi poſſidendi? Ratio eſt, quia aliter pignus nihil proficeret creditori, niſi poſſideret. Quod ut perſuadeam, obſervo parum utilitatis poſſe afferre pignus creditori, ſi re ſurrepta, vel aliter amiſſa poſſeſſione rem vindicare non poſſet a quovis tertio poſſeſſore: ſed illam vindicare non poteſt ratione dominii, quod non habet: igitur neceſſe eſt, ut vindicet ratione poſſeſſionis. *l. & ideo* 12. §. *ult. de condict. furt. l. ſi fundus* 16. §. *in vindicatione de pign. l. ſi cum venditor* 66. *de evict.* Unde conſequimur, niſi creditor haberet animum ſibi habendi, poſſidendique, non ſatis ſibi conſultum fuiſſet per conſtitutionem pignoris, quod non tantæ utilitatis eſſet ſine poſſeſſione, ut cum judicio obſervavit Balduin. *de pign. cap.* 25. Pro hypotheca equidem inducta fuit a Prætore, & ex mero Prætoris beneficio actio quaſi Serviana contra tertium poſſeſſorem ad exigendum debitum, vel avocandam poſſeſſionem. §. *item Serviana* 7. *inſt. de act.* Hæc tamen non provenit a traditione pignoris, ſed a nudo pacto de hypotheca. *l. ſi tibi* 17. §. *de pignore de pact.* Illa civilis eſt, & antiquior; hæc novior & Prætoria. Illa ex poſſeſſione pignoris naſcitur, & idcirco creditor per eam avocat præciſe poſſeſſionem rei, quam pignori accepit, ſive apud furem ſit, ſive apud tertium poſſeſſorem. Per hypothecariam vero non conſequitur præciſe creditor poſſeſſionem, ſed vel rem ipſam, vel quod ſibi debetur, utrum poſſeſſor elegerit, ut recte expenſi probant textus in *d. l. ſi fundus* 16. §. *in vindicatione de pign.* juncta *l. & ideo* 12. §. *ult. de condict. furt.* Quæ eſt elegans, & electa differentia inter utramque actionem realem, civilem, & Prætoriam, ex qua illuſtrantur textus in *l.* 3. §. *eſt autem* 3. *ad exhib. l. communi* 7. §. *inter eos* 12. *comm. divid.* In quibus ambæ actiones diſtinguuntur, nempe realis pignoratitia, & hypothecaria, ut ibi agnoverunt Accurſ. & Ant. Fab. Ex quo etiam Fulgoſius in *l. ſi rem* 9. *num.* 4. *de pign. act.* & Gabriel Mudæus ad *rubric. de pign. num.* 15. & 16. ſatis probabiliter cenſuerunt, inductam fuiſſe hypothecariam actionem ad exemplum realis pignoratitiæ, ut hypothecaria detur pro re ſola conventione hypothecæ ſubjecta; realis vero pignoratitia competat pro pignore tradito, cujus poſſeſſionem creditor amiſit. Itaque ut prædicta actio realis competeret, neceſſe eſt, ut creditor rei pignoratæ nanciſcatur poſſeſſionem, cujus ratione poſtea in rem poſſit experiri. Suadetur hæc ratiocinatio ex nova Juſtiniani providentia in *l. ult. C. de Prætor. pign.* in qua illi, qui in poſſeſſionem miſſus eſt, quamvis non poſſideat. *l.* 3. §. *ult. hoc tit.* concedit ex beneficio actionem in rem amiſſa cuſtodia; tanquam ſi illam poſſediſſet, quam actionem ſecundum jus vetus non habebat, ut agnovit ibi Petr. Franciſc. Lingloiſ *quæſt.* 2. Igitur ratio, propter quam Prætorium pignus peti jure veteri non potuit actione in rem, fuit defectus poſſeſſionis, & per conſequens pignus conventionale, quod fortius fuit eo jure, ideo fortiori vinculo tenebatur, & actione reali peti poterat, quia poſſidebatur a creditore.

§. XI. Opponuntur tamen quædam, quæ omitti non debent. Primo opponitur textus in *l. cum notiſſimi* 7. §. *cum illud* 2. *C. de. præſc. trig. vel quadr. ann.* ubi legimus, debitorem ad uſucapiendum retinere pignoris poſſeſſionem per creditorem ſuum. Ergo creditor tantum miniſterium præbet ad alienam poſſeſſionem, ut commodatarius, conductor, & reliqui. Sed reſpondeo, hanc loquutionem ſimilem eſſe illi, qua dicimus, debitorem tantum ad uſucapionem poſſidere. *l. ſervi* 16. *de uſuc.* utraque vero loquutio improprie accipienda eſt, ut ſit ſenſus, intelligitur poſſidere, quamvis non poſſideat, quia uſucapit. *d. l.* 35. §. 1. *cum l. ſeq. de pign. act.* docuit noſter Val. *d. cap.* 11. *num.* 15. Opponunt etiam textum in *l. in actione* 9. §. *ult. de furt.* ubi dicitur, creditori competere actionem furti re ſurrepta, ſive rem pignoratam poſſederit, ſive non. Igitur eſt aliquis creditor, qui non poſſideat pignus. Reſpondeo concedendo conſequentiam: creditor enim, qui miſſus eſt in poſſeſſionem cauſa rei ſervandæ, non poſſidet illam, quia non poſſidet pignus prætorium. *d. l.* 3. §. *ult. hoc tit.* Item creditor,

tor, cui tantum pacta eſt hypotheca, id eſt obligata per nudam conventionem, illam non poſſidet. *d. l. ſi tibi* 17. §. *de pignore de pact.* quæ exempla ſufficiunt, ut verificetur, aliquem creditorem pignos non poſſidere, quia hypotheca etiam ſolet dici pignus, ut notatur in *l. plebs* 238. §. *pignus de V. S.* juncta *l. res hypothecæ* 5. §. *inter pignus de pign.* Opponunt quoque textum in *l.* 3. §. *Pomponius* 12. *ad exhibend.* cujus etiam memini ſupra *cap.* 2. ubi cauſſa pignoris diſtingui videtur a poſſeſſione; ſi quidem Conſultus ait, actionem ad exhibendum eodem tempore multis competere poſſe diverſis reſpectibus, veluti domino ratione dominii; poſſeſſori ratione poſſeſſionis; uſufructuario pro uſufructu; & creditori pro pignore. Igitur creditoris non intereſt ratione poſſeſſionis, alioquin ſuperfluo diſtingueretur a poſſeſſore. Sed reſpondeo, creditoris intereſſe non tantum propter poſſeſſionem, cujus intereſſe incertum eſt. *l.* 2. *de condict. trit. l. heres* 21. *ad S. C. Treb. l. ſi in area* 33. *de condict. indeb.* ſed etiam ratione totius debiti, cujus ſecuritas paratur per pignus. *l. legata* 9. §. *ult. de ſuppel. leg.* Idcirco ergo diſtinguitur a poſſeſſore, non quia non poſſideat, ſed quia majus & certius intereſſe habet, quam nudus poſſeſſor. Opponunt denique eandem *l.* 3. §. *ult.* juncta *l. ſeq.* ubi docemur, teneri actione ad exhibendum omnes, qui rem tenent, & ejusdem reſtituendæ facultatem habent, & cum commodatario, conductore, & ſimilibus connumeratur creditor; ſed illi non poſſident: igitur neque iſte. Reſpondeo creditorem vere & proprie poſſidere, & ſimul rem corporaliter tenere. *d. l. plebs* 238. §. *pignus de V. S.* Tenetur vero actione ad exhibendum non ex eo, quod poſſidet, ſed ex eo quod tenet, & rei reſtituendæ, & exhibendæ facultatem habet. *l. officium* 9. *de rei vind. l. unic. C. de alien. jud. mut. cauſſa fact.* Ex qua etiam ratione tenetur debitori actione pignoratitia directa, ut ei reſtituat ſoluto debito rem, id eſt, ejus corporalem poſſeſſionem, quam creditori tradiderat in conſtitutione pignoris. *l. debitor* 40. §. *ult. de pign. act.* Cum ergo teneantur actione hac ad exhibendum omnes, qui rem tenent, ſive civiliter & proprie poſſideant, ſive tantum teneant improprie poſſidentes; merito eodem jure proprii, & improprii poſſeſſores cenſentur, quoad prædictum titulum, non vero quoad cauſſam ipſius poſſeſſionis. Quemadmodum cum agitur de Publiciana noxali actione, & directo judicio communi dividundo, non ſufficit poſſidere creditorem vere & proprie; quia neceſſe eſt, ut poſſeſſor hoc amplius affectu dominandi poſſideat, exiſtimans rem ſuam eſſe. *d. l.* 13. §. 1. *de Publ. in rem act. d. l.* 22. §. 1. *de nox. act.* § 4. *l. communi* 7. *in princ.* & §. *ſi duo* 6. & §. *inter prædones* 12. *comm. div.* Quapropter quando agitur de juris articulo, in quo non ſufficit poſſeſſio ut ſic, ſed requiritur opinio domini, creditor non reputatur poſſeſſor, ut in *l. ſciendum* 15. §. *creditor. ff. qui ſatisd. cog.* Quia licet vere, & proprie poſſideat, non tamen opinione domini poſſidet. Docent Accurſ. Bart. & Fab. io *d.* §. *crediter.* noſter Val. *d. cap.* 11. *num.* 13. Poſſet opponi textus in *l. qui habebat* 101. *de leg.* 3. ſed ſuperſedeo, quia de eo egi *cap.* 1. §. 16.

§. XII. In præſenti annectenda erat tractatio de poſſeſſione vectigalis, ſuperficiarii, Vaſalli, Emphyteutæ, & ſimilium, ſed commodiori loco reſervo, nempe *ſeq. cap.* in quo de poſſeſſione fructuarii acturus ſum: nunc per indicem percurram omnes differentias inter dominium, & poſſeſſionem, quæ ex his tribus capitibus ſedulo colligi poſſunt. Prima eſto: dominium adquiri non poteſt, niſi adjuvante & approbante lege, ideo ex injuſta aut illegitima cauſſa non quæritur, ut manet notatum *cap.* 1. §. 2. & 7. Poſſeſſio vero animo, & facto poſſeſſoris quæritur, quantumvis cauſſa improbata ſit, vel licet, qui vult poſſidere, ſit prædo, fur, vel invaſor. Dixi hoc *cap.* 3. §. 4. poſſeſſio tota facti eſt, a facto tota provenit; dixi *cap.* 2. §. 1. dominium juris eſt. *cap.* 1. §. 7. & *ſeqq.* dominium ſola legis poteſtate poteſt adquiri abſenti, ignoranti, & furioſo. *d. cap.* 1. §. 2. & 3. poſſeſſio adquiri non poteſt, niſi ei, qui affectum habet adquirendi, & facto aliquo illam apprehendit. *d. cap.* 2. dominium perpetuum eſt, & irrevocabile, quod ſine facto noſtro a nobis auferri non poteſt. *d. cap.* 1. §. 10. poſſeſſionem amittimus multis modis contra voluntatem, vel ſine voluntate noſtra, ut in *cap.* 2. diximus. dominium eſt jus plenum perfectumque *d. cap.* 1. poſſeſſio eſt factum, quod præbet commoditates plus minusve limitatas, prout ipſa cauſſa poſſidendi expoſtulat; magis enim proficit poſſeſſio juſta, quam injuſta, & magis ea, quæ animo domini retinetur, quam precario, aut pignori accepta. Denique dominium non radicatur, niſi in re commercio ſubjecta; poſſeſſio vero datur etiam in homine libero, & re ſacra; ex quibus manet firma, & indubitata concluſio, nihil commune habere proprietatem cum poſſeſſione. *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune. l. permiſceri* 52. *hoc tit.* Et quamvis Claſſici, Coraſius, & Griphan. multas adduxerint differentias, tamen nullibi legi eas ſic a priori deductas.

§. XIII. Sed aliquid commune eſſe inter proprietatem & poſſeſſionem, hoc argumento poteſt convinci. Ut poſſeſſio ſimul penes duos eodem tempore eſſe non poteſt, ut dixi *ſuperiori cap. in* §. 19. ita nec dominium in ſolidum ejusdem rei apud duos eſſe poteſt. *l. ſi ut certo* 5. §. *ſi duobus ff. commod. l. Mævius* 66. §. *duorum de leg.* 2. *l. ſervus* 5. *de ſtipul. ſerv. l. quod contra* 142. §. *uni duo de R. J.* Igitur aliquid eſt, in quo conveniat proprietas cum poſſeſſione, & per conſequena ſufficit, ut falſificetur iſta univerſalis negativa, *nihil commune habet*: falſificatur enim uno poſito convenienti, cum de ſe omnia excludat. *l. is qui ducenta* 13. §. *utrum de reb. dub.*

§. XIV. Cui difficultati ut ſatisfaciamus, dicendum eſt, dominium eſſe jus plenum perfectumque, quamobrem eodem tempore penes duos eſſe non poteſt, cum ſit impoſſibile, ut quod plene & perfecte penes unum reſidet, reſideat etiam penes alium: nulla enim res plena a duobus eodem tempore haberi poteſt, ut poſt Ariſtotelem docuit cum judicio noſter Larreategui *lib.* 8. *ſelect. cap.* 6. & dixi *lib.* 7. *opuſc. cap. ult.* poſſeſſio vero, quamvis non ſit jos, neque ſit aliquid plenum, eſt tamen detentio, & inſiſtentia in re: quare impoſſibile eſt, ut penes duos eodem tempore eſſe poſſit. *d. l.* 3. §. *ex contrario* 5. *hoc tit.* convenit ergo proprietas cum poſſeſſione in effectu, ſed non in cauſſa: hæc vero nihil habent commune inter ſe, quæ tamen in effectu conveniunt. Veluti calor & frigus exſiccant corpora humefacta, & tamen calor & frigus, quia toto genere diſtant inter ſe, nihil commune habent; ſic violentia & poteſtas judicialis idem ſolent operari in hominum occiſionibus, & in exactionibus debitorum; imo facilius illud operatur violentia, quam judicialis poteſtas, de quo conqueritur Juvenal. *tota ſatyr. ult.* nemo tamen cordatus dicet, in aliquo convenire inter ſe, quamvis aliquando pares effectus producant. *l. extat* 13. *de eo quod met. cauſſ. l. ſi quis in tantam* 7. *C. unde vi. l. non eſt ſingulis* 176. ubi Petr. Fab. & Goth. *de R. J.* Igitur quamvis proprietas & poſſeſſio in hoc conveniant, quod a duobus in ſolidum haberi non poſſunt; tamen in nihilo conveniunt, quia cauſſa diverſa eſt.

§. XV. Quæ regula in poſſeſſione perpetua eſt; in dominio vero non æque generaliter recipitur. Inprimis Jure Romano alter poterat habere dominium quiritarium rei, alter dominium bonitarium. Ulp. in *fragm. tit.* 1. §. *in bonis*, & *tit.* 19. §. *hereditas cum ſeq.* & §. *lege.* Quiritarium dominium

nium

Digitized by Google

nium dicebatur, quod civilibus modis adquirebatur; veluti mancipatione, ceſſione, uſucapione, cretione, & aditione hereditatis. Ant. Contius *lib. 1. diſp. cap.* 13. Bonitarium, quod modis adquirebatur naturalibus, veluti occupatione & ſimplici traditione. Theoph. in §. *per traditionem inſt. de rer. div.* & in *princ. inſt. de uſuc.* Illud perfectiſſimum jus dominii tribuebat, ſed non ſemper plenum: hoc tribuebat jus plenæ fruitionis ſed non perfectum. Ulp. in *d.* §. *in bonis.* notavi latius in *tract. de imag. vend. ſub lib. 1. opaſc.* Cum ergo penes neutrum reſideret jus plenum perfectumque, potuit penes alterum eſſe quiritarium, & penes alterum bonitarium dominium, quod commentum ſuſtulit Juſt. in *l. unic. C. de nud. jur. quir. toll.* Quam partem mirifice illuſtravit noſter Suarez de Mendoza ad *l. Aquil. lib. 1. cap. 5. ſect. 2. & 3.* Quare abſtineo, ne ejus ſcripta tranſcribam.

§. XVI. Multæ etiam obligationes ſunt, quæ in ſolidum apud duos conſiſtunt, vel quia res in obligationem deductæ ſunt individuæ. *l. 2. §. ex his. l. ſtipulatione 72. de V. O. l. heredes 25. §. idem eſt 13. fam. erciſc.* vel ex voluntate contrahentium. *l. 2. de duob. reis. §. 1. inſt. eod. tit.* Quia obligationum jus non eſt plenum perfectumque, cum earum ſubſtantia non conſiſtat in hoc, quod aliquid noſtrum fiat, ſed ut alter nobis obligatus ſit ad dandum vel faciendum. *l. obligationum 3. de O. & A.* Idcirco eſt jus in ſpe inchoatum, & ad rem, ut ſolemus dicere: quare cum in jure conſiſtant. *princ. inſt. de oblig.* & non in facto, ut poſſeſſio, nihil prohibet, quominus duo poſſint habere idem jus: de ſervitutibus prædialibus idem dicitur, quarum una, quia individua eſt, a multis in ſolidum retinetur, cum partes in illa non poſſint conſiderari. *l. ſi communi 27. l. ſi unus 29. de ſerv. ruſt. præd. l. ult. com. præd.* Ideo quamvis in pleno & perfecto dominio ſit, ut cæteræ res corporales. Ulp. in *fragm. tit. 19. in princ.* tamen natura rei efficit, quod apud duos ſit: ut enim res corporales pro indiviſo dicuntur aliquo conceptu eſſe ſingulorum, ſic res individuæ ſingulorum reputantur, quia partes intellectuales non recipiunt. *l. recte 25. de V. S.* Itaque propter individuum uſum individuum ſervitutum dominium multiplicatur, quia per partes ſcindi non poteſt, ut mihi explicandum videtur.

CAPUT QUARTUM.

De perſonis, quæ non habent affectum ad poſſidendum.

§. I. Ex perſonis, quæ affectum non habent ad poſſidendum, aliæ non poſſunt velle poſſidere, aliæ nolunt poſſidere: de his omnibus in *præſenti cap.* acturi ſumus, & primo de illis, qui non poſſunt velle. Primo furioſus incipere poſſidere non poteſt, quia prorſus caret affectu. *l. 1. §. furioſus 3. l. quod meo nomine 18. §. 1. hoc tit.* unde curator furioſi non adquirit illi poſſeſſionem, ſed ſibi, quia perverſum judicium non poteſt ſuppleri per adjumentum alterius. Per curatorem ergo conſequitur furioſus commoda poſſeſſionis rerum ſuarum, ſed non ipſam poſſeſſionem, quod eſſet impoſſibile. *l. 4. tit. 30. Part. 3.* Jaſ. in *d. l. 1. §. adipiſcimur num. 16.* Cujac. in *l. ſequitur 4. §. pupillus de uſucap.* Donell. & Hillig. *lib. 5. cap. 11. lit. D.* Val. *lib. 1. illuſtr. tract. 2. cap. 6. num. 10.* Oroz *lib. 4. de apic. jur. civ. cap. 11. num. 5. & 7. prope finem.* quam doctrinam amplector, & ſic accipio textum in *d. §. furioſus.* licet Gothofr. *ibidem* cenſuerit, curatorem poſſe adquirere furioſo poſſeſſionem; ſed an adquiſita ab homine ſanæ mentis amittatur per ſupervenientem furorem, magnæ moroſæque apud veteres fuit controverſiæ; ut enim verum eſt, poſſeſſionem animo retineri. *l. 3. §. ſaltus hoc tit.* Ita verum etiam eſt, niſi contrario animo non amitti. *l. 3. §. in amittenda. l. quemadmodum 8. hoc tit.* atqui ut furioſus non habet animum retinendi, ita nec habet animum amittendi. *l. is qui 27. hoc tit.* Ergo perplexi ſumus, nec poſſumus dicere, furioſum retinere, nec amittere poſſeſſionem. Quare in re dubia benignior ſententia placuit JCtis, ut interim & retineat furioſus poſſeſſionem, & uſucapiat, & uſucapionem compleat. *l. ſequitur 4. §. furioſus. l. nunquam 31. §. ſi ſervus. l. juſto 44. §. eum qui de uſuc.* Quæ controverſia ſic facile explicatur, licet paulo aliter ſentiant auctores nuper relati: furioſo comparatur dormiens in *d. l. 1. §. furioſus*, qui animum ad poſſidendum interim explicare non poteſt; igitur nec poteſt incipere poſſidere: cum vero ſomnus aut ſopor ſit brevis, & temporaria remiſſio animi, ut inquit Cic. *lib. 2. de divinat.* non defectio aut perturbatio, quam affert furor; in quo judicium deficit, ſed in ſomno quieſcit, teſte D. Thoma ad *lib. de ſomn. & vigil. cap. 1. & 4.* conſequens eſt, ut per ſomnum non interrumpatur adquiſita poſſeſſio, quia non deficit animus.

§. II. Sequitur infans, cujus imperfectum judicium eſt, & in tantum eſt imperfectum, ut nullum eſſe dixerit Paulus, & ſopitum D. Auguſtinus; ſed ſi propriiſſime loquendum eſt, imperfectum illud appellemus; ſi veritatem rei intucamur, vix illum judicium dari poteſt in his, qui jam non ſunt prope exceſſum infantiæ. Ideo controverſum fuit, utrum tutor poſſet infanti ipſi adquirere poſſeſſionem? ſed cum imperfectum per perfectius ſuppleri poſſit, receptum fuit benigne, ut infanti poſſeſſio per tutorem quæreretur. *d. l. 1. §. furioſus. l. quamvis 32. §. infans hoc tit.* Cui parti vulgo opponitur textus in *l. donatarum 3. C. hoc tit.* ſed reſpondent Cuj. Donell. Val. & Oroz ſupra relati, loqui de poſſeſſione infanti adquiſita cum tutoris auctoritate; & docere infanti adquiri, quia, ſi ipſe infans tutore auctore non poſſet adquirere poſſeſſionem, nec poſſet tutor ipſe infanti poſſeſſionem adquirere: verum ſi ſedulo textum legamus, nihil minus dicit, quam quod ei imputatur. Quæſtio eſt de poſſeſſione donatarum rerum, id eſt infanti tradita ex cauſſa lucrativa. Reſpondent Cæſares, corporalem poſſeſſionem ſtatim quæri infanti *interim*, id eſt, dum ſupervenit tutoris auctoritas: qua ſuperveniente incipit eſſe juſta, propria, & civilis poſſeſſio, quæ fuerat prius detentatio corporalis, de qua re controverſiam olim fuiſſe indicat textus, ſed deciditur pro ſententia Papiniani, quæ hoc ſpeciali argumento nititur. Si illa corporalis traditio ex cauſſa lucrativa infanti facta non eſſet ſufficiens ad adquirendam interim poſſeſſionem, ſuppoſita poſtea tutoris auctoritate; nec poſtea per tutorem poſſeſſio quæreretur infanti, niſi omnia peragerentur ex integro: quia tutor ſtatim in ipſo negotio præſens auctoritatem præſtare debet. *l. obligari 9. §. tutor de auct. tut. §. tutor inſt. eod. tit.* ſed plenum acerbitatis eſſet, ut infans amitteret medium illud tempus poſſeſſionis forte ad uſucapionem neceſſarium. Ergo ſicut favorabiliter receptum eſt, ut tutor poſſit poſſeſſionem adquirere infanti, ſupplens imperfectum ejus judicium, ſic debuit recipi, ut infans ex cauſſa lucrativa interim incipiat poſſidere, accedente poſtea tutoris auctoritate, quamvis hoc contra ſtrictas regulas juris ſit. Quæ eſt extenſio æquitatis per Papinianum in hoc articulo facta, ut ego cenſeo: varios etiam intellectus ad *hanc l.* præſtitit Genua in *lib. leg. conciliat.* ſi forte noſter diſpliceat.

§. III. Sequitur pupillus, qui jam infantiam ſuperavit, & judicii quadantenus particeps eſt. Hic, ſi ejus ætatis ſit, ut intellectum capiat, poteſt per ſe incipere poſſidere, etiam ſine tutoris auctoritate. Intellectum capere is dicitur, qui minus completum animi judicium habet: ideo animus, qui ſufficiens eſt ad adquirendam poſſeſſio-

 nem,

nem, in *d. l. 1. §. furioſus 3. d. l. quamvis 32. §. infans hoc tit.* non eſt ſufficiens ad amittendam poſſeſſionem. *l. pupillus 11. de adq. rer. dom.* quia imperfectus animus pupilli ſuppletur benignitate juris ad ea, quæ ipſi commoda ſunt. *§. ex contrario inſt. quib. alien. lic. vel non.* juncta expoſitione Lyelamæ *lib. 7. membr. Ecl.* 35. ſed non ad ea, quæ illi damnum afferunt, in quibus conſenſus voluntasque pupilli a jure prorſus irritatur. *§. neque tamen inſt. de auct. tut. l. Julianus* 13. *§. ſi a pupillo* 29. *de act. emp.* ut dixi in Academico tract. *de oblig. nat.* unde nec naturalem poſſeſſionem, id eſt injuſtam amittere pupillus poteſt ſuo tantum animo. *d. l.* 11. quia injuſtæ poſſeſſionis ſua etiam utilitas eſt. *l. ult. hoc tit. l. 1. §. ult. cum* 2. *ll. ſeqq. uti poſſid.* quæ fuit nota Sabini in *d. l.* 11. corporalem tamen inſiſtentiam poteſt de facto amittere, ſi rem a ſe abjiciat, vel ab ea recedat, & nihilominus veram poſſeſſionem retinebit, quia ejus animus ſufficiens non eſt ad dimittendam poſſeſſionem. *l. poſſeſſionem* 29. *hoc tit.* ut recte cenſuerunt *ibidem* Cujac. & Giphan. Conn. *lib. 3. comm. cap.* 10. *num. ult.* Pichard. in *d. §. ex contrariis num.* 7. Val. *d. cap.* 6. *num.* 19. Itaque pupillus non poteſt amittere poſſeſſionem; ſed alius ſuo facto & animo poteſt adquirere poſſeſſionem rei pupillaris; quia adquiſitio efficitur ex animo & facto extranei; non vero provenit ex animo aut dimiſſione pupilli, ut dixi in ſelectione ad *legem Scribon.* §. 38. Hæc tamen, quæ diximus de adquiſitione poſſeſſionis pupilli, accipienda ſunt, quando cauſſa, quæ præceſſit, fuit lucrativa, ex qua nullum incommodum, nequidem per conſequentiam, pupillo poteſt reſultare. Cæterum ſi ei poteſt reſultare incommodum, vel ratione poſſeſſionis acceptæ poteſt obligari, (ut in cauſſa pignoris) non procedit adquiſitio. *l. pupillo* 38. *de pign. act.* ut docte docuit Oroz *d. lib.* 4. *cap.* 11. *num.* 11.

§. IV. Sequitur populus, civitas, aut municipium. Hæc corpora ſunt ficta, quæ conſtant ex diverſis capitibus. *l. proponebatur* 76. *de jud.* abſtrahuntur enim a civium ipſorum conceptu, & aliter conſtat civitas, quam ſi ex ipſis veris corporibus conceptum corpus conſideraretur: tantum enim mente juris concipitur, ut hereditas jacens, reſultans per introductionem juris ex ipſis rebus hereditariis, cui municipium aut civitas ſolet comparari. *l. ſive autem* 9. *§. ult. cum l. ſeq. de Publ. in rem act. l. mortuo* 22. *de fidejuſſ.* docent Val. *d. tract.* 2. *cap. ult. num.* 4. & Oroz *d. lib.* 4. *cap.* 11. *num.* 2. Igitur ſi ſtrictam diſputandi rationem intueremur, civitas aut municipium incipere poſſidere non poſſet, quia omnes cives uni conſentire non poſſunt, id eſt non poſſunt ſimul aſſentiri uni rei, vel negotio. *l. 1. §. ult. hoc tit.* quam ſic explico. Idque, ut mihi videtur, quia adeo ſunt homines inter ſeſe proclives ad diſſentiendum, ut dicitur in *l. item ſi unus* 17. *§. principaliter* 6. *de rec. & qui arb. recep.* ut locum fecerint dialecticorum adagio, *quot capita, tot ſententiæ*. Cum ergo hæc ſit propenſio naturalis, erit contra hominum inclinationem, ut omnes uni rei conſentiant. Ex quo provenit, non poſſe omnes habere affectum ad poſſidendum, quo in ſenſu Ulp. in *fragm. tit.* 22. *§. municipia* 5. dixit, municipia, ſi heredes inſtituantur, cernere hereditatem non poſſe; quia omnium affectus naturaliter uni negotio conſentire non poſſunt. Quidquid hac ratione naturali non cognita in contrarium annitatur Oroz *d. cap.* 11. *num.* 3. nihilominus ex benignitatis ratione contrarium receptum fuit in civitate, quam in hereditate jacenti: civitas enim poteſt incipere poſſidere, & uſucapere per ſervum ex quacunque cauſſa. *d. l. ſive autem* 9. *§. ult. cum l. ſeq.* vel per Syndicum, vel per procuratorem. *d. l. 1. §. ult. cum l. ſeq. hoc tit.* olim dixi, quod placuit communiter; quia civitas conſtat ex perſonis vivis; hereditas vero ex rebus & juribus rationis animæque expertibus. Nunc libenter agnoſco, alium conceptum eſſe civitatis, alium civium, ex quibus componitur; nec civium mentem affectumque efficere poſſe, ut illa poſſideat, cum naturaliter affectus civium contrarii ſint inter ſeſe. Ratio ergo a priori eſt juris beneficium, quod ſic voluit, ſed hujus rationis ratio erit, quia hereditas jacens cito deſinit per aditionem heredis, qui illico poteſt poſſeſſionem per ſe apprehendere; civitas vero ſemper tale corpus eſt; quare nunquam poſſet gaudere poſſeſſione, ſi ejus affectus non ſuppleretur per Syndicum, vel per ſervum: quo in ſenſu quadantenus dicere poſſumus, poſſe conſentire, poſſe diſſentire, & affectum habere ad poſſidendum. Ex qua ratione effectum fuit, ut furtum poſſit fieri civitati. *l. ob pecuniam* 81. *de furt.* non quia poſſideat (quia de ſubſtantia furti non eſt, quod res ſurrepta poſſideatur, ut fundavi *lib. 7. opuſc. cap.* 2.) ſed quia civitas, quæ cenſetur habere affectum ad poſſidendum, etiam cenſetur habere affectum, ut conſideretur in vita, quod in ratione furti neceſſarium eſt. *l. 1. de furt.* unde etiam derivantur cæteræ differentiæ inter civitatem, & hereditatem jacentem, quas latius proſequuntur Jaſ. & Claſſici in *d. l. 1. §. ult.* Val. *d. tract.* 2. *cap. ult.* Ad exemplum civitatis Eccleſia, univerſitas, & quæcunque collegia, quæ arcam habent, & per œconomum reguntur, poſſunt poſſidere. *l. jubemus* 14. *C. de ſacroſ. eccl. cap. piſanis* 19. *de reſt. ſpol. l.* 4. *tit.* 30. *Part.* 3.

§. V. Succedit, ut videamus de perſonis, quæ non habent animum ſibi habendi, ſed alii, & idcirco non poſſident. Incipiamusque a facilioribus: colonus, inquilinus, aut conductor non poſſident; cum jus percipiendi fructus habeant dependens a voluntate locatoris: textus elegans in *l. ſi ſervus* 61. *§. locavi* 8. *verſ. & ideo de furt.* Contra quem ſolum agere poteſt, ut ſibi frui liceat, non contra tertium, qui rem conductam ab eo poſſideat, cum alia actio ei non ſuppetat præter perſonalem ex contractu. *l. ex conducto* 15. *l. habitatores* 27. *locati.* Docent Don. & Hill. *lib.* 13. *comm. cap.* 7. *per totum.* Cujac. *tract.* 8. *ad Afric.* in *l. ſi fundus* 33. *eod tit. & lib.* 8. *obſ. cap.* 39. Pich. cum aliis in *§. actionum* 28. *quæſt.* 17. *num.* 40. *inſt. de act.* Cum ergo ex natura contractus veniat, ut contra tertium agere non poſſit, nec ſuo nomine poſſit frui, ſed ex voluntate locatoris, conſequens eſt, ut ſibi non habeat, ſed locatori, & per hoc illi poſſideat, non ſibi. Quare impropria eſt detentatio, quam habet, nec ipſi redduntur interdicta poſſeſſoria, ſed domino rei, qui per illum retinet poſſeſſionem, quod principium diſerte probatur ex *l. officium* 9. *l. quadam mulier* 77. *de rei vind. l. 3. §. ult. cum l. ſeq. ad exhib. l. omnis* 7. *§. neque colonis com. dio. l. ſi pignus* 37. *de pign. act. l. ſervi* 16. *de per. & com. rei vend. l. 3. §. cæterum* 12. *l. ſi quis ante* 10. *§. 1. l. qui bona fide* 19. *l. interdum* 21. *§. ult. l. ſi id quod* 25. *§. 1. l. qui univerſas* 30. *§. quod per colonum, usque ad fin. cum l. ſeq. hoc tit. l. nunquam* 31. *§. ſi ſervus. l. non ſolum* 33. *§. quod vulgo de uſuc. l. 2. §. denique* 10. *& §. quod ſervus* 22. *de vi & vi arm. l. 1. §. penult. de itin. actuque priv. l. certe* 6. *§. is qui* 2. *de prec. l. 1. C. com. de uſuc. l. 2. C. de præſcr. trig. vel quad. ann.* quæ ſunt omnium interpretum teſtimonia, & communiſſima ſententia, quod otioſum eſſet diſputare in præſenti.

§. VI. Locatio vero ad longum tempus facta, vel emphyteuſis aut conceſſio ſuperficiei transfert veram poſſeſſionem in conductorem, emphyteuticarium, aut ſuperficiarium, vel vaſallum. Ratio eſt facilis, quia hujusmodi conceſſiones transferunt jus reale, ſive in rem, etiam contra tertium, quo utuntur accipientes nomine proprio per actiones reales contra uſucaptores, detentatores, & poſſeſſores; unde ſibi habent, & non alii, & idcirco pro-

Digitized by Google

proprie & abſolute poſſident. *l. ſciendum* 15. §. 1. *qui ſatisd. cog. l.* 1. *& ult. & fera tote tit. ſi ag. vectig. l. cum ſponſus* 2. §. *in vectigalem de Publ. in rem act. l.* 3. §. *ſi ego de nov. op. nunc. l.* 2. §. *quod ait Prætor* 3. *l.* 2. *de ſuperſ. d. l.* 5. *tit.* 30. *Part.* 3. *cap. unic. in princ. quid ſit inveſt. in uſib. feud.* iſti modi adquirendi ſunt afferre dominium bonitarium, aut ſecundum alios dominium utile, vel jus cum perpetua cauſſa fruendi, & quadantenus alienandi in re. Quidquid ſit de terminis & verbis, de quibus nihil curo, profecto ſtatuendum eſt, hos omnes poſſidere rem, concedentem vero non poſſidere; hos enim habere interdicta, & actiones pro poſſeſſione ſuo nomine, & actiones im rem pro jure perpetuario, quod in re habent, cujus virtute petunt, & perſequuntur rem ipſam, ut præcitatis textibus liquido conſtat, & docent Cujac. *lib.* 11. *Pauli ad Ed.* in *l. id eſt* 34. *de rei vind.* Giph. in *l. naturaliter* 12. *num.* 3. *hoc tit.* Menoch. *de recup. rem* 1. *num.* 68. Valent. *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 6. *num.* 1. Pich. in §. *in ſumma inſt. de interd. num.* 238. Caldas Pereira *de renovat. emph. lib.* 1. *quæſt.* 10. *num.* 7. *& quæſt.* 13. *num.* 12. ſed optime & ad rationem juris accommodatius cæteris Alvar. Valaſcus *de jure emphyt. quæſt.* 18. *per totam.* qui cum judicio veterum errores in hoc articulo reprehendit. Ex qua doctrina facile exponitur textus alioquin difficilis, nec obvius in *l.* 2. §. *habere* 38. *ne quid in loc. publ.* ubi inter emptores, legatarios, heredes, & alios, qui tanquam dominii jure, id eſt prærogativa juſtæ poſſeſſionis fruuntur, recenſetur conductor, ſed accipiendus eſt juxta materiam ſubjectam de conductore perpetuo, ſive de ſuperficiario; hæ enim conductiones adeo tribuebant jus proximum dominio, ut multoties cum titulo perpetuo emptionis parificentur, vel confundantur: notant Valaſcus *quæſt.* 19. & multi, quos ſedulo congerit Pich. in §. *adeo inſt. de locat. & conduct.*

§. VII. Antequam tamen ab hac inſpectione recedam, expedit notare, quod docuit Bart. in *l. ſi quis aliquam* 28. *hoc tit.* & cum illo nonnulli veteres, adeo conductorem ſimplicem non poſſidere, ut implicet contradictionem, quod ſit conductor, & poſſideat rem. Unde deducit, non poſſe ſic celebrari ſimplicem locationem, ut conductor poſſideat. Ego vero talem repugnantiam non invenio, & ſecure potius, quam intrepide affirmo, ſic poſſe rem conduci, ut conductor vere & proprie poſſideat. In primis, quia tranſlatio poſſeſſionis non requirit titulum perpetuum, contenta quippe eſt temporario, ut de creditore rogante poſſeſſionem precario, & ſequeſtre dixi *ſuper. cap.* Ergo quamvis locatio ſit titulus temporarius, idoneus titulus erit ad transferendam poſſeſſionem. Probatur etiam ab auctoritate ex *l. ſi quis ante* 10. *in princ. hoc tit.* ubi ſi quis rem conducat, & precario roget, prævalet, quod poſterius actum eſt. Poſtea in §. *ult.* docemur, ſi roget precario, ut poſſideat, & conducat, ſi inutilis conductio ſit, valere precarium; quod ſi efficax conductio ſit, inſpiciendum eſſe, quid ſit prius geſtum. Ergo quia paris poteſtatis eſt precarium, quoad poſſeſſionem, & conductio; ſed precarium poſſeſſionis præſtat poſſeſſionem; ergo & conductio poſſeſſionis. Deinde poſſe conductionem fieri reſpectu poſſeſſionis diſerte ſupponitur in *d. l. ſi quis aliquam* 28. *hoc tit.* ubi idem Bart. agnovit *num.* 8. de cujus expoſitione, ne in ſingulis immoremur, adeundi ſunt Cujac. in *l. ei a quo* 21. *de uſucap. & tract.* 7. *ad Afric.* in *l. ſi de eo* 40. §. *ult. hoc tit.* Don. *lib.* 5. *cap.* 13. & ibi Hill. *lit.* G. Petr. Fabr. in *l. neque pignus* 45. *de R. J.* Itaque uſus rei frequentiſſime ſolet locari, non poſſeſſio. *l. ſi quis domum* 9. §. 1. *locati. l. pignus* 37. *de pign. act. l. ſi rem C. locati.* ſolet vero nonnunquam locari poſſeſſio, cujus locationis idem fructus, eadem utilitas eſt, ac pignoris, precarii, poſſeſſionis, & locationis perpetuæ: nempe ut tribuat conductori, qui poſſidet, & ſibi habet, jus realemque actionem contra tertium poſſeſſorem, qui rem occupavit, ut datur ſuperficiario in *d. l.* 74. *de rei vind.* & creditori pro pignore in *l. ſi fundus* 16. §. *in vindicatione de pign.* Ergo quod diximus, conductorem non poſſidere, de ſimplici conductore retinendum eſt, non de eo, qui ſibi conſuluit, conducta etiam poſſeſſione cum uſu rei.

§. VIII. Commodatarius, quamvis uſum rei habeat. §. *is quoque inſt. quib. mod. re contr. obl.* cum ſimilibus, nec ſuo nomine rei inſiſtit, nec poſſidet, ſed per eum poſſidet rei dominus, vel is qui rem utendam dedit; idem dicimus de depoſitario, cui tantum cuſtodia commiſſa eſt. Quod principium proban textus in *l. officium* 9. *de rei vind. l.* 3. §. *ult. cum l. ſeq. ad exhib. l. rei commodatæ* 8. *commod. l. licet* 17. §. 1. *depoſ. l. videamus* 38. §. *ſi poſſeſſionem* 10. *de uſur. l.* 3. §. *ſed etſi is* 20. *l. qui univerſas* 30. §. *ult. l. ſi rem* 47. *hoc tit. l.* 1. §. *quod autem* 33. *de vi & vi arm. l. ſtipulatio* 38. §. *habere* 8. *de V. O.* Creditor quoque, qui ex primo decreto mittitur in poſſeſſionem bonorum debitoris latitantis, vel ex cauſſa legati conditionalis, vel ex cauſſa damni infecti, vel ex aliis multis, quia multæ ſunt cauſſæ, ex quibus aliquis in poſſeſſionem mittitur. *l.* 1. *ex quib. cauſſ. in poſſ. eat.* ubi Duar. & Cujac. *lib.* 10. *obſ. cap.* 31. Schiford. ad *Fabr. lib.* 1. *tract.* 7. quamvis rem habeat nomine prætorii pignoris. *l.* 1. *&* 2. *C. de præt. pig. l. non eſt mirum* 26. *de pign. act.* tamen non poſſidet, quamvis corporaliter in poſſeſſione ſit, quia non conceditur ei per judicem poſſeſſio, ſed tantum cuſtodia rei, & ſic non poteſt ſibi amplius uſurpari, quam ei conceſſum eſt, ut probant diſerti textus in *l. officium* 9. *de rei vind. l. ædium* 23. *de pec. l.* 3. §. 1. *de reb. eor. l.* 1. *C. eod. l. filius* 114. §. *idem* 12. *de leg.* 1. *l. is cui, ut in poſſ. leg. l.* 3. *C. eod. l. ſi finita* 15. §. *ſi quis autem cum ſeqq. de damn. inf. l.* 3. §. *ult. l. ſi quis ante* 10. §. 1. *hoc tit. l.* 1. §. 1. *ne vis fiat ei. l.* 3. §. *creditores, uti poſſid. l. ſi bona* 5. *cum ſeq. l. in poſſeſſionem* 8. *& auth. & qui jurat. l. ult. C. de bon. auctor. jud. l.* 1. *C. ſi in cauſſ. judicat. pig. capt. ſit. cap. paſtoralis* §. *præterea de off. ordin. cap. quoniam frequenter* §. *in aliis, ut lit. non conteſt. cap. pen. & ult. de eo qui mitt. in poſſ. l.* 2. *&* 6. *tit.* 8. *Part.* 3. *l.* 1. *tit.* 11. *lib.* 4. *Recopil.* Ex quo olim proveniebat, miſſum in poſſeſſionem non potuiſſe rem ab alio poſtea occupatam, aut poſſeſſionem amiſſam contra tertium perſequi, quia neque dominus, neque poſſeſſor a Prætore, vel a judice conſtitutus fuit, ſed tantum cuſtos, donec Juſtinianus in *l. ult. C. de præt. pign.* huic conceſſit actionem in rem, ut creditori conventionali: ut in hoc par utriusque eſſet cauſſa ex Conſtitutionis beneficio, quamvis diſpar ſit in poſſeſſione: videndi ſunt præ cæteris Cujacius, & Linglois *quæſt.* 2. in *d. l. ult.*

§. IX. De uſufructuario magis controvertitur, utrum poſſideat? & ſane adeo diſerti ſunt textus, qui probant, uſufructuarium non poſſidere rem, ut mirer de hac inſpectione tam valide nuper controverti: videndi ſunt, qui extant in *l. Celſus* 5. §. 1. *ad exhib. l. adquiruntur* 10. §. *ult. de adq. rer. dom.* qui extat tranſcriptus in §. *de his autem ſervis inſt. per quas perſ. nob. adq. l.* 1. §. *per eum. l. promiſcui* 52. *hoc tit. l. certe* 6. §. *is qui rogavit* 2. *de prec.* probatur per inductionem ex textu in *l. quisquis* 28. *C. de don.* ubi ſi, qui donat rem, retineat ſibi uſumfructum donatarii nomine, cenſetur rem illi tradidiſſe, & incipit nomine alieno poſſidere, juncta *l. quod meo nomine* 18. *hoc tit.* Ergo quia uſusfructus non compatitur cum vera poſſeſſione, & cum animo ſibi habendi: probatur idem principium per ſequentem inductionem: ſi, qui vere & proprie rem poſſidebat,

eam alii locaverit, & conductor rem vendiderit tertio lucrifaciendi animo, ſi mobilis ſit, facit furtum, & locatorem ſua privat poſſeſſione per interverſionem ejus, ut infra dicam: quod ſi ab emptore iterum conducat idem conductor, ſolvatque utrique mercedes, retinet primus locator poſſeſſionem ſuam, quia res in eodem ſtatu manſit, in quo per primam locationem conſtituta fuit. *l. quamvis* 32. §. 1. *hoc tit.* E converſo ſi fructuarius locaverit uſumfructum proprietario, & proprietarius fundum vendiderit non detracto uſufructu, quamvis proprietarius ſolvat penſionem conſuetam uſufructuario, tamen per non uſum amittit uſufructuarius uſumfructum, quia emptor non utitur nomine fructuarii, ſed proprietarii, qui illi rem cum uſufructu tanquam ſuam plene vendidit. *l. Pomponius* 29. *quib. mod. uſusfr. am.* Igitur quia jus uſusfructus non præbet fructuario poſſeſſionem rei, quam poſſit per conductorem retinere. Tandem probatur ex *l. naturaliter* 12. *l. poſſeſſio* 49. *hoc tit.* Ubi dicitur, *naturaliter videtur poſſidere is, qui uſumfructum habet.* Quibus verbis non poſſunt excogitari clariora, ut Conſultus oſtendat, non poſſidere uſufructuarium vere & proprie, ſed quadantenus, quoad inſiſtentiam tantum corporalem. Quæ ſententia ut verior, ita communior eſt: eam ſuſtinent Cuman. in *l. naturaliter* 12. *hoc tit.* & plurimi veteres, quos laudat & ſequitur Álvar. Valaſc. *de jur. emphyteut. quæſt.* 18. *num.* 6. & 7. Conn. *lib.* 3. *comm. cap.* 10. Cujac. *lib.* 9. *obſ. cap.* 33. & *lib.* 18. *cap.* 24. Don. in *l. ſi quis* 7. *num.* 3. *C. unde vi.* Ant. Fab. in *Ration. ad l. Celſus* 5. §. 1. *ad exhib.* Val. *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 43. & 44. Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 7. *num.* 31. & 32. Vereor pro hac parte adducere Galvanum in *ſuo tract. de uſufr. cap.* 34. qui veritatem hujus ſententiæ agnovit; ſed tot tamque ſubtilibus diviſionibus quæſtionem abſolvit, ut aſſertores contrariæ ſententiæ poſſint pro ſe illum laudare.

§. X. Rationem olim præſtiti cum Alvaro Valaſco *ubi proxime*; quia fructuarius ſcit, ſe uti rebus alienis, tanquam alienis; & idcirco non poſſe habere animum ſibi poſſidendi: nunc fateor nihili eſſe hanc rationem, quia idcirco uſufructuarius non uſucapit, quia non poſſidet, & quia ſcit ſe uti rebus alienis, ut inquit Conſultus in *l. adquiruntur* 10. §. *ult. de adq. rer. dom.* Ergo ambæ diverſæ ſunt rationes, quarum altera ab altera non pendet. Deinde quia creditor, & is, qui precario rogavit poſſeſſionem, ſciunt rem eſſe alienam, & vere poſſident etiam ſine dominandi affectu. Ergo non convincitur, fructuarium non poſſidere ex eo, quod rem alienam eſſe ſciat. Galvan. vero *d. cap.* 34. *num.* 10. petivit rationem, quia proprietatis dominus non conſtituit uſumfructum eo animo, ut transferat poſſeſſionem, neque fructuarius ea mente recipit, ut velit ſibi poſſidere; ſed quamvis hæc vera ſint, non præbet rationem, quam indagamus: hoc enim quærimus, cur non detur talis animus in conſtituente & accipiente uſumfructum?

§. XI. Nunc ergo ut præſtemus rationem diutiſſime a me quæſitam, obſervandum eſt, poſſeſſorem nunquam cenſeri velle a ſe abjicere poſſeſſionem per traditiones temporales, (ut conſtitutio uſusfructus, locatio, commodatum, pignus, & ſimilia negotia ſunt) niſi quando actus, vel negotium aliter conſtare non poſſet, nec plenam utilitatem conſequeretur, ut de pignore dixi *ſuper. cap.* quia nemo præſumitur a ſe inconſulto, & fruſtra abjicere poſſeſſionem. *l. cum in debito* 25. *de probat.* Deinde obſervandum eſt, uſumfructum eſſe jus in corpore, quod afficit totum corpus. *l.* 2. *de uſufr.* §. 1. *inſt. eod.* Jus vero in corpore intelligitur, quia, ubicunque corpus ſit, illud perſequitur per actionem in rem, & per interdicta poſſeſſoria, non minus quam dominus ratione dominii, vel poſſeſſor ratione poſſeſſionis rem perſequitur: cum ergo fructuarius ratione ſui uſusfructus ad perſequendam rem contra tertium habet jus, non indiget rem ipſam poſſidere: quare ſuperfluo, imo injuſte ex temporaria conceſſione vellet ſibi rem habere & poſſidere: per contrarium emphyteuta, ſuperficiarius, & vaſallus, de quibus etiam dixi, habent jus perpetuum in re, quod utile vel bonitarium dominium appellatur, quare ex titulo perpetuo tenent, poſſidentque illam ſibi, & ſuo nomine; quia jus illud mancum eſſet ſine commodo poſſeſſionis ad præſcriptiones & ad alios effectus: quam differentiam indicavit potius quam expreſſit Galvan. *d. cap.* 34. *num.* 10.

§. XII. Igitur quamvis rem ipſam non poſſideat uſufructuarius, illi inſiſtit naturaliter, & hoc amplius, quam ſi poſſidet uſumfructum: imo aliquando ſic loquuntur Conſulti, ut eum appellent uſusfructus dominum. *l.* 3. *ſi uſusfr. pet. l. ſemper* 15. §. *ego* 8. *quod vi aut clam.* ad denotandum jus proprium, quod habet ad fruendum re ſuo nomine. Docent Pinell. in *l.* 1. *C. de bon. mat. parte* 2. *num.* 2. Briſſon. *lib.* 4. *de V. S. verbo dominium.* Madera *animadv. cap.* 26. *num.* 9. Quod jus quaſi poſſeſſionem uſusfructus appellarunt Cujac. *lib.* 10. *obſ. cap.* 10. Duar. *lib.* 1. *diſp. cap.* 17. ex *l. ais Prætor* 23. §. *item* 2. *ex quib. cauſſ. maj.* magis proprie quam Galvanus, qui cenſet, eſſe propriam & civilem poſſeſſionem, quæ in rebus incorporalibus non datur. *l.* 3. *in princ. hoc tit.* Ex hoc quali quali dominio, aut quali quali poſſeſſione uſusfructus reſultat, ut, dum contenditur inter diverſos litigantes de proprietate, tuendus ſit fructuarius in ſuo uſufructu. *l. cujuscunque* 60. §. 1. *de uſufr. l. Aquilius* 27. *de donat. l.* 1. §. *uti videamus de itin. actuque priv. l. ult. uti poſſid.* ſi dejectus ſit de fundo, in quo uſumfructum habebat, habeat pro ſuo jure, quamvis non ratione rei ipſius, interdictum *unde vi. leg.* 3. §. *unde vi* 17. §. *pertinet*, & §. *ſeq. leg. ſi plures* 4. §. 1. *leg. ſi de fundo* 10. *de vi & vi armata.* ſi alter illi auferat rem, vel prohibeat uti frui, competunt illi adverſus tertium actiones in rem confeſſoriæ, per quas aſſerat, uſumfructum ſuum eſſe. *l.* 1. & *toto tit. ſi uſusfructus petatur.* Imo & Publiciana ei accommodatur, ſi tradito jam uſufructu quaſi poſſeſſionem ejus amiſerit, in *l. ſi ego* 11. §. 1. *de Publiciana in rem act.* & actio ad exhibendum, quæ præparatoria eſt judiciorum in rem in *l.* 3. §. *Pomponius*, & §. *ſed uſumfructum ad exhibendum.* Quæ omnia remedia illi competunt, non pro poſſeſſione rei, ſed pro quaſi poſſeſſione uſusfructus, ut poſt ſupra laudatos agnoſcunt Valentia *dict. tractatu* 2. *cap.* 3. *num.* 10. Galvanus *dict. cap.* 34. *num.* 8.

§. XIII. In contraria tamen ſententia fuerunt multi veteres, quos rejecit Valaſcus *d. quæſt.* 18. *num.* 5. eamque ſequuntur Menochius *de recuperanda remed.* 1. *num.* 72. Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectarum cap.* 9. *num.* 19. Duarenus in *l.* 1. §. *per eum hoc tit.* Giphanius in *d. l. naturaliter* 12. *hoc tit.* Marcus Lyclama *lib.* 7. *membranarum ecloga* 25. Oroz *lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 6. & *cap.* 5. *num.* 4. Quorum tamen rationibus & fundamentis facili opera reſpondetur. Primum fundamentum eſt; nos admittimus, creditorem & eum, qui rogavit poſſeſſionem, poſſidere vere & proprie; ſed nulla commoda ratio differentiæ reddi poteſt, cur creditor poſſideat, uſufructuarius vero non poſſideat, ergo fructuarius poſſidet: comparatio inter creditorem & fructuarium fit in *l. ſciendum* 15. §. 1. *verſ. cum vero*, & §. *ſequenti, qui ſatisdare cogantur.* ubi nec creditor, nec fructuarius cenſentur poſſeſſores ad devitandam cautionem judicio ſiſti, quia ad illum effectum poſſeſſor tantum intelligitur, qui dominus eſt, qui affectu & jure domini rem habet, in quo non habendo conveniunt creditor, quamvis vere poſſideat, cum ſciat rem alienam eſſe, nec teneat tanquam propriam, & fructuarius, qui non poſſidet; quia nec perpetuum

jus

jus in re habet, ſcitque rem eſſe alienam, ut *ſuperiori cap.* dixi; & agnoſcunt præter ibi citatos Galvanus & Oros nuper laudati: ſed hæc comparatio non fit ad adæquandos eos in poſſidendo; ſed potius ad demonſtrandum, neutrum haberi pro poſſeſſore in ſenſu, de quo in illo textu agitur; quia ibi verbum poſſeſſio accipitur pro proprietate, ut manet notatum; quare ex hoc loco minime colligitur, creditorem fructuariumque comparari in materia poſſeſſionis: ex diverſo in *l. quamquam* 12. *quod vi aut clam* comparatur fructuarius cum conductore, ut poſſit illo interdicto utiliter experiri propter interceptam fructuum utilitatem; quia uterque habet jus fructus percipiendi: ſed colonus non poſſidet, ergo nec fructuarius: quare nihil eſt, quod comparationes in hac materia movere nos debeant: itaque totum argumentum tantum petit rationem a priori, quam præſtitimus §. 11. quare fructuarius in non poſſidendo comparetur, vel ſit ex his, qui non poſſident: opponuntur etiam textus in *l. uſu* 20. *cum* 4. *ſeqq. quemadmodum ſervitutes amittantur*, ubi ſervitus ruſtica vel urbana retinetur tam per proprium uſum quam per alienum, ſi quis nomine domini utatur, quamvis prædium dominans non poſſideat, veluti per mercenarium, amicum, hoſpitem, conductorem, uſufructuarium; cum hos omnes enumeraſſet Conſultus, ſubjungit in *l.* 21. *fructuarius, licet ſuo nomine.* Ex quo deducunt; ergo fructuarius poſſidet; quia rem ſuo nomine detinet: ſed reſpondeo, fructuarium propter uſumfructum detinere rem ſuo nomine, ſed non propter proprietatem, nec propter rei poſſeſſionem, cujus juris quaſi poſſeſſio efficit, ut in corpore jus habeat, & ut prohibitus deturbatusque violenter a fundo cenſeatur vi expulſus propter uſumfructum; eleganter Cicero in *oratione pro Cæcina: Cæſenniam poſſediſſe propter uſumfructum non negat.* quo in loco de interdicto *unde vi* loquebatur, ut animadvertit Galvanus *num.* 5. non vero propter rei poſſeſſionem; & hæc eſt differentia inter uſumfructum & prædiales ſervitutes: a prædialibus ſervitutibus nemo poteſt detrudi, quia ſunt qualitates prædiorum. *l. ſequitur* 4. §. *ſi viam* 17. *de uſucapionibus.* dixi ad *l. Scribonianam* 23. ſed ab uſufructu, quamvis in jure conſiſtat, poteſt deturbari; quia emolumentum totius rei continet, & diviſionem dimenſionemque ab ipſa re accipit, ut corpus. *l.* 1. §. *ſi uſusfructus ad l. Falcidiam.* Quare ut poſſeſſor rei deturbatur, ita quaſi poſſeſſor uſusfructus.

§. XIV. Supereſt pro coronide notare, commodatarium, depoſitarium, conductorem, fructuarium, hoſpitem, mercenarium, & amicum, qui jure familiaritatis rem tenet, ut dicitur in *l. qui* 41. *hoc tit.* non poſſidere, quamdiu cum bona fide, & ſe continendo intra legem contractus naturamque negotii, hoc agunt, ut ſecundum domini voluntatem rem teneant, cuſtodiantve, quia nolunt poſſidere, ſed potius miniſterium præbere poſſidenti domino: cæterum ſi transgredientes legem naturamque negotii ſibi velint intercipere rem, nec velint amplius poſſidere domino; ſed tanquam fures velint ſibi poſſidere, procul dubio & poſſident tanquam fures, & domino auferunt poſſeſſionem. *l.* 3. §. *non rem* 47. *hoc tit. l. non ſolum* 33. §. *quod vulgo de uſucap. l.* 2. §. 1. *pro herede. l.* 1. §. *quæſitum quod legatorum. l. pignore* 54. *l. ſi is* 73. *l. qui* 76. *de furtis.* quia ubi incipiunt velle, ſibi habent, etſi injuſte poſſident, cum hoc animo rei inſiſtant, quam partem reſervamus extremo capitulo.

CAPUT QUINTUM.

Per quas perſonas nobis poſſeſſio adquiritur.

§. I. Superiori proximo *capite* egi de perſonis, quæ nolunt poſſidere, ſed domino retinent poſſeſſionem: ſequitur ut videamus de his, per quas ſimul adquirimus & retinemus poſſeſſionem: priusquam aggrediamur tractatum, notandum eſt, poſſeſſionem adquiri animo eam apprehendendi, deinde aliquo facto corporali apprehenſionis veræ vel fictæ vel ſymbolicæ, ut dixi ſupra *cap.* 2. Ex quo ita efferre ſolemus; poſſeſſio adquiritur animo & corpore. *l. quemadmodum* 8. *hoc tit.* itaque per modos naturales adquiritur; deinde notandum eſt, ea, quæ per modos naturales adquiruntur, per quemcumque nobis adquiri poſſe. *l. ea quæ* 53. *de adquiren. rerum. domin.* ea vero, quæ civiliter, id eſt modo civili adquiruntur, per extraneam perſonam non poſſe adquiri. *d. l.* 53. *l. quæcunque* 11. *de obligat. & action.* Civilis modus intelligitur, qui verbis, aut alio ſigno exprimente voluntatem peragitur. *l. quo tutela* 73. §. *neque paciſcendo de R. J.* Naturalis vero cenſetur, qui acceptione, apprehenſione, traditione, aut alio naturali ſive phyſico actu perficitur; veluti numerando pecuniam aut mutuam pecuniam accipiendo. *l. certi condictio* 9. §. *numeravi* 4. *de rebus creditis. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus de V. O.* notant Donellus in *l.* 1. *C. per quas perſonas nobis adquir. num.* 16. & 17. Giphanius in *l. qui ſacrum* 6. *de donat.* Cujus differentiæ rationem præſtiti *tractatu* 2. *Academico de V. O.* tandem prænotandum eſt, quamvis ſubſtantia poſſeſſionis tota facti ſit, ut *d. cap.* 2. ſuſtinui; & ea, quæ facti ſunt, non adquirantur per ſervos dominis, vel patribus per filios. *l. quod dicitur* 130. *de V. O.* §. *ſed cum factum* 2. *inſtit. de ſtipulatione ſervorum*; nihilominus poſſeſſionem juſtam adquiri per ſervum & per alios, quia plurimum a jure mutuatur, ut non ſe ſiſtat in puris terminis facti: licet enim ſubſtantia ejus in facto conſiſtat, tamen ex hoc facto multi juris effectus profluunt, quorum ratione neque in filio neque in ſervo reſidet, ſed ſtatim ad dominum patremve tranſit, ut expreſſius cæteris dixit Papinianus in *l. poſſeſſis* 49. *in principio, &* §. 1. *hoc tit.* Igitur effectus juris, qui ex juſta poſſeſſione deſcendunt, faciunt ut alteri adquiri poſſit: cum per contrarium, ſi injuſta ſit, & omni juris auxilio deſtituatur, non poſſit per alterum adquiri, ut in ſervo proprio probat textus in *l. quod ſervus* 24. *hoc tit.* quia nuda in ſubſtantia poſſeſſionis, quæ tota facti eſt: ex eadem ratione contractus, qui facti ſunt, quia voce nutu aliove ſigno & conſenſu peraguntur, quæ omnia facti ſunt. *l. conſilio* 8. *de curatore furioſi.* nihilominus per filium ſervumve patri vel domino adquiruntur, quia ex facto contrahendi jus obligationis reſultat. §. *omnium* 1. *inſt. de actionibus.* propter quem juris effectum vox filii cenſetur vox patris, & contra. §. *ſi quis alii* 4. *verſ. ei vero inſt. de inutilibus ſtipulat.* ut in hoc recte cenſuit Giphanius in *d. l. quæcunque* 11. *num.* 3.

§. II. Nunc ergo duplicem conſtituo regulam circa adquiſitionem poſſeſſionis. Prima eſt, per extraneum poſſe nobis adquiri volentibus, mandantibus, vel ratum habentibus; quia modo naturali adquiritur. *d. l. ea quæ* 53. *de adquirend. rerum domin.* Paulus *lib.* 5. *ſentent. tit.* 2. Secunda eſt, (ad quam ſuperioribus annis non animadverti) ſervos proprios, id eſt, in quibus jus dominio proximum habemus, itemque filiosfamilias nobis adquirere poſſeſſionem, ut obligationem vel dominium ratione poteſtatis; ſervos tanquam inſtrumenta animata, quæ dominis ſuis operantur; filios vero ratione civili identitatis perſonarum, quibus accurate, quantum fieri poterit, expoſitis abſolutus tandem manebit noſter tractatus.

SECTIO I.

De ſervo proprio.

§. III. Ut ab hac regula prius incipiamus, ſtatuendum eſt pro comperto, ſervum, qui ratione dominii vel juris dominio proximi nobis

nobis non poſſet adquirere dominium vel obligationem, nec poſſe adquirere poſſeſſionem. Quod principium probatur ex *leg. 1. §. ſed & per eum 6. verſic. quod ſi mala fide*, & *§. per ſervum* 15. *hoc tit.* in quibus docemur, non poſſe nobis adquiri poſſeſſionem per ſervum, quem mala fide poſſidemus, vel per ſervum pignori acceptum: redditque Paulus rationem, quæ ad utrumque valet, quia neque per eos dominium vel obligatio poſſet nobis adquiri. *leg. adquiruntur* 10. *in fine de adquiren. rerum domin.* igitur par in omnibus his caſibus militat ratio: ex hac conſequentia alia deducitur, quæ olim mihi difficillima viſa fuit. Per ſervum prorſus alienum a nemine alio interim poſſeſſum poſſumus adquirere poſſeſſionem. *leg. ſi me in vacuam* 34. *§. ult. hoc tit.* cum aliis, quas poſtea adducemus: ſed ſervus a nobis mala fide poſſeſſus ad ſummum alienus eſt; imo non eſt prorſus alienus, cum poſſeſſio mala fide & per violentiam parta plus ſit, quam nihil habere in ſervo. *l. 2. uti poſſidetis.* quod & de ſervo pignori accepto recte dici poteſt. Igitur per hos a nobis & non ab aliis poſſeſſos recte poſſumus poſſeſſionem adquirere. Ad quam difficultatem nunc ita reſpondeo. Poſſeſſio, quæ per ſervos prorſus alienos nobis adquiritur, adquiritur tanquam per mandatarios aut miniſtros noſtros; quomodo per extraneas perſonas adquiri poteſt: quæ vero adquiritur per ſervos proprios, vel eos, in quibus jus aliquod habemus, adquiritur ratione illius juris tanquam per inſtrumentum adquiſitionis noſtræ: quod jus ſi ſufficiens non eſt, veluti quod reſultat ex pignore, item quod reſultat ex poſſeſſione malæ fidei; conſequens eſt, ut nulla adquiſitio procedere poſſit: nec urget ſupra propoſita conſequentia; concedimus enim, adquirere poſſe nos poſſeſſionem per ſervum prorſus alienum, & non poſſe adquirere per pignori acceptum, nec per ſervum mala fide poſſeſſum; quia ſervo alieno utimur tanquam aliena perſona, quam poſſumus facere mandatarium: mandatum quippe extraneo debet dari. *princ. inſt. de his per quos agere poſſumus*; quia debet eſſe liberum in poteſtate mandatarii, acceptare vel non acceptare. *leg. ſi mandavero* 22. *§. ult. mandati.* Donell. & Hillig. *lib.* 13. *cap.* 11. *§. mandatum* 11. *inſt. eodem tit.* ubi Pichardus: ſive perſona libera ſit, ſive ſervus alienus. *leg. ſi vers* 12. *§. plane* 2. *§. ſi filis* 5. *cum ſequenti eodem tit.* ſervo autem, cui jubere poſſumus, non datur mandatum, ſed juſſus. *leg. ſi quis mihi bona* 25. *§. juſſum de adquir. hereditat.* aliud quippe eſt mandare, aliud jubere; illud enim precantis & rogantis eſt, hoc præcipientis. *leg.* 1. *§. quid ergo* 5. *quod juſſu.* cum ergo nec poſſimus uti ſervo mala fide poſſeſſo vel pignori accepto tanquam mandatario; quia prorſus alienus non eſt propter rationem poſſeſſionis cum ſcientia rei alienæ; nec poſſeſſio hæc ſufficiens ſit, ut nobis adquirat tamquam proprius; ſequitur nobis adquirere nullo modo poſſe. Quare prædicta conſequentia, quæ prima facie videtur abſurda, introrſus inſpecta eleganti nititur differentiæ ratione: aliam ſimilem deduxit & diluit Triphoninus in *leg. filium* 20. *in fine de bonorum poſſeſſione contra tabulas.* ut notavi in *adverſariis cap.* 2. *num. ult.* & *cap.* 9. ut ſimiles conſequentiæ non deterreant.

§. IV. Sed quamvis eodem jure ſervus domino ſuo adquirat poſſeſſionem, non tamen adquirit eodem modo ac dominium; dominium enim adquirit etiam domino invito & ignoranti. *§. item vobis* 3. *inſt. per quas perſ. nobis adquiritur. leg. filiifamilias* 34. *§.* 1. *cum leg. ſequenti de petitione hereditatis. leg. etiam* 32. *de adquirendo rerum dominio. leg. ſervus vetante* 62. *de V. O.* cujus rei rationem præſtiti in tractatu Academico *de adquiſitione ſervili conſectario* 2. Poſſeſſio vero non adquiritur per ſervum, niſi domino ſcienti, ut ſtatim probabo. Ratio eſt, quia poſſeſſio corporis & animi eſt. *leg. poſſeſſio* 49. *§.* 1. *de adquiren. poſſeſſ.* corpus poteſt ſuppleri per alium, animus autem non poteſt ſuppleri, ut indicat Paulus *lib.* 5. *ſententiarum tit.* 2. Qui quidem animus in dominio adquirendo a jure ſuppletur; ſi quidem dominium furioſo & ignoranti adquiritur. *leg. cum pater* 77. *§. ſurdo de legatis* 2. poſſeſſio vero ex animi defectu furioſo adquiri non poteſt, ut *ſuperiori cap.* dixi: comparatur ergo adquiſitio poſſeſſionis adquiſitioni hereditatis in hoc, ut invito vel ignoranti domino per ſervum quæri non poſſit, licet ob onus æris alieni in adquirenda per ſervum hereditate ſpecialior juſſus requiratur. *leg. qui in aliena* 6. *leg. ſi quis filium* 7. *leg. more* 8. *§.* 1. *leg. ſi ego* 20. *leg. cum quidam* 30. *leg. ſi heres* 35. *verſ. idem dico. leg. ſi ex ſua* 36. *leg. eum qui* 51. *§.* 1. *de adquiren. hereditat.* & in communi ratio comparationis eſt, quia ut poſſeſſio, ſic hereditas animi deſtinatione indiget, ut adquiratur. *leg. pro herede* 20. *leg. gerit* 88. *eodem tit.* ex quo duplici exemplo duplicem exceptionem invenimus ad *dict. leg. etiam* 32. *de adquiren. rerum dominio.* ubi jure Digeſtorum docemur, nobis adquiri invitis per ſervos noſtros pene ex omnibus cauſſis; per illud enim adverbium *pene* in primis excipitur adquiſitio hereditatis, ut dixi in *prædicto tractatu* §. 14. deinde excipitur adquiſitio poſſeſſionis.

§. V. Retineamus ergo hoc principium, ſervum non poſſe adquirere poſſeſſionem, niſi domino ſcienti & volenti; quæ doctrina expreſſe traditur a Papiniano in *leg. peregre* 44. *§. quæſitum* 1. *verſ. nam ſi non ex cauſſa hoc tit.* & a Paulo in *leg.* 2. *§. Celſus* 11. *cum ſequenti pro emtore.* quam docent Jaſo cum communi antiquorum, Duarenus, & Giphanius in *leg.* 1. *§. item adquirimus* 5. *hoc tit.* Connanus *lib.* 3. *commentariorum cap.* 8. *num.* 9. Donell. *lib.* 5. *cap.* 8. ubi Hillig. *lit.* C. Valentia *dict. tractatu* 2. *cap.* 8. & quamvis Cuj. pro contraria opinione allegetur, (quam revera tenet in *d. §. item adquirimus*, & *lib.* 24. *obſervat. cap.* 8.) noſtram tamen docet & tuetur *lib.* 23. *quæſtionum Papiniani* in *d. §. quæſitum*, & in *leg. juſto* 44. *§. nondum de uſucapionibus*, & ad *tit. de V. O.* in *dict. leg. ſervus vetante* 62. quæ eſt inſignis differentia adquirendæ poſſeſſionis inter cauſſam peculiarem & cæteras: ex cauſſa enim peculiari adquiritur domino poſſeſſio, & uſucapiendi conditio etiam ignoranti, quod plenum eſt favore; quia uſucapio non poteſt procedere, niſi præcedente bona fide: hæc vero conſiſtit in poſitivo, ſi quis ſciat ſe rem poſſidere, & exiſtimet ſe dominum eſſe; quæ circa ignorantem dari non poſſunt, & tamen uſucapit ignorans; imo qui non poteſt ſcire, ut furioſus & hereditas jacens, qui incipiunt poſſidere & uſucapere per ſervum ex cauſſa peculiari. *leg.* 1. *§. item adquirimus* 5. *leg.* 3. *§. cæterum* 12. *leg. quod ſervus* 24. *verſ. ſicut hoc tit. leg. Labeo* 8. *de uſucapionibus*, cum aliis, quas adduxi *lib.* 6. *opuſculorum cap.* 10. *num.* 10. aliquas hujus juris rationes indicarunt Conſulti. Prima eſt, quia in conceſſione peculii videntur domini aſſenſum præſtitiſſe ad adquirendam ex cauſſa peculiari poſſeſſionem. *d. §. item adquirimus* 5. vel quia importunum eſſet, ſi per ſingula momenta cogerentur inveſtigare negotia peculiaria. *d. §. quæſitum.* quælibet ratio ex his plauſibilis eſt, ſed non convincit in furioſo, neque in hereditate jacente: quare ſemper recurrendum eſt ad æquitatem juris, per quam in adquirenda poſſeſſione ex cauſſa peculiari relaxatus fuit rigor ſtrictæ diſputationis, & inſpecta fuit utilitas dominorum, ut docent Cuj. in *d. §. item adquirimus* 5. Donellus & Valentia ſupra laudati: ergo ad uſucapionis cauſſam in hoc caſu ignorantia adquiſitæ poſſeſſionis ex parte domini pro bona fide eſt, & initium uſucapionis ex tempore, quo ſervus emit, & ex bona fide ſervi æſtimatur, adeo quidem, ne procedat, licet dominus ſciat, rem alienam eſſe, cum primum cognovit a ſervo fuiſſe comparatam. Cæterum ſi in ipſo actu emendi domi-

minus ſciat rem eſſe alienam, quamvis ſervus in bona fide ſit, non procedit uſucapio: *l.* 2. *§. ſi ſervus bona fide* 13. *pro emtore.* quia jus potuit fingere in bona fide eſſe dominum, qui ignorat principium, in quo res emta fuit: ſed fingere bona fide poſſidere eum, qui in initio temporis ſcivit rem eſſe alienam, delirium eſſet, & fictio indigna proficeret; quare in hoc caſu initium poſſeſſionis adquiſitæ vitioſum eſt, nec uſucapio poteſt procedere. *l. ſi is qui pro emtore* 15. *§. penult. cum aliis de uſucapionib.* ex quo ſequitur, in aliis cauſſis adquirendæ per ſervum filiumve poſſeſſionis eo tempore dominum incipere poſſidere, quo ſcit rem ſibi comparatam eſſe, non antea. *l. ſi emtam* 47. *de uſucapionibus.* Ergo ſi eo tempore ſimul ſciat, rem eſſe alienam, uſu non capiet propter malam fidem. *l. heres* 43. *§.* 1. ſic intelligendo, *eodem tit.*

§. VI. Hanc differentiam inter cauſſas peculiares & cæteras labefactare videntur quædam fragmenta, quæ prætermittere non licet. Primo ex *l. ſi me in vacuam* 34. *§. ult. hoc tit. l. ſi ſervo* 28. *de uſucapionibus.* in quibus indiſtincte dicitur, ſervum adquirere poſſeſſionem, & uſucapiendi conditionem domino ignoranti, infanti, vel furioſo. Sed reſpondetur, has propoſitiones abſolute prolatas juxta ſuperiorem diſtinctionem eſſe accipiendas; nempe ex cauſſa peculiari: *d. l. peregre* 44. *§. quæſitum.* ubi magis adſtricte utraque regula explicatur: opponitur etiam textus in *l. nunquam* 31. *§. ſi ſervus* 3. *de uſucapionibus.* in quo docemur, ſervum, qui rem poſſidet meo nomine vel peculiari, adquirere mihi uſucapiendi conditionem etiam ignoranti; reddit Conſultus rationem, quia ignorans per eum poſſideo: ergo ignorans per eum uſucapere poſſum. Ecce ubi pariter de utroque caſu decidit; ergo tam extra cauſſam peculiarem, quam ex cauſſa peculiari ignoranti domino ſervus adquirit poſſeſſionem, & uſucapiendi conditionem. Sed difficultas ſolvitur, ſi expoſuerimus, quid ſit nomine noſtro poſſidere per ſervum, ſcilicet juſſu noſtro; quia injunximus ſpecialiter, ut talem rem compararet: in hoc caſu diverſis inſtantibus datur ſcientia circa poſſeſſionem rei, & datur ignorantia in primo inſtanti; quando juſſit, ut rem illam a Titio compararet, voluit poſſidere, & potuit habere pro tunc bonam fidem, exiſtimans rem eſſe Titii; ſed in ſecundo inſtanti, quando ſervus comparavit, ignoravit dominus rem fuiſſe comparatam; quia forte in longinquam provinciam ſervus profectus fuit cauſſa rei emendæ; cum ergo nomine & juſſu domini teneat, ſtatim domino adquirit poſſeſſionem, & uſucapiendi conditionem ſine nova ejus ſcientia; qui caſus rectiſſime comparatur adquiſitioni ex cauſſa peculiari: ut enim ſufficit ad uſucapiendum per ignorantem generalis voluntas, quæ præſtita fuit ſervo in conſtitutione peculii. *d. l.* 1. *§. item adquirimus* 5. *hoc tit.* ſic & multo melius ſufficere debet ſpecialis voluntas ad comparandum, ut præter ſupra laudatos præſenſit, licet non ita doceat, Duarenus in *d. l.* 1. *§. ſed & per eum* 8. Tandem ſolet opponi textus in *l. ſive autem* 9. *§. ult. cum l. ſequenti de Publiciana in rem act.* ubi cum dixerit Conſultus, ſervum poſſeſſionem & uſucapiendi conditionem adquirere hereditati jacenti; idemque aſſeveraverit in ſervo municipii reſpectu municipii, in *l. ſequenti* docuit, ita procedere, ſive ex cauſſa peculiari emerit, ſive non: ergo nulla admittitur diſtinctio; ſed jam ſuppoſui *ſuperiori cap.* 4. *legem* 10. referendam eſſe ad poſtremum caſum ſcilicet de ſervo municipum; non ad caſum penultimum de ſervo hereditario: in quo ſemper verum eſt, non poſſe hereditati jacenti adquirere poſſeſſionem, niſi ex cauſſa peculiari: quæ eo caſu beneficio juris uſucapit, quamvis ipſa non poſſideat. *l. ſervi* 16. *de uſucapionibus.* ideo eodem beneficio habet Publicianam actionem, quaſi poſſideret, & per eam heres ſi adierit. Quod ſignificant illa verba, *quaſi poſſediſſet*, quæ non videtur percepiſſe Ant. Faber.

§. VII. Expoſita exceptione hujus adquiſitionis, ejusque peculiari ratione, proſequamur cæteras convenientias inter adquiſitionem dominii & poſſeſſionis, inprimis ſi ſervus non vult adquirere, nec adire, neque contrahere, nihil dominus per eum poterit adquirere; eſt enim inſtrumentum animatum affectus & voluntatis capax: quare ſi non operetur, nihil domino procedere poterit. *l. qui in aliena* 6. *§. ult. de adquirenda hereditate. l. cum proponas* 3. *C. de hered. inſtit.* dixi in prædicto tractatu *de adquiſitione ſervili conſectario* 3. idem in poſſeſſione procedit. *l.* 1. *§. hæc quæ de ſervis* 19. *hoc tit.* Ex qua ratione fit, ut ſervus furioſus vel infans non poſſit domino adquirere poſſeſſionem. *d. l.* 1. *§. cæterum* 9. *cum ſeqq.* quia eſt inhabile inſtrumentum; pupillus vero adquirit, quia ſufficientem affectum habet ad poſſeſſionem adquirendam, ut dixi *ſuperiori cap.* quæ doctrina explicatur ex textu in *l. per ſervum* 37. *§. quod ſi unius* 4. *de adquirendo rerum dominio*; in quo ſi ſervus unius in accipiendo rem, quæ ſibi tradita eſt, dicat & expreſſe proteſtetur, ſe velle adquirere pro parte domino, & pro parte extraneo, nihil agit erga extraneum in parte, quam ei vult adquirere; partem tamen aliam domino adquiret: de extraneo parum difficultatis movet hic locus; quia, ut infra dicam, per ſervum alienum ab alio poſſeſſum poſſeſſio extraneo adquiri non poteſt, quod interim probat textus in *l. ſi me in vacuam* 34. *§. ult. hoc tit.* ergo cum a domino poſſideretur, non potuit extraneo per eum adquiri poſſeſſio, nec per conſequens dominium, quod media poſſeſſione eſſet adquirendum. *l.* 1. *C. per quas perſonas nobis adquiritur. l. ſi procurator* 13. *l. traditio* 20. *in fine de adquir. rerum dom.* quæ eſt ratio a priori, omiſſis aliis excogitatis ab Accurſio & Giphanio in *d. §.* 4. & Donello *lib.* 5. *commentariorum cap.* 10. de domino vero, cur pars tantum ei adquiratur, habet prædictam rationem; quia expreſſe dixit, ſe tantum velle partem adquirere domino; & ſic non potuit totius rei procedere adquiſitio contra ſervi voluntatem, quæ doctrina limitatur propter utilitatem contrahentium in contractu emptionis & venditionis; in quo ſi mihi & Titio rem emerim, propter partem meam in totum ſuſtinetur venditio. *l. fundus* 64. *de contrahenda emptione.* juncta *l. quod ſi uno* 13. *de in diem addictione.* ut notat Accurſius in *d. §.* 4. & poſt eum Hotmanus *lib.* 1. *amicabilium cap.* 24. noſter Pichardus in *lecturis de adquir. hereditate cap.* 24. *num.* 64. & in *§. quod ſi* 5. *num.* 10. *inſt. de inutilibus ſtipulationib.*

§. VIII. Explicatur etiam prædicta doctrina ex eadem *l. per ſervum* 37. *§. ſi cum mihi* 6. in qua duplex aſſertum proponitur: primum eſt, ſi Titius mihi ſoli rem donare & tradere volebat, & ego juſſerim, ut ſervo communi traderet meo & ſocii; ſervusque expreſſe ea mente acceperit, ut ſocio totam rem adquireret, nihil prorſus ageret; quia reſpectu ſocii nihil potuit agere contra voluntatem tradentis, a qua regulatur adquiſitio; reſpectu vero mei nihil egit, quia noluit adquirere. Secundum eſt, ſi ſervus acceperit ea mente voluntateque expreſſa, ut utrique adquireret, in parte mea procedere adquiſitionem, ſed in parte ſocii non procedere, quod eandem rationem habet; idem eſt in procuratore, qui ſi hac mente acceperit, ut ſibi adquirat, nihil prorſus agit, nec mihi adquirit ceſſante voluntate, nec ſibi ceſſante titulo & cauſſa traditionis: ſed obſtat in ſpecie textus in *l. qui mihi* 13. *de donationibus.* Inter quos eſſe apertam antinomiam conatus fuit oſtendere noſter Valentia in *epiſtol. ad Ant. Fabrum epiſtola* 5. *exercitatione* 9. poſtea in *noſtro tractat. cap.* 13. *§. ult.* præbuit ſolutionem, quam noviſſime Ant. Faber excogitavit, non tamen ſatisfacit, ut nec doctrina Donelli *d. cap.* 10. *verſic. ult.* contendentis, nolentem procuratorem domino adquirere, fini-

que adquirere volentem nihilominus adquirere domino: nec alia veterum apud Alexandrum in *l. 1. §. per procuratorem num. 9. hoc tit.* qui divinatorie & ſine fundamento inter reſiſtentiam occultam & expreſſam diſtinguebant: quare ſuſtineo, quod pridem dixi, aliam eſſe ſpeciem *dicti* §. 6. aliam *dictæ legis* 13. in illo enim fuit noluntas & reſiſtentia; quia procurator hoc animo accepit, ut ſibi adquireret, & non domino; in hoc vero fuit error, cum exiſtimaret ſibi tradi, ut ſibimet ipſi adquireretur; de cujus voluntate certo aſſeverari non poteſt, ſi ſciret tradi ut domino adquireret, fore ut domino nollet adquirere: quare apertam voluntatem jus regere aut dirigere non potuit; erroneam vero dirigit, & facit ut operetur adquiſitionem; hoc evenire facile poteſt, ſi ego alicui mandem, ut nomine meo rem tradat Titio, quem ad accipiendum conſtituo procuratorem; ipſe vero ignarus mandati rem per nuntium ſibi traditam accipiat tanquam ſibi donatam, errat ſane, nec voluntatem habet mihi adquirendi; ſed tamen non habet noluntatem nec reſiſtentiam: ex defectu ergo noluntatis & reſiſtentiæ jus præſumit in errore poſitivam voluntatem, quia nunquam præſumitur delictum. *l. merito* 54. *pro ſocio.* & delictum verſaretur ex parte procuratoris, ſi ſibi uſurparet & intercipere vellet, quod nomine meo ei traditum fuit. *l.* 3. §. *ſed ſi debitorem* 12. *in fine de donation. inter vir. & ux.* Reddita ergo differentiæ ratione (quam olim non præſtiti, & ideo cuidam bene juris perito diſplicebat) reſtat, ut ſolutionem eruamus ex verbis textus: in *d.* §. 6. dicitur, *procuratorem hac mente* rem accepiſſe, ut ſibi adquireret: ex his verbis colligo animum apertum mentemque manifeſtatam ſibi adquirendi & non domino, & ex totius textus contextura, quæ de hac reſiſtentia eſt; at in *d. l.* 13. dicitur, accepiſſe *tanquam ſibi adquiſiturus*, quæ verba non denotant expreſſum animum, ſed factum indeterminatæ voluntatis: deinde moveor alia ratione non minus efficaci, quia *d. l.* 13. deſumpta eſt ex *lib. 7. diſputationum Ulpiani*, ex quo etiam deſumitur textus in *l. ſi me in vacuam* 34. *hoc tit.* in cujus §. 1. expreſſe deciditur quæſtio de errore procuratoris in accipienda re, docetque Conſultus, ejus errorem mihi non nocere, ſi ego certus ſim, & juſſerim, ut illi nomine meo tradatur: cum ergo ſub illo libro quæſtiones de errore procuratoris verſaverit Ulpianus, non erit præceps exiſtimare, de procuratore errante locutum fuiſſe in *d. l.* 13.

§. IX. Quæ hactenus diximus, vera ſunt, quando ſervus prorſus non vult domino adquirere; ſed vel omnino refractatur ulli adquirere, vel expreſſe proteſtatur, ſe velle adquirere alii: cæterum ſi velit adquirere ſibi, vel indiſtincte adquirat, verum eſt, ſtatim domino ſuo adquirere juſtam civilemque poſſeſſionem; ut enim dominium per ſervum adquiſitum nec temporis momento penes eum reſidet, ſed ſtatim ad dominum tranſit. *l. placet* 79. *de adquir. hered.* ita & poſſeſſio: quia ſervus ut inſtrumentum domini tam incapax eſt poſſeſſionis, quam dominii, ſi poſſeſſio juſta eſt, & domino adquiſibilis: in quo recte ſenſit Carranza *de partu cap.* 3. §. 1. *num.* 39. licet non recte, quatenus docuit, ſervum capacem eſſe adquirendi & retinendi ſibi poſſeſſionem ex cauſſa peculii; debuit enim dicere, ex hac cauſſa multo minus capacem eſſe poſſeſſionis, cum eam illico adquirat domino etiam ignoranti, ut in ſuperioribus dixi; ſed tunc nova & grandis inſurgit difficultas ex præcedenti doctrina; ſuſtinemus enim, ſervum domino ſuo ignoranti non poſſe adquirere poſſeſſionem extra cauſſam peculiaram: *l. peregre* 44. §. *quæſitum* 1. *hoc tit. l.* 2. §. *Celſus* 11. *pro emptore.* defendimus etiam ſervum eſſe inſtrumentum domini in adquirenda poſſeſſione, & per conſequens non poſſe retinere ſibi juſtam poſſeſſionem, nec quidem per momentum temporis. In quo ergo ſtatu manebit poſſeſſio tradita ſervo extra cauſſam peculiarem, donec dominus ſciat velitque, & affectum habeat ſibi adquirendi? exiſtimo reſponderi poſſe ſub eruditiorum cenſura, poſſeſſionem interim per ſervum adquiſitam mere naturalem eſſe; quia ex ea uſucapio non ſequitur, nec bona fides poteſt dari in domino ſtante ignorantia ad lucrifaciendos fructus: cum ergo ſine ullo prorſus effectu conſideretur, & mere naturalis ſit, reſidebit penes ſervum, qui capax eſt adquirendi & retinendi poſſeſſionem mere naturalem. *l. quod ſervus* 24. *hoc tit.* quæ loquitur de injuſta. *l. ſtipulatio* 38. §. *habere* 8. *de V. O.* quæ loquitur de qualibet mere naturali poſſeſſione etiam juſte parta, qualis eſt in hoc caſu. Dato vero affectu poſſidendi in domino, id eſt data ſcientia, ſtatim poſſeſſio exornatur effectibus juris civilis ex perſona domini, qui horum effectuum capax eſt, non ſervus. *l. quod attinet* 32. *de R. J.* & in illo inſtanti, quia civilis efficitur, tranſit de ſervo in dominum. *l. poſſeſſio* 49. *in princ.* & §. 1. *hoc tit.* ex qua diſputatione hoc principium notandum eſt, ſervum nec poſſe dominum ſuum ſubvertere poſſeſſione jam adquiſita; nec ſibi juſtam poſſeſſionem retinere, & eam domino ſuo intercipere, ſive ex cauſſa peculiari ſive extra cauſſam peculii. *l. denique* 13. §. *idem ait* 2. *quod vi aut clam. l. Pomponius* 13. *l. reliqua* 15. *l. ſi de eo* 40. *hoc tit. l. non ſolum* 33. §. *ult. l. juſto* 44. §. *ſi filius* 14. *de uſucapionibus. l. filius* 93. *de R. J.*

§. X. Sed cum poſſeſſio in adquiſitione & retentione indigeat animo ſibi habendi, conſequens eſt, ut niſi ſervus a domino poſſideatur, non poſſit per eum adquirere aut retinere poſſeſſionem. *l.* 1. §. *ſed & per eum hoc tit. l. ſi ſervus* 21. *l. homo liber* 54. §. *ult. de adquir. rerum domini.* Idem eſt, ſi diutius ſervus in libertate moratus fuerit, gerens ſe pro libero, ut fecit Spartacus, ductor mancipiorum in bello ſervili contra Romanos, de quo Florus *lib.* 3. *cap.* 20. cujus geſta ad compendium redegerunt Catellianus Cotta in *memorabilibus juris verbo Spartacus*, & alii multi apud noſtrum Solorzanum *tomo* 2. *de jure Indicrum lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 166. quod exemplum attulit Conſultus in *l.* 3. §. *ſi ſervus* 10. juncta *lege per eum* 50. §. 1. *hoc tit.* Rationem pridem didici a magno Præceptore meo: nempe quia per ſervum adquirimus tanquam per inſtrumentum, per quod attingimus ſive apprehendimus res poſſeſſas; ex facultate videlicet, quam habemus, nanciſcendi ejus corporalem poſſeſſionem; quaſi idem ſit poſſe jubere ſervo, ut ad nos accedat, ac repetere cuſtodiam, & apprehenſionem rerum, quas ipſe ſervus nobis apprehendit, *arg. l. quod meo nomine* 18. *hoc tit.* Igitur ut amittimus poſſeſſionem rerum, quas per mediam ſervi perſonam poſſidebamus, ſi ſervus ipſe a poſſeſſione detruſus ſit. *l.* 1. §. *idem Vivianus* 46. *de vi & vi armata.* ita non poſſumus incipere poſſidere, neque apprehendere rerum poſſeſſionem, quamdiu ſervum non poſſidemus: quia utrobique deficit in nobis facultas apprehendendi aut retinendi rem per illud inſtrumentum, quod ſub manu noſtra non habemus. Circa quæ principia dubitant auctores, quando cenſeatur ſervus diutius in libertate moratus? Hillig. ad Donellum *lib.* 5. *cap.* 12. *lit. H.* exiſtimat requiri lapſum decennii; mihi vero magis placet ſententia Zaſii in *d. l.* 3. §. *ſi ſervus* 10. & Antonii Fabri in *Juriſprud. Papinianea tit.* 3. *princip.* 3. *illatione* 4. videlicet tempus biennii ſufficere, ut ſufficit ad præſumtam agrorum derelictionem in *l.* 2. *C. de omni agro deſerto.* Non tamen exiſtimandum eſt, ſatis eſſe, ut dictet domino ſuo liberale judicium, ad hoc ut domino non adquirat poſſeſſionem; licet enim, ordinata liberali cauſſa & vindiciis pro libertate datis, interim ſervus liberi loco habeatur. *l. is autem* 12. *ex quibus cauſſis majores. l. ſervis* 33. §. 1. *de procuratoribus. l. ordinata* 24. *de liberali cauſſa. l. lite* 14. *C. eodem tit. l.* 1. *C. qui dari tutores vel curatores poſſint.* quo

in

Digitized by Google

in ſenſu dicitur ſervus ipſe quaſi poſſidere ſuam libertatem; tamen revera, quamdiu liber non pronuntiatur, dominus non amittit ejus poſſeſſionem civilem; quamvis domi & ſub propria manu illam coërcere & detinere non poſſit, juxta quam ſuppoſitionem accipiendus eſt textus in *l. ſi cui* 25. *§. licet* 2. *de liberali cauſſa* cum Cujac. in *d. l.* 53. *§. ſi ſervus* 10. addendi ſunt Donellus *d. cap.* 12. & Valentia *lib.* 1. *illuſtrium tract.* 2. *cap.* 10. *num. ult.* quamvis Giphanius in *d. l.* 3. *§. ſi ſervus*, & Faber *d. tit.* 3. *princ.* 3. *in princ.* de æquitate accipere tentaverint textum in *d. l. ſi cui* 25. *§. licet* 2.

§. XI. Aliud tamen dicendum eſt de ſervo fugitivo, per quem domino adquiri poſſeſſionem juris regula eſt, tradita in *l.* 1. *§. per ſervum in fuga. l.* 3. *§. Nerva. l. rem quæ* 15. *hoc tit. l. ſi is qui pro emtore §.* 1. *de uſucapionibus. l. qui fundum* 7. *pro emtore.* quare omnia remedia, quæ competunt poſſeſſoribus, conceduntur dominis ad repetendam poſſeſſionem rerum illarum, quas fugitivus comparavit; exempla extant in *l. ſervi* 17. *§. ult. de furtis. l.* 2. *§. ſi fugitivus* 25. *de vi bonorum raptor.* Quæ dilatare non expedit; quia ex charta, quam a magno Præceptore noſtro excepimus in hoc ipſo gymnaſio, eleganter expoſita extant a Joanne Suarez de Mendoza *ad leg. Aquiliam lib.* 1. *cap.* 5. *ſectione* 5. Raphaële de Viloſa Barcinonenſi in *tract. de fugitivis cap.* 9. *&* 10. addendus eſt Valentia *d. tract.* 2. *cap.* 10. certum equidem eſt, ſi ſtrictam juris rationem intueamur, non poſſe adquirere nos poſſeſſionem per fugitivum, cum ejus corporalem cuſtodiam repetere non valeamus, quoties voluerimus: definitur quippe fugitivus, qui eo animo ſe a cuſtodia domini proripit, ut propoſitum redeundi non retineat. *l. quis ſit fugitivus* 17. *de Ædilit. Edicto. l. fugitivus* 225. *de V. S.* ſed cum ſervus inſtrumentum ſit adquirendæ & retinendæ poſſeſſionis eo modo, quo ipſe a domino ſuo poſſidetur, mero jure dicendum erat, amiſſa cuſtodia ſervi fugitivi, & facultate accedendi ad ſervum ipſum non poſſe dominum denuo poſſeſſionem adquirere per ſervum, qui in fuga eſt, neque quondam adquiſitam retinere: cæterum æquitatis ratio, quæ ab invita Juriſprudentia extorſit, ut fugitivus ipſe per fugam non poſſet dominum privare poſſeſſione ſua, effecit, ut in adquiſitione & retentione poſſeſſionis neque eum privare poſſet ullo modo, ne ſervorum malitia dominis detrimentum afferret. *d. l.* 3. *§. Nerva hoc tit.* quæ ratio communis eſt omnibus Claſſicis in *d. l.* 1. *§. per ſervum.* Donell. aliisque ab Hillig. laudatis *lib.* 5. *cap.* 12. *lit. G. & H.* Valentia *d. tract.* 2. *cap.* 10. Faber in *Juriſprud. Papinianea tit.* 3. *princ.* 3. *illatione* 1.

§. XII. Sed ex præcedenti exemplo ad nuper propoſitam doctrinam nova inſurgit difficultas; cum enim fugitivum poſſideamus, & per eum adquiramus rerum poſſeſſionem, cur per eum, qui ſe pro libero gerit, & diutius in libertate moratus eſt, nec poſſeſſionem adquirimus aliarum rerum, neque cauſſam uſucapiendi retinemus? reſpondendum exiſtimo, eum, qui ſe pro libero gerit, palam & aperte excutere jugum herile, contumacem eſſe; dominum vero per contrarium imparem ſe præbere dictando liberali judicio, cum videat ſervum alioquin ſuum erecta cervice imperia ejus detrectare, neque ſuſtineat ſervum ſuum ducere, & manu injecta apprehendere, in ſervitutemque reducere: quare cenſetur animo conſternatus amiſiſſe poſſeſſionem ſervi, vel ipſum quaſi pro derelicto habere. *l.* 3. *§. ſi ſervus*. 10. *ff. hoc noſtro tit.* per contrarium vero fugitivus latitat; nec audet aſpectu domini ſui intueri; idcirco neque ex parte ſervi tanta fiducia eſt libertatis retinendæ, neque ex parte domini ulla datur deſponſio animi, cum ſemper propoſitum habeat inveſtigandi ſervum fugitivum: in ſumma, qui ſe pro libero gerit, & diutius in libertate moratus eſt, libertatem ſuam quaſi vi rapit; qui vero fugit, clam ſubducere ſe vult poteſtate dominica: ille improbior fur eſt, hic celat delictum ſuum, *arg. l. item ſi cum exceptione* 14. *§. qui vim* 12. *quod metus cauſſa. l.* 2. *§. cæterum* 10. *de vi bonorum raptorum. princip. inſtitut. eod. tit.* Quamobrem beneficium juris circa fugitivos admiſſum extendi non potuit ad eos, qui pro liberis ſe gerunt; diutius in libertate morati.

§. XIII. Videtur etiam rationem hanc ſeu benignitatem juris labefactare Papinianus in *l. ſi rem* 47. *hoc tit.* ubi facta differentia inter animalia rationis expertia & hominem, docet, fugitivi tamdiu a nobis retineri poſſeſſionem, quamdiu nemo alius eum apprehenderit; quia poteſt propoſitum habere redeundi ad nos; quæ ratio ſi vera eſt, tam probat illius fugitivi retineri poſſeſſionem, qui non dimiſit animum redeundi: ſed hic non eſt fugitivus, ſed erro, impropriaque fugitivus. *d. l. quis ſit fugitivus* 17. *de Ædilitio Edicto* cum ſimilibus: igitur proprii & veri fugitivi poſſeſſionem amittimus. Omiſſa Valentiæ *d. cap.* 10. Donelli & Giphanii ſolutione, & admiſſo argumento a contrario ſenſu, quod olim non admittebamus poſt Alexandrum in *d. §. per ſervum qui in fuga num.* 7. dicendum exiſtimo, illud eſſe acumen Papiniani, ut etiam in fugitivo agnoverit aliquod propoſitum redeundi: quantumvis enim eo animo diſcedat, ut nunquam ad dominum revertatur, tamen ea eſt voluntas hominis, ut dici non poſſit, firmum propoſitum de eadem re perpetuo retinere; eſt enim deambulatoria ex natura ſua uſque ad ſupremum vitæ exitum. *l. cum hic ſtatus* 32. *§. pœnitentiam de donationibus inter vir. & ux. l.* 4. *de adimendis legatis.* Papinianus, qui ignorare non potuit benignam juris rationem, qua fugitivi retinemus poſſeſſionem, hujus benignitatis qualem qualem præbuit rationem, qua fugitivi retineremus poſſeſſionem, videlicet quia, licet homo perpetuum habeat animum a domino fugiendi, nihilominus ex natura hominis non poteſt dari ita perpetuus animus, ut flecti non poſſit, quamdiu ſervus ipſe in fuga eſt, neque ab alio ejus poſſeſſio occupatur: quod ſi ab alio occupatus ſit, ex alio capite amittimus ejus poſſeſſionem, nempe quia a duobus in ſolidum poſſideri non poteſt. *l. bona liber* 54. *§. ult.* ſic intelligenda, *de adquir. rerum dom.* Tandem noto, ſervi fugitivi uſumfructum non amitti, quamvis ab alio ejus poſſeſſio occupata ſit. *l. arboribus* 12. *§. de illo cum ſequenti de uſufructu.* retinetur enim jus, in quo uſusfructus conſiſtit. *l.* 1. *eod. tit.* etiamſi poſſeſſio ab alio occupata ſit; jura enim rerum ab earum poſſeſſione non dependent. *l. naturaliter* 12. *§. nihil commune. l. permiſceri* 82. *hoc tit.*

§. XIV. Et ut de ſervo proprio tractatum abſolvamus, ſciendum eſt, per ſervum hereditarium non poſſe nos adquirere rerum hereditariarum poſſeſſionem. *l.* 1. *§. veteres* 16. *cum ſequenti hoc tit.* de qua regula ex profeſſo agit noſter Valentia *d. tractatu* 2. *cap.* 12. ejus philoſophica ratio eſt, quia aliud alii non poteſt eſſe cauſſa eodem modo: igitur cum ſervus ipſe res ſit hereditaria, non poterit adquirere alias res itidem hereditarias: quam rationem olim præſtiti, nunc aliam juridicam adjicio; quia ſervus hereditarius dicitur vel ante aditam hereditatem, vel poſt aditam ante apprehenſam ejus poſſeſſionem. *l.* 2. *de crimine expilatæ hereditatis.* ſed ante apprehenſam poſſeſſionem ſervi dominus per eum poſſeſſionem aliarum rerum adquirere non poteſt. *l.* 1. *§. ſed & per eum* 6. *hoc tit.* Igitur nec rerum hereditariarum dicitur poſſe adquirere dominus poſſeſſionem per talem ſervum hereditarium. Ex quo conſequimur, ſi heres deprehendat ſervi hereditarii poſſeſſionem, poſſe per eum cæterarum rerum illam adquirere, ſive ex aſſe ſive pro parte ſcriptus ſit, ut in *eodem §.* docemur, ubi eadem doctrina aliis explicatur exemplis, quia tunc habile inſtrumentum

eſt ad poſſeſſionem adquirendam, nęe deinceps cenſetur ſervus hereditarius, ſed proprium patrimonium heredis: notant Jaſo, Giphanius & Cujac. in *d. §. veteres.*

SECTIO II.

De ſervis bona fide poſſeſſis, & in quibus uſumfructum habemus.

§. XV. Ex principio propoſito in *hujus capitis* initio, videlicet in adquiſitione per ſervum nullam verſari differentiam circa poſſeſſionem & proprietatem, facile fluit, ſervum, in qun uſumfructum habemus, & quem bona fide poſſidemus, ſive liber ſit, ſive ſervus alienus, tantum nnbis adquirere poſſeſſionem ex re noſtra, & ex eorum operis: probant promiſcue textus in *l. ſed & ſi* 25. *§. penult. de nſufructu. l. adquiruntur* 10. *§. idem placet. l. liber* 19. *l. ſi ſervus* 21. *l. qui bona* 25. *l. quæſitum* 40. *l. quod fructuarius* 49. *l. homo liber* 54. *per totam de adquir. rerum dominio. l.* 2. *§. per eum* 8. junčto *§. ſed & per eum* 6. *hoc tit. l.* 1. *§. ſi fructuarius. l. ſi ſervus* 34. *de ſtipulatione ſervorum. §. de his autem inſt. per quas perſon. nobis adquiritur.* & cum hæc principia commmnia ſint cuicunque adquiſitioni, ſuperſedeo, cum ex profeſſo de illis egerim in Academico tractatu *de adquiſitione ſervili.*

SECTIQ III.

De Filioſamilias.

§. XVI. Eadem ratio adquirendæ poſſeſſionis eſt in filin ac dominii adquirendi, videlicet identitas perſonæ cum patre, ut in *l. placet* 79. *de adquir. hereditate.* quare ſi poſſeſſio juſta eſt & adquiſibilis, ſtatim patri adquiritur. *l.* 4. *hoc tit.* In quo differentia extat inter ſervum filiumque; ſervus enim proprius ab alio poſſeſſus domino poſſeſſionem adquirere non poteſt, ut ſæpe dixi, filius vern familias, quantumvis ab alin tanquam ſervus bona fide poſſideatur, adquirit patri poſſeſſionem, quia adquiſitio peragitur jure patriæ poteſtatis, cui non derogat aliena poſſeſſio, & que non nbſtanse pater filium vindicare poteſt ex jure Quiritum. *l.* 1. *§. per hanc ff. de rei vindicatione.* ut recte eenſuerunt Cumanus & Giphanius in *l.* 4. *hoc tit.* omiſſis Accurſio & Caſtrenſi *ibidem.* Giphanio *de præſcriptionibus parto* 3. *cap.* 3. *num.* 13. Cujac. *lib.* 25. *obſervat. cap.* 4. ergo pater per filium uſucapit. *l. ſequitur* 4. *§.* 1. *de uſucapion.* In quo excipitur maxime filius, qui peculium caſtrenſe habet, eirca res caſtrenſes: unde ex illo verbo *maxime* conjectari licet, alium eſſe caſum, in quo filius poſſit ſibi poſſidere & uſucapere; quem ut noviter quæſitum præſtemus, obſervandum eſt, filium cjus, qui ab hoſtibus captus eſt, interim poſſidere & uſucapere ſibi, quia ſi pater apud hoſtes decedat, ab inſtanti captivitatis paterfamilias cenſetur, ut ſibi adquirat; quod ſi revertatur, adquiſitio patri procedit propter ſuſpenſi juris conſtitutinnem, & virtuta fictionis poſtliminii. *l. penult. de liberis & poſthumis. l. penult. de ſuis & legitimis. l. juſto errore* 44. *§. final. de uſucapionibus.* hic ergo eſt caſus, in quo filius ſibi poſſidet & uſucapit, qui comprehenditur in verbo *maxime*, præter caſum expreſſum de caſtrenſi peculio in *d. §.* 1. Omnia, quæ diximus de ſervo adquirente poſſeſſionem domino ignoranti vel ſcienti ex cauſſa peculiari, & extra cauſſam peculii, de filioſamilias intelligenda ſunt, ut & illud, capacem eſſe filium injuſtæ poſſeſſionis, ut & ſervum. *l.* 2. *§. filium ff. pro herede.* juncta *l.* 1. *§. ſi vir hoc tit.* ut notant ſic accipiendi Pinellus in *rubr. de bonis maternis parte* 2. *num.* 40. Antonius Faber *de erroribus Pragm. decade* 42. *errore* 4. in eo tamen filius diſtat a ſervo, quod ſervus bona fide poſſeſſus ex certis cauſſis adquirit putativo domino poſſeſſionem, ut nuper dixi; filius vero putativus, id eſt juſto errore pro filio habitus (forte cum non valeret adrogatio) non edquirit patri putativo poſſeſſionem. *l. juſto* 44. *in princ. de uſucapionibus.* ubi Papinianus reddit rationem, qua contenti eſſe debemus, quia non tam frequens eſt in adoptando filin, quam in comparando ſervo, ut ibi explicat præter Claſſicos Cujacius.

SECTIO IV.

De homine libero, & ſervo alieno.

§. XVII. Homo liber, qui mandatu noſtro rem per traditionem eccipit, nobis adquirit poſſeſſionem, & per poſſeſſionem dominium, item ſi ratam habuerimus traditionem. *l. eum qui* 14. *§. ſi epiſtola* 17. *de furtis. l.* 1. *§. per procuratorem. l. quod meo* 18. *verſic. procurator. l. ſi me in vacuam* 31. *§.* 1. *l. ſi communis* 42. *§.* 1. *l. poſſeſſio* 49. *§. final. hoc tit. l.* 1. *C. hoc tit.* In quo vix aliquid eſt notandum, niſi quod procurator, qui nobis adqnirit poſſeſſionem, mandatu præcedente non prius adqnirit uſucapiendi conditinnem, qoam ſi ſeiamus adquiſitam eſſe poſſeſſionem. *l. ſi emtam* 47. *de nſucapionibus.* quia benignitatis ratione in peculiaribus rebus tantum receptum fuit, ut ignorantes incipiamus uſucapere, in cæteris vero cauſſis, in quibus idem favor non militat, ſcientia requiritur poſſeſſionis actualis, ut incipiat bona fides in uſucapiente: docet Cujac. *lib.* 24. *obſervat. cap.* 8. Eadem ratio eſt ſervi alieni a nemine poſſeſſi, quia homo extraneus prorſus reputatur. *l. ſi me in vacuam* 34. *§. final. hoc tit.* quia adquiſitio poſſeſſionis, cum modo naturali peragatur, per quemcunque procedit. *l. ea quæ* 53. *de adquir. rerum domin.* de quo ex profeſſo egimus in *tractatu alteri ſtipulari nemo poteſt conſectar.* 1. *& ſeqq.* quare in præſenti ſubſiſtimus, ut finem labori ſemeſtri imponamus.

PRÆ-

PRÆLECTIONIS
AD
TIT. DIG. DE ADQUIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

PARS SECUNDA,

De amittenda poſſeſſione.

§. I. Sic in præcedentibus manet definita poſſeſſio: *detentio rei cum animo ſibi habendi.* Quam definitionem cum exponerem *ſuperiori parte cap.* 1. dixi, ſubſtantiam poſſeſſionis in tribus conſiſtere. Primo in detentione, ſive corporalis ſit ſive potentialis; nam cenſemur retinere rem, ſi poſſimus ad illam accedere, quando nobis libuerit. Secundo in re in ſubjecto, nempe ut res exiſtat, & ſit talis, quæ poſſit poſſideri. Tertio in animo, id eſt affectu ſibi habendi, & non alii; quæ omnes ſunt partes integrales poſſeſſionis; quia ex his tribus requiſitis tota ſubſtantia poſſeſſionis completur. Igitur quolibet ex his deficiente conſequens eſt, ut ipſa poſſeſſio deficiat. Ante vero quam rem ingrediamur, obſervandum eſt elegans & notiſſimum principinm naturale; facilius formam, corpns, rem deſtrui, quam in eſſe produci: producitur enim in eſſe, omnibus ſimul concurrentibus, quæ eſſentia rei petit; deſtruitur vero, quolibet ex requiſitis eſſentialibus deficiente: quare ad poſſidendum tria ſimul requiruntur, quæ propoſui; amittitur vero poſſeſſio, ſi omnia ſimul vel aliquid ex his deficiat, quod principium agnoverunt JCti in *l.* 3. §. *in amittenda* 6. *l. peregre* 44. §. *ult. cum duabus leg. ſeqq. hoc tit.* Cum ergo contrariorum eadem ſit diſciplina, ut docuit Ariſt. *lib.* 1. *topic. cap.* 8. & noſtri deducunt ex *princ. inſt. de his qui ſunt ſui vel al. jur.* facillime diſcutiemus de modis amittendæ poſſeſſionis, poſtquam vidimus de modis, quibus acqoiritur, & per quas perſonas nobis acquiritur. Omnis enim res, per quaſcunque cauſſas naſcitur, per eaſdem diſſolvitur. *cap.* 1. *de R. J. in decretal. cap. omnis* 4. 27. *quæſt.* 2. *l. nihil* 35. *de R. J.* ſcilicet in contrarium converſis; quia corruptiones rerum per contraria fiunt, unde quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actus liberamur. *l.* 3. *de reſcin. vend. l. prout* 80. *de ſolut. l. an inutilis* 8. §. *acceptum de acceptil. l. omnia* 100. *l. fere* 153. *de R. J.* Igitur ſi retentio rei reducatur ad non retentionem, animus ad non animum, vel res deſinat exiſtere, amittemus poſſeſſionem per actus in contrarium verſos, de quibus tempus jam eſt, ut dicere incipiamus.

CAPUT PRIMUM.

Quibus modis amittatur poſſeſſio ex defectu detentionis.

§. II Incipimus poſſidere apprehendendo rem cum animo nobis habendi; retinemus poſſeſſionem, quamdiu durat detentio cum eodem animo. *l. quemadmodum* 8. *l. fere* 153. *de R. J.* Igitur ſi deficiat detentio corporalis, quando talis requiritur, vel potentia accedendi ad rem, quando hæc ſufficit, amittitur poſſeſſio; exempla detentionis corporalis ſunt in avibus; feris, & piſcibns, quæ quidem poſſidemus, qnamdiu ea ſub cuſtodia retinemus noſtra. Itaque ſi ſe a nobis proripiant, & in priſtinam libertatem evadant, nec poſſidentur, nec in noſtro dominio permanent; quia in his, quæ cœlo, terra, marique capiuntur, dominium a poſſeſſione, vel e contra ſeparari non poteſt. *l.* 1. *l.* 3. §. *item feras cum ſeqq. hoc tit.* Qua de re latius diſſerui *parte* 1. *hujus tract. cap.* 2. in cæteris autem rebus, quæ ſub perpetuo dominio ſunt, ſufficit potentia accedendi ad res poſſeſſas pro jugi & detentione continua, ut ibidem dixi. Amittitur ergo poſſeſſio deficiente potentia hac, V. G. ſi id, quod poſſidemus, ita perdiderimus, ut prorſus ignoremus, ubi ſit, deſinimus poſſidere. *l. ſi id quod* 25. *hoc tit.* quia ad rem deperditam accedere non poſſumns. Notemus ergo, ſtatim amitti poſſeſſionem rei perditæ, quamvis nondum alius eam invenerit vel apprehenderit. Hoc tamen verum eſt, ſi res prorſus ſit deperdita: alioquin ſi certo ſciamus, rem illam domi noſtræ manere, & maneat, quamvis inquiſita non inveniatur, non eſt dicendum amitti poſſeſſionem: nec enim cenſetur deperdita, ſed potius interim ceſſat diligcos inquiſitio; nt Papinianus docet in *l. peregre* 44. *hoc tit.* interim deperditum dicitur animal vel pecus, ſi ſic aberraverit, ut domini paſtoriſque cuſtodiam prorſus effugiat: quamvis enim duret dominium, amittitur poſſeſſio ob defectum detentionis. *l.* 3. §. *Nerva* 13. *l. Pomponius* 13. *hoc tit.* in quo bruta a ſervis diſtant; cum fugitivorum retineamus poſſeſſionem, quamdiu nemo alius eos incipiat poſſidere. *l.* 1. §. *per ſervum qui in fuga hoc tit.* Ratio eſt, quia ſervorum malitia, protervia, & inimicitia non debet dominis eſſe damnoſa: non debuit jus ſervis permittere, ut quandocunque vellent privent dominos ſuos poſſeſſione, quæ malitia metui non poteſt in animalibus rationis expertibus, nt ibidem dixi. Videndi ſunt recte utrumque exemplum explicantes præter Claſſicos in præcitatis textibus, quos non cito, Connan. *lib.* 3. *comm. cap.* 9. *num.* 10. Donell. *lib.* 5. *cap.* 12. *verſic. ex detentione.* Duar. in *paraphraſ. ad hunc tit. cap.* 3. Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 3. *princ.* 3. *illat.* 1. Bened. Pinel. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 9. *a princ.* & omnium optime Cujac. *lib.* 23. *quæſt. Pap.* in *d. l. peregre* 44. *hoc tit.*

§. III. Alind exemplum ſuperioribus valde affine amiſſæ poſſeſſionis ex defectu detentionis extat in *d. l. Pomponius* 13. *l. interdum* 21. §. 1. *cum ſeq. hoc tit.* videlicet rerum amiſſarum naufragio, vel jactatarum in mare levandæ navis cauſſa. Pla-

num quippe eſt, ad eas nos accedere non poſſe, quas ex navi in profundum mare jactamus, vel deſperato naufragio amiſimus. Quare ab eo; qui aliquid ex naufragio extraxit, uſucapi non poteſt, quia non habetur pro derelicto, ſed pro deperdito. *d. l. interdum* 21. §. 2. Ecce ubi comparantur jactata, vel naufragio amiſſa deperditis, ut uſucapi non poſſint ab inventore, quia inventor, qui rem inventam non reſtituit domino, vel illum diligenter non inquirit, ut reſtituat, furti tenetur. *cap. ſi quid inveniſti* 14. *quæſt.* 3. Docent Covarr. in *regula peccatum parte* 2. §. 1. *num.* 1. & 2. Ant. Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 3. & *tom.* 3. *var. cap.* 9. *num.* 2. Gutierr. *lib.* 4. *canonicar. cap.* 9. *per totum.* noſter Pich. in §. 1. *inſt. de oblig. quæ ex delict. num.* 25. Igitur de amiſſa poſſeſſione ab eo, qui jactavit, vel res naufragio amiſit, dubitari minime poteſt de legibus circa res naufragio amiſſas: quibus olim & nunc adjudicentur, præcipue poſt aliquod tempus elapſum, non eſt occaſio ad præſens diſputandi, cum caſus inciderit; conſuli poſſunt Covarr. in *d. regula peccatum parte* 3. §. 1. *num.* 5. Gutierrez *d. cap.* 9. *num.* 18. Pich. in *lect. ad tit. de acquir. her. cap.* 5. *num.* 24. Joan. de Solorzano in *politica Indiana lib.* 6. *cap.* 6. *verſ. y de eſta miſma juſtification*, qui merito reprehendit gloſſam in *cap. diſpenſationes* 16. 1. *quæſt.* 7. quæ mores Hiſpanorum in rerum naufragarum occupatione culpavit, Henricus Salmuth in *not. ad memorab. Panciroli lib.* 2. *tit.* 11. *pag.* 240. Hugo Grot. *lib.* 2. *de jur. bel. & pac. cap.* 7. §. 1. & in *notis*, Cujac. *lib.* 34. *Pauli ad Edict.* in *l.* 2. §. *ult. ad l. Rhod. de jact.* Claſſici in *authent. navigia* alias *naufragia de furt.* eruditiſſimus & cultiſſimus JCtus D. D. Joan. Ramos magni Præceptoris mei filius in *repetitione ad l. deprecatio pag.* 84. & *ſeq.*

§. IV. Itaque qui res amiſſas jactatas vel naufragio perditas retinet, nec domino reſtituit, furtum committit; amiſſa vero earum poſſeſſio cenſetur, antequam alius eas occupet, ſimulatque amiſſæ ſunt, nec verus poſſeſſor ad eas poteſt accedere. Cum ergo furtum ſit clandeſtina contrectatio rei. *l.* 1. *de furt.* quæ dicit occultationem & ablationem, conſequens eſt, ut rerum furto contrectatarum amittatur ſtatim poſſeſſio, cum primum a fure ſurreptæ ſint, vel de loco amotæ. *l. rem quæ* 15. *hoc tit. l. naturaliter* 5. *de uſucap.* ad quod tamen duo requiruntur ſimul ex parte furis Primum ut velit furtum facere rei vel poſſeſſionis ſtatim ejus: denique quod loco moveat & contrectet; alioquin, ſi non contrectet, ſolo animo furtum non facit. Deinde etiamſi contrectet, ſed uſum tantum velit uſurpare, non privat poſſeſſione veterem poſſeſſorem: veluti ſi commodavi tibi equum, ut Matritum peteres, tu illum invito me usque ad Hiſpalim perduxiſti, non ut lucri faceres, ſed eodem animo commodatarii retento: quamvis enim prives me uſu, quem ſurripere voluiſti, non privas poſſeſſione, quam nunquam affectaſti uſurpare. Qua de re latius dixi *lib.* 7. *opuſc. cap.* 2. Ex qua doctrina facile exponi poſſunt textus in *l.* 3. §. *ſi rem* 18. *hoc tit. l.* 2. §. 1. *pro hered. l.* 1. §. *ſi is qui* 7. *l. ſi quis uxori* 52. §. *nec verbo. l. ſi pignore* 54. *l. inficiando* 67. *l. ſi is qui* 73. *l. qui re* 76. *l. qui ſaccum* 77. *de furt.* Videndi ſunt omnes Claſſici usque ad Giphanium in *d. l.* 3. §. *ſi rem* 18. *hoc tit.* Donell. & Hill. *lib.* 5. *comm. cap.* 12. *lit.* D. Cujac. *lib.* 26. *quæſt. Pap.* in *l. ſi rem* 47. *hoc tit.* Val. *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 19.

§. V. Fit etiam ex eodem principio, ut ſi res mobilis ab hoſtibus capta ſit, amittatur poſſeſſio, quod ſic probo: ſi poſſeſſor ipſe ab hoſtibus captus ſit, deſinit poſſidere, quia ab hoſtibus detentus amittit facultatem accedendi ad res poſſeſſas. *l. denique* 19. *l. ait Prætor* 23. §. 1. & 2. *ex quibus cauſſ. majores. l. ſi ſervus* 16. *de interrog. in jur. fac. l. eum heredes* 23. §. 1. *hoc tit. l. ſi is qui pro emptore* 15. *in princ. l. juſto* 44. §. *ult. de uſucap. l. in bello* 12. §. *facti de capt.* cum aliis, quas adduxi & expoſui *lib.* 6. *opuſc. cap.* 110. ſed eadem impotentia aut impoſſibilitas reſultat, ſi manente poſſeſſore in civitate res ab hoſtibus capiatur, ut patet, quia ad illam accedere non poteſt vetus poſſeſſor. Nec obſtat textus in *d. l. juſto errore* 44. §. *etſi poſſeſſionis de uſucap.* in quo ſi recuperetur res ab hoſtibus capta, quo tempore ſciebat vetus poſſeſſor, rem eſſe alienam, currit nihilominus uſucapio, ſi poſſidere cœpit bona fide, juncto initio præſentis poſſeſſionis cum initio antiquæ poſſeſſionis, & inſuper habito medio tempore, quo apud hoſtes fuit. Reſpondetur enim hoc procedere ex eo, quod bona fides inhæret titulo, & non eſt novus titulus aut nova cauſſa adquirendæ poſſeſſionis reverſio ab hoſtibus; quare in illa non attenditur bona aut mala fides, ut latius expoſui pro explicatione ejuſdem textus *lib.* 1. *opuſc. cap.* 12. Unde erit petenda. Hæc tamen, quæ de captivo diximus, non ſunt producenda ad eum, qui in vinculis vel a latronibus detinetur; qui poſſidet, licet revera pro tunc ad rem poſſeſſam accedere non poſſit. *l. ait Prætor* 23. §. *hi plane* 3. *ex quib. cauſſ. maj.* Iſtæ enim detentiones breves & temporariæ ſunt, quæ in jure non reputantur detentiones: comparanturque ſomno aut ſopori, qui non interrumpit poſſeſſionem ex eo, quod eſt brevis & temporaria remiſſio animi. *l.* 1. §. *furioſi* 3. *hoc tit.* Cætera, quæ ad poſſeſſionem captivi pertinent, non proſequor, quia in locis nuper adductis de illis ex profeſſo tractavi.

§. VI. Ex his facile infero interpretationem ad textum alioquin difficilem Papiniani in *l. ſi rem* 47. *hoc tit.* quæ ex antecedentibus deſumenda eſt: propoſuerat idem Conſultus modos, quibus rerum mobilium immobiliumque amittitur poſſeſſio in *l. peregre* 44. §. *quibus explicitis* 2. *hoc tit.* & Pandectarum compoſitores intexuerunt ex variis locis ejusdem Papiniani modos amittendæ poſſeſſionis ex defectu animi, ſi res poſſeſſæ immobiles eſſent, in *l.* 45. & *ſeq.* Mox in *noſtra lege* ſeparatim agit de re mobili; quomodo rerum mobilium amittatur poſſeſſio non tam ex defectu animi, quam ex defectu detentionis. Proponit primum caſum amittendæ poſſeſſionis, qui talis eſt. Rem mobilem apud te depoſui, vel illam tibi commodavi: tum rupta fide contractus conſtituiſti eam tibi retinere, & mihi non reddere, ait Papinianus, ſtatim me amiſiſſe poſſeſſionem. Hæc doctrina niſi ſecundum præcepta juris accipiatur, falſa prorſus eſt, quia nec furtum fit ſola infieiatione, ſolo animo non reddendi; nec poſſeſſio aufertur veteri poſſeſſori in hoc caſu, niſi furto commiſſo, ad quod requiritur occultatio & amotionis factum. *l.* 3. §. *ſi rem* 18. *hoc tit.* cum aliis adductis ſupra §. 4. Itaque ſuppoſitis his terminis ſententia Papiniani recipienda eſt; ut admiſſo furto per depoſitarium vel commodatarium amittatur poſſeſſio, etiam antequam vetus poſſeſſor ſciat, rem ſibi occultatam & ſurreptam eſſe, quod fuit propoſitum Conſulto, quare factum occultandi magis ſuppoſuit quam expreſſit. Nunc rationem ejus intelligimus, quam his verbis præbuit, *quod rerum mobilium neglecta atque omiſſa cuſtodia, quamvis eas nemo alius invaſerit, veteris poſſeſſionis damnum afferre conſuevit.* In primis notemus phraſim Papiniani *damnum poſſeſſionis* pro amiſſionem poſſeſſionis, ut etiam dixit in *l. Imperator* 50. *ad S. C. Treb. infligere damnum conditionis* patri, qui dilapidabat fideicommiſſum, pro illum bonis fideicommiſſo ſubjectis privare, tanquam ſi mortuus fuiſſet, vel filium emancipaſſet; quod idem eſt ac dicere, Imperator ſuſtulit conditionem de fideicommiſſo; ſenſus ergo rationis noſtri textus eſt: rerum mobilium amittitur poſſeſſio, ſi earum amittatur cuſtodia, ita ut poſſeſſor ad eas accedere non poſſit, veluti ſi ab alio ſurreptæ ſint, vel ſi negligat, omit-

omittatur cuſtodia, veluti ſi deperditæ ſint, vel pecudes aberraverint. His enim modis amitti poſſeſſionem rerum mobilium ſupra manet notatum. Ex hoc textu, quem male perceperunt veteres Claſſici, colligunt, poſſeſſionem rerum mobilium vilem eſſe, & abjectam. Prorſus male, quia ejusdem qualitatis eſt poſſeſſio rerum mobilium quam immobilium: & multoties accidit, ut res mobilis ſit gemma aut monile pretioſiſſimum, quod pluris cenſeatur, quam fundus: quo in caſu pretioſior etiam erit poſſeſſio rei mobilis quam immobilis. Semper enim ex utilitate rei poſſeſſæ æſtimatur poſſeſſio, quare incertæ æſtimationis eſt. *l. 2. de cond. triticar. l. ſi is area* 33. *de cond. ind. l. heres* 21. *ad S. C. Treb.* Melius ergo deducemus, ſi dixerimus, facilius amitti poſſeſſionem rei mobilis quam immobilis; quia res mobilis occultatur, & de loco in locum movetur. Res vero immobilis ſemper fixa ſtat: quare citius amittitur facultas accedendi ad rem poſſeſſam, ſi mobilis ſit, quam ſi ſit immobilis; ex qua reſultat amiſſio poſſeſſionis. *d. l.* 94. *§. ſi rem* 18. *d. l. rem quæ* 15. *hoc tit.*

§. VII. Proſequitur Papinianus in *verſic. idem ſcribit* eundem tractatum, annectitque ſuperioris doctrinæ limitationem vel exceptionem in ſequenti ſpecie, quæ eſt etiam de commodato, in qua generalem regulam propoſuerat. Commodavi tibi ſervum, tu conſtituiſti illum tibi retinere me invito, imperaſti ſervo, ut ad me non rediret, ſed tibi ut domino ſerviret; forte ſervum minis adegiſti, ut non ſe gereret tanquam meum, ſed tanquam tuum. Quæritur, utrum ego amittam ſervi poſſeſſionem, ſive utrum ſervi commodati poſſeſſione me prives? Et quamvis in cæteris rebus commodatis dixerit Papinianus, amittere dominum poſſeſſionem per hoc factum commodatarii, tamen in caſu hominis commodati contrarium reſpondet: videlicet quando alius non poſſederit, vinxerit, & invitum ſervum detinuerit, dominum non amiſiſſe poſſeſſionem. Voluntas enim ſervi, ut cujuscumque hominis, non patitur coactionem. *l. 3. C. de her. inſt.* Igitur licet commodatarius imperaverit ſervo, ut ad dominum non revertatur, ipſe poteſt in animo propoſitum retinere revertendi ad dominum, niſi commodatarius illum vinxerit, & invitum opus facere cogat. *l. 1. §. pen. & ult. de vi & vi arm.* Quare per propoſitum ſervi dominus retinet poſſeſſionem. Ex qua doctrina in *verſ. igitur* deducit conſequentiam: eſt ergo ſub iisdem terminis accipienda, videlicet de ſervo & cæteris rebus commodatis; a diverſis non fit illatio. *l. Papinianus* 20. *de minor.* Conſequentia eſt, maximam differentiam eſſe conſtituendam inter res, quæ ratione vel anima carent, id eſt quæ carent anima rationali, & inter homines, id eſt ſervos, qui anima rationali prædιti ſunt, & potentiis eis adhærentibus, voluntate & intellectu: illarum enim rerum, quæ vel ratione carent, ut bruta & pecudes, vel anima, ut res inanimatæ, ſtatim amittitur poſſeſſio, ſi deperditæ ſint, vel ab alio interceptæ: ſervi vero ex propoſito ipſius ad nos revertendi retinemus poſſeſſionem, quamvis commodatarius velit eum ſibi retinere vel lucriſacere; quia animus commodatarii, vel depoſitarii non ſufficit ad evertendum nos poſſeſſione ſervi; niſi vel ſervum vinciat, & compeditum opus facere cogat, vel ipſe ſervus velit commodatario obedire, moremque ei gerere, & a nobis prorſus diſcedere, tunc enim adquirit commodatarius poſſeſſionem, & per conſequens nos amittimus veterem; quia adquiſitio unius eſt excluſio alterius, cum duo in ſolidum eandem rem poſſidere non poſſint. *l. 3. §. ex contrario* 5. *hoc tit.* ſed quamdiu ſervus non vult ſe gerere tanquam poſſeſſum a commodatario, ſed tanquam a nobis poſſeſſum, non amittimus poſſeſſionem, quia nec amittimus potentiam accedendi ad ſervum, cum ipſe poſſit velitque ad nos accedere. Igitur propoſitum commodatarii nihil officit noſtræ veteri poſſeſſioni. Hunc textum difficilem reputant veteres apud Alexand. in *l. 1. §. per ſervum qui in fuga num.* 7. *hoc tit.* Val. *lib. 1. illuſtr. tract. 2. cap.* 10. *num.* 4. ad poſſeſſionem fugitivorum, & nos aliquando ad eandem materiam difficilem reputavimus, ſed nunc fatemur, de fugitivo minime Papinianum loqui; nec ejus rationem fugitivo poſſe convenire: cum fugitivus ſit, qui propoſitum non habet redeundi ad dominum. *l. qui ſit fugitivus* 17. *de Ædil. Edict. l. fugitivus* 225. *de V. S.* & Papinianus per contrarium de eo diſputet, qui propoſitum retinet redeundi ad dominum, quamvis a commodatario velit ſubverti: ſi ſic deducatur conſequentia, igitur ſi non retineat animum revertendi ad dominum, amittitur poſſeſſio, conſequentiam concedam, modo ſit alius, qui ſervi adquirat poſſeſſionem.

§. VIII. Ex dictis ſupra §. 8. conſtat, diverſam cauſſam eſſe poſſeſſionis rerum immobilium, quæ quidem non amittitur ab ignorante, tametſi alius ingreſſus ſit fundi poſſeſſionem violenter, donec vetus poſſeſſor reſciſcat vim fuiſſe illatam, & animum poſſidendi diſpendeat, deponatque tanquam impar defenſioni, & violentiæ propulſandæ: quia interim non amittit facultatem accedendi ad rem poſſeſſam, quæ fixa eſt in loco, niſi prius deſinat velle poſſidere. Quod principium probatur ex *l. 3. §. ſi quis nuntiet* 8. *cum ſeq. l. clam poſſidere* 6. *§. ult. l. rem quæ* 15. *l. ſi id quod* 25. *§. 1. l. peregre* 44. *§. ult. cum duab. legg. ſeqq. hoc tit. l. naturaliter* 5. *de uſuc. l. 1. §. ſive autem* 24. *& §. penult. de vi & vi arm. l. pen. tit.* 30. *Part.* 3. docent & differentiam agnoſcunt præter Claſſicos in prædictis locis Don. & Hill. cum multis *d. lib. 5. cap.* 12. Valent. *lib. 1. illuſt. tract. 2. cap. 2. num.* 19. *& ſeqq.* Duar. in *paraphraſ. ad d. l. 3. §. ſi quis nuntiet* 8. *& §. ſi quis rem* 18. quæ ſane differentia reſultat ex qualitate rei poſſeſſæ, ſed datis paribus terminis idem procedit in re mobili, ac in re immobili, ut optime conſiderant Raphaël Cuman. *num.* 4. & Jaſo *num.* 3. in *d. l. 3. §. Nerva.* Ponamus enim, mihi rem mobilem fuiſſe ab alio violenter raptam; quem tamen perſequor, ſperans & confidens, poſſe ab illo rem recuperare, non amittam interim poſſeſſionem, donec deſinam raptorem ſequi, *arg. §. quod ſi fera inſt. de rer. diviſ.* cum ſimilibus. Ecce ubi res mobilis comparatur immobili in hoc, quod ejus non amittitur poſſeſſio, niſi depoſito animo poſſidendi. Per contrarium ſi exercitus magna & inevitabili vi fundum meum ingrediatur, quamvis ego violentiam ejus ignorem, nihilominus ſtatim deſino poſſidere partem illam, quam occupat. *l. quod meo nomine* 18. *§. pen. & ult. hoc tit.* Ratio eſt, quia vis exercitus eſt vis major, cui reſiſti non poteſt. *l. ex conducto* 15. *§. 1. locat.* Cum ergo par illi reſiſtendo non ſim, quamvis ſciam, fruſtra ſcientia mea deſideratur, ut amittatur poſſeſſio, ut dixi *part. 1. cap.* 2. Ecce etiam in hoc caſu comparatur res immobilis rei mobili in hoc, ut ignorans rei immobilis amittat poſſeſſionem; quia his poſitis circumſtantiis inter utrumque genus dantur termini pares: ſolet etiam quæri de modo, quo quis dejiciendus ſit de fundo, ut amittat poſſeſſionem: in qua re tres gradus breviter diſtinguendi ſunt. Ut quis amittat poſſeſſionem, ſufficit, ſi viſis hominibus armatis, aut fugiat a fundo animo conſternatus atque perterritus, exiſtimans venire exercitum, aut armatam manum ad ſe dejiciendum, quamvis exercitus alio tendat; quia diſceſſit corpore & animo. *l. etſi noluit* 7. *hoc tit.* ſed tamen ut ei detur reſtitutio, & remedium tituli de metu, neceſſe eſt, quod armati homines occupent de facto fundum, quem vetus poſſeſſor propter metum vacuum dereliquit; quia ſi non detur occupatio ex parte inferentis vim, ipſe metum non infert, quamvis aufugiens metum patiatur. *l. metum* 9. *in princ. de eo quod met.*

cauſſ. Quo in caſu competit etiam dejecto interdictum *unde vi*, quod ſimile eſt prædictæ reſtitutioni. *l.* 1. §. *idem Labeo* 29. *l.* 3. §. *ſi quis cum ſeqq.* & §. *uti frui* 14. *de vi & vi arm.* Et nihilominus res non incidit in vitium violentiæ, nec redditur inuſucapibilis ob legem Plautiam & Juliam de vi: ad hoc enim requiritur, quod ſit res vi poſſeſſa, & vi poſſeſſa tunc dicitur, quando violenter & utrinque collata manu vetus poſſeſſor a poſſeſſione detruditur. *l. ſequitur* 4. §. *item ſi* 28. *l. non ſolum* 33. §. *ſi dominus* 2. *de uſucap.* quæ inter ſe contrariæ non ſunt, cum verſentur circa diverſas ſpecies, ut ex Acc. Caſtr. & Cujac. in *d.* §. *ſi dominus* Don. & Hill. *lib.* 15. *comm. cap.* 31. *lit. L.* Pich. in §. *recuperandæ inſt. de interd. num.* 8. dixi in ſelectione ad *Legem Plautiam*, quare in his diutius immorari non duxi.

§. IX. Hactenus dicta procedunt, quando retinemus poſſeſſionem per noſmet ipſos: ſupereſt inveſtigare, quid ſit dicendum, quando illam retinemus per alios, veluti per ſervos, colonos, commodatarios, & ſimiles, qui miniſterio & corpore ſuo nobis poſſident, qua in re differentiam agnovit, conſtituitque Papinianus ipſe in *d. l. peregre* 44. §. *quibus explicitis hoc tit.* Amittimus quippe poſſeſſionem rerum immobilium etiam ignorantes, ſi ipſi dejecti ſint, per quos poſſidemus. Ratio eſt, quia, ut deficiat inſtrumentum poſſidendi & retinendi poſſeſſionem, conſequens eſt, ut noſtra deficiat poſſeſſio. *l.* 1. §. *quod ſervus* 22. & §. *non alii* 45. & §. *inde Vivianus* 46. *l. ult. de vi & vi arm.* Unde dicendum erit ſecundum juris ſtrictam rationem, etiam poſſeſſionem amitti, ſi colonus vel commodatarius dereliquerint poſſeſſionem, vel ab ea diſceſſerint: quia cum miniſterium nobis præbeant, illis ceſſantibus deſinimus poſſidere. Receptum tamen fuit benigna ratione, ut in hoc caſu non amitteremus poſſeſſionem, ne eorum protervia nobis poſſet afferre detrimentum. *l. cum quis* 31. *de dol. l.* 3. §. *ſi quis nunciet* 8. *verſ. quod ſi ſervus hoc tit. l. qui fundum* 7. *pro empt.* Quæ benignitatis ratio extenſa fuit ad caſum furoris ſervi, coloni, & ſimilium, & ad caſum mortis, quamvis periculum proterviæ in his caſibus metui non poſſet: & favorabiliter etiam receptum fuit, ut morte vel furore ſervi vel coloni non amitteremus poſſeſſionem; quamvis jam animum ſuum nobis accommodare non poſſent. *l. ſi id quod* 25. §. 1. *hoc tit. l. nunquam* 31. §. *ſi ſervus* 3. *de uſucap.* Itaque neque morte neque derelictione ſervi aut coloni amittimus poſſeſſionem: verum in caſu mortis adhuc notanda eſt elegans limitatio, ſi dominus comperta morte ſervi colonive negligens fuit in apprehendenda poſſeſſione vel per ſe, vel per alium, quo caſu cenſetur amiſſa poſſeſſio proprio animo. *l. ſi de eo* 40. §. 1. *hoc tit.* quam ſic recte accipit Ant. Faber *de error. Pragmat. dec.* 4. *err.* 2. quamvis Jacob. Cujac. *tract.* 7. *ad Afr.* & Giphan. in *d. l.* 40. diſſenſionem Sabini odorare voluerint: quod tempus cenſeatur ſufficiens, ut quis videatur negligens in apprehendenda poſſeſſione, in caſu præſenti non eſt in jure determinatum, quare merito arbitrio judicis relinquunt Conn. *lib.* 3. *comm. cap.* 9. *num.* 5. Giphan. in *d. l.* 4. §. 1. Ant. Fab. *d. err.* 2. Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 109. addendus etiam eſt Donell. *lib.* 15. *comm. cap.* 32. apud Hill. *cap.* 31. maxime *lit. L.* & *ſeqq.*

§. X. Nunc pro coronide dicendum eſt, quomodo colonus non decedit vel diſcedit, ſed potius alii tertio tradit poſſeſſionem, quam mihi retinebat; idemque de ſervo & aliis in hoc caſu ſemper receptum & retentum fuit, veterem poſſeſſorem amiſiſſe ſuam poſſeſſionem, quia, cum novus poſſeſſor incipiat, deſinit alter poſſidere. *l.* 3. §. *ſed ſi alii* 7. *hoc tit. l. ult. C. eod. tit. l. non ſolum* 33. §. *quæ pignori de uſucap. l.* 1. *C. de uſucap. pro emp.* textus elegans in *l.* 13. *tit.* 30. *Part.* 3. docent & pro comperto ſupponunt omnes Claſſici in *d. l. ult.* Donell. & Hillig. *lib.* 5. *cap.* 12. *lit. L.* Ant. Fab. *de err. Pragm. decad.* 4. *errore* 2. & *ſeqq.* & *decad.* 5. *errore* 1. & *ſeqq.* ex quo etiam fit, ut licet ſervus, colonuſve alii non tradat poſſeſſionem, ſed eam derelinquat, ſi tamen alius rem occupet, amittere poſſeſſionem veterem poſſeſſorem. Quo in caſu deficit ratio æquitatis *ſuperiori* §. conſiderata; non enim amittitur poſſeſſio propter derelictionem coloni, ſed propter occupationem extranei. *l. ſi de eo* 40. §. *ſi forte hoc tit.* notant Hillig. *ubi proxime lit. K.* Ant. Gom. *d. num.* 109. Cujac. *lib.* 26. *quæſt. Papiniani* in *l. ſi fundum* 18. *de vi & vi arm.* quod tamen dicimus, ſi colonus alii tradat poſſeſſionem, amittere eam veterem poſſeſſorem, intelligendum eſt, ſi tradat ex cauſſa, quæ ſolet transferre dominium, vel ſaltem poſſeſſionem, quæ tranſlatio ſubvertit veterem poſſeſſorem ſua poſſeſſione: alioquin ſi ipſe conductor rem alii conducat vel commodet, non amittit dominus poſſeſſionem; quia tam primus quam ſecundus colonus miniſtri ejus ſunt. *l. Pomponius* 29. *quib. mod. uſusfr. amit. l. cum in plures* 60. §. 1. *locat. l. qui univerſas* 30. §. *ult. hoc tit.* videtur tamen obſtare textus in *l. quamvis* 32. §. *ſi conductor hoc tit.* ubi conductor rem a ſe conductam alii vendidit rupta fide contractus, & rurſus a novo emptore illam conduxit: itaque qui prius erat colonus Titii, poſtea fuit colonus Mævii novi emptoris; & utrique mercedes ſolvebat, cauſſa utrumque decipiendi; quæſitum fuit, utrum primus locator amiſiſſet poſſeſſionem? & reſpondit Paulus, minime amiſiſſe: igitur licet colonus rem vendat vel perdat, non privat dominum poſſeſſione. Reſponderunt tamen ſubtiliter & vere Conn. Donell. Cujac. & Giphan. ſupra laudati, in hoc textu non interveniſſe veram & realem traditionem coloni, ſed fictam quandam, nempe per clauſulam conſtituti poſſeſſorii, de quo in *l. quod meo nomine* 18. *hoc tit.* Colonus enim, qui mihi & meo nomine retinebat poſſeſſionem, vendidit rem, & in eodem actu voluit ab emptore conducere, & ei præſtitit mercedem, cum vero conſtitutum poſſeſſorium celebrari non poſſit, niſi ab eo, qui ſibi & ſuo nomine poſſidet, conſequens eſt, ut nec veterem poſſeſſorem privet poſſeſſione, neque illam transſerat in alium. *d. l. Pomponius* 29. *quib. mod. uſusfr. amit.* docent ad rem Salicet. in *d. l. ult. C. hoc tit. num. ult.* Gregor. in *l.* 13. *gloſſ.* 5. *num.* 3. *tit.* 30. *Part.* 3. unde fruſtra ex hoc textu contrarietatem inter Conſultos agnoſcere vult Emund. Meril. *lib.* 1. *prior. obſerv. cap.* 7. nec neceſſe eſt recurrere ad alias evaſiones, quas præbent Giphan. in *d. l. ult. C. hoc tit.* Duaren. in *d.* §. *ſi quis nunciet.* non etiam obſtat textus in *l. ſi colonus* 31. *hoc tit.* ubi ſi colonus exeat de fundo ſine animo deſerendæ poſſeſſionis, & eo redeat, retinemus poſſeſſionem, quia hæc doctrina certiſſima eſt, nec admitti debet argumentum a contrario ſenſu, cum ſit abſurdum, quamdiu alius non occupaverit deſertam poſſeſſionem, ut nuper diximus. Tandem non obſtat textus in *l. ult. C. ſi al. res pign. dat. ſit.* ubi dicitur, ex pignoratione facta a colono nullum præjudicium generari domino, quia hæc verba non ſignificant, non amittere dominum poſſeſſionem, ſed rem non remanere affectam vinculo pignoris, ut exponit Menoch. *d. rem.* 14. *num.* 21.

CAPUT SECUNDUM.

De amittenda poſſeſſione ex defectu animi.

§. I. Diximus in *princ. hujus tract.* animum eſſe unam ex partibus ſubſtantialibus ad adquirendam, & retinendam poſſeſſionem; quia ſine illo nec adquiritur, neque retinetur. *l.* 3. §. *cæterum* 12. *l. peregre* 44. §. *quæſitum hoc tit.* Igitur ſolo animo deficiente amittitur. Ita ratiocinatur Paulus in *l.* 3. §. *in amittenda* 6. *hoc tit.* in quo di-

diſtat acquiſitio ab amiſſione, quia facilius quælibet res interit, quam in eſſe producitur, ut ibidem dixi. Ideirco ſolo animo poſſeſſio adquiri non poteſt, ſed ſolo animo amitti poteſt. *d. §. in amittenda* 6. unde ſi nolimus poſſidere, ſtatim poſſidere deſinimus, quamvis corpore ſimus in fundo. *l. ſi quis vi* 17. *§. differentia. l. qui univerſas* 30. *§. item* 4. *hoc tit.* cui parti vulgo ſolent opponi textus in *l. quemadmodum* 8. *l. quamvis* 46. *hoc tit. l. fere* 153. *de R. J.* in quibus facta comparatione inter modos acquirendi & amittendi poſſeſſionem, docemur, nullam poſſeſſionem amitti poſſe ſine animo & corpore, id eſt ſine noluntate poſſidendi & facto diſcedendi a re poſſeſſa; quia nulla adquiri poteſt, niſi utroque ſimul concurrente, ſcilicet facto & animo. Ergo ſolus animus non poſſidendi, ſive ſola noluntas non ſufficit ad amittendam poſſeſſionem. Hæc eſt una ex celebrioribus antinomiis, quæ ſunt in toto juris corpore, de qua multa & multos adducit Nicol. Genua ſub his textibus. Attulimus etiam nos *lib.* 1. *opuſc. cap.* 14. & nuper Oroz *lib.* 4. *de apic. jur. civ. cap.* 13. *a princ.* Pro cujus expoſitione inprimis fatemur, faciliorem modum explicandi animum ſeu noluntatem poſſidendi eſſe diſcedere a re poſſeſſa, quia ſi corporaliter in fundo perſiſtimus, non facile videmur velle non poſſidere, factum enim denotat poſſidendi animum. Ita indicavit Papinianus in *d. l. peregre* 44. *§. ult. hoc tit.* ibi; *ſi modo eo animo inde digreſſi fuiſſemus, ne poſſideremus.* in quibus voluntatem non poſſidendi expreſſit per factum egrediendi a fundo, ut apertius dixit noſter Alphonſus Sapiens in *l.* 12. *tit.* 30. *Part.* 3. juncto Gregor. ibi *gloſſ.* 1. cæterum ſi aliter animus colligatur, quamvis in fundo ſimus, deſinimus poſſidere, ſi animo non retinemus poſſeſſionem. Species exſtat in *l.* 1. *§. penult. de vi & vi arm.* ubi ſi poſſeſſor in fundo exiſtens victus & vinctus ſit ab eo, qui vim intulit, cenſetur detruſus & dejectus, & amiſiſſe poſſeſſionem; quia habet animum impeditum ad poſſidendum: idem dicendum eſt de voluntaria dimiſſione poſſeſſionis; quia qui non vult poſſidere, & ſic proteſtatur verbo, vel in alium transferendo poſſeſſionem licet inutiliter, quamvis in fundo maneat, deſinit ſtatim poſſidere. *d. l. ſi quis vi* 17. *§. differentia.* ut agnoſcunt Accurſ. & Claſſici usque ad Giphan. in *d. §. in amittenda.* Hillig. ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 13. *lit.* C. Pichard. in *§. ult. de her. qual. & diff. num.* 60. regulare ergo eſt, ut non amittatur poſſeſſio, niſi animo ſimul & corpore concurrente in amiſſionem, & ob id tanquam juris regula ſic tradita eſt; ſed eſt verum, per ſolum animum amitti, ſi deſit animus; quia eo deficiente non poteſt ſtare poſſeſſio. Igitur hac ratione dimiſſionem poſſeſſionis appellavi, quando ſolo animo derelinquitur; amiſſionem vero, quando ab actu & potentia externa provenit, ut illam amittamus, rerum præſertim immobilium, in quarum poſſeſſionis amiſſione utrumque concurrere neceſſe eſt, ut *ſuperiori cap.* diximus.

§. II. Cum ergo textus in *d. l. quemadmodum* 8. & in *d. l. quamvis* 46. *hoc tit.* ex quibus deſumpta fuit regula, quæ extat in *d. l. fere*, loquantur de amiſſione poſſeſſionis rerum immobilium per violentiam ab alio illatam, ſive per vim externam, de qua loquuntur textus antecedentes, conſequens eſt, ut debeant intelligi ſecundum ſubjectam materiam, ſcilicet de amiſſione poſſeſſionis non de dimiſſione, de qua expreſſe loquitur textus in *d. l.* 3. *§. in amittenda* 6. nec obſtat, doctrinam prædictorum textuum tradi tanquam regulam juris in *d. l. fere* 153. ut inde perſuadeamur, eorum ſententiam abſolute & ſine diſtinctione eſſe intelligendam tam de dimiſſione quam de amiſſione poſſeſſionis. Negamus enim tantam energiam aut poteſtatem eſſe regularum juris; ſufficit enim, ſi veritatem contineant generaliter, & ut in plurimum, quamvis in hoc vel in illo caſu deficiat: non enim ſumitur jus ex regula, id eſt regula non facit jus in omnibus caſibus, nec omnibus caſibus poteſt adaptari, ſed potius ex jure recepto regula fit; id eſt ex principiis materiarum fiunt regulæ, quæ aliis citra errorem adaptari non poſſunt. Quare regula deducta ex *d. l.* 8. quæ de amiſſione poſſeſſionis agit, ſecundum illam, & in ſuo caſu recipi debet, non in aliis. *l.* 1. *l. omnis definitio* 101. *de R. J.* ubi ſic explicant Petr. Fab. Rævard. & Jacob. Gothofr. Sic principia facimus D. Hieronymo de Oroz *d. cap.* 13. *num.* 4. qui procul dubio totum caput non legit, cum dixerit non inveniſſe rationem differentiæ inter amiſſionem & dimiſſionem poſſeſſionis; cum de differentiæ ratione operoſe inquiſivimus, quam (ni fallor) præſtitimus.

§. III. Alio & ſimpliciori modo hanc antinomiam compoſuit Vaconius a Vacuna *lib.* 2. *declarat. cap.* 42. cujus intellectum ſemper tradidi exceptoribus meis, cum verus ſit & facilis. Docet enim defectum animi efficere, ut deficiat etiam corporalis detentio; idcirco per defectum animi vere & proprie utrumque deficere: hanc ſolutionem ſequutus etiam fuit Oroz, eaque communiter probatur, quam exemplis illuſtrat Vaconius: veluti de eo, qui non vult tabulam pingere, & in caſibus ſimilibus. Ego vero ſic explico: nemo poſſidet, niſi qui detinet rem cum animo ſibi habendi. Ponamus ergo, eum, qui corporaliter in fundo eſt, nolle ſibi habere, & ita proteſtari, & nihilominus in inſiſtentia fundi perſeverare, verum erit dicere detinere rem; ſed tamen non detinet ſibi, quia non vult poſſidere: manebit ergo res vacua poſſeſſore, quamvis detentor in ea ſit. Ut ergo, quamvis detineamus corporaliter rem, poſſumus ſolo animo in alium transferre poſſeſſionem, ſi velimus ejus nomine poſſidere. *l. quod meo nomine* 18. *hoc tit.* ſic quamvis permaneamus corporaliter in re, poſſumus deſinere poſſidere, ſi velimus amittere poſſeſſionem. Quare detentio, quæ manet abjecto animo, non eſt talis, qualis erat, cum veſtiebatur animo poſſidendi: & ſic cum illa prior detentio immutata ſit quoad qualitatem; diximus recte deficiente animo utrumque deficere, nempe tam animum quam detentionem, quæ producit poſſeſſionem, quæ de hac antinomia dixiſſe ſit ſatis.

§. IV. Hic ſolet notari differentia inter amiſſionem poſſeſſionis & dominii: poſſeſſio, quia ex facto pendet, id eſt ex noſtra detentatione, & voluntate poſſidendi, ſolo noſtro facto aut contraria voluntate amittitur; dominium vero, quia in adquiſitione & retentione, pendet a lege, id eſt quia juris eſt. *l. in bello* 12. *§. cætera* 6. *de capt.* ſola voluntate noſtra non amittitur; deſideratur quippe modus jure gentium vel jure civili approbatus, quo amittatur. Idcirco qui non vult dominus eſſe, debet rem a ſe abjicere vel pro derelicto habere. *d. l. ſi quis* 3. *num.* 3. Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 13. *lit. A.* Cujac. *lib.* 20. *obſerv. cap.* 8. & *lib.* 54. *Paul. ad Edict.* in *l.* 2. *pro derel.* Ant. Fab. in *Ration.* ad textum in *l. quemadmodum* 38. *§.* 1. *de noxal. act.* ex qua differentia fluit alia non minus elegans, & magis quotidiana, videlicet ſi rem tradam illi, qui ejus poſſeſſionem adquirere non poteſt, (veluti furioſo qui a me emerat, cum eſſet in umbra quietis) protinus me amittere poſſeſſionem, quamvis ille furioſus non adquirat. *l. quod meo nomine* 18. *§. ſi furioſo hoc tit.* & tamen in eo caſu non abcedit a me dominium, ſi illud non adquirat is, in quem ego transferre cupiebam. *l. ſi ego* 9. *in princ. de jur. dot. l. vir uxori* 39. *de don. int. vir. & ux. l. cum quis* 38. *§.* 1. *de ſolut.* quia ex actu inutili ad producendum effectum reſultat ſufficiens & efficax voluntatis declaratio. *l. ult. de reb. eor. qui ſub tut. l.* 3. *§.* 1. *de inſtr. vel inſtrum. leg. l. filio* 31. *§.* 1. *de adim. leg. l.* 1. *de aſſig. liber.* ut dixi *lib.* 3. *analect. de interd. & releg. num.* 78. cum vero poſſeſſio amittatur ſolo animo eam non reti-

nendi, nec animum retinendi habeat, qui vult iſtam in alium transferre. *l. fuit quæſtionis* 24. *de adq. her.* conſequens eſt, ut protinus amiſſa cenſeatur; quod de amiſſione dominii dici non poteſt, cum ſolo animo non amittatur, ſed vel tranſlatione juris, quod antea dominus habebat, vel ſaltem abjectionis a ſe, vel derelictionis rei, quem animum derelinquendi non poſſumus colligere ex actu tradendi rem alii, quia qui rem derelinquit, vult ut fiat prius occupantis, & voluntatem ſuam confert in perſonam incertam. *l. qua ratione* 9. §. *ult. de acq. rer. dom.* §. *interdum inſt. de rer. div.* qui vero vendit vel donat rem Titio furioſo, quem ſanæ mentis eſſe exiſtimabat, non vult eam in alium transferre, neque incertam perſonam reſpicit. Igitur animus hic non poteſt haberi pro animo abjiciendi rem, vel habendi eam pro derelicto, quare nec ex eo animo amittitur dominium; quia nullus animus eſt ſine abjectione aut derelictione rei, ut docent Accurſ. Cum. & Giphan. in *d.* §. *ſi furioſo.* Cujac. *tract.* 7. *ad Afr.* in *d. l. cum quis* 38. §. 1. Ant. Gom. in *l.* 45. *Tauri num.* 110. & expreſſius quam cæteri rationem præſtitit Pet. Barb. in *l. ſi alienam* 12. *num.* 100. *ſol. matrim.* Non tamen quævis traditio alii facta ſufficit, ut rei traditæ amittamus poſſeſſionem: ecce enim ſi volens tradere fundum Tuſculanum per errorem tradidi Sempronianum, neutrius amitto poſſeſſionem, nec Tuſculani, quia illum non tradidi, cum cenſeri non debeat animus non poſſidendi illum, ſiquidem in eo non intervenit traditio, quæ animum debebat explicare; nec amitto poſſeſſionem fundi Semproniani, quia licet tradidiſſem eum de facto, non habui animum illum transferendi, nec deſerendæ poſſeſſionis ejus. *l. ſi me in vacuam* 34. *de acq. poſſ.* eſt enim error contrarius conſenſui. *l. ſi per errorem* 15. *de juriſd. l. nihil conſenſui de R. J.* quare in errante circa rem, in qua erat, non poſſumus interpretari animum: ita Barb. *ubi proxime num.* 109. Giphan. in *d. l.* 34. Conn. *lib.* 3. *comm. cap.* 8. *num.* 6. multo magis hoc dicendum eſt, ſi ita poſſeſſio a nobis tradita ſit, ut expreſſe caveamus, nolle nos amittere poſſeſſionem aliter, quam in illum transferatur, cui rem tradimus; tum etenim deficiente tranſlatione poſſeſſionis illam non amittimus. *l. abſenti* 38. §. 1. *hoc tit. l. colonus* 12. *l. cum fundus* 18. *ff. de vi & vi arm.* Ratio eſt, quia conditionalis animus non eſt animus, niſi poſtea impleta conditione; ergo ea deficiente talis animus dari non poteſt. *l. hæc venditio* 7. *ff. de contr. emp. l. neceſſario* 8. *de peric. & com. rei vend.* conditionalia enim, ut dicunt philoſophi, nihil ponunt in eſſe; ſive ut nos dicimus, quod pendet, non eſt pro eo, quaſi ſit. *l. is damnum dat* 169. §. 1. *de R. J.* id eſt quod ſub conditione pendet, non eſt adhuc, licet impleta conditione eſſe poſſit, ut ibi exponunt interpretes.

§. V. Poſtquam egimus de animo expreſſo amittendæ poſſeſſionis, dicamus de animo præſumpto circa eandem rem. Amittitur ergo poſſeſſio, ſi longo tempore quis abſuerit a re poſſeſſa, vel ſi negligens fuerit per multum temporis in accedendo ad eam, & repetendam culturam & cuſtodiam. *l. furtum* 37. §. 1. *de uſucap.* quia longa amiſſio rei pro derelictione in jure reputatur. *l. ſi finita* 15. §. *ſive autem* 21. *de damn. inf.* in quo articulo duo elucidanda ſunt. Primum quis dicatur negligens circa rem. Secundum quod tempus cenſeatur longum: negligens quidem opponitur diligenti; cum ergo diligens ſit, qui rei inſiſtit laborando, ferendo, fructus ex ea percipiendo, ſolvendo penſiones, collectas, & tributa, quæ pro ea penſitantur, & ſimiles actus fruitionis & uſus exercendo, ex quibus probatur poſſeſſio, ut docent Maſcard. *de probat. concluſ.* 1182. & 3. *ſeqq.* Menochius *de recuperan. remed.* 3. *concluſ.* 72. Oroz *lib.* 4. *de apicib. jur. civil. cap.* 14. ita negligens eſt, qui nihil prorſus prædictorum exercet. Hæc ita vera ſunt, ſi non adſit cauſſa externa, propter quam ad rem poſſeſſam accedere non poſſit vetus poſſeſſor, nam ſi propter ingruens bellum aut aliam vim non accedat, non cenſetur negligens, & ſemper animo retinet poſſeſſionem. *l. licet* 4. *C. hoc tit.* quoad ſecundum communior ſententia eſt, decem annos negligentiæ cenſeri eſſe longum tempus. Menoch. *de recup. rem.* 7. *num.* 25. Gothofr. in *d. l.* 15. §. *ſive autem* 21. Giphan. in *l. ſi id quod* 25. *hoc tit.* unde qui per decem annos nullam curam rei geſſit, cenſeri debet nolle poſſidere; adeo ut ſi alter ejus poſſeſſionem ingrediatur, nec clandeſtinus, nec violentus poſſeſſor ſit. Secus vero erit dicendum, ſi ante prædictum tempus occupet poſſeſſionem, tunc enim tanquam violentus punitur ex nova Juſt. Conſtitutione, quæ extat in *l. ult. C. unde vi.* ut notat Menoch. *de recuper. d. rem.* 7. *num.* 13. & 14. & *rem.* 13. *per totum.* niſi per ignorantiam, & tanquam vacuam rem occupaverit; tunc enim poſſeſſionem reſtituit, ſed invaſoris pœnis non tenetur. *l. invaſor* 5. *C. eod. tit.* docent Menoch. *d. rem.* 7. *per totum.* Cujac. *lib.* 19. *obſerv. cap.* 16. aliquando vero a jure brevius tempus definitur, ut prædia, quæ fiſco penſitationem ſolvunt, ſufficit, ſi per biennium deſerantur, ut a novo cultore poſſint occupari. *l.* 2. *C. de om. agr. deſer.* & apud nos, ſi quis cum titulo & bona fide nactus fuerit poſſeſſionem alicujus rei, & in ea repetenda vetus poſſeſſor negligens fuit per annum, novus poſſeſſor adeo verus poſſeſſor conſtituitur, ut ſuper poſſeſſione deinceps reſpondere non teneatur. *l.* 3. *tit.* 15. *lib.* 4. *Compil.* cæterum ſi titulum & bonam fidem novus poſſeſſor probare non poſſit, ſervatur jus commune de decem annis, ut docet Ant. Gom. in *l.* 45. *Tauri num.* 110.

§. VI. Per privationem voluntatis finitur etiam animus poſſidendi: privatio voluntatis eſt mors; igitur morte amittitur poſſeſſio, ut omnia, quæ ex perſeverantia voluntatis dependent. *l.* 4. *locat.* quare heres non prius incipit poſſidere, quam rerum hereditariarum apprehenderit poſſeſſionem. *l. cum heredes* 23. *hoc tit.* & hereditas jacens non poſſidet, quia corporis & animi expers eſt. *l.* 1. §. *Scævola ff. ſi is qui teſt. lib. eſſe juſſ. eſt.* juncta *l. hereditaria* 68. *de furt. l.* 2. *de crim. expil. her. l.* 2. *tit.* 14. *Part.* 7. docent cum multis D. Chumazero *ſelect. diſp.* 4. Val. *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 11. & *tract.* 3. *cap.* 4. *num.* 9. & *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 1. *de adq. her. cap.* 2. *num.* 3. Amaya *lib.* 2. *obſervat. cap.* 7. *fere per totum.* nec obſtat textus in *l. cum miles* 30. *ex quib. cauſſ. maj.* ubi dicitur, heredem poſſe implere uſucapionem a defuncto cœptam, quia poſſeſſio defuncti quaſi conjuncta deſcendit ad heredem, & plerumque uſucapio completur nondum adita hereditate. Reſpondeo enim, conjungi poſſeſſionem defuncti cum poſſeſſione heredis quoad uſucapionem: ergo cum detur conjunctio, neceſſe eſt dari plures poſſeſſiones, quam unam nempe antiquas defuncti, & novas heredis, ut dixi *lib.* 3. *opuſc. ad l. de acceſſionibus* 14. *de diverſ. & tempor. præſc.* igitur non eſt una & eadem poſſeſſio; ſed effectus, prærogativaque poſſeſſionis defuncti ad uſucapiendum, jungitur ſecundæ poſſeſſioni heredis, ut in *l. delia* 76. §. *ult. de contr. empt.* Non etiam obſtat, quod in *d. l.* 30. dicitur, compleri uſucapionem jacente hereditate, antequam heres adeat, & rerum hereditariarum apprehendat poſſeſſionem. Hoc enim, ut reſpondeam, favorabiliter a jure indultum eſt propter frequentem caſum mortis, ut hereditas jacens, quamvis non poſſideat, continuet, compleatque uſucapionem a defuncto cœptam. *l.* 2. §. *ult. l. cum ſponſus* 12. §. 1. *de Publician. l. numquam* 31. §. *vacuam. l. juſto* 44. §. *etſi poſſeſſionis,* & §. *nondum de uſucap. l.* 2. §. *etiam* 18. *l. qui cum* 6. §. *ult. pro empt.* docent Bart. in *l. neque militem* 20. *ex quib. cauſſ. major.* Cuman. & Caſtr. in *d.* §. *nondum.* Ant. Fab. in *Ration. ad l. denique* 19. *eod. tit. ex quib. cauſſ. maj.*

Digitized by Google

moſ. Cujac. *lib.* 19. *Paul. ad Edict.* in *d. l.* 2. *de Publician.* Valent. & alii, ex quibus dixi in Academicis ad *tit. de uſucap. ſect. de poſſ.* nec etiam obſtat textus in *l. gerit* 88. *de adq. her.* ubi Conſultus docet, pignus a defuncto acceptum deſcendere ad heredem, quia qualis qualis poſſeſſio fuit in hereditate. Reſpondeo enim, hanc notam improprietatis potius denotare hereditatem non poſſidere, ſed tantum retinere jus pignoris, ſive pignoris obligationem, quæ juris eſt. *princ. inſt. de oblig.* ut agnoſcunt ibi Bart. *num.* 3. & Cujac. *lib.* 23. *quæſt. Pap.* in *l. juſto* 44. *§. nondum de uſucap.*

§. VII. Ex quibus dicendum eſt, per legem civilem effici non poſſe, ut abſolute & in quemcunque heredem poſſeſſio defuncti tranſeat. Ratio eſt, quia ſui heredes exiſtere poſſunt furioſi, amentes, & infantes. *l. furioſus* 63. *de adq. her.* qui omnes incapaces ſunt poſſidendi, cum animi expertes ſint. Deinde ex parte rei poteſt dari incapacitas & impoſſibilitas ad poſſidendum; veluti ſi jacente hereditate ab alio occupata ſit vel ſurrepta; qua accepta poſſeſſione impoſſibile eſt, ut alter eam habeat. *l.* 3. *§. ex contrario* 9. *hoc tit.* quam opinionem præfero tanquam magis communem & veram, eamque ſuſtinent Bald. in *l.* 1. *num.* 1. *C. com. de leg.* Cujac. *lib.* 12. *Paul. ad Edict.* in *d. l. cum miles* 30. *ex quib. cauſſ. maj.* Valent. in *tract.* 1. *de adq. her. cap.* 2. *num.* 14. Giphan. in *l.* 3. *hoc tit. num.* 22. Hillig. ad Donell. qui tamen immerito Giphanium reprehendit, cum idem ſentiat *lib.* 5. *comm. cap.* 8. *lit. A. verſ. efficitur.* potuit vero poteſtque lex civilis efficere, ut in heredem capacem adquirendi poſſeſſionem, transferatur poſſeſſio defuncti rei ſcilicet vacuæ, & a nemine poſt mortem poſſeſſæ: tunc enim tantum tædium apprehenſionis ſupplet, quod efficere poſſe legem vidimus, & ex multis exemplis obſervavimus ſupra *parte* 1. *cap.* 2. Quæ doctrina ſic fundatur: lex efficit, ut ſtatim ac coïta ſocietas eſt inter duos omnium bonorum, continuo bona communicantur, nedum quoad proprietatem, ſed & quoad poſſeſſionem. *l.* 2. *pro ſocio.* efficit etiam, ut poſſeſſio adrogati tranſeat in adrogatorem ſine ullo facto acquiſitionis vel apprehenſionis. *l. ſi adoptavero* 16. *de precar.* neque hæ fictiones abſurdæ videntur; quia qui ſocietatem contrahit, vel adrogat, capaces ſunt poſſidendi, cum animi compotes ſint, & ab alio res non poſſideantur, niſi a ſocio vel filio. Igitur eodem modo & datis paribus terminis dicendum erit, idem recipi poſſe in herede, ſi ponamus eandem capacitatem ex ejus parte, & ex parte rerum, ut agnoſcunt ſatis expreſſe Bartholom. Romulejus in *l.* 1. *hoc tit. num.* 188. Alex. in *l.* 3. *hoc tit. num.* 16. Zaſius in *§.* 1. *ejusd. l.* qui de ratione non curant, neque eam præſtitit, quamvis tentaverit, noſter Pichard. *princ. inſt. de acq. per adrog. num.* 40. neque reputo neceſſarium, dicere cum Molin. *lib.* 4. *de primog. cap.* 2. *num.* 33. & 34. tacitum precarium interveniſſe, vel tacitum conſtitutum in duabus ſpeciebus precarii & ſocietatis ſupra propoſitis.

§. VIII. Inde etiam infertur, ſtatuta Europæ, quæ diſponunt, mortuo auctore poſſeſſionem tranſire in quemcunque heredem ipſo jure ſine facto apprehenſionis, tanto magis recedere a vera ſubſtantia poſſeſſionis & a natura rei, quanto minus reſpiciunt capacitatem heredis aut rei poſſeſſæ, ut præter ſupra laudatos docet recte Ant. Fab. *de error. Pragm. dec.* 5. *errore* 4. fatemur tamen, poſſe ſtatuta diſponere circa effectus poſſeſſionis, perinde ac ſi apprehenſa fuiſſet; quia effectus non proprie nec immediate proveniunt a poſſeſſione, ſed a diſpoſitione juris, quæ illam exornant. *l. poſſeſſio* 49. *hoc tit. l. bonæ fidei* 48. *verſ. per contrarium de adq. rer. dom.* quare jus poteſt tribuere effectus poſſeſſoris ei, qui vere & realiter non poſſidet, ut dixi in *prædict. tract. de uſucap. parte* 2. *ſect. de poſſeſſ.* ſic videmus in *l. cum unus* 7. *§. ult. de reb. auct. jud. poſſid.* eum, qui ex ſecundo decreto mittitur in poſſeſſionem, haberi pro poſſeſſore, quamvis non poſſideat; quia res poſſideri non poteſt: cui deciſioni aliæ ſimiles extant in *l. ſuptores* 54. *verſ. bona C. de Epiſc. & Cler. l.* 1. *C. Theod. de poſſeſſ. ab eo, qui bis provocavit, transferenda. cap. contingit* 9. *de dol. & contum.* unde tota hæc inveſtigatio, quæ valde torquet noſtros interpretes, & me olim torſit, de nomine eſt, non de effectibus, quos poteſtati legis libenter ſubjicimus; quapropter *lex* 7. *tit.* 4. *Part.* 5. recte potuit diſponere, ut poſſeſſio rei ipſo jure transferatur in eum, in cujus favorem dicta fuit lex donationis, nempe ut res donata reſtituatur ipſi poſt certum tempus, quia datis terminis habilibus transfertur vera poſſeſſio, non datis transferuntur effectus, ut ſic retineamus *gloſſam* 3. Gregor. *ibidem*, ad quam multa adduxit Hermoſillus. Idem dicendum eſt de *l.* 45. *Tauri*, quæ eſt *lex* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Compil.* ut vel de vera poſſeſſione accipiatur; vel de effectibus ejus, ut agnoſcit Valent. in locis ſupra §. 16. adductis, quo ceſſabit longa diſputatio Molinæ & addentium *lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 10. & *lib.* 3. *cap.* 12. in quibus amplius immorandum non duxi.

CAPUT TERTIUM.

De amiſſione poſſeſſionis ex defectu rei.

§. I. Interitu rei poſſeſſæ amitti ejus poſſeſſionem dominiumque negavit nemo, cum deficiat ſubjectum; quod haberi, aut poſſideri poſſit. *l. cum res* 47. *§. ult. de leg.* 1. reliquiæ tamen, quæ ſuperſunt, manent tam in dominio, quam in poſſeſſione veteris domini ex naturali regula. quæ dictat, noſtrum eſſe, quod ex re noſtra ſupereſt. *l. ſolum* 49. *§.* 1. *de rei vind. l. ſervus* 14. *§. bove ſurrepto* 2. *de cond. furt. l. domum* 57. *de contrah. empt.* quam regulam expoſui in *diſput. academ. de area.* quare in præſenti non eſt immorandum: agendum itaque erit de aliis interitibus non naturalibus, propter quos, quamvis maneat naturaliter res, non manet in eadem forma, vel in eadem qualitate, & idcirco poſſeſſio amittitur. Prima ſpecies eſt manumiſſio ſervi poſſeſſi, vel ſi ob præmium conſequutus ſuit libertatem; deſinit enim poſſideri, quia in his, quæ pertinent ad dominium, vel poſſeſſionem retinendam in corpore aliquo, manumiſſio ſimilis eſt morti. *l. ſi mihi alienum* 92. *de ſolut.* notavit eleganter Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 5. *princ.* 1. *in princ. verſ. ſunt qui.* ejusdem ordinis eſt rei poſſeſſæ dedicatio, vel Deo rite facta conſecratio, propter quam adeo poſſeſſio amittitur, ut, etſi velimus contemnere religionem, tamen illam poſſidere non poſſimus. *l. qui univerſas* 30. *§.* 1. *hoc tit.* nec uſucapere. *l. uſucapionem* 9. *de uſucap. §.* 1. *inſt. eod. tit.* eſt enim poſſeſſio propter dominium; res ergo, quæ non poſſunt ad noſtrum dominium unquam pertinere, quia extra commercium ſunt. *§. nullius inſt. de rer. div. l.* 1. *eod. tit.* neque poſſunt poſſideri, ut contra Theodorum Balſamonem egregie adſtruxit Cujac. in *l. nullum* 34. *de V. O.* addendi ſunt Giphan. in *d. l. qui univerſas* 30. *§.* 1. Donell. *lib.* 5. *cap.* 12. & ibi Hillig. *lit. B.* Duaren. in *paraphraſi ad hunc tit. cap.* 3. ex qua doctrina concludebat Anton. Merenda *lib.* 2. *controv. cap.* 19. *num.* 17. poſſeſſionis ſubſtantiam in jure conſiſtere; quia re[illegible] quibus non poſſumus habere [illegible] dominii, non poſſumus poſſidere; ſed ſi hæc ratio ullius eſſet momenti, multum conv[illegible]ceret, videlicet [illegible] rei in jure conſiſtere; quia non poſſumus frui rebus poſſeſſis, tametſi contemnamus religionem. *d. §. qui univerſas* 30. *§.* 1. & adverſus eum, qui arat, vel aliter vult uti ſepulchro, præterquam ad uſum ſepeliendi, paratæ ſunt pœnæ de ſepulchro violato, & aliæ, de quibus dixi in

in poſtrema relectione ad *l. inter ſtipulantem* 83. *in princ. de V. O.* non tamen poteſt dici, fruitionem juris eſſe, quod per ſe convincitur, cum facti eſſe appareat, & probatur ex *l. uſusfructus* 26. *de ſtip. ſerv.* Ergo neque de poſſeſſione concluditur, juris eſſe, quamvis in rebus ſacris dari non poſſit, quia prohibitio, quæ verſatur circa materiam, quæ poſſeſſionis eſt incapax, non attingit ſubſtantiam poſſeſſionis: prius enim eſt, ut ſit poſſeſſio, poſtea ut perquiramus, an ſit juris vel facti. In rebus ſacris nulla eſt poſſeſſio; igitur de hac, quæ nulla eſt, talis diſputatio admitti non poteſt.

§. II. Sequitur alia ſpecies interitus, quæ eſt acceſſio rei acceſſoriæ ad rem principalem. In primis ſi alienum lignum ſive ſciens, ſive ignorans ædificio meo injunxero, procul dubio eſt, veterem poſſeſſorem ſuam amittere poſſeſſionem. Ratio eſt, quia, dum injunctum manet, ſequitur cauſſam mei ædificii: interim deſinit eſſe in dominio prioris domini eo ſenſu, ut vindicari non poſſit, quamdiu cohæret meo ædificio. *l. adeo* 7. *§. cum in ſuo de acq. rer. dom. §. cum in ſuo inſt. de rer. div.* licet diruto poſtea ædificio vindicari poſſit quaſi renaſcente dominio, quod prius ſopitum erat. *l. in rem actio* 23. *§. ult. de rei vind.* quo exitu inſpecto dici poteſt, non improprie retineri in dominio veteris domini, ſed inſpecto præſenti ſtatu, multo verius eſt, eſſe in dominio injungentis. Igitur multo facilius dicendum eſt, poſſideri ab eo non tanquam tignum ſive per ſe, ſed tanquam partem ædificii. Videndi ſunt Hillig. ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 12. *lit. E.* Goeddæus, Cujac. & Gentil. in *l. tigni* 62. *de V. S.* Cujac. *lib.* 23. *obſerv. cap.* 19. Gothofr. ad *leges* XII. *Tabb. lib.* 3. *tit.* 24. *cap.* 7. Ræward. ad *eaſd. LL. cap.* 22. idem dicendum eſt de aliis acceſſionibus, veluti de purpura intexta alieno veſtimento, de planta, quæ in alieno ſolo radices egit, de gemma incluſa auro alieno, de bracchio per ferruminationem adjecto ſtatuæ, vel rota, quæ apponitur plauſtro. De quibus egit Juſt. in *tit. inſt. de rer. div.* quia inter has, & inter adjunctionem tigni nulla eſt differentia, dum res permanet adjuncta; ſed tantum in eo verſatur, quod rota, purpura, & ſimiles poſſunt ſeparari a vetere domino per actionem ad exhibendum. *l. gemma* 6. *cum ſeq. ad exhibend.* & ſeparatæ vindicantur, quia ſuſcitatur vetus dominium. *l. in rem actio* 23. *§. item quæcunque* 5. *de rei vind.* tignum vero nec vindicari poteſt, dum manet adjunctum ædificio alieno propter defectum dominii, neque poteſt de eo ad exhibendum agi propter Legem XII. Tabb. quæ prohibuit, ut eximeretur, ne urbs deformaretur ruinis. *l.* 1. *de tign. juncto. d. §. cum in ſuo inſt. de rer. div.* ut notant auctores proxime citati. Quare de cæteris ſpeciebus acceſſionum, dum durat acceſſio, idem dicendum eſt, quod diximus de tigno injuncto, videlicet amitti poſſeſſionem, quia res accedens interire videtur.

§. III. Quod non tantum procedit, quando res aliena, ſive tignum alienum injunctum eſt alieno ædificio; ſed etiam, quando unus idemque poſſeſſor tignum, quod poſſidebat, injungit proprio ſuo ædificio: deſinit enim illud poſſidere tanquam tignum, quia interire cenſetur, ex quo illud ædificio proprio adjunxit, qui enim univerſas ædes poſſidet, non poſſidet ſingulas earum partes, aut ſingula membra. *l. qui univerſas* 30. *hoc tit.* Quam partem magis ex profeſſo examinavit Javolenus in *l. eum qui ædes* 23. *de uſucap.* ubi poſt longam diſputationem concludit, eum, qui poſſidet ædes, non poſſidere partes heterogeneas, quibus conſtant, veluti tigna, ferramenta, tegulas &c. quia hæc deſinunt eſſe talia, ex quo ſequuntur cauſſam totius ædificii, neque enim ædificium poteſt eſſe, ſi illa ſeorſim ponantur, ſeparenturve. Hæc ratio eſt naturalis, præſtat vero aliam rationem ab abſurdo, quæ eſt civilis; ſi enim per ſe tigna conſiderarentur, & rurſus conſideraretur univerſaliter totum ædificium, eveniret, ut ad uſucapionem, ſi de ea tractaretur, diverſa tempora neceſſaria forent; nam ad uſucapiendum totum ædificium neceſſarium eſſet tempus, quod a jure præſtitutum eſt uſucapiendis rebus immobilibus, de quo in *princ. inſt. de uſucap.* Deinde ad ſingulas res uſucapiendas inſpiciendum eſſet tempus, ex quo injunctæ fuerunt ædificio; quia non omnia eodem injunguntur die: ſed valde abſurdum hoc eſſet, cum una eademque res, qualis eſt domus, non debeat diverſo jure cenſeri. Igitur concludendum eſt, interire res ſingulas, & ut tales non poſſideri, ex quo injunctæ ſunt ædificio. Quæ concluſio deducitur etiam ex textibus in *l.* 1. *§. ult. de tign. junct. l. in rem actio* 23. *§. ult. de rei vind. l. nave* 36. *de eviction. l. ſi alius* 7. *§. ult. cum l. ſeq. quod vi aut clam.* facit etiam textus in *l.* 2. *§. ſed ſi fundus ff. pro empt.*

§. IV. Hanc partem de amittenda poſſeſſione per acceſſionem rei propriæ ad rem propriam, tanquam magis quotidianam & uſu communi tritam majori cum cura & plenius tractarunt Conſulti, quam alias, *arg. l. legavi* 25. *de lib. leg.* quare & nos eorum veſtigiis inhærentes plenius de ea diſputabimus: cum ergo acceſſio conſiderari poſſit ad diverſa corporum genera, de illis ſedulo inquiſivit Pomponius in *l. rerum mixtura* 30. *de uſucap.* in qua in primis docet, rerum mixturam interrumpere uſucapionem: rerum mixtura eſt acceſſio, quando aliqua res minus principalis miſcetur, apponiturque rei principaliori. Idem eſt, dicere rerum mixturam interrumpere uſucapionem, ac dicere per eam amitti poſſeſſionem, quia regulariter ſine poſſeſſione uſucapio non procedit. *l. naturaliter* 5. *l. ſine poſſeſſione* 25. *de uſucap.* Poſtquam hanc regulam generalem docuit, incipit tractare de corporibus, quæ poſſunt admittere rerum mixturam, & quæ illam non admittunt; quædam enim ſimplicia ſunt, quædam compoſita, quædam ſeparata. Hæ ſunt faciliores, quam voces, quibus Pomp. utitur; ſed nihilominus eum ſequamur, ut terminos explicemus: dicit ergo quædam corpora eſſe *unita*, quædam *connexa*, alia *non cohærentia*. *Unitum corpus* eſt, quod junctura aut mixtura aliqua non conſtat, ut *lignum* (ſic lego) lapis, quod vocavit Ulp. in *l. in rem actio* 23. *§. ult. de rei vind. corpus cohærens*, & Senec. *Epiſt.* 102. *corpus continuum*, exemplumque ponit in homine, aut alio quocunque animali, qui terminus forſan fuit magis frequens, quia Vitruvius *lib.* 5. *de architect. cap.* 4. appellavit voces, quæ una ſyllaba conſtant, continuas, veluti *ſol*, *lux*, *flos*; *connexum corpus* eſt, quod Seneca appellavit *compoſitum*, quod conſtat pluribus, ſed inter ſeſe cohærentibus, & per artificium unam formam facientibus, qualia ſunt domus, navis, armarium, & ſimilia. Ex hac notione Dialectici appellabant axioma connexum, ſive connexam propoſitionem, quæ conſtabat duabus ſimul inter ſe cohærentibus, & unam propoſitionem hypotheticam componentibus, qualis eſt hæc: *ſi Plato ambulat, Plato movetur*, ut teſtatur A. Gell. *lib.* 16. *noct. attic. cap.* 8. *non cohærentia corpora* ſunt, ut definit Senec. *d. Epiſt.* 102. *quorum adhuc membra ſeparata ſunt, tanquam exercitus, populus, ſenatus. Illi enim, per quos iſta corpora efficiuntur, jure aut officio cohærent, natura tamen diducti, & ſinguli ſunt.* Ita ſuppletur diſtinctio Pomponii in *d. l. rerum mixtura* 30. quam illuſtrant exponuntque Alciat. *lib.* 2. *prætermiſſ. ad eand. l.* & *ibidem* Cujac. idem Cujac. *lib.* 15. *obſerv. cap.* 33. & *lib.* 21. *Paul. ad Edict.* in *l. in rem actio* 23. *§. ult. de rei vind.* ubi Ant. Fab. in *Rational.* Giphan. ad *l.* 1. Valen. *lib.* 2. *illuſtr. tract. de individ. cap.* 2. *num.* 5. & *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 1. *de acquir. her. cap.* 4. *num.* 9. quam corporum diſtinctionem dimanaſſe ex diſciplina Stoicorum non ex Ariſt. Lyceo notant Giphan. *ubi proxime*, Cujac. *lib.* 26. *obſerv. cap.* 40. Guilielm. Fornet. *lib.* 2. *ſelection. cap.* 17.

§. V.

§. V. Secundum hæc decidenda eſt præſens inveſtigatio, & in primis agnoſcimus, non poſſe locum habere in corpore unito, quia tale eſt, quod nulla junctura vel acceſſione conſtat, ut agnoſcit Pomponius in *d. l. rerum mixtura* 30. cadit ergo in cæteris duabus ſpeciebus corporum prædicta quæſtio, quia ſunt corpora, quæ incrementa vel acceſſionem vel juncturam recipiunt. Videamus ergo, de qua ſpecie loquamur, cum dicimus, poſſeſſionem amitti per acceſſionem, an de corpore connexo vel de ſegregato? & quidem non poſſe intelligi de corpore ſegregato, (qualis eſt grex, aut ſervorum familia) conſtat ex eo, quod ſi poſſideam vel vindicem totum gregem, & alter poſſit probare, arietem vel unum caput plurave ſua eſſe, quamvis in corpore univerſali obtineam, ſuccumbam in illo illisve, in quibus dominium probare non potui. *l. in rem actio* 23. *§. item quacumque* 5. *verſ. at in his corporibus de rei vind.* vindicatur enim univerſaliter, quia corpus eſt. *l.* 1. *§. ult. cum duab. legg. ſeqq. l. vindicatio* 56. *eod. tit.* ſed dominii & poſſeſſionis cauſſa in ſingulis capitibus ſpecialiter conſideratur, quia inter ſeſe non commiſcentur, ſed diducta, ſeparata & ſingula manent, ut dixit Senec. *ſuper.* §. relato. Quapropter ſi ſum in cauſſa uſucapiendi totum gregem, quem bona fide emi a duobus forte annis, & poſt id tempus aliqua capita immiſi in gregem denuo empta, in his ab emptionis tempore currit uſucapio; imo ſi aliqua furtiva ſint, in illis ceſſat. *d. l. rerum mixtura* 30. *§. ult.* neque enim totus grex poſſidetur ut corpus ſolidum, continuum, aut compoſitum; ſed ut corpus ſegregatum, cujus partes ſingulæ diverſo jure cenſentur, quamvis conceptus univerſalis ſit: conceptus enim provenit ex deſtinatione hominis, qui vult ſimul colligere ſub uno nomine tot capita, ſed corporis qualitas & jus provenit ex natura rei, quare non poteſt, quod per naturam ſeparatum manet, conjungi, ut unum ſolide, & contigue efficiatur, & cenſeatur eodem jure: ſic compono hæc jura cum *l. grege* 13. *de pignor. & hyp. l. grege* 21. *cum ſeqq. de leg.* 1. præeuntibus licet non prædocentibus Fabro in *Ration. ad l. proponebatur* 76. *de judic.* Cujac. *lib.* 26. *obſerv. cap. ult.* & in multis locis, Donell. *lib.* 4. *cap.* 30. Seldeno *lib.* 1. *maris clauſi cap.* 21. *in fin.* Manet ergo, noſtram regulam accipiendam eſſe de rebus mixtis & appoſitis corpori compoſito, contiguo, & per artificium unito, in quo deſinunt poſſideri ſingula membra, & poſſidetur univerſum.

§. VI. Nonnulla tamen ſunt, quæ adverſus ſuperiora opponuntur. Primo opponitur textus in *d. l. rerum mixtura* 30. *§.* 1. In quo ſi tegulæ, quæ uſucapiebantur, & ad quarum uſucapionem ſupererant pauci admodum dies, veluti decem, injunctæ ſint ædificio, completur uſucapio. Igitur non deſinunt poſſideri, quia ſine poſſeſſione uſucapio non procedit. *l. ſine poſſeſſione* 25. *de uſucap.* ſed reſpondeo, hanc regulam generalem nonnullas exceptiones pati, quarum una eſt hæc, in qua ex æquitate procedit uſucapio propter paucos dies, qui ſuperſunt, ut in *l. ſi fundus* 16. *de fund. dot.* & in aliis, quas cumulavi in *Academ. tract. de uſucap. parte* 2. *ſect. de poſſeſſ.* ut docent Cujac. *de præſcr. & term. cap.* 7. *in fin.* Hill. ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 11. *lit. E.* Unde ex effectu uſucapionis non concluditur, tegulas adjunctas ædificio poſſideri. Opponitur etiam idem textus in *d. §.* 1. *verſ. quid ergo.* Ubi loquens de gemma propria incluſa auro proprio, docet, utrumque corpus poſſideri & uſucapi ſigillatim; ſed aurum cum gemma unum corpus connexum ſive compoſitum facit, conſtans acceſſorio & principali. Ergo acceſſio non operatur amiſſionem poſſeſſionis rei accedentis in corporibus connexis ſive compoſitis: ſed ut reſpondeam aliter, quam pridem reſpondi, obſervo ex acceſſionibus alias eſſe acceſſarias, ſine quibus non conſtituitur corpus artificiatum in eſſe talis, ut patet in ædificio, quod componitur ex tignis cæmentisque & aliis partibus, quibus diſſolutis & ſepoſitis deſtrueretur corpus illud compoſitum; alias vero acceſſiones eſſe per accidens, ſine quibus corpus eſſe poſſet, quia ad ornatum potius adhibentur, quam ad conſtitutionem corporis; veluti in menſa, cui gemmæ adjunguntur; manet enim talis, quamvis ſeparentur, vel non adjungantur uniones. In prima ergo ſpecie acceſſio operatur exſtinctionem rei accedentis; quia cum conſtituat corpus artificiatum in eſſe talis, tranſit quaſi in ejus ſubſtantiam, & eo animo affigitur, ut nunquam ſeparetur, niſi deſtructo corpore. In ſecunda vero ſpecie cauſſatur exſtinctio rei acceſſoriæ, quia non eo animo videtur apponi, ut perpetuo corpus componat, ſed ut eximatur a dominio, quando ſibi libuerit. Qua de cauſſa dixit Pomponius, utramque rem ſigillatim poſſideri, ſi vero aliena res juncta ſit rei propriæ mere ex alia ratione, amittitur poſſeſſio & dominium, nempe quia, qualiter qualiter accedat, ſemper acceſſoria eſt, & ſequitur cauſſam rei principalis, quare, dum acceſſio durat, impoſſibile eſt, ut vetus poſſeſſor retineat dominium aut poſſeſſionem rei acceſſoriæ, ſi poſſeſſio rei principalis eſt penes alium. *l. in rem actio* 23. *§. item* 5. *de rei vind. l. gemma* 6. *l. tigni* 7. *per totam ad exhib. §. ſi tamen* 26. *inſt. de rer. div.* & ita explicatur *d. l.* 7. *§.* 1. Ubi rota appoſita plauſtro alieno poſſidetur, & in dominio habetur ab eo, cujus eſt plauſtrum; & quod magis eſt, deſineret poſſideri ut rota, quamvis propria eſſet, & proprio plauſtro adjungeretur, quia plauſtrum ſine rota non eſſet plauſtrum, neque formam talis ſervaret, quod ita nunc explico, omiſſis Acc. & Bart. in *d. l.* 30. Fabro in *d. l. gemma* 6.

§. VII. Pro coronide dicendum eſt de inundatione, de qua ſola in jure invenitur mentio, cum de amittenda poſſeſſione agitur, ſed præmittenda eſt regula generalis, quæ deſerviat ad decidendos omnes caſus hujus ſpeciei, qui poſſint occurrere, quæ talis ſit. Quoties per alluvionem vel inundationem amittitur dominium, & alii denuo acquiritur, multo facilius dicendum eſt, amitti poſſeſſionem, *arg. l. ſi quis vi* 17. *§. differentia hoc tit.* de quibus ſuperſedeo agere, quia obvium jus eſt apud Juſt. ex *§. inſula inſt. de rer. div.* & Gajum in *l. adeo* 7. *de acq. rer. dom.* Et ut de inundatione agamus, ſciendum eſt, eam, quæ perpetua vel longæva eſt, privare nos dominio. *l. Ariſto* 10. *de diviſ. rer. l. id quod* 7. ſic intelligenda *de per. & com. rei vend.* Item uſufructu. *l. quod tamen §. agri* 2. *l. ſi ager* 23. *quib. mod. uſuſf. amit.* Longævum tempus reputatur, quod ſufficeret ad amittendam ſervitutem per non uſum, vel ad amittendum jus dominii per tempus. *l. ſi locus* 14. *quem. ſerv. amit.* Igitur & per eam amittetur poſſeſſio, in tantum, ut licet velimus retinere poſſeſſionem piſcando in fundo, quem aqua occupavit, & lacum fecit, nec uſumfructum, nec poſſeſſionem, nec dominium retineamus. *d. l. ſi ager* 23. flumina enim cenſitorum vice funguntur, id eſt arbitrorum, agri menſorum, qui publica dividunt a privatis. *l. ergo* 30. *§. inſula de acq. rer. dom.* quare quod occupant, efficiant publicum, ut nec poſſideri, nec in dominio haberi poſſit. In quæ principia peccavit Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 18. *§.* 10. cum non inciderit in *d. l.* 23. quæ multo melius percepit noſter Gregor. in *l.* 31. *tit.* 28. *Part.* 3. *gloſſ.* 1.

§. VIII. Per contrarium brevis admodum & temporaria inundatio, quæ ex repentino aquarum impetu accidit, non privat nos poſſeſſione, quia ſtatim receſſura aqua ſperatur, ut *l.* 31. *Partitæ* docemur, nec illa, quæ ad irrigandos agros fit, ut de Ægypto docemur in *l.* 2. *C. de alluvion. & paludibus.* quam late illuſtrat noſter Amays *lib.* 3. *obſerv. cap.* 4. Vel ſi poſſeſſor ſe præparet ad expellendam aquam, quæ longius inceſſura alias videba-

debatur: poteſt enim violentia aquarum comparari impetui latronum, ut in *l.* 1. §. *ſi quis propter de itin. actuque priv.* quare dum defenſio durat, poſſeſſio non amittitur, *arg. l. clam poſſidere* 6. §. *ult. cum ſimilib. hoc tit.* Ita de his tribus exceptionibus recte ſentiunt Alex. Jaſ. & Duar. in *l.* 3. §. *Labeo hoc tit.* Hill. ad Donell. *lib.* 5. *cap.* 12. *lit. E.* melius quam Giph. in *d.* §. *Labeo.* Itaque illa inundatio, quæ neque admodum brevis eſt, nec admodum longæva, privat nos poſſeſſione ſalvo dominio. *d. l.* 3. §. *Labeo. l. qui univerſas* 30. §. *item quod mari hoc tit.* Ubi legitur in vulgatis, & legendum eſt, *poſſidere nos deſinimus. d. l.* 32. *Partitæ*, ubi Gregor. *gloſſ.* 2. quod etiam probatur ex *l. cum uſumfructum* 24. ſic intelligenda, *quib. mod. uſusf. amit.*

ADPENDIX PRÆLECTIONIS

AD

TITULUM DIG. DE ADQUIR. VEL AMITT. POSSESSIONE,

SIVE

DE THESAURIS, ET POSSESSIONE EORUM ACQUIRENDA ET AMITTENDA,

SCHOLASTICA DISSERTATIO,

Ad explicationem textus in *L. poſſideri* 3. §. *Neratius* 3. *L. peregre* 44. *in princ. de acquirenda vel amittenda poſſeſſione.*

§. I. QUONIAM non poteſt perſpicue de re inſtitui diſputatio, niſi eam noverimus per ſuam definitionem, ut inquit. Cic. in *Topic.* ad Trebat. JCtum *loc. a definitione:* idcirco ſtatim in limine propoſui quærere, quid ſit theſaurus? *Theſauri* vocem græcolatinam eſſe notavit D. Iſidor. *lib.* 15. *origin. cap.* 17. compoſitam ex verbo θεῖν, quod ſignificat *poſſeſſionem*, & ex verbo *aurum*, quaſi theſaurus ſit poſitio ſive repoſitio auri, per quod verbum divitias rerumque mobilium affluentem copiam ſignificari notarunt jam alii, & præcipue Joan. Funger. in ſuo *etymologic.* definitur a Paulo in *l. nunquam* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* ſic: *vetus quædam repoſitio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* Poſtrema verba ſynonyma videntur ad tractatum noſtrum; quia ſi depoſitionis nulla prorſus extat memoria, conſequens eſt, ut dominus non ſit, non quia per rerum naturam amittatur dominium tempore; nam tempus non eſt modus per ſe tollendi dominii, ut neque eſt modus tollendæ obligationis. *l. obligationum* 44. *verſ. placet de obl. & act.* ſed quia idem in effectu eſt non eſſe dominum, & omnino non apparere. *l. omnia* 32. §. *ſpecies* 5. *de leg.* 2. Ubi notant Bald. & alii Claſſici, cum qua Pauli definitione convenit alia, quæ refertur in *l.* 1. *C. Theod. de theſaur.* & in *l. unic. C. Juſtin. eod. tit.* his verbis, *condita ab ignotis dominis tempore vetuſtiore mobilia;* ſive ut in *d. l.* 2. legitur *monilia*, quæ vox ſignificat quæcunque pretioſa auri, argenti, unionumque, quæ abſcondi & cuſtodiri ſolent. Apulej. *lib.* 5. *mileſiar.* ibi: *qui ſuper gemmas & monilia calcant.* Quæ definitio videtur deſumpta ex Virg. *lib.* 1. *Æneid. verſ.* 361. *& ſeqq.* Ubi loquens de Didone ex Tyro Phœniciæ profuga in illam Africæ partem, ubi mox Carthago, quam in ſomnis admonuit Sichæus vir ejus occiſus & inhumatus, ſic canit.

> *Tunc celerare fugam, patriaque excedere ſuadet,*
> *Auxiliumque viæ veteres tellure recludit*
> *Theſauros, ignotum argenti pondus & auri.*

Aliam etiam refert Caſſiodor. *lib.* 6. *variar. epiſt.* 8. *quæ vetuſtate competentes dominos amiſerunt.* Non eſt tamen contemnenda noſtri Alphonſi Sapientis definitio, tradita in *l.* 45. *tit.* 28. *Part.* 3. ibi: *theſoro es tal que ningun home pueda ſaber, qui en lo hy metio nin cuyo es.* Imo forſan eſt magis propria & conformior juri, quam reliquæ; non enim dicit, de facto amiſſum eſſe dominium, ſed pro amiſſo reputari, & pro re jam nullius, ex quo omnino ignoratur, cujus ſit: ſic compono partem de dominio theſauri, de qua cum Don. *lib.* 4. *comm. cap.* 14. conflictavit noſter Amaya in *l. unic. C. de theſaur. num.* 9.

§. II. Ex quo apparet, non eſſe proprie theſaurum illam reconditionem pecuniæ, cujus extat memoria; & cujus dominium apparet eſſe Titii vel Mævii; pertinet enim ad eum, qui repoſuit, vel ad ejus heredes, ut docet idem Paul. in *d. l. nunquam* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* & notant Amaya in *d. l. unic. num.* 10. Hill. ad Don. *lib.* 4. *cap.* 14. *lit. E.* Val. *lib.* 1. *illuſt. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 18. Quod ſi aliquando in jure talis repoſitio appellatur theſaurus, impropriе uſurpatur vox, ut in *l. item Labeo* 22. *fam. erciſc.* in qua heres, qui effodit theſaurum a teſtatore in fundo conditum, tenetur judicio familiæ erciſcundæ dividere illum cum coheredibus, ſic in *l. theſaurus* 15. *ad exhib.* præbentur mihi remedia ad effo-

effodiendum & eruendum theſaurum, quem condidi in tuo fundo, ſi non patiaris me illum extrahere. In qua acceptione Papin. in *noſtra l. peregre 44. in princ.* appellavit theſaurum pecuniam illam, quam cuſtodiæ cauſſa peregre profecturus in aliena terra condidi. Et Terent. in *prolog. Eunuchi* judicium vindicationis ſuper theſauro introduxit, taxans quemdam Poëtam Latinum ſui temporis, qui inſcite & perperam verterat comœdiam Menandri Poëtæ Græci, cui titulus fuit *theſaurus*: verſus ſunt.

Idem Menandri phasma nunc nuper dedit,
Atque in theſauro ſcripſit, cauſſam dicere
Prius, unde petitur, aurum quare ſit ſuum,
Quam ille qui petit, unde is ſit theſaurus ſibi;
Aut unde in patrium monumentum pervenerit.

Cum ergo inventor contenderet, proprie theſaurum eſſe, quod invenit; & per contrarium is, in cujus loco poſita erat pecunia, contenderet non eſſe theſaurum, ſed a patre vel avo ſuo conditam in ſepulchro proprio, exiſtimavit Poëta latinus actorem eſſe, & debere probare ſuam eſſe pecuniam, qui contendebat aurum ſuum eſſe, quod fuit repertum, & non eſſe theſaurum. Poſito vero, quod is, qui ſibi vendicat pecuniam, actor eſſet, non male Poëta exiſtimaret, quia actori onus probandi incumbit. *l. 1. C. de probat. l. quingenta 18. ff. eod. tit. l. 1. l. generaliter 12. cum ſimilib. de except.* ſed Terentius, qui fuit juris etiam peritiſſimus, cenſuit eum, qui ſibi aſſerit pecuniam in ſuo loco repertam, non eſſe actorem, ſed reum, & actoris partes ſuſtinere eum, qui pecuniam vindicat, tanquam theſaurum, quapropter illum erroris inſimulavit, cum Menander ipſum actorem fecerit, & illi injunxerit onus probandi.

§. III. Expoſui hunc locum Terentii, quia continet partem valde neceſſariam, & a noſtris Conſultis omiſſam, in qua amplius inſiſtendum eſt, ut quid certum ſtatuamus. In primis ſi gemmæ aut pecuniæ reconditæ recentes ſint, aut non multum antiquæ, & ſigna earum præbuerit is, qui ſe dominum eſſe dicit, pro eo præſumptio eſt; imo per evidentiam facti ipſi adjudicandæ ſunt res reconditæ, ſi ſigna & pondus correſpondeant inventis, &, qui ſibi res illas aſſerit, declaret a quo conditæ fuerunt, quam rationem agnoſcendi theſaurum & dominium ejus probandi tradunt Alciatus *lib. 7. parerg. cap. 1. num. 2.* Regnerus Sixtinus *de Regalib. lib. 2. cap. ult. num. 2.* Demus tamen pecuniam recens cuſam eſſe, & monilia ſplendeſcentia & nova; & hæc inventa eſſe intra murum aut parietem propriæ domus; heredem vero non poſſe deſignare pondus & numerum, quia ipſe non condiderat, nihilominus dicimus, præſumptionem eſſe pro herede, pro domino domus, in qua res repertæ fuerunt; neque pro theſauro eſſe reputandas, niſi inventor probet, dominum rerum non apparere. Veluti ſi parvo intervallo temporis ſæpe domus diſtracta fuerit, & multos dominos mutaverit, ut deſignari non poſſit, ad quem pertineat: itaque in hoc caſu dubio res inventas non præſumimus eſſe theſaurum, ut poſt antiquiores docet Jaſo in *noſtro §. Neratius num. 7. & 8.* omnino videndus; addendi etiam ſunt Alvar. Valaſcus *de jur. emphyteut. quæſt. 15. num. 8.* Joan. Garzia *de expenſ. cap. 22. num. 56.* Sixtin. *d. lib. 2. cap. ult. num. 11.*

§. IV. Recte ergo Terentius culpavit Poëtam Latinum ex eo, quod voluit, ut probaret pecuniam ſuam eſſe is, in cujus monumento erat; præſumptio quippe pro eo erat, & inventor debebat probare vere theſaurum eſſe: cum enim olim tam apud Græcos quam apud Romanos alioſque populos Gentiles moris fuiſſet, ut multæ divitiæ inſerrentur in ſepulchra cum mortuis, ut alibi dixi, & probatur ex *l. ſervo alieno 113. §. ult. de leg. 1. l. ult. §. ult. de aur. & arg. leg.* notantque Henric. Spondan. in *cœmeter. ſacr. parte 1. lib. 1. cap. 9. num. 8.* Lipſius ad *Tacit. lib. 3. annotat. 102.* Gothof. ad *Legg. XII. Tabb. de jur. fac. tit. de religioſ.* Ant. Ciar. Sylvius *lib. ſing. ad legg. regias cap. 23. pag. 521. & ſeqq.* Joan. Kirchman. *de funer. Roman. lib. 1. cap. 10. & lib. 3. cap. 24.* conſequens & huic mori conſentaneum eſt, ut pecunia in monumento proprio reperta illius eſſe cenſeatur, ad quem jus in monumento pertinet, quia a majoribus condita juſte creditur. Ex qua expoſitione lucem ſimiliter accipit textus in *l. a tutore 67. de rei vindic.* in qua proponitur, tutorem vendidiſſe domum pupilli ſui, emptoremque ad reparandam domum fabrum induxiſſe; cumque ſcilicet fabrum, dum parietes diruit, pecuniam inveniſſe, quæſitum fuit, ad quem pertineat pecunia inventa, an ad inventorem, an ad pupillum? Reſpondet Conſultus, ad pupillum pertinere, id eſt ad eum, cujus antea erat domus, ſi non theſaurus fuit. Ex hac deciſione notandum eſt, totum ejus pondus in eo conſiſtere, utrum theſaurus ſit? quare inventor non aliter poteſt ſibi aſſerere, aut vindicare pecuniam, quam ſi probet theſaurum eſſe: alioquin deperdita cenſetur, aut per errorem non ablata ab eo, qui condiderat. Igitur ſi in domo propria alicujus, vel quæ ejus fuerat, reperiatur abſcondita pecunia, non cenſetur theſaurus, niſi probetur.

§. V. Cæterum ſi in loco nullius theſaurus inveniatur, vel res adeo antiquæ ſint, ut facile appareat, a multis ſæculis reconditas fuiſſe, nec ullus ſit, qui earum ſigna evidentia præbeat, tunc potius præſumimus, theſaurum vere eſſe, quam pecuniam ab aliquo reconditam, cujus extet dominus aut heres. Et hic eſt caſus omnium Conſtitutionum, de quibus infra futurus eſt ſermo, & ſimul caſus *cap. unic. quæ ſint regalia in uſibus feudorum*, in quo tanquam jus regale in fiſcum cogitur, quia nullius eſt, ut agnoſcunt ibi feudiſtæ veteres, & alii relati ab Henrico Roſenthal *de feud. cap. 5. de regalib. concluſ. 93.* Sixtin. *d. lib. 2. de regalib. cap. ult. num. 20. & ſeqq.*

§. VI. Expedit quoque in præſenti notare cauſſas, ob quas frequentius reconduntur theſauri, quarum primam nuper expoſuimus, videlicet ſuperſtitionem veterum, qui putantes, mortuos ad æternam vitam degendam multis indigere divitiis, illas in ſepulchra inferebant. De qua ſuperſtitione ultra relatos ſupra §. 4. multa congerunt Cerda in *Virgil. lib. 1. Æneidos verſ. 363.* Fornerius ad *Caſſiodor. lib. 6. var. epiſt. 8.* Solorzanus *tom. 2. de jur. Ind. lib. 5. cap. unic. num. 38. & 39.* & in *Politica Ind. lib. 6. cap. 5. pag. 954.* ubi notat, apud Indos Peruanos eodem nomine deſignari theſaurum & ſepulchrum, hoc videlicet, *Guaca*; quia vix erant ſepulchra Indorum, in quibus non invenirentur theſauri. Alia etiam cauſſa eſt in terris, in quibus frequentes mutationes accidunt dominiorum; incolæ enim veteres pulſi divitias ſuas ſub terra condunt, ſpe aliquando illas recuperandi, qua de re multa & varia adducunt Philippus Camerarius *tom. 1. horar. ſubciſiv. cap. 63.* & de ſubjugatione noſtræ Hiſpaniæ a Mauris, eorumque expulſione ita accidiſſe notant Camillus Borr. & Joan. de Pineda apud Solorzanum *d. lib. 6. cap. 5.* aliam forſan minus frequentem adduxit Leo Philoſophus Imp. in *Novel. 51.* juxta edition. Gothof. nempe quoſdam adeo avaros eſſe, & hominum poſterorum *oſores*, ut illis divitias invidentes, quas ſecum ferre non poſſunt, ſubtrahant oculis & uſibus humanis: ſed quin hæc rariſſima cauſſa ſit, minime dubito.

§. VII. Secundum prædictas cauſſas de prohibita inveſtigatione theſaurorum videndum eſt. In primis ob religionis integritatem ſervandam prohibentur dæmoniaca conſultatio, ſacrificia magica, & ſimiles infidelitates, per quas homines perſcrutantur res abditas ſub terris. Communis pœna talia perpetrantium extat in *l. nemo 5. C. de malef.*

& mathemat. ſpecialis vero circa hanc rem habetur in *l. unic. C. de theſaur.* In qua applicatio theſauri fit inventori & domino fundi *dummodo ſine ſceleratis ac puniendis ſacrificiis, aut alia qualibet impietate legibus odioſa invenerit.* Igitur ſi malis artibus quærat theſaurum, nihil habebit. Ex quo communiter & recte deducitur, theſaurum inventum malis artibus ad fiſcum pertinere, qui eſt caſus, in quo inventor defertur, & bona inventa fiſco applicantur, indicatus in *l. 1. in princ. de jur. fiſc.* ibi: *vel quod dicatur quis theſaurum inveniſſe.* Quærunt tamen, utrum malis artibus theſaurus repertus in fundo alieno in totum applicetur fiſco, an ſolum pro parte inventoris? Mihi deciſa quæſtio videtur tam in *d. l. unica.* quam in *§. theſauros* 39. ibi enim dicitur, abſolute applicari inventori ſoli, ſi dominus eſt fundi, vel illi & domino fundi, ſi in alieno theſaurum invenerit; niſi ſceleratis ſacrificiis illum perſcrutatus fuerit: hic vero dicitur, ſpectare dimidium theſauri ad inventorem, & alterum tantum ad dominum fundi, ſi fortuito & non data opera invenerit. Igitur ſi data opera inveniat, nihil ad eos ſpectabit, & per conſequens in fiſcum cogetur. Nec inſtes, puniri dominum fundi ex delicto inventoris. Reſpondeo enim, non puniri, ſed adventitio lucro privari ex eo, quod malis artibus theſaurus effoſſus fuit, neque enim theſaurus ad dominum fundi pertinebat jure dominii, ut infra dicam, nec certum erat, ipſum inventurum fuiſſe pecuniam ſub terra abditam, niſi alter fuiſſet perſcrutatus; quæ ſententia apud nos ſancitur expreſſe in *l.* 45. *tit.* 28. *Part.* 3. illamque illuſtrat late Amaya in *d. l. unic. num.* 11. quidquid fruſtra domino fundi in hoc caſu conſulere velit Siatin. *d. lib. 2. cap. ult. num.* 34. *&* 35.

§. VIII. Deinde ad vanitatem evitandam, & ad evertendos homines a curioſis & inutilibus laboribus, qui plerumque in irritum incaſſumque recidunt, cum prudentiorum riſu & ſuſannatione prohibitum eſt perſcrutari rimarique viſcera terræ cauſſa quærendi theſauros. Quam rationem deduco ex Paulo Grillando in *tract. de ſortileg. quæſt.* 3. *num.* 12. & æque militat, ſive in propriis ſive in alienis locis quis quærat theſauros, eum pariter tempus perdat, & male collocet operas, quas utilius poſſet rei ruſticæ impendere; quæ videtur fuiſſe lex Platonis *lib. 2. de legib.* notante Galvano *cap.* 30. *de uſufr. num. 6. in fin.* Denique ob religionem etiam & humanitatem, quæ mortuis debetur, prohibetur eorum ſepulchra inveſtigare, oſſa detegere, reliquias & cineres diſpergere cauſſa conquærendi theſauros. Qua de re extat Epiſt. Syneſii 143. ſexti Empyrici Philoſophi contra Mathematicos teſtimonium grave, etiam edictum Theodorici Oſtrogothorum Regis apud Caſſiodor. *lib. 4. epiſt.* 18. & contra Galatas acris cenſura Plutarchi in *vita Pyrrhi* Epyrotarum Regis, multaque alia, quæ adducunt Camerar. *d. tom. 1. cap.* 63. Kirchmann. *de funerib. Romanor. d. lib. 3. cap.* 24. Ex quibus illuſtratur Clementis tertii conſtitutio relata in *cap. ſicut 9. de Judæis.* ubi interdicitur Chriſtianis & aliis quibuſcumque Judæorum corpora humata effodere, & eorum cœmeteria invadere ſub obtentu pecuniæ quærendæ, id eſt inveſtigandi theſauros; nihilominus Principes pro ſua ſuprema poteſtate ſibi licere exiſtimant, a ſepulchris theſauros eruere, & in uſus publicos convertere. Sic Hyrcanus apud Hegeſippum *lib. 1. de excidio urb. Hieroſolymit. cap.* 1. tria millia talenta auri abduxit, reſerato Davidis ſepulchro, in quo latebant, quod pridem teſtatus fuerat Joſephus *lib. 3. antiquit. cap.* 15. & Theodoricus Rex apud Caſſiodor. *lib. 4. variar. epiſt.* 34. in mandatis dat Dudæ, ut perquirat Regio fiſco theſauros, qui in ſepulchris ferebantur abſconditi. Et Regibus noſtris idem uſu venit circa Indorum Guacas, ut tradit Solorzan. *d. lib. 6. politic. cap.* 5. in quo non timetur irreverentia; quia modeſte & circumſpecte fit, terra conditis oſſibus, ſi quæ ſuperſunt, & cæteris circumſtantiis rite procuratis, de quibus parum curant privati, cum furtivi accedunt ad ſpolianda ſepulchra.

§. IX. Ex his libet exponere textum variis difficultatibus in ſchola vexatum in *l. lege Julia 4. §. non fit locus 6. ad l. Jul. peculat.* Verba priora textus ſunt: *non fit locus religioſus, ubi theſaurus invenitur.* Quærunt, quæ poſſit eſſe ratio dubitandi ad hanc deciſionem, quæ omni dubio procul videtur procedere? omiſſis jucundis ſive ſuavibus difficultatibus, quæ auditæ ſolent riſum mihi excutere, aſſero rationem dubitandi ex eo deſcendere, quod divitiæ in terra abſconditæ ſolebant Cereri, Plutoni, & aliis inferorum falſis numinibus conſecrari, ut breviter notavit Ant. Clar. Sylvius ad *legg. Regias cap.* 23. *pag.* 123. *in fin.* Indicat ſatis hunc morem vetus inſcriptio, quam retuli *lib. 8. opuſc. cap.* 27. PLUTONI SACRUM MUNUS NE ATTINGITE FURES. & ex veteri Poëta anonymo diſtichon, quod adducit Kirchman. *d. lib. 3. cap. 24. in fin.*

Res eſt ſacra, miſer, noli mea tangere fata.
Sacrilegæ buſtis abſtinuere manus.

Teſtatur etiam Livius *lib. 2. cap.* 41. (in partitionibus Jani Gruteri) patrem Spurii Caſſii ob affectatam tyrannidem a filio eum, cauſſa domi cognita, verberaſſe ac necaſſe, peculiumque filii Cereri conſecraviſſe: ſignum inde factum eſſe & inſcriptum: EX CASSIA FAMILIA DATUM. Cum vero divitiæ ſub terra conditæ ſolerent commendari conſecrarique numinibus falſis inferorum; & quod ſacrum eſt, religioſum etiam appellatur, ut teſtatur Ælius Gallus vetus JCtus apud Feſtum in *voce religioſus:* potuit venire in dubitationem, an locus, in quo conditus eſt theſaurus, religioſus ſit propter contactum theſauri, qui forte ſacratus eſſe potuit falſis nominibus inferorum? Nihilominus Marcianus negat, fieri locum religioſum, ubi theſaurus invenitur, quamvis inventor vota ibi ſolverit pro invento theſauro, quod facere inventores conſueviſſe probat vetus inſcriptio apud Galvan. *d. cap. 30. de uſuf. in fin.* quæ talis eſt: JOVI INVENTORI, DITI PATRI, TERRÆQUE MATRI DETECTIS DACIÆ THESAURIS CÆSAR NERVA TRAJANUS AUGUSTUS SACRUM POSUIT. Ratio decidendi potuit eſſe; quia non ſemper theſauri conſecrabantur numinibus, & quamvis conſecrati fuiſſent, ſacri non fiebant, quia privata conſecratio non facit rem ſacram, ſed publica rite & per Pontifices facta. *l. in tantum 6. §. ſacræ 3. l. ſacra 9. de rer. diviſ.* Notant Donell. & Hill. *lib. 4. cap.* 1. Cum ergo conſecratio theſauri fieret a privato abſcondente, conſequens eſt, ut neque theſaurus, nec locus manerent conſecrati.

§. X. Confirmat præcedentem deciſionem Marcian. in *d. §. 6:* per ampliationem his verbis: *Nam etſi in monumento inventus fuerit theſaurus, non quaſi religioſus tollitur.* In primis applicanda eſt deciſio titulo, ſub quo jacet: titulus eſt de peculatu, per cujus legem punitur, qui pecuniam publicam, ſacram, religioſamve aufert aut intercipit. *l. 1. in princ. eod. tit.* de qua alibi ex profeſſo dixi. Quæſtio itaque eſt, an in hoc crimen incidat, qui de ſepulchro, id eſt de loco religioſo tollit pecuniam? negat Marcianus, quia theſaurus de ſepulchro ſublatus non tollitur tanquam religioſus, ſed tanquam privatus profanuſque. Igitur ſi furtum eſt, non erit ſaltem peculatus. Argumentum vero concludit a fortioribus terminis ita. Theſaurus in loco vere religioſo repertus non eſt religioſus, nec talis poteſt fieri per contactum loci: ergo multo minus theſaurus efficiet locum purum religioſum. Poſſet etiam quæri ad hanc poſtremam partem ratio dubitandi, quæ a noſtris jam excogitata & adducta eſt ex *l. quæ religioſis*

ad-

adhærent religioſa ſunt 43. de rei vindic. ſed theſaurus adhæret ſepulcro: ergo religioſus eſt. Decidendi vero ratio eſt prompta; illa enim cenſentur adhærere ſepulchro, quæ neceſſario illi adjaceant, & ſeparari ab eo non poſſunt ſine detrimento integritatis aut religionis. *l. 2. de ſepul. viol.* quam partem egregie illuſtravit Suarez de Mendoza ad *l. Aquil. lib. 2. cap. 2. ſect. 6. & 7.* theſaurus vero in ſepulchro eſt per accidens; nec pertinet ad integritatem aut religionem. Igitur non poteſt dici adhærere loco religioſo. Ita exponunt Ant. Clar. Sylvius *d. cap.* 23. Galvan. *de uſufr. d. cap. 30. num. 4. in fin.* Præbuit etiam rationem Marcian. *quod enim ſepelire quis prohibetur, id religioſum facere non poteſt: at pecunia ſepeliri non poteſt, ut mandatis principalibus cavetur.* Senſus eſt, contra interdicta juris publici expreſſe vetantia aliquid dedicari, nihil poteſt fieri ſacrum, religioſumve, ut pro expoſitione *l. ult. ff. de litigioſ.* dixi in poſtrema relectione ad *l. inter ſtipulantem 83. §. ſacram de V. O.* ſed mandata Principum expreſſe interdicunt, condi cum mortuis pecuniam, tanquam rem ineptam & ſuperſtitioſam; ergo contra interdictionem ſepulta non potuit fieri pars rei religioſæ, quia non pertinet ad religionem, cum ex hoc textu non poteſt probari, ad quem pertineat theſaurus in ſepulchro inventus; quia tantum dicit, non auferri tanquam religioſum: nihilominus dicemus, fortuito inventam pertinere ad inventorem ſecundum regulam textus in *§. theſauros 39. inſt. de rer. divif.*

§. XI. Succedit, ut diſquiramus ſecundum jus naturale, ad quem pertineat theſaurus inventus ſine malis artibus, ubicumque inveniatur? Ego exiſtimo, ad inventorem abſolute pertinere; in quam ſententiam induxit me diſertus nec vulgaris locus Angelici Præceptoris *ſecund. ſecundæ quæſt. 66. art. 5.* ad *ſecund.* verba ſunt: *Ad ſecundum dicendum, quod circa res inventas eſt diſtinguendum: quædam enim ſunt, quæ nunquam fuerunt in bonis alicujus, ſicut lapilli, & gemmæ, quæ inveniuntur in littore maris, & talia occupanti conceduntur: & eadem eſt ratio de theſauris ab antiquo tempore ſub terra occultatis, quorum non extat aliquis poſſeſſor, niſi quod ſecundum leges civiles tenetur inventor dare medietatem domino agri, ſi in alieno agro invenerit.* Comparat Angelicus Magiſter, quoad cauſſam acquiſitionis, theſauros gemmis & lapillis in littore maris inventis; ſed compertum eſt hæc cedere ſoli inventori ſecundum jus naturale. *l. item lapilli 3. de divif. rer. §. item lapilli inſt. eod.* Igitur idem de theſauris ſentiendum eſt. Deinde quod dividatur theſaurus in alieno fundo inventus, attribuitur juri poſitivo a D. Thoma. Ergo ſecundum jus naturæ non erat dividendus. Hæc eſt æquitas, cujus meminit Juſtinianus in *d. §. theſauros inſt. de rer. divif.* ubi tradit, Hadrianum naturalem æquitatem ſequutum conceſſiſſe totum theſaurum ei, qui in ſuo loco invenit, quia naturaliter cedit inventori; nec in ſecundo caſu videlicet reperti theſauri in fundo alieno talis æquitatis meminit. Igitur quia diviſio theſauri inter fundi dominum, & inventorem non pertinet ad æquitatem naturalem, ut cenſuit non obſcure Ant. Clar. *d. cap.* 23. & expreſſius Hugo Grotius *lib. 2. de jur. bel. & pac. cap.* 8. §. 7. quidquid aliter de hac æquitate cenſuerit Galvan. *d. cap.* 30. fundatur etiam alia ratione, quia theſaurus non eſt pars loci, nec ab eo pendet, niſi per accidens, cum ex terra non producatur, ut producuntur metalla & fructus, qui ex fundo feruntur. *l. fructus 7. §. ſi fundum 12. ſolut. matrim.* ut poſt Petr. Barboſ. & Gutierrez docent Amaya in *d. l. unic. num.* 31. Molina *de juſt. & jur. tract. 2. diſput.* 54. *in princ.* Regnerus Sixtinus *de regalib. d. lib. 2. cap. ult. num.* 44. ubi recte ſentit, fundo vendito non cenſeri venditum theſaurum ibi latentem, quia ad fundum non pertinet, ſed accidentario ibi reconditur, ſed quæ per accidens ſunt in aliquo loco, non pertinent ad locum, quoad cauſſam dominii, ut de avi, quæ in aliena arbore nidificaverit, docemur in *l. 3. §. 1. de acq. rer. dom. §. feræ 12. inſt. de rer. divif.* Igitur idem dicendum eſt de theſauro.

§. XII. Hæc cum ſecundum jus naturale dicantur, cujus conceptus ſumitur ante regna condita. *l. ex hoc jure 5. de juſt. & jur.* videamus; quid potuerint Principes ſtatuere circa theſauros ratione dominii univerſalis, quod habent in toto ſuo regno, de quo egi in *princ. tract. de acquir. poſſ.* hoc ipſo anno: ſunt qui ſentiant, hæc bona, quorum dominus non apparet, tanquam prorſus ſine domino redire ad ſtatum priſtinum, in quo omnes res ab initio erant ante occupationem ſingulorum; in quo ſtatu nunc ſunt aër, aqua profluens, mare, littora maris, aves, beſtiæ feræ, & ſimilia, quæ cedunt occupanti, ut diximus ex *inſtitutionibus*, & per hoc concludunt, poſſe Principes theſauros ubicumque inventos ſibi applicare, ut ſic aliis contributionibus ſubditos levent, ut poteſt applicare ſibi aves, aquas, littora: ita Sotus *lib. 4. de juſt. & jur. quæſt. 7. ex art. 1. ad* 3. Tapia *tom. 3. catenæ moral. lib. 5. quæſt. 30. art. 3. num.* 6. aliter videtur philoſophari Solorzan. *lib. 6. politic. cap. 6. pag.* 963. videlicet dominium privati, quod per diutinam reconditionem theſauri amiſſum fuit, ſive non apparet, recurrere & conſolidari cum dominio univerſali Principis, quod nunquam perit, quod antecedens, ſi verum eſt, hanc parit conſequentiam. Igitur theſaurus ex eo, quod theſaurus eſt, & ejus privatus dominus non apparet, Principis eſt etiam, quamdiu ſub terra latet, quam conſequentiam de theſauris probavit Caſſiodor. *lib. 6. var. epiſt.* 8. hac ratione: *ſine damno quippe inventa perdit, qui propria non amittit.* Addendus etiam eſt Symmach. *lib. 1. epiſt.* 41. qui eodem modo de his rebus dixerit. Mihi tamen magis placet prior ſententia, ut hæc bona redeant ad priſtinum ſtatum, in quo erant ante rerum diviſionem; quæ veroſimilior eſt, & conformior comparationi, quam facit D. Thoma *ſuperiori* §. relatus; ita tamen ut Principi non auferant poteſtatem diſponendi de theſauris, quam habet diſponendi de cæteris rebus natura communibus, propter quam inter minora regalia connumerantur in *cap. 1. quæ ſint regal. in uſib. feudor.* ubi omnes feudiſtæ notant, ex quo ſequitur, leges civiles, quæ diverſo modo diſtribuunt theſauros inventos, juſtas eſſe, utpote ab habente poteſtatem latas, ſive fiſco conſulant, ſive privatis indulgeant. Ergo inventor tenebitur in conſcientia inventum theſaurum reſtituere illi, cui lex applicuit, ut magis communiter, & mihi probabilius docent P. Molina *d. diſput. 56. verſ. quod ſi theſaurus*, Leſſius in *com. de adjudicat. theſ.* diſputans tanquam in foro interiori *lib. 2. cap. 5. dubit. 15. num.* 59. Tapia *d. quæſt. 30. art.* 5. de quo pro defenſione legis noſtri Regni iterum agemus infra.

§. XIII. Ex his ergo facile defendimus ad rationes juſtificativas civilium Conſtitutionum, quæ multifariam theſauros inventos applicarunt. Hugo Grotius *d. lib. 2. cap.* 8. §. 7. exiſtimat, ex jure Hebræorum theſaurum a quovis inventum pertinuiſſe ad dominum ſoli vel fundi, in quo conditus fuerat, & in notis hanc Bibliorum legem refert in comprobationem ſuæ ſententiæ, *quod non poſuiſti, ne tollas.* quam etiam refert Galvan. *d. cap.* 30. res equidem conjectanea eſt, ſed valde probabilis ex parabola Chriſti domini apud *Matthæum cap. 13. verſ. 44. ſimile eſt regnum cælorum theſauro abſcondito in agro; quem cum invenerit homo, abſcondit, & præ gaudio illius vadit, & vendit univerſa quæ habet, & emit agrum illum.* Ideo enim tanto diſpendio emit agrum; quia cedebat theſaurus fundo, & non inventori per jus hebraicum; ſed cum dominus fundi in theſauro latenti nullum jus haberet, illi nullam fraudem fecit emptor, nec ad reſtitutionem tenetur, ut poſt D. Thom.

ubi proxime docent Navar. in *manual. cap.* 17. *num.* 175. Sotus *de juſt. & jur. lib.* 5. *quæſt.* 3. *art.* 3. *ad ſecund.* P. Molina *d. diſput.* 56. *verſ. dubium.* Gutierrez *lib.* 4. *practicar. quæſt.* 36. *num.* 14. Petr. Barb. in *l. divortio* 8. §. *ſi fundum num.* 32. *ſolut. matrim.*

§. XIV. Sed ut dicamus de jure Romano, de quo præcipue noſter eſt ſermo, in primis fatemur, non poſſe nos pro certo decidere, quid jure veteri ſtatutum fuiſſet; locus enim Plauti, quo utitur Grotius, ad probandum cedere domino terræ, ineptus eſt quoad jus Romanum: illud vero ſcio, Atticum patrem Herodis Rhetoris invento theſauro ſcripſiſſe ad Imp. Nervam, quid de eo ſtatueret, Nervamque reſcripſiſſe, *utere invento*, & cum regeſſiſſet Atticus, *inventum ſuperat conditionem meam*, reſpondit iterum Imp. *etiam abutere*, permittens illi theſauri inventi plenum dominium, ut narrat Joannes Zonaras *tom.* 2. *annal.* in vita Nervæ; ex quo facile ſuſpicari poſſumus, tunc temporis theſauros ubilibet inventos ad Principem pertinuiſſe. Nervæ ſucceſſit Trajanus, huic Hadrianus, qui de theſauris ita cavit; *ut ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur, ſi quis in alieno, dimidium domino daret, ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter partiretur*, ut teſtatur Spartian. in *ejus vita*, cujus Conſtitutionis meminit Juſt. in §. *theſauros* 39. *inſt. de rer. diviſ.* ſucceſſerunt Marcus Aurelius & Lucius Verus, (quos Divos fratres JCti appellant) qui conſtituerunt, ut theſauri reperti in locis publicis religioſisve dividerentur inter fiſcum & inventorem. *l.* 3. §. *ſi in locis* 10. *de jur. fiſc.* cum vero ſtatueret Hadrianus, theſaurum in loco religioſo inventum in ſolidum ad inventorem pertinere, ut Juſt. refert in *d.* §. *theſauros.* ſunt qui putent, Aurelium & Verum in hac parte a Conſtitutione Hadriani receſſiſſe, alii confingunt inter utramque locum antinomiam, quorum plurimos referunt Genua in *lib. leg. conciliatar.* Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 14. *lit. F.* noſter Amaya in *d. l. unic. num.* 41. in qua componenda, & utraque Conſtitutione concordanda anxie ſed fruſtra laboravit Galvan. in *d. cap.* 30. *num.* 5. ego ſequor Amayam & Regnerum Sixtinum *d. lib.* 2. *cap. ult. num.* 27. ſed clarioris explicationis gratia liceat tantiſper immorari.

§. XV. Moris fuit Juſtiniano in recenſendis veteribus Conſtitutionibus, ita verba ſua inſerere, ut quod ipſe addidit, imputaret anterioribus legibus, quem nobis teſtatiſſimum fecit elegans & cultiſſimus JCtus Ramos filius in *lib. de parric. ad* §. *item lex Pompeja in tit. de publ. jud.* ſi ergo fides habenda eſt Spartiano ſupra relato, Hadrianus nihil cavit de theſauris in loco religioſo vel ſacro inventis, fratres vero Impp. idem ſanxerunt de theſauris inventis in publico, & in loco religioſo ſine ulla diſtinctione. *d.* §. *ſi in locis.* Juſt. vero in *d.* §. *theſauros* ſic interpretatus fuit Hadriani Conſtitutionem, ut theſauri inventi in loco nullius cederent in totum inventori, cum non habeat, cui partem præbeat theſauri inventi; ex quo per conſequentiam adjecit, Hadriani Conſtitutione idem dicendum eſſe, ſi theſaurus inveniatur in loco proprio, acſi inveniatur in loco ſacro aut religioſo, qui nullius ſunt; unde ſequitur, illa verba *religioſisve*, quæ proſtant in *d.* §. *ſi in locis.* ſi non correcta, ſaltem reſtricta eſſe per Juſtin. ad loca religioſa in publico condita, ut explicentur appoſitive per verbum præcedens, videlicet publicis religioſisve, de illis ſepulchris, quæ vel publica erant, vel in viis & locis publicis conſtruebantur, quorum extat mentio in *l. in teſtamento* 27. *de cond. & dem.* quam in hac parte illuſtrant Briſſ. *lib.* 5. *de formul.* Kirchmann. *lib.* 2. *de funer. cap.* 22. Cerda ad *Virg. Eclog.* 9. *prope finem.* quidquid ſine fundamento neget Cæſar Coſta apud Barboſ. in *d.* §. *ſi fundum num.* 44. itaque ex Conſtitutione Hadriani theſaurus inventus in loco nullius, id eſt in loco ſacro vel religioſo, cedit inventori in ſolidum; cæterum inventus in loco publico, veluti in via, dividitur inter inventorem & fiſcum, quamvis inveniatur in ſepulchro in via poſito, cum non deſinat eſſe locus publicus, quamvis religioſus ſit. Ita ſuppleo & recipio expoſitionem Conn. *lib.* 3. *comm. cap.* 4. *num.* 2. *in fin.* Balduin. in *d.* §. *theſauros*, & Galvan. *d. cap.* 30. *num.* 7.

§. XVI. Proſequamur Conſtitutiones juris Romani, licet eas accurate retulerint Cujac. *lib.* 9. *obſerv. cap.* 37. Balduin. Hotman. & alii in *d.* §. *theſauros.* Amaya in *d. l. unic. num.* 43. in primis cenſeo, non fuiſſe Conſtitutionem, ſed eximiam liberalitatem & munificentiam, quod refert Lampridius in *vita Alexand.* feciſſe hunc Imp. nempe theſauros inventos in publico conceſſiſſe inventoribus; quod ſi prægrandes fuiſſent, juſſiſſe, ut cum ſuis aulicis dividerent. Conſtantinus fiſco adjudicavit theſauros ubilibet inventos; inventoribus vero, ſi ſe detuliſſent, dimidiam conceſſit. *l.* 1. *C. Theodoſ. de theſaur.* Gratian. & Valentinian. noluerunt, ut inveſtigarentur theſauri ſine Imp. facultate, ſanxeruntque, ut quem theſaurum quis inveniſſet in loco ſuo, integrum ſibi haberet, in alieno vero repertum, quantam partem daret domino loci, ut dicitur in *l. ſeq. eod. tit. & C.* Leo primus in *d. l. unic.* videtur ſequi licet minus expreſſe Conſtitutionem Imp. Hadriani; expreſſius vero Juſt. in *d.* §. *theſauros*, ut jam audivimus. Leo ſecundus ſive Philoſophus *Novell.* 51. idem ſancit, hoc tantum addito, ut ſi quis invenerit theſaurum in loco alieno, & non denuntiaverit domino loci, totus theſaurus illi adjudicetur, in quo diſtat hæc Conſtitutio a jure communi, ſecundum quod inventor theſauri non tenebatur ſe deferre, niſi quando pars ad fiſcum pertinebat. *l.* 3. §. *ult. de jur. fiſ.* denique quædam Conſtitutio, quæ nuper ex Baſilicis eſt inſerta Codici Juſtinianeo, extatque in *l.* 7. *C. de delator.* non patitur, ut extraneus deferat inventorem theſauri, pœna ſtatuta in ſervum, qui dominum ſuum detulerit, ut igni tradatur; liberos vero homines amiſſis bonis extra fines imperii exulare jubet. Poſt jus Romanum ſuccedit *jus feudale*, quod extat in *tit. quæ ſint regal.* in *uſib. feudor.* & fere ab illo nihil diſtat, fiſco tantum applicat dimidiam partem theſauri, ſi in loco Cæſaris vel religioſo inventus ſit, quod forte debet intelligi de loco religioſo publico, ut nuper dicebamus. Videndi ſunt Peregrin. *lib.* 4. *de jur. fiſc. tom.* 2. Roſenthal *de feudis cap.* 5. *concluſ.* 92. *cum ſeq.* Sixtinus *d. lib.* 2. *cap. ult.*

§. XVII. Ex hoc jure nonnullæ exagitantur quæſtiones. Prima eſt, ſi theſaurus inventus ſit in fundo dotali, an pars, quæ cedit glebæ, acquiratur marito, an uxori? deciditur hæc quæſtio in *l. fructus* 7. §. *ſi fundum* 12. *ſolut. matrim.* ut cedat marito revocabiliter, ſi dos reſtituenda ſit, quod ſi non ſit reſtituenda, neceſſe eſt, ut irrevocabiliter cedat. Igitur interim theſaurus ipſe in cauſſa dotis erit, illamque augebit: ſuadetur hæc ſententia ex *l. ſi is qui in aliena* 63. §. *quod ſi creditor* 4. *de acq. rer. dom.* in qua theſaurus inventus a creditore in fundo pignori accepto dividitur inter eum & debitorem, quia debitor dominus fundi eſt, quod ſi inventus ſit eo tempore, quo jam creditor ex principis auctoritate incipiebat fundi pignorati dominium quærere, & erat in ſtatu, ut non luente pignus debitore acquireret ſibi dominium irrevocabiliter, eodem modo totus theſaurus a creditore acquiritur, videlicet revocabiliter, ſi intra conſtitutum tempus debitor pretium obtulerit: reſtituendus quippe ipſi eſt fundus cum dimidia parte theſauri; quod ſi pecuniam debitam non obtulerit, tunc totus theſaurus cedit creditori, cui fundus ceſſit. Diſputant etiam JCti de uſufructuario in duabus ſpeciebus. Prima eſt, ſi ſervus, in quo aliquis uſumfructum habet, invenerit in alieno fundo theſaurum. Secunda eſt, ſi fructuarius vel ſervus proprius ejus invenerit theſaurum in fundo,

in

in quo habet uſumfructum. In hac ſecunda ſpecie nihil aliud dicendum eſt, quam quod diximus de theſauro invento in fundo prorſus alieno, quia talis fundus alienus eſt reſpectu fructuarii: docent ad tem Caſtil. *de uſufruct. cap.* 37. Galvan. in *eod. tract. cap.* 30. *in fin.* Prima tamen diſputatio difficilior eſt, quia videtur theſaurus acquiſitus ex operis ſervi, ſed quidquid ita acquiritur, ſpectat ad fructuarium. *l. acquiritur* 10. *§. de his autem de acq. rer. dom. §. de his autem inſt. per quas perſ. nob. acq.* igitur dimidia pars theſauri per ſervum inventi debet pertinere ad fructuarium: ita procul dubio ſentiebant nonnulli Juriſperiti, ſed aliter Triphonin. in *d. l.* 63. *§. quod ſi ſervus* 3. quia illæ cenſentur operæ ſervi, quibus utitur quis, deſtinatæ ad aliquod miniſterium, veluti ad colendum agrum; ſed qui colendo agrum invenit theſaurum, non quærebat theſaurum, ſed per accidens invenit; igitur inventio theſauri non eſt in opera ſervili: eſt ergo theſaurus inventum caſuale, quod non imputatur diligentiæ aut operæ; appellavit Triphoninus inventum hoc donum fortunæ, Leo Imp. in *d. l. unic.* beneficium Dei, & Cæſares in *l. ult. C. Theod. eod. tit.* Ariſt. *lib.* 3. *Ethic. cap.* 3. exiſtimabat, theſauros recludi a numine, & exhiberi his, qui a Deo dilecti ſunt. Apollon. theſaurum inventum adjudicabat ei, qui optimus fuiſſet, quaſi digniori divino beneficio, ut refert Philoſtrat. *lib.* 2. *cap.* 15. Plato *lib.* 11. *de legg.* ob eandem rationem conſulenda oracula præcepit, ut bene meritis theſauri adjicerentur. Achilles Tatius in *fabula de amoribus Clitophontis & Leucippes lib.* 5. *prope finem* ſic ſcribit. *Fortunæ etiam benignitati aliquid eſt, quod acceptum ferri deceat, cum theſaurum neſcio quis inveniſſet, locum in quo invenit in honore habuit, aram conſecravit, libamina obtulit, telluremque coronavit.* Hæc ideo, ut Deo ſe gratum exhiberet propter ſponte oblatum beneficium: ita Grotius *lib.* 2. *de jur. bel. & pac. cap.* 8. *§.* 7. Galvan. *d. cap.* 30. *in princ.* quæ pro illuſtratione Triphonini curſim libuit adduxiſſe.

§. XVIII. Diſputant etiam de theſauro reperto per ſervum communem. Prima quæſtio verſatur circa inventum in ſolo alieno, pars, quæ attribuitur inventori; cui ex ſociis cedat, & pro quota parte cedat? multa erant, quæ in controverſiam venire poterant; ſed nihilominus cito & ingenioſe ſe expendit Triphoninus ſic; quod ſervus communis accipit per traditionem alterius ex cauſſa donationis abſolute, & indiſtincte utrique domino acquirit pro dominicis portionibus. *l. ſervus communis* 5. *de ſtip. ſerv.* niſi nominatim traditio uni ſoli ex dominis facta ſit. *l. per ſervum* 37. *§. ſicut* 3. *de acq. rer. dom. l. Ofilius* 6. *l. perinde* 7. *de ſtip. ſervor.* ſed theſaurus donum eſt fortunæ, vel melius Dei: igitur utrique domino pro dominicis portionibus debet acquiri. Acumen itaque in eo conſiſtit, quod comparavit donum Dei donationi a privato factæ, & quod de donationibus privatorum reſpondetur, applicavit inventioni theſauri. Ex hoc ergo textu non poteſt convinci, inventionem theſauri eſſe operam ſervi; quia accipere rem donatam magis miniſterium eſt, quam operas ſerviles. Hoc ſuppoſito non eſt difficilis ſecunda quæſtio, quando ſervus communis invenit in fundo unius ex dominis, pars inventoris cui cedat? Reſpondet Triphoninus, totum theſaurum cedere domino fundi; quemadmodum ſi ipſi ſoli ſtipulatus fuiſſet, vel per traditionem accepiſſet: hæc eſt comparatio, ſed non ratio deciſionis; quia ſervus non poteſt mutare jus acquiſitionis in theſauro, qui non ex ejus opera, ſed ex dono Dei invenitur; neque enim eſt inſtrumentum ſervus, ſed miniſter acquiſitionis, ut Joannes de Platea & alii veteres colligunt ex *l. unic. C. de theſaur.* ibi; *vel arande*, apud Avendanum *parte* 1. *de exeq. mandat. cap.* 4. *num.* 33. Valaſcum *quæſt.* 5. *de jur. emphyt. num.* 3. Ratio itaque decidendi erit, quia fortiora ſunt duo vincula quam unum, & duplex ratio prævalet uni, ut notant Greg. in *proœmio partitar. verbo y otroſ.* Mantica *de conject. ultimar. volunt. lib.* 12. *tit.* 17. *num.* 16. cum ergo attento jure Romano ſocius dominus fundi duplici ratione innitatur, ſocius vero dominus ſervi una tantum fulciatur, rationi congruum eſt, ut cedat dominium ſervi inventoris dominio utriusque rei, quaſi terra ſuas opes offerat domino ſuo, quæ conſideratio non poteſt fieri in ſervo communi, qui in alieno prorſus loco invenit theſaurum, cum nulla ratio magis faveat uni, quam alii.

§. XIX. Ex his principiis exponendus eſt textus in *noſtro §. Neratius.* ut de eo jam dicamus: refert Paulus tres ſententias. Prima eſt Neratii & Proculi, qui exiſtimabant ſolo animo ſine naturali apprehenſione poſſe acquiri poſſeſſionem; exemplumque ponebant in theſauro, cujus poſſeſſionem acquiſitam dicebant, ſimulac dominus ſciret, in ſuo fundo conditum eſſe. Secunda eſt Bruti & Manilii, qui amplius audebant, nempe ſcientiam non eſſe neceſſariam, ſed ſimul cum fundo poſſideri & uſucapi, ut partem ipſius, tanquam venam metalli ibi natam, quam ſententiam ſtatim improbat Paulus. Tertia eſt Sabini, non ſufficere ſcientiam, niſi ſimul corporaliter apprehenſus ſit theſaurus, quam ſententiam ſequitur; quia poſſeſſio ſine animo & facto corporali acquiri non poteſt, ut dixit in §. 1. *ejus l.* deinde quia res, quæ acquiruntur per occupationem, non aliter fiunt occupantis, quam ſi in eas veniat, & apprehendat. *§. item lapilli, §. feræ cum ſimilib.* 6. *inſt. de rer. diviſ.* ſed theſaurus hoc modo acquiritur; igitur inventor reali occupatione indiget; deinde theſaurus pars fundi non eſt, nec ejus cauſſam ſequitur quoad dominium, ut ſæpe inculcavi: igitur neque quoad poſſeſſionem. Ita exponunt laudati ab Amaya in *d. l. unic. num.* 34. quibus addendi ſunt Zevallos *com. contra com. quæſt.* 114. Barb. in *d. §. ſi fundum num.* 32. *usque ad* 37. ubi ſentientes, ſola ſcientia ſine reali apprehenſione acquiri theſaurum, ſolide & late rejicit. Lyclam. *lib.* 3. *membran. eclog.* 7. Cheſius *lib.* 2. *interpr. jur. civil. cap.* 5. quæ interpretatio ſecure & facile procedit: in *princ.* vero textus aliqua menda eſt levis quidem, ſed pernicioſa. Ait enim Paulus, Neratium & Proculum ſenſiſſe, ſolo animo non poſſe nos acquirere poſſeſſionem ſine corporali apprehenſione, ex quo antecedenti hanc deducit conſequentiam: ideoque ſi theſaurum in fundo meo poſitum ſciam, continuo me poſſidere, ſimulatque poſſidendi affectum habuero, quæ plane eſt abſurda, neque convenit cum propoſitione antecedenti, ut agnoſcit Giphan. licet refractetur Cujacius *ibidem*; quare ſic legendum exiſtimo, *ſolo animo non poſſe non acquirere poſſeſſionem, etſi non antecedat naturalis poſſeſſio.* muto tantum unam litteram, & pro *nos* lego *non*, quæ menda etiam extat in *l. qui univerſas* 30. *§. item quod mari* 3. *hoc tit.* deinde copulam & in principio poſitam (quæ tanquam ſpuria aſteriſcis, & lineolis denotatur) transmuto ad ſequentem lineam, & lego *etſi*, quam criſin probabunt, qui ſedulo expenderint verba Pauli, & ſententiam Proculi, ſi arreptitii non ſint vel muſtacei.

§. XX. Sed non ſunt prætermittenda priora verba noſtri textus *quidam putant, Sabini ſententiam veriorem eſſe*; per illud verbum *quidam* ſolent citare JCti coætaneos ſuos, ut obſervavi *lib.* 5. *opuſc. cap.* 1. *num.* 7. & procul dubio hic citatur Papinianus ex *l. peregre* 44. *hoc tit.* ubi eleganter tractat quæſtionem, utrum deſinam poſſidere theſaurum, id eſt divitias meas ſub terra conditas, ut dixi ſupra §. 2. ſi rediens a peregrinatione, quam ſuſcepi, non repeto in memoria locum, in quo recondidi? id eſt utrum infirmitas memoriæ habeatur pro amiſſione rei? nam rei amiſſæ amitti poſſeſſionem probat textus in *l. ſi id quod* 25. *hoc tit.* & dixi latius ſupra *parte* 2. *cap.* 1. reſpondet Papinianus, in propoſito caſu non eſſe amiſſam poſſeſſionem, quia non eſt amiſſus theſaurus, quam-

vis locus reconditionis memoria excidat, cum certo ſciam, me condidiſſe, & ſundum, in quo condidi; tantum enim ceſſat interim diligens inquiſitio, quæ amiſſio rei non eſt: docent Conn. *lib.* 3. *comm. cap.* 9. *num. ult.* Donell. *lib.* 5. *cap.* 12. Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 3. *princ.* 3. *illat.* 1. Cujac. *lib.* 26. *quæſt. Pap.* in *l. ſi rem* 47. *hoc tit.* Bened. Pinell. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 9. *ex num.* 3. noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 21. Cheſius *lib.* 2. *cap.* 5. igitur per oblivionem illam multo minus amittetur dominium, ut eleganter concludit Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 13. *lit. D.* quam concluſionem Papinianus ampliat, ſive in alieno ſundo, ſive in proprio pecuniam condiderim: æque enim verum eſt, in utroque caſu non amitti poſſeſſionem propter oblivionem loci, in quo recondita pecunia fuit; quia poſſeſſio theſauri non pendet a poſſeſſione loci: quare nihil refert ad hoc, ut ego poſſideam theſaurum, quod locus poſſideatur ab alio, cujus poſſeſſio æque mea eſt, ſive ſub terra, ſive ſupra terram. Quemadmodum enim poſſideo rem meam, licet illam ponam ſupra ſundum Titii, ita poſſideo illam, quamvis ſub eodem fundo abſcondam, quam diſputationem hoc argumento concludit: ſi alienus theſaurus in meo fundo fuiſſet, non antea inciperem theſaurum poſſidere, quam ſi illum eruerem, & naturaliter apprehenderem; quia nec ſufficit poſſidere fundum, neque ſcire ibi reconditum eſſe theſaurum. Igitur pariſormiter, ſi theſaurum meum in fundo alieno abſcondam, nec dominus ſundi illam poſſidet, nec ego deſino poſſidere, quamdiu loco motus, & contrectatus ab alio non fuerit. Hæc eſt ſententia Sabini, quam Papinianus ſequitur, & comprobavit Paulus in *d.* §. *Neratius*, quod de jure Romano dixiſſe ſit ſatis. Proſequamur alia jura; in primis Gothorum legem jam ſæpe repetivimus, quæ fiſco applicat totum theſaurum ex Caſſiod. *epiſt.* 8. *lib.* 6. *variar.* obſervata a Fornerio *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 26. tale omnino fuit ſtatutum Regni Apuliæ, ut notat poſt Matthæum de Afflict. Petr. Greg. *lib.* 3. *Syntagm. cap.* 9. *num.* 6. ubi meminit ſimilis legis Eduardi Regis Angliæ. In Francia, quamvis variaverint Conſtitutiones, ut teſtantur Petr. Gregor. *ubi proxime*, & Renatus Choppin. *de dominio lib.* 2. *tit.* 5. tamen ſrequentius fiſco adjudicantur, ut prodit Joan. Gaill *quæſt.* 193. quod jus in Hollandia & pleriſque ſeptentrionalibus Provinciis hodie obtinere tradit Grotius ſæpe citatus.

§. XXI. Ex quibus ad noviſſimum jus noſtri Regni noviſſime deſcendimus: extat in *l.* 7. *tit.* 12. *lib.* 6. *Ordinamen.* in qua quinta pars theſauri datur inventori, reliquæ vero cedunt Regi, quæ lex repetitur in *l.* 1. *tit.* 13. *lib.* 6. *Compil.* ubi legitur, quartam partem attribui inventori, in qua diverſitate lectionum mutant interpretes. Anteceſſores noſtri Larrea *deciſ. Granat.* 44. *num.* 37. Solorzan. *lib.* 6. *polit. cap.* 5. Pichard. in *d.* §. *theſaures num. ult.* præferunt lectionem Ordinamenti, ſed Azevedus in *d. l.* 1. *num.* 4. Guttierrez *lib.* 4. *practicar. quæſt.* 36. *num.* 51. præferunt lectionem Recopilationis, quam ego præfero; cum correctiores ſint libri Recopilationis, & recentius cuſi, quam libri Ordinamenti; deinde quia princeps, qui ita publicari permiſit, videtur jubere, ut lectionem hanc ſequamur, non vero veterem; ſed quod dixit Ant. Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 51. inventori apud nos tertiam partem tribui, neſcio quod ſundamentum habeat, nec amplector doctrinam Guttierrez *num.* 52. qui legem Regni limitat, ſi maximus theſaurus ſit, & allegat Bovadillam *lib.* 4. *politic. cap.* 5. *num.* 61. qui nihil tale dixit. Dubitant etiam, an ſit correctoria juris communis *noſtra lex*, & varios diſtortoſque intellectus illi tribuunt. Ego cenſeo correctoriam eſſe, intelligique de theſauris ubicunque inventis, ſive in proprio ſolo ſive in alieno, ſive in publico; jam enim nihil attribuitur domino ſundi, ſed quarta pars cedit inventori *por galardon.* Hanc ſententiam præſerunt Larrea *num. ult.* Solorzan. & Pichard. *ubi proxime.* Amaya in *d. l. unic. num.* 49. Zevallos *com. cont. com. quæſt.* 514. Olanus in *antinomiis lit. T. num.* 1. Molin. *de juſt. & jur. tract.* 2. *diſpus.* 56. Villalobos, qui de juſtitia legis optime loquitur, in *ſumma parte* 2. *tract.* 10. *diffic*, 20.

F I N I S.

INDEX CONTENTORUM.

PARS PRIMA.

De Adquirenda Poſſeſſione.

Cap. I. *De Proprietate, & Poſſeſſione in communi.* 453.

Cap. II. *De ſubſtantia Poſſeſſionis, & quatenus differat a dominio.* 458. b.

Cap. III. *De rebus, quæ poſſunt poſſideri, & de perſonis, quæ habent affectum poſſidendi.* - - - - - - 465. a.

Cap. IV. *De perſonis, quæ non habent affectum ad poſſidendum.* - - - - 469. a.

Cap. V. *Per quas perſonas nobis Poſſeſſio adquiritur.* - - - - - 473. a.

Sect. I. *De ſervo proprio.* ibid. b.

Sect. II. *De ſervis bona fide poſſeſſis, & in quibus uſumfructum habemus.* - - 478. a.

Sect. III. *De Filiofamilias.* - ibid.

Sect. IV. *De homine libero, & ſervo alieno.* - ibid. b.

PARS SECUNDA.

De Amittenda Poſſeſſione.

Cap. I. *Quibus modis amittatur poſſeſſio ex defectu detentionis.* - - 479. a.

Cap. II. *De amittenda poſſeſſione ex defectu animi.* - - - - - - 482. b.

Cap. III. *De amiſſione poſſeſſionis ex defectu rei.* - - - - - - 485. b.

ADPENDIX.

De Theſauris, & Poſſeſſione eorum acquirenda & amittenda.

Ad explicationem textus in *L. poſſideri* 3. §. *Neratius* 3. *L. peregre* 44. *in princ. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* - - - - - 488.

JO-

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI VESPERTINI LEGUM INTERPRETIS,

DE

INTERDICTIS ET REMEDIIS POSSESSORIIS,

SCHOLASTICA RELECTIO,

DICTATA ANNO MDCLX.

SUB titulo *de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* ſolent Anteceſſores noſtri tractare materiam poſſeſſionis, quod duobus annis, vel potius luſtris nos fecimus: partem vero, quæ pertinet ad ordinanda judicia poſſeſſoria, omittunt potius, quam negligunt; merito enim reputatur ut difficilior ita ſubtilior omnibus, quæ in hoc juris libro continentur, & quamvis non ſit difficile juris ſtudioſo, omnia juris prætorii Interdicta colligere, ut cenſuit Cujacius *lib. 4. obſervationum cap.* 11. tamen ad formam redigere, & cum digeſtione explanare, non cuivis datum eſt, ſed paucis, quos æquus amat Jupiter, ut alibi ait Poëta, licet adeo ſint multi, qui huic tractatui manus admoverunt, ut faſtidium pariat tanta librorum revolutio, quanta noſter tractatus mihi conſtitit: fateor tamen in limine noluiſſe omnes adire, quos potui; quia, ut inquit Ariſtoteles, *de quolibet quodlibet proferente ſollicitum eſſe ſtultum eſt.* vix enim ſuppeteret ad comperienda omnia, quæ de his Remediis poſſeſſoriis ſcripta ſunt; & ſiquidem ſolemne eſt Juriſperitis, titulos operis ab utilitate commendare, ut ex multis teſtimoniis admonet Gothofredus in *l. 1. §. 1. de rivis.* ſerio vobis teſtor, Cariſſimi & Clariſſimi Adoleſcentes, nullam hucusque dediſſe me Relectionem, quæ utilior vobis futura ſit, imo & mihi, ne quid diſſimulem; nam, ut doceam, hæc prius didici, quæ numquam antea perceperam. *Vir unus autem nemo cuncta diſpicit*, ut Euripides ait: idcirco multa erunt, quæ deſideretis poſt meum laborem, ſed facilius erit ea addere, quam omnia ſine duce inveſtigare; ſed jam ad rem.

PRÆLUDIA.

Ad *L. naturaliter* 12. §. *nihil commune* 1. *L. ſi quis vi* 17. *L. exitus* 35. *L. permiſceri* 52. *D. de Adquir. vel Amitt. Poſſ.*

§. I. In his locis breves extant ſententiæ, ſed quæ ad explicationem expoſtulant univerſum tractatum de Interdictis & Remediis poſſeſſoriis: in primis, quia ex *d. l. permiſceri* 52. cognoſcimus, non eſſe miſcendum judicium de poſſeſſione cum judicin de proprietate; quia nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione. *d. §. nihil commune.* exitusque judicii poſſeſſorii tractatur, aut potius traditur in *d. l. exitus* 35. & effectus celer præſentiſſimusque Interdicti *unde vi* in *d. l. ſi quis vi* 17. magnum ergo operæ pretium me facturum exiſtimo, ſi hæc omnia ſigillatim examinavero; ſed ut cum partitione Scholaſtica Relectio noſtra procedat, breviter diſcutiendum eſt in *his præludiis*, unde Interdictum poſſeſſorium dicatur, quid ſit & quotuplex, in communi: nam ſingularia Interdictorum commodius exponentur in ſingulis, cum ad omnia ſingulariter dicendum ſit, ſi Deus annuerit.

§. II. *Interdicti* verbum, ſi grammaticam veritatem intueamur, ab *interdicendo* derivatur, hoc eſt, prohibendo: hanc etymologiam ſecutus fuit Juſtinianus in §. *ſumma 1. verſ. ſunt autem inſtit. de interdictis.* ubi docet, omnia hæc Remedia poſſeſſoria Interdicta vocari, quia pleraque ex his ſunt prohibitoria; adjicit vero aliam alluſionem; nempe dici Interdicta quaſi inter duos dicta, qui de poſſeſſione contendunt; quæ alluſio magis abuſiva & generalis eſt: alii vero cenſent, *Interdictum* dici quaſi *interim dictum*; quia ſententia in his cauſſis lata non parat præjudicium perpetuum proprietati, ſed poſſeſſionem interim tribuit, do-

Digitized by Google

nec pleniori judicio de proprietate diſceptetur. *l. 3. §. ult. de liberis exhibendis.* Quæ derivatio ad mentem juria magis explicat naturam Interdicti, & ob id a Juriſperitis præferenda eſt cum Divo Iſidoro *lib. 15. originum cap.* 24. Aniano ad Paulum *lib. 15. ſent. tit.* 6. quæ de etymologia ſufficiant, de qua latius, ſed non utilius divagantur præter Claſſicos & ordinarios Alciatus *lib. 3. parerg. cap.* 15. & in *l. pecuniæ* 178. *§. actionis de V. S.* Donellus *num.* 3. & Cujacius ad *tit. C. de interdictis.* Petrus Fridericus Mindanus *de interdictis parte* 1. *commentaris* 1. *per totum.* Pichardus in *§. ſumma num.* 179. *& ſeq. inſtit. eodem tit.*

§. III. Interdictum, pro ut eſt remedium poſſeſſorium, varie definitur ab interpretibus; & quamvis debeamus ſequi definitionem Juſtiniani, quæ extat in *principio inſtit. de interdictis.* tamen commodioris explicationis gratia proponemus exponemusque definitionem Mindani *d. commentario* 1. *num.* 58. quæ talis eſt: *Interdicta ſunt decreta vel mandata Prætoris, ſeu ordinarii judicis vel magiſtratus, quibus ex juris, legumque præſcripto circa poſſeſſionem vel quaſi, aut cujuſcumque facti controverſias, publicæ tranquillitatis, aut manifeſti juris gratia, quid recta fieri jubet vel prohibet, ſalva ut plurimum petitorii quæſtione:* fateor poſſe aliqua verba excuſari in hac definitione, ſi rigorem ſequeremur dialecticum; ſed nos, qui magis ad explanationem rerum per definitiones intendimus, quam ad alias ſcrupuloſas regulas, hanc definitionem ſuſtinebimus, quia totam ſubſtantiam Interdicti aperit.

§. IV. In primis conſtat genere & differentia, quia illud verbum *decreta* ſtat loco generis, & per illud nihilominus intelliguntur Interdicta. *§. ſunt autem inſtit. de interdictis. l.* 1. *de tabulis exhibendis.* ſed per ſe aptum eſt comprehendere omnia effata Prætoris vel judicis ordinarii, cum cauſſæ cognitionem expoſtulant, & non ſunt ſententiæ definitivæ: nos dicimus *autos de acuerdo con juſta del proceſſo*, aut proviſiones expedientes. *l. nec quidquam* 9. *§. ubi decretum de officio Proconſulis. l. decreta* 48. ſic intelligenda, *de re judicata.* Notant ad rem Mindanus *num.* 60. *&* 61. Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 17. verba *ſive mandata* ſunt ſynonyma, ut hoc vel illud eligatis, decretum vel mandatum, nam utrumque idoneum eſt definitioni: adjiciuntur vero ſequentia verba loco differentiæ; primo illud *Prætoris*, ut differant Interdicta a mandatis Principum, quæ erant præcepta, quæ ut plurimum Rectoribus vel Præſidibus provinciarum dabantur melioris gubernationis cauſſa, ut in illa provincia exſequerentur aliqua, vel vetarent, prout ſpecialiter illi regioni expediebat, de quibus in *titulo C. de mandatis Principum. l. Lucius* 11. *de evictionibus. l. præfectus* 61. *de ritu nuptiarum. l. hæc ratio* 3. *§.* 1. *de donationibus inter vir. & ux. l. manifeſtum C. de nuptiis:* & apud nos dicunt hæc principalia mandata in eodem caſu *capitulos de los corregideres*, in quibus Reges noſtri injungunt his magiſtratibus ſpecialia quædam circa curam civitatis & territorii, reditus tuendos, vias & paſcua publica, aliaque ſimilia, quæ majori ex parte tranſcripta ſunt in *tit. 6. lib. 3. Compilationis.* ubi Azevedus, & de illis ſpecialiores tractatus ediderunt Aviles in *capitulis Prætorum*, Nunnez de Avendanno *de exequendis mandatis*, & Villadiego. Prætoris vero mandata non referuntur ad cauſſam publicam in *hoc tractatu*; ſed ad controverſias inter privatos de poſſeſſione vel quaſi ortas.

§. V. Illa verba, *ſeu ordinarii judicis & magiſtratus*, ponuntur ad denotandum hodiernum morem judiciorum; nam hodie non eſt Prætor, & loco Prætoris Romani ſubrogatus eſt judex ordinarius, qui de cauſſis poſſeſſoris cognoſcat; ideo apud nos ſuperflua eſt illa quæſtio, utrum Interdicta ſint juris prætorii? quod procul dubio aſſeverandum eſt cum Cujacio *d. lib. 5. cap.* 17. ubi interpretatur locum Petronii, qui prima facie videtur turbare, & cum Petro Gregorio *lib.* 21. *Syntagmat. cap.* 9. Mindano *ubi ſupra*, & aliis: quare hæc verba tantum deſerviunt, ut intelligamus, judicem competentem ad cauſſas proprietatis eſſe etiam competentem ad cauſſas poſſeſſorias. *l.* 2. *C. de interdictis. l.* 1. *& toto tit. C. ubi de poſſeſſione. l. dotis* 9. *C. ſolute matrim. l. cum uuus* 12. *§.* 1. *de rebus auctoritate jud. poſſidendis*; quia alioquin judici incompetenti impune non paretur. *l.* 1. *& toto tit. C. ſi a non competenti judice. l. duumvirum* 53. *C. de decurionibus. l. ult. ff. de juriſdictione.* Nec noſtri inſtituti eſt, proſequi cauſſas fundantes juriſdictionem, quod ex profeſſo examinant Petrus Barboſa in *l. heres abſens* 19. *per totam de judiciis.* Carleval *tom.* 1. *de judiciis fere per totum:* & quæ ſpecialia ſunt in Interdictis, dicemus in ſingulis ſpeciebus.

§. VI. Adjiciuntur illa verba, *ex legum juriſque præſcripto:* olim enim in cauſſis poſſeſſoris Prætor cum partibus præſens veniebat in rem præſentem, de cujus poſſeſſione controvertebatur, & ſine ulla dilatione diſcuſſis contendentium rationibus poſſeſſionem uni adjudicabat interim, & donec plenario de jure litigantium conſtaret, ita componens turbam & vociferationem contendentium & amicorum, qui ad manus & arma venire minabantur, ut ex locis Ciceronis obſervat Cujacius *d. cap.* 17. Petrus Gregorius, & Mindanus *ubi proxime num.* 48. Balduinus & Hotmanus in *§. ult. inſt. de interdictis*, & aliis multi: hodie vero ſublatis judiciorum formulis, *l. unica C. de formulis & impetrationibus actionum ſublatis*, etiam interdicendi modus extraordinarius factus eſt. *d. §. ult.* id eſt redacta eſt forma procedendi in cauſſis poſſeſſoriis ad brevem proceſſum cum terminis probationum ſummariis ſine ſolemnitate publicationis teſtium & aliis dilationibus: praxim quamdam proponit eximius noſter Covarruvias *cap.* 17. *practicarum*, & nos magis ex profeſſo exponimus infra *parte* 2. *ſub interdictis retinendæ poſſeſſionis.* Et quamvis in hoc certa regula dari non poſſit, illud tamen conſtat, judicem, qui ex abrupto procedit parte non citata, nec forma aliqua obſervata judicii, ſpoliare tamquam privatum. *l. meminerint* 6. *C. unde vi. cap. conquerentes* 7. *de reſtit. ſpoliatorum. l.* 2. *tit.* 13. *lib.* 4. *Compilationis*, quod etiam dicimus *parte* 3. *ſub Interdicto unde vi ad finem.*

§. VII. Sequuntur illa verba, *circa poſſeſſionem vel quaſi, aut cujuſcumque facti controverſias*, quæ continent materiam, circa quam verſantur Interdicta, & deſumpta ſunt ex *l.* 1. *&* 2. *de interdictis.* In rebus corporalibus, quæ commercio noſtro ſubjiciuntur, & poſſunt poſſideri. *l. ſi ſervus* 43. *§.* 1. *de adquir. rer. dom. l.* 3. *in principio de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* verſantur circa veram & propriam poſſeſſionem, circa incorporales, quæ proprie non poſſidentur, ſed per juſſum retinentur. *l.* 1. *§.* 1. *&* 2. *de itinere actuque privato*; verſantur circa impropriam poſſeſſionem vel quaſi, in rebus, quæ extra commercium ſunt, ut homo liber, res ſacra aut publica, precedentiæ, honores, & alia ſimilia, verſantur circa varias controverſias. *d. l.* 2. *per totam.* de quibus infra ſigillatim agendum eſt.

§. VIII. Illa autem verba, *ſalva ut plurimum petitorii quæſtione*, denotant finem controverſiæ de poſſeſſione agitatæ per Interdicta, vel Remedia poſſeſſoria; ita enim per illa adjudicatur poſſeſſio, ut non præjudicetur cauſſa plenariæ proprietatis. *l. exitus* 35. *de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* quia nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione. *l. naturaliter* 12. *§. nihil commune eodem tit.* Itaque, qui ſuccubuit in cauſſa ſummaria poſſeſſionis, poteſt vincere in cauſſa proprietatis, ſi potiora jura oſtenderint, quia in his remediis plerumque non quæritur de jure, ſive de titulo poſſeſſionis, ſed de facto poſſidendi; ideo ſententia non affert perpetuum damnum, ſed momentaneum, & reparabile per ſententiam ferendam in cauſſa plenaria.

§. *ult.*

§. ult. inſtit. de interdictis. l. 2. & ult. C. eodem l. 2. 4. & ſeqq. C. unde vi. l. 1. C. ſi per vim vel alio modo, l. 2. §. ult. ff. ſi ſervitus vindicetur. & e converſo, qui ex defectu probationis dominii in cauſſa plenaria ſuccubuit, poteſt agere Interdicto ad poſſeſſionem. *l. an eadem 14. §. ult. de exceptione rei judicatæ.* Illud verbum *ut plurimum* denotat aliqua Interdicta poſſeſſoria vel quaſi habere ad mixtam cauſſam proprietatis; in quibus utraque quæſtio pariter & una ſententia terminatur: talia ſunt *de mortuo inferendo, ſepulcbro ædificando,* & *de aqua quotidiana & æſtiva.* Denotat etiam aliquando partes velle, ut ſub eadem lite terminetur utraque controverſia, ut in *cap. paſtoralis. cap. cum dilectus de cauſſa poſſeſſ. & propriet. cap. 1. cap. ſollicite 2. cum ſeqq. de reſtit. ſpoliat.* de quo ſatius agam in ſelectione *de cumulatione utriusque judicii,* quam Deo annuente in feriatis diebus dabimus.

§. IX. Succedunt illa verba, *publicæ tranquillitatis cauſſa,* quæ continent finem præcipuum Interdictorum; quia obtentu poſſidendi fruendique commodis poſſeſſionis, quæ multa ſunt. *§. retinendæ inſtit. de interdictis.* multoties partes ad arma proſiliunt, niſi judex interveniat, & rixantes pro ſua juriſdictione componat. *l. æquiſſimum 14. ff. de uſufructu.* Imo quamvis rixa non timeatur, ſemper neceſſaria eſt ordinatio poſſeſſionis, ut cognoſcatur, quis ſit reus vel actor. *d. §. retinendæ. l. 1. §. 1. & ſeq. uti poſſidetis. l. incerti 3. C. de interdictis. l. liberis 7. §. ult. de liberali cauſſa.* ideo judicia ſummaria de poſſeſſione dicuntur præparatoria ad cauſſam proprietatis. *l. ſi de vi 37. de judiciis. cap. ult. de ordine cognitionum.* Covarruvias *in practicis cap. 17. num. 1.* Salgadus *de protectione regia parte 3. cap. 12. num. 2.* Mindanus *d. commentario 1. num. 83.* & hoc etiam ſignificant illa verba, *aut manifeſti juris cauſſa;* quia ubi manifeſtum eſt, poſſeſſionem ad aliquem pertinere, debet judex eum in ſua poſſeſſione tueri ſummariſſime & ſine ſtrepitu judiciali, ſi ab alio deturbetur aut perturbetur. *cap. quoniam 10. de filiis presbyterorum.* quia, ut vulgo ſolet dici, in notoriis ordo eſt ordinem non ſervare. *cap. ad noſtram,* & ibi Doctores *, de jurejurando.* Denique illa verba *, quod recta fieri jubet aut probibet,* ſignificant effectum ſententiæ, qui eſt plerumque celeris executionis; neque enim in cauſſis poſſeſſoriis ſummariſſimis ſolet eſſe locus appellationi. *l. unica C. ſi de momentanea poſſeſſ. fuerit appellatum.* docet præ cæteris Salgado *d. part. 3. cap. 12. fere per totum.*

§. X. Expoſita definitione & indicata breviter univerſali doctrina noſtri tractatus, ſuccedit, ut dividamus Remedia poſſeſſoria: habemus diviſionem Ulpiani, Pauli, & Juſtiniani in *l. 1. & 2. de interdictis. principio inſtit. eodem tit. & per totum.* aliam nimis ſedulam & operoſam Petri Friderici Mindani *parte 1. de interdictis commentario 6. per totum.* Alias Jacobi Ferrarii, Henrici Vocerii, & aliorum, qui epitomen vel diſputationes ad univerſum jus ſcripſerunt ſub hoc tractatu, quem tetigerunt ſatis jejune: aptior eſt diviſio Treutleri *volumine 2. ſelect. diſp. 25. theſ. 1.* quam ſequar & exponam. Igitur omnia Remedia poſſeſſoria vel ſunt de rebus divinis vel humanis. Res humanæ vel ſunt in commercio vel extra commercium: denique ex rebus, quæ ſunt in commercio, quædam ſunt corporales, quædam incorporales: de his omnibus competunt Remedia poſſeſſoria pro rebus divinis, veluti *de mortuo inferendo, ſepulcbro ædificando* &c. de rebus reliquis extra commercium poſitis, veluti *de liberis exhibendis, de libero homine exhibendo, ne quid in loco publico* &c. de rebus incorporalibus, quales ſunt ſervitutes, *de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æſtiva* &c. pro rebus corporalibus, cum omne jus conſiſtat in adipiſcendo, retinendo, & recuperando. *l. ult. de legibus.* Ad has claſſes cum doctiſſimo Menochio illa reducimus.

P A R S P R I M A.

De Interdictis, & Remediis Poſſeſſionis adipiſcendæ.

I. *De Remedio Poſſeſſorio Leg. ult. C. de Edict. D. Adr. toll.*

§. I. Non poſſumus tranſitum facere ad Interdicta adipiſcendæ poſſeſſionis, *quorum bonorum,* & *quorum legatorum,* niſi prius expoſuerimus Remedium poſſeſſorium, quod extat in *l. ult. C. de Edicto Divi Adriani tollendo,* quod eſt valde affine Interdictis, neque ab illis diſtat in modo procedendi & celeritate proceſſus, ut notavit Treutlerus *ubi proxime.* Ad expoſitionem ergo *prædictæ legis* primo notandum eſt, Imperatorem Adrianum tuliſſe hoc Edictum occaſione legis vicesimæ hereditatum. Lex Julia viceſimæ, ſive viceſimaria lata fuit ab Auguſto, Æmilio Lepido & Lucio Aruncio Conſulibus, ut tradit Dio *lib. 53. Hiſtor.* per quam viceſima pars hereditatum & omnium donationum cauſſa mortis fiſco applicabatur, exceptis proximis cognatis; hæc exceptio per avaritiam ſucceſſorum ſublata fuit, & indiſtincte de omnibus hereditatibus ſolvebatur; ſiquidem Plinius in *Panegyrico* Trajanum laudat, non quia ſuſtulit, ſed quia minuit, ſanciens, ne exigeretur de hereditatibus proximorum, pauperum, & eorum, qui jure Latii gaudebant. Adrianus procul dubio, ut fuit pecuniæ avidus, vetus jus reduxit, ejus filius ſucceſſorque Antoninus iterum temperavit, gravavit iterum Marcus Philoſophus ſucceſſor, donec Gratianus Chriſtianiſſimus Imp. majori ex parte ſuſtulit, ſi non in totum, ut refert & extollit Auſonius in *Panegyrico ejusdem.* Deniquc Juſtinianus penitus ſuſtulit tributum viceſimæ: & Edictum Adriani, quoad hanc partem, & ita intelligetis *titulum C. de Edicto Divi Adriani tollendo.* De hac viceſima multa diſputant Alciatus *lib. 9. diſpunctionum cap. 6.* Goveanus in *l. computationi 68. ad leg. Falcidiam.* Antonius Auguſtinus *de legibus* in *viceſima.* Cujacius ad *Paulum lib. 4. ſent. tit. 6. de viceſima,* & *lib. 9. obſervat. cap. 24.* & in *l. filiusfamilias 114. §. Divi 14. de legatis 1.* Joannes Bertrandus *de Juriſperitis lib. 1.* in *Æmilio Macro,* Cæſar Bulengerus *de vectigalibus Populi Romani cap. 40.* Lipſius ad *Tacitum lib. 13. annalium annotatione 95.* & ad *Panegyricum Plinii,* ubi poſt Dionem *ubi ſupra* Principibus perſuadere cupit reductionem ad uſum hujus tributi, adverſus quem politice etiam diſputat Dominus Solorzanus *emblemate 83. ex num. 23.*

§. II. Cujus tributi occaſione, & ut ejus exactio maturaretur, Adrianus edixit, ut tabulæ teſtamenti aperirentur, & cito mitteretur heres in poſſeſſionem, ut fiſcus haberet, a quo partem ſuam exigeret, quod manifeſte docet Paulus *lib. 4. ſent. tit. 6. §. ult.* ubi Cujacius, & ad *hunc tit.* Antonius Auguſtinus *ubi proxime;* miſſio ab Adriano inducta multis forſan ambagibus peragebatur, prout fuerunt veteres ſolemnitatum ſcrupuloſi amatores; ut de apertura tabularum teſtimonium habemus Pauli *d. tit. 6.* Juſtinianus eas etiam ſuſtulit, pla-

namque & ſinceram induxit ſine ullo circuitu, ut ipſe teſtatur, & notat uberius Argelus *tom. 1. de miſſione in poſſeſſ. ex hac l. ult. quæſt. 1. art. 7. num. 6.* Rurſus ex Edicto Adriani teſtamentum aperiendum erat intra tres vel quinque dies; & heredibus abſentibus dabatur tempus duplicatum, & hoc amplius ſinguli dies dabantur in ſingula vicena millia paſſuum itineri faciendo. Paulus *d. tit. 6. §. ult.* ideo Æmilius Macer in *l. mille paſſus 154. de V. S.* de hac computatione agit ſub titulo legis viceſimæ, ut breviter ibi notavit Cujacius, & in *d. §. ult.* Deinde etiam ad petendam miſſionem in poſſeſſionem tempus aliquod præfinivit forſan anni, quod ex verbis Juſtiniani colligi poteſt. Hæc omnia abrogantur in *d. l. ult.* ut ſimpliciter ſine ullis ambagibus, & ſine præfinitione temporis aperiatur teſtamentum, & petatur miſſio in poſſeſſionem, niſi ſint creditores, qui urgeant. Donellus *num.* 10. & Cujacius in *præſenti*, Argelus *d. quæſt. 1. art. 4.*

§. III. Juſtinianus ergo ſic ſanxit in *d. l. ult. ſi heres ex aſſe vel ex parte ſcriptus competenti judici oſtenderit teſtamentum non cancellatum, neque abolitum, neque in parte formali vitiatum, ſubſcriptionibus teſtium legitime munitum, ut mittatur in poſſeſſionem bonorum hereditatis, quæ defuncti fuerunt tempore mortis.* Solent in præſenti quærere, quid ſit mitti in poſſeſſionem *teſtatione publicarum perſonarum?* nihil aliud eſt, quam capere poſſeſſionem de mandato judicis, olim per apparitores, hodie interveniente publico tabellione & miniſtro. Docet poſt Cujacium Argelus *d. quæſt. 1. art. 3.* de judice competenti etiam dubitatur; regulariter eſt, ubi hereditas eſt ſita: fundat pro multis Dominus Larrea *deciſione 6. granatenſi.* Igitur prædicta concluſio de jure Regio confirmatur ex *l. 2. tit. 14. Partita 6.* eamque plurimis auctorum teſtimoniis illuſtrat & ampliat Carleval *tom. 2. de judiciis tit. 3. diſp. 5. num.* 14. Alioſque remiſſive adducit Olea doctiſſimus primarius Valliſoletanus *de ceſſione jurium & actionum tit. 6. quæſt. 5. num.* 17. duo ex hac concluſione ſunt notanda; alterum eſt, omne vitium externum teſtamenti, id eſt, quod in ejus extrinſeca forma oculis objicitur, impedire miſſionem in poſſeſſionem; qualia ſunt defectus teſtium, abraſio, cancellatio, aut abolitio, ſed hæc tria poſtrema tunc impediunt poſſeſſionem, quando extant in parte ſubſtantiali, veluti in clauſula inſtitutionis ejus, qui petit ſe immitti, aut in ſubſcriptione teſtium, aut in nuncupatione teſtamenti, vulgo *otorgamiento*: non vero ſi in parte accidentali, quæ poteſt adeſſe vel abeſſe ſine diſpendio totius teſtamenti; veluti ſi aliquod legatum vel datio libertatis, vel fideicommiſſum, aut ſimilia abolita ſint. *l. 1. de his quæ in teſtam. delentur. cap. ex literis de fide inſtrumentorum.* docent Donellus in *ſumma C. hoc tit. num.* 7. Antonius Gomez. in *l. 45. Tauri num. 145. verſ. item adde, & num. ſeq.* Argelus *d. quæſt. 1. art. 7. num.* 104. Alterum eſt, vitia interna teſtamenti non impedire immiſſionem; qualia ſunt, ſi arguatur falſum, inofficioſum, vel nullum ob prætetitionem liberorum. *l. 2. C. quor. bon.* Paulus *lib. 3. ſent. tit. 5. §.* 11. Quæ eſt ſpecialis differentia inter hoc judicium & plenarium petitionis hereditatis, in quo de omnibus teſtamenti & teſtatoris vitiis diſputatur. *l. Divus 5. §. 1. de petitione hereditatis.* Sed nihilominus ex communi auctorum placito & uſu forenſi obtinuit non ſine æquitate, ut ſi ſcripto petenti immiſſionem ex hoc Edicto heres legitimus objiciat de vitiis internis teſtamenti, & in continenti offerat probationes, quibus exceptionem liquido probet, audiatur, & impediatur miſſio, ut poſt Baldum, Salicetum, Ripam, & alios Claſſicos docent Donellus *num.* 10. Gomez. *d. num.* 145. Parladorius *lib. 2. rerum quotidianarum cap. 9. num. 5. & 12.* Carleval *d. diſp. 5. num.* 19. Argelus *tom. 2. de legitimo contradictore quæſt. 11. per totum.* pro qua doctrina faciunt textus infra ſæpe expendendi in *l. 3. §. Pomponius 12. ad exhibendum. l. is a quo 3. ut in poſſeſſionem legatorum.* qui probant, nullum judicium quantumvis ſummariſſimum, uno aut altero excepto, excludere illas exceptiones, de quibus in continenti apparere poteſt abſque eo, quod altiorem indaginem requirant. Videndus etiam Molina cum ſuis addentibus *lib. 4. de primogeniis cap. 9. num.* 40.

§. IV. Hac occaſione arrepta Argelus *tom. 1. ad noſtram l. ult. quæſt.* 2. per 17. articulos diſputat de omnibus actibus, qui poſſunt fieri in continenti, & quomodo in continenti facti dicantur; & *quæſt.* 3. per 24. articulos tractat, quibus non ſit permiſſum facere teſtamentum; & *quæſt.* 11. per 23. articulos, an inſtitutio directa poſſit fieri in codicillis: quæ omnia potius ſupponenda eſſent, quam diſputanda, alioquin nullus juris tractatus finem inveniet.

§. V. Apparet primo, hoc beneficium concedi heredi ſcripto in teſtamento, vel ei, qui vicem heredis ſuſtinet, quales ſunt ſubſtituti, quibus delata eſt hereditas; pater vel dominus, qui per filium vel ſervum heredes facti ſunt. Gomez in *d. l. 45. num.* 140. Igitur ipſum teſtamentum eſt, quod meretur immiſſionem, in quo diſtat hoc remedium ab Interdicto *quorum bonorum*, ut infra dicemus: igitur ſi teſtamentum factum in publica forma non exhibeatur, ceſſat hoc Remedium. Utrum pro teſtamentis nuncupativis in ſcriptura factis (nam & hæc nuncupativa, Hilligerus ad Donellum *lib. 1. cap. 10. lit. A. & lib. 6. cap. 10. lit. B.* noſter Pichardus in *§. ult. inſt. de teſtamentis*) competat noſtrum Remedium, dubitatum apud veteres fuit, ſed obtinuit competere; quia licet ſit apertum, & in ſubſtantia nuncupativum, tamen publica ſcriptura exhibetur: docent poſt antiquiores Menochius *de adipiſcend. remedio 4. num.* 94. Argelus *d. tom. 1. quæſt. 6. art. 1. & 2.* & ad mores noſtros cum judicio Antonius Gomez. in *d. l. 45. Tauri num.* 135. Azevedus in *l. 3. tit. 14. lib. 4. Compilationis num.* 2. ubi de privata ſcriptura teſtamenti ad inſtrumentum publicum redacta judicis auctoritate & tabellionis interventu idem reſolvunt. Cæterum ſi heres vellet probare, teſtamentum factum fuiſſe, quod non appareat, denegatur miſſio; quia teſtes non poſſunt ſufficienter concludere de omnibus requiſitis, & forma extrinſeca teſtamenti, quam judex oculis cernere debet, ut decernat poſſeſſionem: ita recte Molina *de primogeniis lib. 3. cap. 13. num.* 44. Menochius *num.* 107. Argelus *art. 4. ubi proxime.* qui per 9. ſequentes articulos ſuo more ex occaſione diſputat, quomodo cenſeatur revocatum teſtamentum, vel ſit imperfectum, quod etiam ſupponere debuit.

§. VI. Fit inde quoque luce meridiana clarius, hoc Remedium non competere venientibus ab inteſtato, cum pro ſe publicum inſtrumentum teſtamenti afferre non poſſint, ut poſt quinquaginta auctores, quos refert, docet Argelus *d. tom. 1. quæſt. 4. art. 1.* præſertim *num.* 25. Cujacius & Donellus in *præſenti*, Azevedus in *d. l. 3. num.* 31. Gutierrez in *repetitione ad §. ſui num. 73. & ſeq.* Nihilominus auctores practici, & cum ipſis latiſſime idem Argelus *d. quæſt.* 4. per 7. articulos tribuunt judicium utile, vel extraordinarium ex officio judicis, ut eandem immiſſionem petat, ac poteſt petere in teſtamento ſcriptus heres: ſed hæc omnia mera ſomnia ſunt antiquorum, neque in jure fundamentum habent; cum iſtæ extenſiones ab alio quam a principe vel a lege fieri non poſſint, *arg. l. illam C. de collationibus.* quare, ut graviter & in his terminis admonet Parladorius *d. lib. 2. cap. 9. num.* 4. nihil tam cordatum eſt, quam verbis legis inhærere, & contra mentem Imperatoris non facere ex cerebro extenſiones.

§. VII. Illam tamen facile admitto, ut competat Remedium noſtrum fideicommiſſario univerſali, ſive

par-

partis, ſive totius hereditatis, ut colligitur ſine violentia ex *l. ult. C. de codicillis.* ita vero ei competit, ſi hereditas reſtituta ſit, quia tunc heredis loco habetur. *l. reſtituta* 37. *ad S. C. Trebellianum.* §. *reſtituta inſtit. de fideicomm. heredit.* docent Menochius *d. remedio* 4. *num.* 166. Antonius Gomez. in *d. l.* 45. *num.* 138. Azevedus in *l.* 3. *tit.* 13. *lib.* 4. *Compilationis num.* 13. Argelus *d. tomo* 1. *quæſt.* 8. *per totam.*

§. VIII. Poſtquam diximus, quibus hoc remedium detur, ſuccedit ut diſquiramus, adverſus quos denegetur heredibus vel fideicommiſſariis. Regula ſumenda eſt ex ipſo Juſtiniano in *d. l. ult.* ibi: *non autem legitimo modo ab alio detinentur.* Ex quibus conſtat, immiſſionem denegari adverſus eum, qui legitimo & potiore titulo res poſſidet, quas petit heres tamquam hereditarias. Ex his verbis occaſionem arripiunt noſtri interpretes, tractandi de legitimo contradictore; ſed nos, ut impropria a propriis dividamus, in primis profitemur, non eſſe legitimum contradictorem eum, qui jure actionis concurrit, ſeu occurrit alii petenti: veluti ſi uterque inſtrumentum teſtamenti pro ſe exhibeat, & uterque ſeorſim prætendat ſolum ſuum teſtamentum valere; tunc enim æquo jure diſceptatur, & uterque eſt plus quam legitimus contradictor, neque immiſſio decernenda eſt, donec de viribus alterutrius teſtamenti conſtet, ut ab ſpeciali probatur ex *l.* 1. *C. de Edict. D. Adr. toll.* addendi tamen ſunt Menochius *d. remedio* 4. *num.* 559. Gomez. *ubi ſupra num.* 147. *& ſeq.* Argelus *de legitimo contradictore quæſt.* 2. *&* 10. ubi late tractat de fideicommiſſario, qui poteſt in rigoroſo ſenſu eſſe legitimus contradictor, ſi cum jam ſit in poſſeſſione ex hoc Remedio, heres immiſſionem petat denuo: idem judicium eſt de legatario, & de filiis pro legitima concurrentibus, de quibus agit idem Argelus *quæſt.* 12. nos tamen omittimus, quia ad noſtram ſpartam ornandam non pertinent.

§. IX. Legitimus ergo contradictor erit, ut definit Parladorius *d. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 5. *&* 10. *qui oſtendit titulum ad poſſidendum potiorem, quam heres; & qui ſimul meretur immiſſionem & executionem;* tunc enim de vi utriusque tituli plenario diſputatur in via ordinaria, & miſſio impeditur. Hic etiam notandum eſt, ne in æquivoco decipiamur, appellari legitimum contradictorem, qui poſt mortem defuncti incepit aliquam rem hereditariam poſſidere, ſed potiore jure, quam heres, qui intendit immiſſionem; veluti ſi ab executore teſtamenti ex juſto titulo ſibi tradita ſit, vel etiam a tertio poſt mortem teſtatoris: ſi tamen in continenti offerat ſe ad probandum, tertium illum & non teſtatorem dominum fuiſſe; alioquin tituli nati ab extraneis poſt mortem teſtatoris ſunt injuſti reſpectu heredis, cujus poſſeſſio per hoc remedium conjungitur cum poſſeſſione defuncti; adeo quidem ut, quamvis adipiſcendæ poſſeſſionis ſit, appelletur reſtitutoriam in ſimili ſpecie *l.* 1. *ff. quorum bonorum.* quia, quod fuit defuncti, reſtituitur heredi, ut ratiocinatur Donellus in *præſenti.* perſuadet hanc doctrinam Juſtinianus in *d. l. ult.* dum docet, ſi medio tempore extraneus ab extraneo rem comparavit, & uſucepit eam, legitimo tempore tranſacto excludere heredem: ergo ſi nondum uſucapta eſt, non excluditur heres, quamvis extraneus legitimo titulo eam obtinuerit; hinc colligunt cordatiores interpretes, poſſeſſionem cum titulo habito ab extraneo poſt mortem teſtatoris non efficere legitimum contradictorem; niſi poſſeſſor in continenti offerat probationem de dominio auctoris ſui, vel quaſi dominio; quia quaſi dominium per Publicianam idem præſtat, quod verum dominium per vindicationem. *l.* 1. *l. quæcumque* 13. *in principio de Publiciana.* §. *nam ſi cui* 4. *inſtit. de actionibus.* Argelus *eodem tract. quæſt.* 7. *art.* 1. *a num.* 5. *&* 8. quam ſententiam tenent Azo, Baldus, Salicetus, & alii Claſſici in *præſenti.* Menochius *de adipiſc. remed.* 4. *num.* 604. Argelus cum multis *d. art.* 1. Dominus Covarruvias in *practicis cap.* 12. *num.* 3. *&* 4. quamvis pro contraria ſoleat allegari Molina cum ſuis addentibus *lib.* 4. *cap.* 9. *a num.* 52. Parladorius *d. cap.* 5. *num.* 9. *&* 10: qui rejiciunt exiſtimantes, ſolam tituli allegationem habiti ab extraneo poſt mortem teſtatoris ſufficere, ut poſſeſſor cenſeatur legitimus contradictor.

§. X. Igitur, qui ante mortem defuncti ex aliquo juſto titulo rem cœpit poſſidere, plus eſt quam legitimus contradictor; neque enim tam impedit immiſſionem, quam ipſa immiſſio deficit in hoc caſu; quia heres ſcriptus ſolum mittitur in poſſeſſionem earum rerum, quas defunctus reliquit tempore mortis, ut dicitur in *d. l. ult.* id eſt, quas poſſidebat per ſe vel per ſubjectas juri ſuo perſonas: unde inferunt, in illa tantum bona immittendum eſſe heredem, in quibus, ſi defunctus viveret; manu tenendus eſſet ex præſenti poſſeſſione per regulam textus in *l.* 1. §. *hoc interdictum ff. uti poſſidetis.* Antonius Gomez. in *d. l.* 45. *Tauri num.* 145. Argelus *de legitimo contradictore quæſt.* 4. *art.* 1. *num.* 32. *& art.* 3. *per totum, & quæſt.* 8. *art.* 2. *& quæſt.* 9. *art.* 2. ex quo apparet, ſi pro rebus cognitis dotalibus, quas defunctus reliquit, concurrant heres petens immiſſionem, & mulier petens retentionem, mulierem præferendam eſſe; quia in bonis uxoris non mariti cenſentur eſſe illa bona. *l. in rebus* 30. *C. de jure dotium.* quin imo & pro lucris conſtante matrimonio adquiſitis uxor pro medietate manutenetur adverſus heredem: docent Parladorius *d. lib.* 2. *cap.* 5. *ex num.* 13. Azevedus in *d. l.* 3. *ex num.* 19. cum ergo ab extraneo ante mortem teſtatoris titulum habet, impedit immiſſionem; ergo multo fortius illam impediet, ſi ab ipſo herede rem nactus ſit; quia heres contra factum ſuum venire non poterit. Menochius *d. remed.* 4. *num.* 583. Argelus *d. quæſt.* 4. *art.* 2. *num.* 42. & ibi noviſſime ejus additionator Spiritus de Rivieres, & *quæſt.* 7. *art.* 2. in præſenti tamen ex æquitate & uſu forenſi admittitur una limitatio; nempe ſi poſſeſſio vivo teſtatore occupata prorſus injuſta ſit carens titulo, quia talem poſſeſſionem Prætor tueri non debet. Antonius Gomez. *num.* 150. Menochius *num.* 582. Argelus *d. art.* 3. *num.* 6. qui pro more ſuo *quæſt.* 5. *&* 6. exponit, quæ ſit injuſta poſſeſſio, cum debuiſſet ſupponere.

§. XI. Alia exceptio proponitur in *d. l. ult.* ibi: *niſi tantum temporis effluxerit, quod poſſit vel poſſeſſori pleniſſimam ſecuritatem ſuper dominio præſtare; vel ipſi, qui miſſus eſt, omnem intentionem excludere.* Hæc eſt exceptio temporis, quæ dupliciter ab Imperatore conſideratur; vel ex parte poſſeſſoris, ſi cum titulo & bona fide continuo poſſedit per tempus requiſitum ad uſucapionem, quæ tribuit poſſeſſori dominium, & per conſequens pleniſſimam ſecuritatem; quia regulariter omnibus Remediis poſſeſſoriis obſtat exceptio dominii. *l. penult. & ult. de Publiciana. l.* 27. *tit.* 2. *Part.* 3. docet ad rem cum multis Parladorius *d. cap.* 5. *num.* 7. Secundo ex parte heredis, ſi negligens fuit, ſi per 30. annos non petiit immiſſionem, quod ſilentium tollit omne remedium & actionem. *l. ſicut* 3. *C. de præſcriptione* 30. *vel* 40. *annorum.* ut dixi ſuperiori ſemeſtri *parte* 1. poſtea fortius idem concludit in *verſ. ult.* ſi ex utriusque partis tempore eadem exceptio comparetur; ex parte poſſeſſoris, quia uſucepit, ex parte heredis, quia negligens fuit non tantum per tempus uſucapioni præfinitum, ſed etiam per 30. annos, quo caſu utraque ratio concurrit, & firmat magis exceptionem: a quo modo interpretandi parum diſcrepant Cujacius & Donellus *num.* 10. in *d. l. ult.* Menochius *d. remed.* 4. *num.* 374. Parladorius *lib.* 1. *rerum quotidianarum cap.* 1. §. 2. *&* §. 11. *num.* 10. Argelus *tomo* 1. *ad eandem l. ult. quæſt.* 1. *art.* 5. *& ultimo.*

§. XII. Denique, quando lis intricatur per contra-

tradictoris jus, incipit cauſſa habere ad mixtam proprietatem, & tunc appellationi deferendum eſt a ſententia, in qua poſſeſſio alteri ex partibus decernitur. Menochius *d. remed.* 4. *num.* 856. Salgado *de regia protectione parte* 3. *cap.* 12. *num.* 91. cæterum ubi contradictio non eſt implexa, & miſſio ſtatim peragitur, non eſt locus appellationi tamquam frivolæ, & ita accipienda eſt doctrina ejusdem Salgadi *num.* 84. Menochii *num.* 826. Covarruviæ *cap.* 23. *practicarum num.* 8.

II. *De Interdicto*, QUORUM BONORUM.

§. XIII. Expoſito Remedio *dictæ legis ult.* recta deſcendimus ad Interdictum *Quorum Bonorum*, cujus extant verba in *l.* 1. *in principio ff. quor. bon.* Primo notandum eſt, hoc Interdictum illi tantum competere, cui a Prætore bonorum poſſeſſio data eſt. *l.* 2. *C. quor. bon.* hoc requiſitum propter ignorantiam terminorum mille difficultatibus involvitur a veteribus & practicis apud Menochium *de adipiſcend. remed.* 1. *num.* 9. Antonium Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 128. facile tamen ita explicandum eſt: bonorum poſſeſſio ſive ab inteſtato, ſive ex teſtamento ſemper datur cum aliqua cauſſæ cognitione; veluti ſi teſtamentum exhibeatur de morte defuncti, ſi ab inteſtato petatur, de proximitate gradus, morte defuncti, & aliqua probatione de non facto teſtamento; ſi non eſt contradictor, expeditur de plano ſine figura judicii, & ſine alicujus citatione: hæc dicitur *edictalis*, quia fere non indiget ullo decreto, & ex verbis Edicti datur; ſi vero eſt contradictor, tunc neceſſaria eſt cauſſæ cognitio, & ſedet Prætor pro tribunali, ut diſcuſſis partium allegationibus illam decernat, appellaturque *decretalis*. *l.* 3. §. *ſi cauſſa cognita* 8. *de bonorum poſſeſſionibus*. *l.* 2. §. 1. *quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſervetur.* docent Cujacius *lib.* 14. *quæſt. Papiniani* in *l. ſcriptus* 12. *de Carboniano Edicto*. Hillig. ad Donell. *lib.* 7. *cap.* 14. *lit. P.* Rævardus *lib. ſingulari protribunalium cap.* 8. Pichardus in §. *ſumma ex num.* 90. *inſtit. de interdictis*. Mindanus *parte* 2. *de interdictis tit.* 16. *ex num.* 40. & noviſſime amicus noſter olim ſtudiorum ſodalis Don. Nicolaus Antonius Hiſpalenſis in doctiſſimo ſyntagmate & omni ſapientia referto *de exilio & juribus exulum lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 7. neutra vero bonorum poſſeſſio tribuebat dominium, quia erat prætoria. §. *quas autem Prætor inſtit. de bonor. poſſeſſionibus*. multo minus tribuebat poſſeſſionem rerum, quia eſt nomen juris, quod in ſucceſſione conſiſtit, non in poſſeſſione. *d. l.* 3. §. *bonorum* 2. in ſumma nihil aliud eſt, quam decretum, vel auctoritas Prætoris, quæ aliquem declarat bonorum poſſeſſorem, præparatque viam ad Interdictum noſtrum, quo poſſeſſio rerum petitur, ut docet Hillig. *d. cap.* 14. *lit. D.* in quo erravit Mindanus *d. tit.* 16. *num.* 19. qui inverſo ordine docuit, Interdictum præparare viam ad bonorum poſſeſſionem: verum eſt jam in uſu non eſſe, petere bonorum poſſeſſionem edictalem, & ſufficere illam agnoſcere absque Prætore. *l. ult. C. qui admitti.* §. *ult.* ubi notatur, *inſtit. de bonor. poſſeſſionibus*. quo caſu non petita, ſed agnita bonorum poſſeſſione poteſt quis agere hoc Interdicto; ſed jure Digeſtorum ſemper petenda erat, & ita prima verba Edicti exponuntur.

§. XIV. Ex his apparet, Interdictum hoc competere omnibus heredibus tam ex teſtamento, quam ab inteſtato, quia ex utroque capite bonorum poſſeſſiones prætoriæ decernuntur. *principio inſtit. de bonor. poſſeſſ.* quæ eſt doctrina Bartoli in *d. l. ult. C. de Edicto Divi Adriani tollendo num.* 15. Saliceti in *d. l.* 2. *C. quor. bon.* quos & alios ſequitur Menochius *d. remedio* 1. *num.* 15. *& ſeq.* nec in effectu diſcedit Mindanus *d. tit.* 16. *num.* 26. in cauſſa tamen teſtamentaria hodie non caret ſcrupulo; cum heredi ſcripto conſultum ſit alio ſaluberrimo remedio *d. l. ult.* ſed Bartolus & Mindanus reſpondent, utilius eſſe duplex remedium, quam ſimplex habere, & utrumque poſſe accumulari, cum ad eundem effectum tendant: ego addo, aliquando poſſe hoc Interdictum eſſe neceſſarium; nam ſcriptus ſub conditione interim non poteſt adire hereditatem. *l. is qui* 13. *de adquir. hered.* & poteſt interim petere bonorum poſſeſſionem ſine re cuſtodiæ cauſſa. *l.* 3. §. 1. *de bonor. poſſeſſ.* Remedium *legis ultimæ* non competit, niſi adita hereditate hoc Interdictum redditur, admiſſa bonorum poſſeſſione: ergo tunc neceſſarium erit.

§. XV. Rurſus hoc Interdictum præparatorium eſt ad judicium plenarium petitionis hereditatis. *l.* 2. *C. quor. bon.* notant Cujacius in *paratitlis*, & Mindanus *d. tit.* 16. *num.* 21. ex quo conſequitur, non competere niſi adverſus eum, qui pro herede aut pro poſſeſſore poſſidet. *l.* 1. *in princip. quor. bon.* quia judicium plenarium non redditur, niſi contra poſſidentem pro herede vel pro poſſeſſore. *l. regulariter* 9. *cum* 4. *ſeqq. de petitione hereditatis.* nempe qui ſe jactat falſo heredem, vel ſine ullo prorſus titulo poſſidet: docent Covarruvias in *practicis cap.* 12. *per totum.* Cujacius *lib.* 6. *quæſt. Papiniani* in *l. ult. ſi pars hereditatis petatur.* Hillig. ad Donell. *lib.* 19. *cap.* 12. *lit. V. & lit. A.A.* Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 2. *num.* 19. Pichardus in §. *actionum* 28. *quæſt.* 30. *num.* 6. *inſtit. de actionibus*. ex quo in puncto juris certius judico, hoc Interdictum non reddi contra poſſidentem cum titulo, etiamſi ab extraneo titulum habeat, & poſt mortem teſtatoris, ut docent Menochius *num.* 60. Mindanus *num.* 56. *ubi proxime*; & in eo plenius apparet remedium *d. l. ult.* quamvis confundat Antonius Gomez. in *d. l.* 45. *Tauri num.* 128. *verſ. item adde*, & *num.* 163.

§. XVI. Per conſequens, ut petitio hereditatis competit adverſus poſſeſſorem rei ſingularis. *d. l. regulariter* 9. ita etiam pro ſingulari re hoc Interdictum datur, ut indicatur in §. *adipiſcendæ inſtit. de interdictis*. ibi: *quod ex bonis*, & probatur diſerte ex *l. qui tabulas* 27. §. *apocha*, & §. *ult. cum* 3. *ll. ſeqq. de furtis*. ubi ſi quis ſurripuit apocham vel chirographum, datur actio furti, in quantum interfuit, non fuiſſe ſurrepta propter defectum probationis; quod ſi non ſurripuit, ſed delevit, ex lege Aquilia agitur propter damnum; nam & rupiſſe cenſetur, qui corrupit: illuſtrat Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 3. *ſect.* 4. quod ſi prius ſurripuit, poſtea delevit, lege Aquilia non tenetur; quia delendo nihil novi adjicit ad delictum furti jam patratum: poſtea ſubjicit, pro iisdem tabulis & ad exhibendum agi poſſe & noſtro Interdicto; ſenſus pendet ex *d.* §. *apocha* 2. in quo de chirographo, apocha, & inſtrumento alicujus debiti particularis, vel ſolutionis agitur, & ſic de re ſingulari, ut docent in *d. l.* 29. Accurſius, Bartolus, & Argelus: igitur pro re ſingulari competit Interdictum. Ripa in *l.* 1. *quor. bon. num.* 15. Menochius *d. remedio* 1. *num.* 80. unde non placet intellectus, quem huic textui aſſignat dominus Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 2. *num.* 31. de ipſis tabulis teſtamenti, qui eſt contra literam; ſed tunc obſtat textus in *d. l.* 1. §. 1. *quor. bon.* ibi: *hoc interdictum ad univerſitatem bonorum, non ad ſingulas res pertinet*, & ibi: *& eſt adipiſcendæ univerſorum bonorum*; quia reſpondetur, eſſe univerſale, & ad omnia bona reſpectu ejus, qui ſuccedit; nam qui non ſuccedit titulo univerſali, non poteſt uti hoc Remedio; & eſt univerſale, quia omnium rerum per illud poteſt heres petere poſſeſſionem; non tamen ſignificant illa verba collective, ut ad univerſa bona præciſe competat, ut cum dicimus, omnes Scholaſticos Salmantinos gaudere privilegio fori, non ſignificamus, univerſos ſimul concurrentes gaudere, ſed ex univerſis ſingulos: docent Ripa & Menochius *ubi proxime*, & poſt Cujacium & Donellum Pichardus in §. *ſequens inſtit. de interdictis num.* 14. & ſupponit

licet

licet breviter Antonius Gomez. in *d. l.* 45. *Tauri num.* 128.

§. XVII. In eo tamen diſtat hoc Interdictum a judicio plenario petitionis hereditatis, quod per plenarium etiam petuntur debita; cum ſit petitio hereditatis, cujus nomen omnia jura defuncti complectitur. *l. nec ullam* 13. *§. ult. cum l. ſeq. de petitione hereditatis.* ſed per Interdictum debita non petuntur, cum tantum tendat ad adipiſcendam poſſeſſionem. *l.* 2. *quor. bon.* debita vero tamquam jura incorporalia poſſideri non poſſunt. *l.* 3. *de adquir. poſſeſſ.* in quo volunt, ut hoc Interdictum differat a Remedio *d. l. ult.* quod pertinet ad debita hereditaria exigenda, ut colligunt ex ejus generalitate Ripa in *l.* 2. *quor. bon. num.* 1. Menochius *d. remedio* 1. *num.* 72. eleganter Antonius Gomez. in *d. l.* 45. *Tauri num.* 129. quod ſuſtineo, ſed non, quod docuit Mindanus *d. tit.* 16. *num.* 59. pro debitis etiam competere utile ſaltem Interdictum noſtrum; neque enim video, qua auctoritate extenſionem hanc audeat facere; nec quod tradit Menochius *num.* 83. pro ſervitutibus & juribus incorporalibus, ſeorſim & per ſe conſideratis, hoc Remedium competere; quia cum ad poſſeſſionem ſit, ceſſat in illis materia poſſeſſionis. *d. l.* 3.

§. XVIII. Nunc de exceptione, quæ opponi poteſt agenti hoc Interdicto, uſucapionis, ſi interim res uſucapta eſt. *d. l.* 1. *in principio.* de cujus exceptionis ſuppoſitione valde dubitant interpretes noſtri, quia Interdictum non datur contra titulo poſſidentem, ut dixi; ſed contra eum, qui poſſidet falſo titulo heredis, vel nullo titulo, qui eſt prædo, vel prædonis inſtar. *l. pro herede* 11. *de petitione hereditatis.* Hilligerus ad Donellum *lib.* 4. *cap.* 4. *lit. D.* Antonius Faber *de error. Pragm. decade* 26. *errore* 9. Gaſpar Schifordegherus ad *eundem Fabrum lib.* 2. *tract.* 28. *quæſt.* 7. in extricanda hac difficultate multa comminiſcuntur multi apud Menochium *num.* 51. Mindanum *num.* 63. illis tamen omiſſis mihi nihil tam facile videtur, quia JCtus & Prætor ſupponunt rem potuiſſe uſucapi: ergo nos debemus aſſignare caſum, in quo eorum doctrina procedat: ponite eum, qui pro poſſeſſore poſſidebat, vendidiſſe rem immobilem Sejo poſſeſſori bonæ fidei, procul dubio Sejus ex perſona ſua uſucapere poterit, & ex perſona auctoris ſui tenebitur petitione hereditatis, & per conſequens hoc Interdicto, licet titulo poſſideat, quia a prædone poſſidet, ut ſunt textus diſerti in *l. nec ullam. l.* 3. *§. item ſi quis cum ſeq. l. eum qui* 54. *de petitione hereditatis.* ſed qui jam uſucepit, objiciet experienti hoc Interdicto exceptionem juſti dominii per uſucapionem quæſiti: alii alios caſus indagabunt ad hanc ſuppoſitionem, ut nos ad alia tranſeamus.

§. XIX. Ex his juris communis inſtitutis praxis & inſtituta patria fluxerunt, quæ omittere prorſus non licet ſine diſpendio tractatus noſtri, non tamen eſt neceſſe peculiariter expobere *l.* 2. *&* 3. *tit.* 14. *Part.* 6. quia per omnia ſanciunt aut tranſcribunt *dictam l. ult. C. de Edicto Divi Adrian. tollen.* ut ibi notat Gregorius; quare in primis meminiſſe debemus veteris Alphonſi noni inſtitutionis, quæ extat in *l.* 8. *tit.* 6. *de las herencias lib.* 3. *Fori legum.* qua conſtitutum eſt, ut ſi defuncto patre alter ex fratribus ingreſſus ſit poſſeſſionem omnium bonorum hereditatis, dum alter eſt abſens; quod abſens, quandocumque redeat, accipiat poſſeſſionem partis pro indiviſo, & ſic uterque poſſideat, donec bona dividantur abſque eo, quod alter poſſit objicere de poſſeſſione ſua: de hoc remedio ex profeſſo tractat ſuper *eadem l.* noſter Alphonſus de Montalbo & Rodericus Suarez *tit. de las herencias*, ubi Jacobus Valdes ejus additionator ceteros regnicolas adducit, qui varios caſus quærunt, ut faciant locum ejus deciſioni; numquam tamen poſſunt accommodari praxi eorum intellectus, quod expertus teſtor: quare illis omiſſis potius quam rejectis pro vero ſenſu *hujus legis* obſervo, heredem inſtitutum poſſe propria auctoritate capere poſſeſſionem bonorum hereditatis abſque mandato judicis, & abſque interventione miniſtri, quod etiam in legitimo herede procedit, quia ſuperiora remedia tantum utilia ſunt ad auctoritatem præſtandam poſſeſſioni, vel quando bonorum occupatio timetur. Rodericus Suarez, & Valdes *ubi proxime num.* 1. Antonius Gomez. *tomo* 1. *variar. cap.* 12. *num.* 12. Azevedus in *d. l.* 3. *num.* 35. 37. *&* 57. Alvarus Valaſcus in *praxi partitionum cap.* 3. *ex num.* 1. Ponamus autem, alterum ex legitimis vel ſcriptis heredibus apprehendiſſe poſſeſſionem omnium rerum hereditatis, cum alter abſens eſſet, & de ejus vita ignoraretur, in quo nihil differt, an apprehenderit cum judice, vel ſine judice, abſentem poſtea reverſum poſtulare ſe immitti in poſſeſſionem bonorum defuncti pro indiviſo: poſſeſſorem vero offerre ſtatim diviſionem realem bonorum, & petere, ne interim adverſarius immittatur: in hoc caſu non habemus deciſionem juris communis, utrum hæc exceptio diviſionis admittenda ſit, & quidem præjudicare, etiam ex jure communi videtur ſundare Valaſcus *d. cap.* 3. *per totum.* cui ſi locus datur, aperitur via fraudibus; quia poſſeſſor implicaret rationes variis & malitioſis allegationibus, ut interim ſolus frueretur tota hereditate, & alter litigaret ſpoliatus ſua parte; huic malo providit Rex noſter, ſanciens, ut hæc defenſio non impediat immiſſionem; ſed coheres mittatur in poſſeſſionem bonorum pro indiviſo, & patrimonium poſtea dividatur inter ambos ſimul poſſidentes: & hæc eſt praxis *hujus legis.*

§. XX. Succedit Conſtitutio Joannis primi, quæ vulgo dicitur *la ley de foria*, extat in *l.* 1. *tit.* 14. *lib.* 3. *Ordinamenti*, & in *l.* 3. *tit.* 13. *lib.* 4. *Compilationis.* qua ſancitur, ut ſi aliquis, ad quem hereditas non pertinet, occupaverit poſſeſſionem ſine judicis decreto bonorum vacantium, quæ defunctus reliquit tempore mortis, amittat ipſo facto quodcumque jus, quod habuerit, vel prætenderit habere ad ipſa bona: quod ſi nullum jus habuerit, bona reſtituat, & alterum tantum pœnæ nomine propter invaſionis audaciam, & ut judex ponat in quieta & pacifica poſſeſſione heredes venientes ex teſtamento, vel ab inteſtato ſummarie ſine ſtrepitu, & figura judicii cum damnis acceptis & lucris interceptis; & exſequatur pœnam. Prima hujus Conſtitutionis pars renovavit pœnam *legis ſi quis in tantam* 7. *C. unde vi, & legis ſi quis* 7. *C. ad leg. Jul. de vi.* quæ imponitur in *l.* 11. *tit.* 13. *lib.* 3. *Ordinamenti. l.* 1. *&* 2. *tit.* 13. *lib.* 4. *Recopilationis.* de qua pœna Menochius *de recuperanda remedio* 13. *per totum.* ut recte admonet Didacus Perez ad *hanc legem gloſſa ult.* Azevedus licet confuſe in *d. l.* 3. *num.* 32. Sed hæc pars non recipitur in praxi; quia hic rigor communi totius Europæ conſenſu ſublatus eſt, ut graviter cenſet Covarruvias *lib.* 3. *variar. cap.* 16. *num.* 7. *verſ. his præterea.* Per ſecundam partem exæquatur utraque ſucceſſio, tam legitima quam teſtamentaria, adeo ut hoc remedium utriusque generis heredibus competat: notant Molina *lib.* 3. *de primogeniis cap.* 13. *num.* 51. Gutierrez in *repetitione ad §. ſui autem num.* 73. *de heredum qualitate & diff.* Azevedus in *d. l.* 3. *num.* 1. *&* 30. Parladorius *d. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 2. qui tamen cenſet, non pertinere hoc Remedium ad heredes prorſus extraneos, ſed ad conſanguineos per illa verba *legis; o otros parientes propinquos*; ſed contrarium verius exiſtimo, quia prædicta verba exempli tantum cauſſa poſita videntur, quod magis ſupponunt, quam exponunt Gloſſatores: cenſent etiam Parladorius *d. cap.* 5. *num.* 3. *usque ad finem*, & Burgos de Paz *conſilio* 39. *per totum.* nihil novi in Remedio poſſeſſorio per *hanc legem* ſtatui, niſi quod prius ſancitum fuerat per *d. l. ult. C. de Edicto Divi Adrian. tollen.* & ita in praxi receptum eſt; ſed ſane ſi ejus verba intueamur, magis pertinet

ad Remedia recuperandæ poſſeſſionis contra eum, qui vacuam occupavit, de quibus in *l. ult. C. unde vi.* quamvis & ſuſtineri poſſit, eſſe adipiſcendæ; quia qui vacuam poſſeſſionem occupavit poſt mortem teſtatoris, non eſt legitimus contradictor, neque impedit immiſſionem, ut dixi: videndi etiam ſunt Antonius Gomez. in *d. l. 45. Tauri circa finem*, & Azevedus *ubi proxime num. 57.* circa ſpecialia appellationis in *hac lege*.

§. XXI. Magis deviat a diſpoſitione juris communis Remedium, quod proponitur in *l. 45. Tauri*, quæ eſt *lex 8. tit. 7. lib. 5. Compilationis.* qua cavetur, ut poſſeſſio civilis & naturalis rerum majoratus aut vinculi tranſeat in ſucceſſorem vocatum in fundatione, vel nominatim, vel collectivo modo; quamvis alius apprehenderit poſſeſſionem earum, vel in vita, vel poſt mortem poſſeſſoris; immo quamvis ipſe poſſeſſor poſſeſſionem rerum tradiderit poſſidenti. Auctores regnicolæ diſputant acriter, utrum hæc diſpoſitio repugnet ſubſtantiæ poſſeſſionis? de quo & nos pro more Scholaſtico diſputavimus in *repetità prælectione de adquir. poſſeſſ. cap. 2. ex §. 25.* nunc tantum notamus, non poſſe in praxi dubitari poſt *hanc legem*, quin poſſeſſio quoad omnes effectus translata cenſeatur in ſucceſſorem, ex quo apparet prima differentia inter antecedentia remedia & hoc; quia iſtud reſpectu civilis & naturalis poſſeſſionis eſt retinendæ, reſpectu vero actualis & corporalis eſt adipiſcendæ, cum illam numquam habuerit ſucceſſor, ut conſiderant Molina *de primogeniis lib. 3. cap. 13. num. 2.* Pater Molina *de juſt. & jure tract. 2. diſp. 637. num. 2.* Secunda differentia eſt, quod in hoc remedio non eſt legitimus contradictor, qui cum titulo poſſidet, etiamſi illum habeat a prædeceſſore defuncto, quod inductum fuit ad evitandas fraudulentas alienationes poſſeſſorum, ut cum judiciò conſiderat Valaſcus in *praxi partitionum cap. 3. num. 7. & 8.* quod ſi alienatio facta ſit ex cauſſa juſta & neceſſaria, veluti ex debitis ab Anteceſſore contractis, vel præcedente regia facultate, qui cum titulo poſſidet, eſt legitimus contradictor, & de juſtitia alienationis in judicio tenutæ diſceptabitur. Molina *d. cap. 13. num. 54. & ſeq.* ubi extat elegans additio, cui addendus Noguerol *allegatione 9. num. 43.* Tertia ſpecialitas eſt, quod in hoc judicio debet conſtare de jure ejus, qui tenutam petit, ut conſtat ex illis verbis *noſtræ legis: que ſegun la diſpoſicion del majorasgo huviere de ſuceder.* in quo valde diſtat ab Edicto Divi Adriani, & Interdicto *quorum bonorum*, ut nuper vidimus: quare ante omnia debet conſtare, an vocatus ſit ſpecialiter, vel collectivo modo; nempe an ſit ex linea ejus, qui vocatus eſt: item ſi habet expreſſam vocationem, vel ſaltem conjecturalem, quæ ſufficit, ut reſolvunt Molina *d. cap. 13. num. 43.* Paz *de tenuta cap. 29. num. 19.* Carleval *de judiciis tomo 2. tit. 3. diſp. 5. num. ult.* Admittuntur exceptiones omnes, veluti ſpurietatis, incompatibilitatis, & aliæ, ut docet Molina *num. 24. & 25.* & ibi elegans additio, ex qua ita temperatur hæc doctrina, modo in termino ſummario tenutæ de illis conſtare poſſit, alioquin reſervantur judicio plenario. Salgadus *parte 3. de protectione Regia cap. 12. num. 1.* Noguerol *allegat. 23. num. 136.* Valaſcus *tomo 1. diſſertatione 14. num. 10.* Unde recte inferunt, hoc Remedium habere admixtam cauſſam proprietatis. *l. 10. tit. 7. lib. 5. Compilationis.* Molina *ubi proxime num. 9.* quæ eſt ratio, propter quam omnes exceptiones admittuntur modo ſupra dicto, ut docet Antonius Faber in *ſuo Codice lib. 3. tit. 7. definitione 2.* de hoc judicio tantum cognoſcit ſupremum concilium. *l. 9. & ſeq. tit. 7. lib. 5. Compilationis*, ubi datur forma procedendi.

III. *De Interdicto*, QUOD LEGATORUM.

§. XXII. Auctores veteres, & cum illis Franciſcus Ripa in *l. 1. quorum legatorum*, & Maranta in *praxi judiciorum parte 4. diſt. 7. num. 10.* exiſtimarunt, hoc Interdictum generaliter competere heredi contra omnes legatarios, qui propria auctoritate occupant legata, quia ex *l. non dubium 5. C. de legatis.* qui propria auctoritate occupat rem ſibi legatam, amittit legatum; idque inde probari exiſtimant plurimi antiquiores, quos ſedulo recenſet Antonius Gomez. in *d. l. 45. Tauri num. 132.* verius tamen eſt, hoc Interdictum tantum competere, quando futurus eſt locus legi Falcidiæ, & legatarius præoccupavit legatum. *l. unica C. quod legator.* ut tenent etiam innumeri veteres apud Gomez. *num. 131.* Menochius *de adipiſcenda remedio 7.* Mindanus *tomo 2. de interdictis tit. 17. a principio.* Donellus ad *tit. C. quod legat. num. 3.* rationem præſtitit eleganter Cujacius *ibidem*, & *lib. 8. obſervat. cap. 2.* quia lex Falcidia ad detrahendam quartam non præſtitit heredi actionem, ſed tantum retentionem, ut cum judicio colligit ex *l. pater 14. in principio. l. ſeq. l. acceptis 93. ad leg. Falcidiam.* quod etiam in quarta Pegaſiana retinendum eſt. *l. heres 21. ad S. C. Trebell. §. ſed quia inſtit. de fideicommiſſ. hereditatib.* ergo ut heres per retentionem deducat, prius debet avocare, & conſequi per hoc Interdictum poſſeſſionem ejus rei, quam propria auctoritate occupavit legatarius.

§. XXIII. Ex quo infertur, non habere locum hoc Interdictum, ſi teſtator tradiderit in vita legatario rem legatam, ut in *l. Lucius 22. de legatis 2.* ubi notatur: addendi Molina *lib. 4. de primogeniis cap. 2. num. 19.* Pichardus in *§. 1. de legatis num. 17.* quia tota ratio hujus Interdicti conſiſtit in præoccupatione legatarii propria auctoritate: docet recte Antonius Faber *lib. 6. conjecturarum cap. 2.* cum ergo hoc remedium deficiat in hoc caſu, ad alia recurrendum erit. Primo poſſeſſio avocanda eſt totius rei per condictionem incerti, per quam repetimus poſſeſſionem ab alio ſine jure detentam. *l. heres 21. ad S. C. Trebell.* vel quarta pars rei legatæ (ſi eſt res dividua) petenda eſt utili & impropria vindicatione; quia virtute legis Falcidiæ quarta pars decidit ipſo jure de ſingulis rebus legatis, & remanet penes heredem. *l. lineam 26. l. in quantitate 73. ad leg. Falcidiam.* cum quibus in ſpecie jungendi ſunt textus in *l. penult. C. eod. tit. l. cum pater 77. §. mater, & §. Mævio de legatis 2.* ubi Cujacius *lib. 7. reſponſorum Papiniani.* Valent. *de legatis cap. 3. num. 9.*

§. XXIV. Ex hac doctrina exponendus eſt textus alioqui difficilis in *l. 1. §. ſi quis 5. ff. quod legator.* ubi dicitur, non habere locum Interdictum adverſus eum, qui poſſidet ex donatione cauſſa mortis: difficultas eſt, nam hoc Remedium introductum eſt propter inductionem legis Falcidiæ; ſed lex Falcidia locum habet in mortis cauſſa donationibus. *l. 2. C. de donationibus cauſſa mortis. l. ſi mortis 5. C. ad leg. Falcidiam.* ergo etiam in hoc caſu debebat competere Interdictum; ſed reſpondeo, *hunc §.* accipiendum eſſe ex terminis communioribus: donatio enim cauſſa mortis plerumque traditur ab ipſo donante ſub pacto, ut, ſi reconvaluerit, ſibi res reddatur; legatum vero plerumque traditur ab herede, ideo plerumque hoc Interdictum non pertinet ad donationes, & plerumque pertinet ad legata: ſed data paritate terminorum, quod res donata a donatore in ejus vita tradita ſit, ut plerumque accidit in legatis, habebit locum in donatione noſtrum Interdictum, ut cum judicio exponit Cujacius *lib. 10. obſervat. cap. 28.*

§. XXV. Igitur hoc Interdictum heredi competit regulariter contra eum, qui rem poſſidet ex

cauſ-

cauſſa legati; quid tamen erit dicendum, ſi legatarius, qui rei legatæ præoccupavit poſſeſſionem, tergiverſetur, negetque poſſidere ex cauſſa legati, & alium titulum prætendat? etiam in hoc caſu redditur Interdictum propter dubium *l.* 1. §. *quia autem* 4. *quod legator.* ex quo a Practicis hæc doctrina deducitur; quoties inter duo plurave remedia dubii ſumus, & ambo ad eundem effectum tendunt, utrumque deducimus & cumulamus cum proteſtatione, utrum nobis magis expediat, quam docet poſt multos antiquiores Antonius Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 159. quam etiam agnoſcit Cujacius *lib.* 13. *reſponſorum Papiniani* in *l. cum quidam* 14. *de bonor. poſſeſſionibus.*

§. XXVI. Sed quamvis occaſione Falcidiæ propoſitum ſit hoc Interdictum, tamen ſi ex præoccupatione legatarii aliquod detrimentum heredi contingat, poterit adverſus eum utili Interdicto uti propter identitatem rationis, quod conſtabit ex his exemplis: ſi legatarius res legatas præſumpſerit, & heres confecto inventario cognoverit, reliquum patrimonium æri alieno a defuncto contracto non ſufficere, (nam potiora ſunt debita, quam legata. *l.* 1. §. *Marcellus cum ſeq. ſi cui plus quam per leg. Falcidiam.*) heres avocabit poſſeſſionem per hoc Interdictum; cum alioquin ipſe heres creditoribus teneatur, non legatarii, qui ſunt ſingularium rerum poſſeſſores. *l.* 1. *C. ſi certum petatur. l. ult. C. de hereditariis actionibus.* in quo ex illa Conſtitutione legatarii tenentur; item ſi ſervus generaliter legatus ſit, & legatarius præoccupaverit optimum, cum præſtandus ſit mediocris. *l. legato* 32. *de legatis* 1. poteſt heres avocare poſſeſſionem per hoc Remedium. Baldus & Salicetus in *l.* 1. *C. quod legat.* Weſembecius *ibid. num.* 4. Antonius Faber *lib.* 6. *conjecturarum cap.* 2. Mindanus *d. tit.* 17. *num.* 12. Cæterum ſi heredis nihil interſit, ceſſat Interdictum. *l.* 1. §. *ex hoc interdicto hoc tit.* & legatarius retinet poſſeſſionem, quam juſte potuit occupare propter præcedentem titulum legati, ſine ulla pœna aut commiſſione, ut poſt gloſſas utriusque juris, & alios veteres docent Menochius *de adipiſcenda remedio* 2. *num.* 9. Mindanus *d. tit.* 17. *num.* 19. Antonius Gomez. in *d. l.* 45. *num.* 131. *verſ. unum tamen eſt.* Covarruv. *lib.* 3. *variarum cap.* 16. *num.* 7. *verſ. his præterea.* Gutierrez in §. *ſui num.* 76. Azevedus in *l.* 3. *tit.* 14. *lib.* 4. *Compilationis num.* 36.

§. XXVII. Sed videtur obſtare textus, quem ſupra expendi in *l. non dubium* 5. *C. de legatis.* qui ſecundum expoſitionem veterum probat, legatarium propria auctoritate occupantem res ſibi legatas amittere legatum, ſi eas occupavit, poſtquam heres adivit hereditatem, & apprehendit rerum hereditariarum poſſeſſionem: juſte tamen poſſeſſionem præoccupare cenſent, vel ante aditam hereditatem, vel poſt aditam quidem, ſed ante apprehenſam ab herede poſſeſſionem, a quo genere explicandi parum recedit Donell. *ad tit. C. quod legat. num.* 4. & 5. & poſt Julium Clarum Gothofredus in *d. l.* 5. ſed ut verum fatear, neſcio, ex quo juris teſtimonio hanc diſtinctionem deduxerint noſtri interpretes, quia ex prædicto loco nihil tale probatur, tantum quippe dicit, denegari actionem pro legato competentem ei, qui res ab hereditate ſurripuit pro portione, quam ſubtraxit; nec loquitur de ipſa re legata ſubtracta, ſed de indignitate, quam commiſit legatarius expilando hereditatem; nec tamen amittit totum legatum, ſed cum quantitate aut re ſurrepta compenſat, & paria facit. *l. Paulus* 48. *ad S. C. Trebell.* quia pœna hujus indignitatis non applicatur fiſco, ſed ipſi heredi, in quo eſt ſpecialis & notanda deciſio *d. legis non dubium* 5. ut obſervant Cujacius in *l. unica* §. *quæ autem C. de caducis tollendis.* Suarez ad *leg. Aquiliam lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 26. nam qui occupat poſſeſſionem rei ad ſe legitimo titulo pertinentis, utitur jure ſibi conceſſo, neque incidit in ullam pœnam, ut communi calculo probant auctores *ſuperiori* §. laudati: ergo commentitium eſt dicere, occupantem legatum poſt apprehenſam ab herede poſſeſſionem illud amittere.

§. XXVIII. Hoc Interdictum ut heredi competit, ita etiam competit fideicommiſſario univerſali, bonorum poſſeſſori, & cæteris, qui vicem heredum gerunt, & ut competit contra legatarios, ita etiam competit contra fideicommiſſarios ſingulares, qui comparantur in hoc legatariis. *l.* 1. *de legatis* 1. quæ ex eodem libro deducitur, ac *noſtra lex* 1. ut poſt Duarenum obſervat noſter Valent. *lib.* 3. *illuſtrium tract.* 1. *de legatis cap.* 3. *num.* 27. quod multis, ſed non admodum utilibus quæſtionibus diſputant Menochius & Mindanus *ubi proxime*, in quibus nolumus immorari.

IV. *De Interdicto*, DE TABULIS EXHIBENDIS.

§. XXIX. Valde laudo, quod dixit Menochius *de adipiſcenda remedio* 1. *num.* 81. hoc Interdictum *de tabulis exhibendis* ſolere eſſe præparatorium ad Interdictum *quorum bonorum*; veluti ſi heres in teſtamento ſcriptus ſciat tabulas teſtamenti ab aliquo detineri, prius eſt, ut agat hoc Interdicto, poſtea ut bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas petat, deinde immiſſionem ex illo Interdicto; & ideo Bartolus, Angelus, & alii Claſſici apud Menochium *ubi proxime*, accipiunt textum in *l. hoc amplius* 29. *de furtis.* de utroque Interdicto, exhibitorio nempe, & *quorum bonorum*, non de actione ad exhibendum: idcirco in hac claſſi Interdictorum de hoc inſtituo agere: competit quidem omnibus, quorum intereſt tabulas exhiberi, veluti heredibus, legatariis, & fideicommiſſariis; condemnatio adverſus eum, qui non vult exhibere, non eſt præciſe ad factum exhibendi, ſed quanti intereſt actoris, tabulas exhibitas non eſſe. *l.* 3. §. *condemnatio* 11. *cum ſeqq. ff. de tab. exhib. l. unica C. eod.* notant Cujacius *lib.* 8. *obſervationum cap.* 39. & *lib.* 12. *cap.* 23. & in aliis locis. Antonius Faber *lib.* 4. *conjecturar. cap.* 19. Donellus ad *tit. C. de tab exhib. num.* 11. Per actionem vero exhibitoriam cogitur præciſe ad exhibendas tabulas, qui eas detinet. *l.* 2. §. *ult. ff. teſtam. quemad. aperiantur.*

§. XXX. Pertinet vero ad teſtamenta, tabulas pupillares, codicillos, & omnia, quæ vicem teſtamentorum obtinent. *l.* 1. *in principio* & §. *hoc interdictum de tab. exhib.* & appellatione *tabularum* venit quæcumque charta aut materia, in qua teſtamentum ſcriptum eſt. *l.* 1. *de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabulas.* in quo Interdictum convenit cum prædicta actione exhibitoria. *l.* 2. §. *ad cauſſam* 2. *teſtam. quemadm. aper.*

§. XXXI. In eo etiam conveniunt, quod neque in hoc Interdicto, neque in actione exhibitoria licet opponere exceptionem de non valore teſtamenti, neque de defectu teſtamenti factionis in teſtatore; ſed exhibendæ ſunt tabulæ tales, quales ſunt, & a quocumque factæ dicantur. *l.* 1. §. *ſive autem* 3. *cum ſeqq.* & §. *ult. cum* 2. *legg. ſeqq. de tab. exhib. d. l.* 2. §. 1. *teſtamenta quemad. aperiantur.* Paulus *lib.* 4. *ſententiarum tit.* 7. §. *ult.* & in eo, quod neutrum remedium pertinet ad tabulas ejus, qui adhuc vivit. *l.* 1. §. *hoc Interdictum* 10. *de tab. exhib. d. l.* 2. §. *ſed ſi dubitetur* 4. quia præmatura eſt feſtinatio de hereditate viventis. *l.* 1. *de hereditate vel actione vendita. l. neminem* 27. *de adquir. hereditate:* & quia prius eſt, ut ſit teſtamentum, quam ut exhibeatur; viventis autem non eſt teſtamentum. *l.* 1. *C. de Sacroſanctis Eccleſiis. l.* 1. *qui teſtamenta facere poſſunt.* ex quo lucem accipit textus in *l. ſi quis legatum* 6. *in principio ad leg. Corneliam de falſis.* in qua dicitur, ceſſare Interdictum, ſi per probationem conſtiterit, teſtes in teſtamento defuiſſe, vel non fuiſſe ſignatum; quia extantibus his vitiis extrinſecus non eſt teſtamen-

tum. *l. ult. C. de Edicto Divi Adriani tollendo*; quod vidit Cujacius *tract.* 2. *ad Africanum* ad *eandem legem.* Igitur non eſt neceſſaria ejus emendatio, nec alia Donelli *ad tit. C. de tab. exhib. num.* 3.

§. XXXII. Illa tamen inſignis eſt differentia inter utrumque remedium; quod actio ſolum competit adverſus eum, qui confitetur, penes ſe tabulas eſſe, negat tamen debere exhibere ſine ulla probabili defenſione. *d. l.* 2. §. *ult.* Interdictum vero redditur tam adverſus eum, qui ſatetur, quam adverſus eum, qui negat. *l.* 1. §. 1. *de tab. exhib.* item adverſus eum, qui dolo malo ſecit, quominus tabulas poſſideret. *l.* 3. §. *ſi quis dolo* 6. *eodem tit.* Igitur qui vult in hoc Interdicto obtinere, tria debet probare. Primo fuiſſe tabulas ſine nllo vitio extrinſeco confectas; deinde ex illis aliquod commodum ad eum pertinere, veluti hereditatis, aut legati &c. tandem de tempore litis motæ, aut prope poſſediſſe, & retinuiſſe tabulas, aut dolo malo feciſſe, quominus retineret, alienando vel tradendo aliis: in praxi tamen obſervandum eſt, ſufficere has probationes eſſe ſummarias, ex doctrina Baldi in *l.* 1. *C. ad exhibendum.* immo de intereſſe partis ſufficit ipſius jurata aſſertio, ſi alia probatio non ſuppetat. *l.* 1. *tit.* 2. *Partita* 6. & ibi Gregorius, juncta *l.* 3. §. *ſciendum. l. theſauros* 15. *ad exhibendum.* docent ex multis Oliverius ad Alexandrum Ludoviſium *deciſ.* 129. *num.* 10. Pareja *de univerſa inſtrumentorum editione tom.* 1. *tit.* 5. *reſolut.* 11. *num.* 22. & 23. qui *reſolut.* 13. ubi de hac materia magis ex profeſſo tractat, duo ſingularia notat. Primum, competere hoc Interdictum filio præterito vel exheredato, ſi contra teſtamentum patris vult dicere; quia ex illo per obliquum aliquod intereſſe expectat; & cum Angelo & Gregorio in *l.* 17. *gloſſa* 1. *tit.* 2. *Partita* 3. extendit hanc doctrinam ad venientes ab inteſtato, qui teſtamentum conſanguinei volunt falſum accuſare, quod poteſt habere rationem, ne poſt multos annos producatur teſtamentum, quando ejus vitium teſtibus probari non poſſit. Secundum, legatario experienti hoc Interdicto non eſſe exhibendum totum teſtamentum; ſed tantum clauſulam, ex qua illi commodum venit, *con pie i cabeza*, ut dicunt Practici; quia ad reliquam ſcripturam jus non habet: videndus *num.* 9. ubi multos allegat.

§. XXXIII. Habet etiam locum hoc Remedium adverſus depoſitarium tabularum, quia habet poteſtatem reſtituendi, quamvis non poſſideat. *l.* 3. §. *ſi tabulæ* 2. & 3. *de tab. exhib.* juncta *l. officium* 9. *de rei vindicatione.* Ceſſat vero, ſi de hereditate controverſia moveatur ei, qui vult hoc Interdicto experiri: prius enim eſt, ut ſit heres, quam ut tabulas ſibi exhiberi deſideret, quia, qui nondum eſt heres, non poteſt prætendere intereſſe ex tabulis, quo in caſu tabulæ deponendæ ſunt apud honeſtam perſonam, olim apud æditaum. *l. ult. eod. tit.* notat Cujacius in *l.* 1. *famil. erciſcund.* &. *lib.* 19. *obſerv. cap.* 16. ex qua tabulas olim deponi ſolitas apud æditaum, vel in loco ſacro notant Gothoſredus in *d. l.* 3. §. *proinde* 3. Rævardus *lib.* 1. *varior. cap.* 15. Lipſius ad *Tacitum lib.* 1. *num.* 46. Robertus *lib.* 1. *rer. judicatar. cap.* 3. Item ceſſat, ſi teſtator ipſe tabulas ſibi exhiberi petat ab eo, penes quem depoſuit. *l.* 3. §. *ſi ipſe de tab. exhib.* quia, cum dominus ſit tabularum, & poſſit illas vindicare, habet actionem ſummariam & præparatoriam. *l.* 3. §. *interdictum* 14. *ad exhibendum.* ex quo conſtat, Interdictum reddi ei, qui dominus non eſt, ſed habet ex tabulis intereſſe: hoc Interdictum perpetuum eſt, & heredibus cæteriſque ſucceſſoribus competit, datur etiam contra heredes, quia eſt rei perſecutorium, ut quælibet vindicatio. *l.* 3. §. *penult.* & *ult. de tab. exhib.* a qua non eſt cur emendationem tollat Cujacius laudatus ibi a Gothoſredo.

V. *De Interdicto Salviano.*

§. XXXIV. Salvianum Interdictum, quod eſt adipiſcendæ poſſeſſionis oritur ex contractibus, ut cætera proveniunt ex ſucceſſionibus; forte nomen habuit a Salvio Juliano nobiliſſimo JCto, & perpetui Edicti ordinatore, ut pridem docuerunt Antonius Butrius, & Eguinarius Baro apud Menochium *de adipiſcenda remedio* 3. *num.* 1. & 2. Neguſantius *de pignoribus parte* 8. §. 1. *num.* 7. Cujacius in *paratitl. ad tit. de conjungendis cum emancipato liberis ejus.* Pichardus in §. *ſequens de interdictis num.* 15. Mindanus *parte* 2. *de Interdictis tit.* 18. *num.* 3. quamvis in re non ſeria ſerio & ſine magno fundamento diſſentiant Don Ferdinandus de Mendoza *lib.* 2. *de pactis cap.* 4. *num.* 27. Marcus Antonius Theſaurus *deciſione* 129. *in princ.*

§. XXXV. Sed ut de eo incipiamus agere, inhærentes JCtorum verbis dicemus, hoc Interdictum primo & principaliter inductum fuiſſe favore locatoris fundi contra conductorem pro rebus, quas in fundum intulit, & fructibus ibi natis obligatis locatori pro mercede. *l.* 1. & 2. *de Salvian. interd.* §. *adipiſcendæ inſtit. de interdictis.* ut agnoſcunt Cujacius ad *tit. C. de precario*, & ibi Donellus in *l.* 1. Mindanus *num.* 3. Menochius etiam *num.* 3. *ubi proxime.* Statilius Pacificus *de Salviano interdicto inſpectione* 1. *cap.* 1. Bartolomæus Scapucinus *de utili Salviano interdicto lib.* 1. *quæſt.* 2. *num.* 4. Joannes Dominicus Gaito *de credito cap.* 4. *quæſita* 7. in tantum, ut non ſint auſi auctores directum Interdictum reddere pro invectis & illatis in prædium urbanum; ſed quamvis Prætoris verba adeo ſtricta fuiſſent, mihi valde placet communis ſententia veterum & Practicorum, quod utile Interdictum Salvianum extendunt ad quodcumque pignus quacumque ex cauſſa conventum, vel a lege inductum, quæ ſententia nititur ſequentibus fundamentis. Primo ex Paulo *lib.* 5. *ſententiar. tit.* 6. §. *ult.* ibi arguit ab Interdicto ad conſtitutionem pignoris, ducetque, ubi pignus non tenet, neque Interdictum redditur, quæ ſententia generalis eſt, & generaliter accipienda: ergo a contrario, ubi pignus recte conſtituitur, Interdictum locum habet, ut ibi ſentit Cujacius. Probatur etiam ex *l.* 2. §. *hæc autem* 3. *verſ. adipiſcendæ de interdictis.* ibi: *Salvianum quoque Interdictum, quod eſt de pignoribus, ex hoc genere eſt*; etiam ex *l.* 1. *C. de precario.* ibi: *id interdictum tantum adverſus conductorem debitoremve competit*; noto disjunctionem, neque admitto intellectum Accurſii & Donelli, qui illud verbum *debitoremve* ſynonyme accipiebant, id eſt contra conductorem debitorem, nam eſt abſurdus; quia nimis clarum eſt, non poſſe competere contra conductorem, ſi nihil debeat, ut docet Cujacius. Denique, quia actio Serviana ab initio inducta fuit tantum de rebus invectis vel illatis in prædium, poſtea extenſa fuit ad omnem cauſſam pignoris. §. *item Serviana inſtit. de actionibus.* ſed hoc Interdictum comparatur ad inſtar Servianæ; igitur idem in eo dicendum eſt: docent, licet in nomine tantum diſſentientes, Bartolus & Baldus in *d. l.* 1. *C. de precaria.* & multi, quos cum cura recenſet, ſed non ſequitur Menochius *d. remedio* 3. *num.* 17. & 23. illos tamen ſequitur ſibi contrarius *conſilio* 763. *num.* 2. Mindanus *d. tit.* 18. *ex num.* 11. *uſque ad* 46. Stephanus Gratianus *diſceptationum forenſium cap.* 266. *num.* 20. & 21. Gaito *d. cap.* 4. *ex num.* 717. *uſque ad num.* 731. Pacificus *d. inſpectione* 1. *cap.* 1. Scapucinus *d. lib.* 1. *quæſt.* 2. & *ſeqq.* Salgado *de protectione regia parte* 3. *cap.* 12. *num.* 46. Pichardus in *d.* §. *adipiſcendæ num. ult.* licet contrariam non expenſis illis textibus defendant Menochius *ubi proxime.* Sarmiento *parte* 3. *de reditibus eccleſiaſticis cap.* 2. *num.* 16. Theſaurus *deciſione* 175. *a principio,* & *deciſione ſeq. num.* 8. & 9.

& 9. Antonius Faber *de erroribus Pragm. decade* 60. *errore* 5.

§. XXXVI. Ex hac doctrina duo noto. Primum eſt, generaliter cuicumque creditori adverſus quemcumque debitorem reddi hoc Interdictum pro perſequenda hypotheca, adipiſcendaque ejus poſſeſſione, ſive tacita ſit ſive expreſſa; veluti fiſco, pupillo, uxori pro dote, legatario, vel fideicommiſſario, & omnibus aliis creditoribus, de quibus late agunt Mindanus *ubi ſupra*, Pacificus *inſpectione* 2. *cap.* 2. *num.* 300. *&* *inſpectione* 3. *cap.* 4. *num.* 9. Scapucinus *d. lib.* 1. *quæſt.* 7. *& ſeqq.* Secundum eſt, non reddi hoc Interdictum pro pignore corporaliter tradito creditori, quia jam in traditione ipſa poſſeſſionem nactus fuit. *l. quæcumque* 13. *de Publiciana in rem act.* & per conſequens denuo nanciſci non poteſt, quæ eſt propria & peculiaris natura hujus remedii: igitur ſi creditor amiſerit poſſeſſionem, aliis remediis uti debebit: docet Menochius *d. remedio* 3. *num.* 28.

§. XXXVII. Illa gravior quæſtio ſuccedit; an Interdictum Salvianum competat contra tertium poſſeſſorem; V. G. Titius hypothecavit rem Sejo, poſtea eo inſcio vendidit Sempronio: quæritur, utrum contra Sempronium poſſit creditor experiri hoc Interdicto? Ego affirmativam ſententiam ſequor, quæ eſt communiſſima apud Practicos, eamque tuentur Accurſius, Bartolus, & fere omnes Claſſici uſque ad Cujacium in *d. l.* 1. Menochius *d. remedio* 3. *num.* 55. Mindanus *d. tit.* 18. *num.* 52. Pacificus *inſpectione* 1. *cap.* 1. *num.* 17. *&* *inſpectione* 3. *cap.* 1. *num.* 5. Scapucinus *d. lib.* 1. *quæſt.* 4. Sarmiento *d. parte* 3. *cap.* 2. *num.* 19. Theſaurus *deciſione* 176. *num.* 2. latiſſime Gaito *d. cap.* 4. *num.* 732. *uſque ad num.* 775. Qui omnes in hoc conveniunt, dari adverſus tertium poſſeſſorem; ſed alii petunt rationem ex eo, quod eſt in rem, ut actio Serviana: alii dicunt, eſſe perſonale in rem ſcriptum; qui modus dicendi placuit Cujacio in *d. l.* 1. *& lib.* 5. *obſervationum cap.* 24. ſed ego de his minutiis parum curo, quia tantum effectum reſpicio.

§. XXXVIII. Fundamenta hujus ſententiæ hæc ſunt. Salvianum Interdictum inſtar Servianæ actionis comparatum eſt, ut dixi: ſed hæc competit adverſus tertium poſſeſſorem. *d. §. item Serviana*: ergo illud. Secundo hoc Interdictum de pignoribus proponitur *d. l.* 2. *§. hæc autem* 3. ſed omnia remedia de pignoribus contra tertium poſſeſſorem competunt, ut dicitur & notatur in *eodem* §. ergo hoc etiam competit. Solidius fundamentum ſumitur ex *l.* 1. *&* 2. *de Salv. interd.* juncta *l. ſi debitor* 10. *de pignoribus.* in quibus aliquanto immorabor, quia non bene explicantur a noſtris interpretibus. Primo Julianus in *d. l.* 1. quærit, ſi colonus induxerit in fundum ancillam hypothecæ nomine obligatam, eamque vendiderit, & poſtea pepererit, an poſſit locator perſequi partum per hoc Interdictum? de ancilla non quærit, ſed ſupponit, quia in partu edito apud emptorem major erat difficultas: & nihilominus affirmat, contra emptorem competere Interdictum, licet ſit tertius poſſeſſor, partus ancillæ pignoratæ in cauſſam pignoris recidit, de quo non diſputo, nec de explicatione antinomiæ *legis ſi convenerit* 18. *§. ſi fundus de pignoratitia actione*, cum *l. Paulus* 29. *§. ſi mancipia de pignoribus.* Conſulendi tamen ſunt adverſus Fabrum *de error. Pragm. decade* 60. *errore* 4. Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 2. *num.* 40. Carranza *de partu cap.* 3. §. 2. *num.* 27. tantum noto, competere Interdictum contra emptorem.

§. XXXIX. In §. 1. proponit hanc ſpeciem: colonus conduxit fundum duorum, res invectas obligavit in ſolidum ſingulis pro mercede utrique debita, poſtea extraneo aliquam rem vendidit; reſpondet, ſingulos adverſus emptorem poſſe agere Interdicto Salviano: igitur adverſus extraneum competit Interdictum. Antonius Faber *decade* 59. *errore* 3. *& ſeqq.* qui hanc conſequentiam negat, emendat noſtrum textum, & pro illo verbo, *Salviano*, reponit *Servia non*, nimio & perverſo acumine: nec felicius Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 24. Quærit deinde ſub eadem ſpecie, quid dicendum ſit, ſi non in poteſtatem extranei perveniat, ſed in poteſtatem unius ex locatoribus? & negat Interdictum alteri contra alterum, quia in pari cauſſa melior eſt conditio poſſidentis. Tertio quærit, quid dicendum ſit, ſi non duobus in ſolidum, ſed ſingulis pro parte ſit res obligata, alieneturque in extraneum? non eſt dubium, quin ſingulis pro ſua parte competat actio quaſi Serviana etiam contra alterum locatorem; quia pro parte extraneus eſt: in *hoc verſ.* non meminit expreſſe Conſultus noſtri Interdicti; ſed ex hac omiſſione non ſequitur, illud denegaſſe: quare ego ex contextu, & ex intentione rubricæ, quod dixit de Serviana, extendo ad Salvianum.

§. XL. Quod de Interdicto Julianus dixit, docet ſub iiſdem terminis Ulpianus de Serviana actione in *l. ſi debitor* 10. *de pignoribus.* quia in hoc utrumque remedium pari paſſu currit; ſed tunc ſolet opponi alius ejuſdem Ulpiani textus in *l.* 2. *de interd. Salvian.* ubi docet, ſi res a colono inductæ ſint pignori obligatæ in fundum communem duorum; & unus ex his inceperit poſſidere, poſſeſſorem vincere in Interdicto, & deſcendendum eſſe ad actionem Servianam, ut comperiatur, quis in ea ſit victurus: ergo male exæquamus utrumque remedium. Reſpondeo, ſi pignus recte utrique in ſolidum conſtitutum ſit, idem de actione dicendum eſſe, quod de Interdicto; ſed quia poteſt accidere, ut in obligatione ſocii aliquod vitium ſit, quod in ſummaria cauſſæ cognitione non poſſit apparere, ideo reſervatur ejus rei diſcuſſio ad judicium plenarium: & hæc ſunt fundamenta noſtræ ſententiæ.

§. XLI. Contrariam tamen tuentur Hotmanus in *§. interdictum inſtit. de interdictis.* Antonius Faber *de errorib. Pragm. tota decade* 58. Mendoza *lib.* 2. *de pactis cap.* 4. *num.* 26. ſed eorum fundamenta attente diſcuſſa ad hoc reducuntur. Actiones ſive Remedia mere perſonalia non tranſeunt contra extraneum ſingularem ſucceſſorem. *l. ult. in fine de contrahenda emptione. l.* 1. *§. ſi heres percepto ad S. C. Trebell.* ſed hoc Interdictum mere perſonale eſt; quia tantum competit pro pignore conventionali, & ex ipſa conventione; ergo non debet dari: ſed hoc fundamentum parum concludit? Primo quia ſupponit, quod probandum erat, & quod nos negamus, nempe hoc Interdictum eſſe mere perſonale; eſt enim reale, vel ſaltem in rem ſcriptum, ut ſupra dixi: deinde ratio aperte eſt falſa: dicunt enim eſſe perſonale, quia ex contractu ſive ex conventione pignoris naſcitur; atqui ex conventione pignoris naſcitur actio in rem prætoria. *l. ſi tibi* 17. *§. de pignore de pactis. l. ſi fundus* 16. *§. in vindicatione de pignorib.* ergo poteſt naſci Interdictum, quod etiam prætorium eſt: denique neque eſt certum, quod ſupponunt, non reddi pro pignore tacito ex beneficio legis inducto, cum contrarium receptiſſimum ſit, ut ſupra vidimus. Utuntur etiam quaſi diſerto teſtimonio in *l.* 1. *C. de precariis.* in qua traditur, ſi debitor alienaverit pignus ſine permiſſu creditoris, contra debitorem competere Interdictum, non contra emptorem, ſed tantum actionem Servianam; ſed omnes Claſſici uſque ad Cujacium & Pichard. *d. num.* 30. Gaito *d. cap.* 4. *num.* 747. intelligunt hunc textum de directo Interdicto, quod tantum competit contra debitorem, non de utili, quod etiam datur contra extraneum: quæ expoſitio valde communis eſt, & idcirco poteſt ſuſtineri; ſed verbis textus inhærendo dicendum eſt, loqui de pignore, quod proprie tunc dicitur, quando res corporaliter tradita eſt. *l. plebs* 231. *§. pignus de V. S.* & tunc contra tertium non datur, quia eſt adipiſcendæ non recuperandæ, ut dixi ſupra §. 36. datur vero actio hypothecaria tam ad adipiſcendam poſ-

poſſeſſionem, quam ad recuperandam, ut probat textus in *l. ſi venditor 66. de evictionibus.*

§. XLII. Succedit alia quæſtio, an ad hoc Interdictum peragendum contra tertium neceſſaria ſit excuſſio contra debitorem principalem, quæ regulariter præcedere debet, quando intenditur contra tertium actione hypothecaria. *Authentica hoc ſi debitor C. de pignoribus.* quæ deſumitur ex *Novella 4. cap.* 2. in hac etiam quæſtione diverſe ſentiunt auctores. Ego ſequor affirmativam, quæ communior eſt, illamque tuentur Antonius Faber *de error. Pragm. decade* 57. *errore* 5. Statilius Pacificus *inſpectione* 2. *cap.* 2. *num.* 5. & omninm elegantiſſime Vulteranus in *una impreſſa per additionatorem Scapucini lib.* 2. *quæſt.* 18. *pag.* 187. *in noviſſimis impreſſionibus.* quia hæc exceptio excuſſionis æquitate naturali nititur, & admittitur in omnibus cauſſis privilegiatis & ſummariis, veluti orphanorum, viduarum, mercatorum, & ſimilibus, ut docent Caroccius in *tract. de excuſſione bonorum parte* 2. *quæſt.* 31. *num.* 13. & 16. & in hoc recte ſentiens Stephanus Gratianus *deciſione* 25. *num.* 3. ergo etiam in hac cauſſa admittenda eſt; deinde quia conſtitutio *d. Authenticæ* generalis eſt, igitur in omnibus judiciis debet admitti. *l. de pretio* 8. *de Publiciana in rem act.* Tandem quia ſuperflua redderetur illa conſtitutin, ſi non haberet locum in Interdicto; nemo enim ageret hypothecaria, ſed hoc remedio, & per conſequens numquam requireretur excuſſio, quod dicere eſſet abſurdum. Contrariam ſententiam defendunt Menochius *d. remedio* 3. *num.* 179. *& ſeq.* Mindanus *d. tit.* 18. *num.* 60. Scapucinus *d. quæſt.* 18. Gaito *d. cap.* 4. *num.* 776. hoc fundamento. Excuſſio eſt exceptio valde intricata; nam per medium probationis & liquidationis debet manifeſtare inopiam debitoris ad ſolvendum, ſed exceptiones intricatæ & altiorem indaginem requirentes non admittuntur in hoc Interdicto, ut docent Antonius Gabriel in *communibus opinionibus tit. de fidejuſſoribus concluſ.* 1. Sarmiento *d. parte* 3. *cap.* 2. *num.* 23. ergo neque poteſt opponi in hoc Interdicto. Cætera fundamenta leviora ſunt, ſed huic recte ſatisfacit Vulteranus *ubi proxime num.* 8. docens, æquivocum eſſe, quod docemur, exceptionem excuſſionis eſſe intricatam; quia non eſt intricata ex parte debitoris, qui illam opponit uno verbo, ſed ex parte creditoris, qui vult tertium poſſeſſorem inquietare, quæ perplexitas non debet nocere reo; ſed contra ipſum actorem retorquenda eſt, qui vult experiri judicio ſummario in cauſſa perplexa & intricata propter excuſſionem n ſe non factam.

§. XLIII. Ex his apparet, noſtrum Interdictum ſummarium eſſe, imo ſummariſſimum, eoque experientem minus probare teneri, quam agentem hypothecaria vel Serviana, quia, qui intendit actionem, debet probare cauſſam pignoris, ex quocumque titulo contrahatur; debet etiam probare, rem fuiſſe in bonis ejus, qui illam obligavit, id eſt in dominio vel quaſi dominio, ut ſaltem pro domino bona fide ſe geſſiſſet. *l. ſi ſeparatus* 3. *l. & quæ* 15. §. 1. *l. ſi ab eo* 18. *de pignoribus. l. ante omnia* 23. *de probationibus.* ſed ad ſuperandum in hoc Interdicto ſufficit, ſi conſtet debitorem poſſediſſe etiam de facto obligationis tempore. *l.* 1. §. *illud notandum de migrando.* quæ eſt magna utilitas hujus Interdicti, ut docent Balduinus *de pignoribus cap.* 14. Menochius *d. remedio* 3. *num.* 171. Mindanus *d. tit.* 18. *num.* 35. Pacificus *inſpectione* 1. *cap.* 6. Scapucinus *lib.* 1. *quæſt.* 25. *& ſeqq. uſque ad finem libri.* Stephanus Gratianus *deciſione* 15. *a princ.* Sarmiento *d. parte* 3. *cap.* 2. *num.* 22. & 23. Salgado *parte* 3. *de protectione regia cap.* 12. *num.* 48. Pichardus in §. *item Serviana num.* 30. *de actionibus.* fit etiam inde, ut in hoc remedio non admittatur appellatio quoad effectum ſuſpenſivum, ſed ſtatim mittendus ſit creditor in poſſeſſionem hypothecæ; & quod cauſſa ſummario tractanda eſt ſine longa judicii mora, prout judici conveniens viſum ſit: docent promiſcue utrumque aſſertum Menochius *num.* 5. & 6. & *num.* 186. Mindanus *num.* 5. Pacificus *inſpectione* 4. *cap.* 2. Scapucinus *lib.* 1. *quæſt.* 28. *& ſeqq. & lib* 3. *quæſt.* 1. Salgadus *d. cap.* 12. *num.* 21. & 43. qui *num.* 48. perſuadet advocatis, ut ad adipiſcendam poſſeſſionem hypothecæ non utantur actione hypothecaria, ſed hoc Interdicto tamquam breviſſimo & ſaluberrimo; quamvis de ejus natura aliter ſed male cenſuerit Sarmiento *d. cap.* 2. *num.* 23. & 24. a quo merito diſſentiunt Salgado *ubi proxime.* Menochius *num.* 174. Gaito *d. cap.* 4. *num.* 789.

VI. *De Interdicto*, DE MIGRANDO.

§. XLIV. Occaſione præcedentis Interdicti exponam aliud *de migrando*, quamvis non ſit adipiſcendæ poſſeſſionis: *migrare* proprie ſignificat exire a domo conducta cum ſupellectili & rebus omnibus, de quo intelligi debet Schema in Neronem jactatum propter incendium urbis, & ampliſſimi palatii ædificationem apud Suetonium in *ejus vita cap.* 39. per translationem autem alias mutationes ſignificat, de quibus noſtra Lexica, quæ compellare aut compilare non eſt neceſſe: redditur hoc Interdictum inquilino, qui finito tempore conductionis, & pretio ſoluto vel pro eo ſatisfacto (aut diſpoſita pecunia juſſu judicis juxta principia textus in *l. acceptam* 19. *C. de uſuris*) vult migrare a domo conducta, & ſecum ſupellectilia comportare, & ut Salvianum conſulit conductori adverſus inquilinum ad adipiſcendam rerum obligatarum poſſeſſionem, donec mercedem ſolvat, ita hoc Interdictum ſuccurrit inquilino contra locatorem ad migrandum cum rebus invectis mercede ſoluta. Antonius Faber *de error. Pragm. decade* 58. *errore* 3. directum ex ipſis verbis tantum competit inquilino, id eſt conductori prædii urbani; utile vero competit etiam conductori prædii ruſtici pro deducendis rebus invectis in caſam ruſticam. *l.* 1. §. 1. *ff. de migrando.* ſi res invecta aliena ſit, non eſt neceſſe agere hoc Interdicto ad eam abducendam; quia non eſt obligata pignori, quæ aliena eſt. *l.* 1. *C. ſi res aliena pignori data ſit.* cæterum ſi expreſſe fuit hypothecæ ſubjecta pro mercede, utile eſt hoc Interdicto agere. *l.* 2. *de migrando.* in præſenti notanda eſt differentia inter hoc Interdictum & actionem locati: qui pro parte temporis, per quod incoluit domum, ſolvit penſionem, quamvis totum tempus conductionis exactum non ſit, poteſt agere hoc Interdicto, ſi dubitetur, an ſit tempus exactum, id eſt, antequam conſtet plenario de finitione locationis, niſi ſpecialiter pactum adjectum ſit, ut non aliter migrare liceat quam tota penſione ſoluta. *l.* 1. §. *ſi penſio* 4. *de migrando.* in actione vero locati non eſt neceſſe apponere ſpeciale pactum ad hoc, ut inquilinus teneatur ſtare locationi toto contractus tempore. *l. ſi in lege* 24. §. *ſi domus ff. locati.* quia in Interdicto tantum quæritur de penſione ſoluta, ſed in actione de viribus contractus; in illo ſummarie, in hac plenarie: ita Cujacius *lib.* 23. *obſerv. cap.* 34. hoc Interdictum infrequens eſt, id eſt non multum frequentatur. *l.* 1. §. *cui rei* 2. *de migrando.* quidquid aliter accipere tentet Gothofredus *ibi*: ideo vero non frequentatur, quia citra ambages Interdicti judex ſolet extraordinario imperio ſuccurrere inquilino volenti migrare poſt ſolutam penſionem, ut agnoſcit ibi Accurſius, & docent Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 17. *circa finem.* Henricus Suerin *repetitarum lectionum cap.* 18.

P A R S   S E C U N D A.

De Interdictis & Remediis retinendæ Poſſeſſionis.

I. *De Interdicto*, UTI POSSIDETIS.

§. I. Inter Remedia retinendæ poſſeſſionis hoc frequentius & utilius eſt, ut cenſet Mindanus *parte 2. de interdictis in princ. num. 1. tit. 7.* dicitur *uti poſſidetis* a primis verbis Edicti, ut indicatur in *l. 1. §. hoc interdictum* 4. *& §. interdictum 6. uti poſſidetis.* notant Cujacius & Donellus ad *tit. C. uti poſſid.* Alciatus *lib. 2. parerg. cap. ult.* Pichardus in *§. retinendæ num. 4. inſtit. de interdictis.* hoc vero Interdictum ſummarium eſt, ſed ab eo fluxit aliud Remedium ſummariſſimum, quod Hiſpani vocamus *interim.* Covarruvias in *practicis cap. 17.* Pichardus in *§. ſi una inſtit. eodem tit. num. 179. & ſeq.* Galli *recredentiam* appellant. Petrus Rebuffus *de remediis poſſeſſoriis in præludiis num.* 32. Itali *novam proviſionem.* Menochius *de retinenda remedio* 3. *num.* 8. Curia Romana *mandatum de manutenendo.* Poſtius in *tract. de manutenendo obſervatione 3. per totam.* qui plurimas appellationes cumulat.

§. II. Differentiam propoſitam inter ſummarium & ſummariſſimum judicium communi fere calculo agnoſcunt Menochius *de retinenda remedio ultimo fere per totum.* Antonius Merenda *lib. 3. controverſiarum cap.* 19. Poſtius cum aliis *d. obſervat. 3. num.* 16. hanc tamen praxin contra jus inductam cenſet Sarmiento *lib. 2. ſelectarum cap.* 13. nimio tamen ſcrupulo, ut ait Fachinæus *lib. 8. controverſiarum cap.* 15. & merito: habet enim in jure maximum fundamentum in *l. 1. §. inter litigatores 3. verſ. ſed ſi inter ipſos uti poſſid.* ubi ſi inter ipſos litigantes jam in judicio conſiſtentes non conveniat, quis ſit poſſeſſor, judex in lite ceſſabat, & ad Prætorem eos remittebat, ut litis ordinandæ cauſſa de poſſeſſione interim ſtatueret ſine ullo præjudicio proprietatis aut poſſeſſionis ipſius; tantum ideo, ne rixentur inter ſe, *argum. l. æquiſſimum 14. de uſufructu.* ex quo Merenda *ubi proxime* exiſtimabat, huic ſummariſſimo Remedio locum non eſſe, niſi quando timetur rixa inter ipſos poſſidere intendentes, cui videtur accedere Ciriacus *lib. 2. controverſiarum cap. 244. num. 8. & 9.* ſed hæc doctrina de ſtilo non obſervatur, & indiſtincte locus eſt huic Remedio, ut teſtatur Poſtius in hac materia doctiſſimus & verſatiſſimus *obſervatione* 41. *num.* 16. igitur ex doctrina Covarruviæ *cap. 17. practicarum ſub num.* 5. quando quis petit, ſe manuteneri in poſſeſſione, quam retinet, & de hoc primo & principaliter incepit litigare, & ad hoc ab initio ſuſpendit petitorium & poſſeſſorium plenarium, agit Interdicto ſummario *uti poſſidetis.* quando vero lis ordinarie incepta fuit, & propter dubium poſſeſſionis lite jam pendente ſuſpenſa fuerunt judicia plenaria, & petitum fuit pronunciari ſuper actuali poſſeſſione, eſt judicium ſummariſſimum. Gaſpar Rodriguez *de annuis reditibus lib. 1. quæſt. 17. num.* 42. Salgado *de protectione regia parte 3. cap. 12. num.* 10. Poſtius cum multis *obſervatione 4. per totam.*

§. III. Ex quo primo notandum eſt, poſſe ſummariſſimum hoc intentari in quacumque parte litis, imo & finita prima inſtantia in gradu appellationis, ubicumque alter ex litigatoribus ſuſpenderit cognitionem ſuper judiciis plenariis. *clementina unica de cauſſa poſſeſſionis & proprietatis.* quæ licet loquatur de Remedio recuperandæ poſſeſſionis, adaptatur a gloſſa ad hoc Remedium, cujus doctrinam ſequuntur Covarruvias *d. cap.* 17. Menochius *d. remedio ult. num.* 1. Stephanus Gratianus *diſceptationum forenſium cap. 948. num.* 13. Poſtius *obſervatione 7. & 8. a principio & ex num.* 35.

§. IV. Et ne iterum inculcemus, libet ſpecialia hujus Remedii ſummariſſimi proſequi: in primis forma judicii ſummariſſima etiam eſt, exponiturque magiſtraliter a Covarruvia *d. cap.* 17. ſed illa jam non obſervatur, ſaltem in tribunalibus inferioribus, de quibus poſſum teſtari: curare autem debet judex, ut quantum fieri poſſit procedat, amputatis omnibus dilationibus, ad indagandam tantum veritatem ſine prolixa obſervatione terminorum. Menochius *d. remedio ult. num.* 56. Paz *de tenuta cap. 9. num. 16. & cap. 22. num. 5. & cap. 39. num.* 47. Poſtius *obſervatione* 77 & 82. nec requiritur nova litis conteſtatio. Menochius *num.* 3. Poſtius *obſervatione* 80. nec publicatio atteſtationem. Covarruvias *num.* 4. Rodriguez *quæſt. 17. num.* 41. Paz *de tenuta cap. 2. num. 27. & cap. 7. num. 4. & 9.* Poſtius *obſervatione 95. & 96.* qui docent, non concedi terminum ad refutandos teſtes, quem vulgo dicimus *de tachas*: addendi ſunt Menochius *num. 41. & 42.* Fontanella *de pactis nuptialibus clauſula 7. gloſſa 3. parte 10. num.* 70. neque adverſus ſententiam in integrum reſtitutio datur. Covarruvias *d. num. 4. verſ. ſextum.* Fontanella *num.* 68. Rodriguez *num.* 41. Poſtius *obſervatione 82. num. 12. & 13. & obſervatione 206. num. 75. & 76.* Menochius *d. remedio ult. num.* 54. qui in ſummariſſimo ſecure hanc doctrinam admittit, cum in noſtro Interdicto ſummario contrariam merito fundaverit *remedio 3. num.* 851. In quo etiam litis conteſtatio neceſſaria eſt, ut ſupponitur in *l. 1. §. unum uti poſſid.* quia de poſſeſſione diſputatur. Menochius *d. remedio 3. num.* 555. aliaque ibi proſequitur, & Mindanus *d. tit. 7. cap. 2. num.* 26. in quibus non eſt immorandum.

§. V. Forma ſententiæ eſt etiam diverſa; quia in Interdicto ſententia fertur per verbum *fallo*, quia eſt definitiva. Menochius *d. remedio 3. num.* 839. in ſummariſſimo vero eſt interlocutoria, & ita profertur: *manuteneo illum ſine præjudicio poſſeſſionis & proprietatis, donec lis finiatur*: docet expreſſe Gratianus decreti compilator *2. quæſt. 6. verſ. de poſſeſſione etiam*, & poſt eum Menochius *d. remedio ult. num.* 44. Covarruvias *d. cap. 17. num.* 2. nec incipit per verbum *fallo*, ſed per viam decreti, cujus quatuor formulas præbet Poſtius *obſervatione* 105. quod ſi imperitus judex in forma pronunciandi erraverit, & protulerit decretum de manutenendo per verbum *fallo*, non officit naturæ judicii, ut cum multis docet Barboſa *voto deciſivo 42. num. ult.*

§. VI. Ex hoc principio duo conſequimur. Primum eſt, decretum latum in ſummariſſimo de manutenendo poſſe contrario imperio a judice tolli & mutari, non tantum, quando finitur lis plenaria, ſed etiam ea durante, ſi adverſa pars iterum intenderit, & melius probaverit poſſeſſionem: quod intelligendum eſt, quando prius ſuccubuerat ex defectu probationis poſſeſſionis, & poſtea illam probat ſummariſſime; quia tralatitium eſt, omnia decreta interlocutoria poſſe contrario imperio tolli in eodem judicio, & ab eodem judice. *l. quod juſſit* 14. ubi dixi ex profeſſo de re judicata, & in terminis docet cum multis Barboſa *voto deciſivo 54. num.* 10. illud vero magis regulare eſt; ut tollatur per contrariam ſententiam definitivam la-

tam in cauſſa plenaria. *cap. cum veniſſent 6. in fine de inſtitutionibus.* docent Fontanella *d. parte* 10. *num.* 76. Covarruvias *d. cap.* 17. *a principio.* Poſtius *obſervatione alt.* Secundum eſt, in hoc Remedio ſummariſſimo non eſſe locum appellationi, quia minimum detrimentum affert interimtaria adjudicatio poſſeſſionis, & gravamen eſt cito reparabile per definitivam ſententiam, vel aliud decretum interlocutorium, quod tam de jure civili ex *l. unica C. ſi de momentanea poſſeſſione fuerit appellatum.* quam de jure Regio *argum. l.* 9. *&* 10. *tit.* 7. *lib.* 5. *Compilationis.* & de jure Canonico docent, & tamquam commune reſolvunt multis auctoribus laudatis Menochius *d. remedio ult. num.* 48. Stephanus Gratianus *diſceptatione* 74. *num.* 16. Poſtius *obſervatione* 106. *a principio.* Paz *de tenuta cap.* 2. *num.* 30. Pichardus in *manuductionibus ad praxim parte* 4. §. 12. Zalgado *de protectione regia parte* 3. *cap.* 12. *ex num.* 53. *usque ad num.* 81. qui late proſequitur, quoad punctum appellationis, differentiam inter utrumque judicium ſummariſſimum & ſummarium.

§. VII. His differentiis indicatis magis expediti proſequemur tractatum. Primo noto, non dici *uti poſſidet* verbo de ſingulari, ſed verbo de plurali *uti poſſidetis*; quia in re dubia, & dum de poſſeſſione non conſtat, Prætor neutri parti favere intendit, ſed ei, qui melius actualem poſſeſſionem probaverit; & aliquando utrique poſſeſſionem adjudicat ex eadem cauſſa. *l.* 1. §. *ult. cum* 2. *ll. ſeqq. uti poſſid.* Donellus in *l. unica C. eod. tit. num.* 6. *& lib.* 15. *comment. cap.* 33. Hilligerus *cap.* 32. *lit. S.* Menochius *d. remedio* 3. *num.* 15. ex eadem ratione conſtat, duplex eſſe hoc Interdictum, quia non apparet ſtatim, quis ſit reus, quiſve actor, cum uterque poſſidere contendat. *l.* 3. §. 1. *uti poſſid.* Donellus in *d. l. unica num.* 11. Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 22. Menochius *ubi proxime num.* 16.

§. VIII. Occaſio Interdicti eſt, ne vis fiat poſſidenti ſive in judicio, ſive extra; ideo prohibitorium eſt, & retinendæ poſſeſſionis. *l.* 1. §. 1. *&* §. *eſt igitur* 4. *uti poſſid.* vim ergo facere intelligitur, qui quomodolibet alium prohibet re ſua pro lubitu uti. *l. vim facit* 11. *de vi & vi armata*; quam ad hoc remedium pertinere notat non male Donellus *d. cap.* 23. licet etiam proprio titulo adaptet probabiliter poſt Hotmanum Hilligerus *d. cap.* 32. *lit. I.* apparet igitur differentia inter hoc Interdictum, & Interdictum *unde vi*; quia hoc poſtremum pertinet ad eum, qui dejectus fuit a poſſeſſione, & per conſequens cogitat de ea recuperanda; noſtrum vero ad illum, qui tantum inquietatur, & de manutentione cogitat. *d.* §. *eſt igitur* 4. *l. ſicut* 8. §. *Ariſto in fine ff. ſi ſervitus vindicetur.* Menochius *d. remedio* 3. *num.* 14. Hic diſputant auctores, quot & quibus modis poſſit quis in ſua poſſeſſione inquietari, quod in facto potius turbantis, quam in jure conſiſtit. 22. turbandi modos cumulavit Petrus Rebuffus *de materiis poſſeſſoriis art.* 1. *gloſſa* 2. 28. recenſet Menochius doctiſſime *d. remedio* 3. *ex num.* 467. *usque ad num.* 505. mihi tamen placet generalis regula Poſtii *obſervatione* 41. ubi quis cum alio conſiſtit in judicio vel extra, nec ſinit ei uti libere ſua poſſeſſione, locum facere huic Interdicto, neque opus eſſe probare aliam inquietationem.

§. IX. Sequitur, ut videamus, quid probare debeat, qui vult in hoc judicio obtinere? debet autem probare, poſſediſſe de tempore litis motæ, neque conſtituiſſe illum in poſſeſſione actum controverſum, qui præbuit occaſionem liti. *l.* 1. §. *hoc interdictum* 7. *uti poſſid.* §. *retinendæ inſtit. de interdictis.* Neque attenditur jus, ſeu juſtitia poſſeſſionis, ſed merum factum poſſidendi; itaque in hoc Interdicto quælibet poſſeſſio, ſive juſta ſive injuſta, manutenibilis eſt. *l.* 2. *uti poſſid.* textus elegans in *cap. cum veniſſent* 6. *de inſtitutionibus.* unde interpretes noſtri hyperbolice dicere ſolent, injuſtam poſſeſſionem, mere naturalem, deprædatoriam, vacuam omni juſtitia, & detentationem aſininam ad vincendum in hoc Interdicto ſufficere. Ita Bartolus in *d. l.* 1. §. *interdictum.* Joannes Faber in *d.* §. *retinendæ.* & poſt alios Claſſicos Menochius *d. remedio* 3. *num.* 18. *& num.* 536. Mindanus *d. tit.* 7. *in principio num.* 9. *&* 26. & multis laudatis Poſtius *obſervatione* 15. *&* 42. Paz *de tenuta cap.* 2. *&* 9. Barboſa *voto deciſivo* 42. 49. 52. 54. *&* 106. Pichardus in §. *retinendæ a principio.* Donellus & Hilligerus *d. lib.* 15. *cap.* 32. *lit. A.* inde extollentes facilitatem hujus Remedii, tam in profanis quam in eccleſiaſticis rebus, quamvis poſſeſſor careat omni juſtitia, quam doctrinam ita abſolute propoſitam parum tutam in utroque foro cenſeo, & in praxi non obſervandam.

§. X. Moveor ex eleganti textu in *cap. licet cauſſam* 9. *de probationibus.* ubi in illa celeberrima lite poſſeſſoria, quam inferius explicabo, inter eccleſiam Ravennatenſem, & commune Faventinorum reſpondit Pontifex ſatis pie ſatisque docte, non potuiſſe in favorem communitatis pronunciare *uti poſſidetis ita poſſideatis*, quia jus nunquam ſavet ei, quem conſtat injuſtum eſſe poſſeſſorem: unde certiſſimum judico, non eſſe pronunciandum in hoc remedio pro poſſeſſore, ſi conſtat ex actis notorie, carere titulo ad proprietatem, & cum domino litigat: ad quid enim poſſeſſio adjudicanda eſt ei, qui debet eam reſtituere alii, quem conſtat dominum eſſe? ars enim & natura nihil operantur fruſtra, ut ex *l. non cogendum* 45. §. *Sabinus de procuratoribus* docet Barboſa *axiomate* 33. & circuitus inutiles vitandi ſunt. *clementina auditor de reſcriptis.* notat ad rem Cæſar Argelus *de legitimo contradictore quæſt.* 5. *num.* 5. *&* 94. *& quæſt.* 7. *num.* 113. *& quæſt.* 8. *num.* 5. *& quæſt.* 10. *num.* 135. *&* 223. *& quæſt.* 17. *num.* 30. apud quem multa: fateor hanc exceptionem non poſſe colligi ex ullo juris civilis textu, ſed ex lumine naturæ per ſe nota, eamque docent probe & in ſuo caſu intellectus Menochius *ubi proxime ex num.* 692. *usque ad* 703. Mindanus *d. tit.* 7. *cap.* 2. *ex num.* 8. latiſſime Poſtius *d. obſervatione* 42. *ex num.* 174. *usque ad finem.* Gaſpar Rodriguez *lib.* 1. *de annuis reditibus quæſt.* 17. *num.* 21. Gratianus *diſceptatione* 899. *per totam* maxime ex *num.* 19. Jacobus Cancerius *parte* 3. *variarum cap.* 14. *num.* 39. *&* 54. Fontanella *d. clauſula* 7. *gloſſa* 3. *parte* 10. *ex num.* 73. maxime *num.* 78. Sane ſi dominus propria auctoritate & ſine judicii interventu velit poſſeſſorem inquietare, compellendus eſt per judicem quietus eſſe, & judicialiter agere. *l. æquiſſimum* 14. *de uſufructu.* & hic eſt caſus, in quo Menochius *d. remedio* 3. *num.* 671. titulum dominii etiam notorii non ſufficere aſſeruit; ſed non, quando judicialiter agitur, ut recte admonet Mindanus nuper laudatus.

§. XI. Nec obſtat textus in *l.* 2. *uti poſſid.* in quo docemur, non debere manuteneri poſſeſſorem, ſi contendat contra illum, quem violenter dejecit, vel a quo precario rogavit poſſeſſionem, vel ſi clam eo cœpit poſſidere; quia contendit cum eo, a quo malam cauſſam habet: cæterum ſi contendat cum alio tertio, quamvis vi, clam, aut precario poſſideat, manutenendum eſſe, ut docent laudati a Pichardo in *d.* §. *retinendæ num.* 8. Quoniam ex hoc contextu, qui deducitur ex textu antecedenti, ſatis conſtat intellectus: ſi enim eſt tertius, qui litigat, quamvis poſſeſſor injuſte poſſideat, non poteſt objicere vitium poſſeſſionis, cum non ſit contractum in perſona ſua, & jus alterius allegare non poſſit. *l. loci* 4. §. *comperit ff. ſi ſervitus vindicetur.* quam regulam docte explicat & limitat Salgado in *labyrintho creditorum parte* 2. *cap.* 22. *num.* 62. Quod ſi adverſarius ſit dominus, de cujus dominio clare & in continenti conſtare poſſit, non eſt excludendus; neque id colligi poteſt ex his teſtibus, qui de hac ſpecie non loquuntur; quæ

du-

doctrina diſerte colligitur ex *l. ult. de adquir. poſſeſſ.* ibi: *adverſus extraneos vitioſa poſſeſſio prodeſſe ſolet.* ergo a contrario colligitur, vitioſam poſſeſſionem adverſus dominum non ſolere prodeſſe: ideo vero prodeſt adverſus extraneos, quia juſtum & injuſtum ſunt ex ſpecie correlativorum; nam qui injuſtus eſt poſſeſſor reſpectu unius, nempe domini, non eſt injuſtus ad retentionem reſpectu alterius, qui nullum jus in re habet, ut docent eleganter Hillig. ad Donell. *lib. 5. cap. 6. lit. F.* Cujacius *lib. 5. obſervat. cap. 22. & lib. 9. cap. 33. & lib. 18. cap. 24.*

§. XII. Ex his deſcendimus ad textum in *l. ſi duo 3. in principio eodem titulo.* in quo JCtus eodem themate retento de eo, qui vi, clam, aut precario poſſidet non manutenendo, ſi contendat cum eo, quem dejecit, ut dixi, quærit deinde, quid dicendum ſit, ſi cum tertio contendat, qui etiam poſſideat in ſolidom? forſan quia ſubingreſſus fuit poſſeſſionem cum titulo, vel ſine titulo, dum injuſtus poſſeſſor abſens eſſet, bona tamen fide, ne incurramus in vitium *legis ultimæ C. unde vi.* ut dicam infra *parte* 3. Reſpondet JCtus, utrumque manutenendum eſſe, ſi per ſubtilitatem judicialem diſcuti non poſſit, quis ſit verus poſſeſſor, & in probatione dubia & perplexa hoc eſt remedium utriusque poſſeſſionis, pronunciare *uti poſſidetis ita poſſideatis*, ut magiſtraliter ex hoc textu colligunt gloſſa, Bartolus, & antiquiores, & poſt eos Menochius *d. remedio* 3. *num.* 740. & ita me advocante nuper pronunciatum fuit a noſtro Cancellario in quodam poſſeſſorio a partibus intentato ſuper jure locandi territorium; & cum acta delata fuiſſent ad cancellariam, domini dixerunt, nullam vim fieri in non deferendo appellationi; alii dicunt forte rem dirimendam eſſe: ita utraque gloſſa in *d. l.* 3. & in *d. cap. licet cauſſam*, & quos refert Barboſa *ibi num. ult.* ſed hæc doctrina uſu recepta non eſt, nec eſt juſtum, ut de commodo poſſeſſionis forte decernatur: alii docent, ſequeſtrandam eſſe poſſeſſionem apud tertium; & hoc etiam remedium frequens eſt, quando ambo quiete oti non poſſunt. Theſaurus *deciſione* 206. Poſtius *obſervat.* 71. *num.* 124. addendus Paz *de tenuta cap.* 10. *num.* 18. ecce ubi textus non loquitur de concurſu injuſti poſſeſſoris cum domino, ſed cum extraneo poſſeſſore; ſolet etiam in eo difficilis videri illa ſuppoſitio, duos in ſolidum poſſidere poſſe; ſed ex dictis conſtat, Ulpianum ita non ſupponere attenta veritate & natura poſſeſſionis; eſt enim impoſſibile, ut, quod ego poſſideo, & tu poſſideas, non magis quam ut tu ſtes in loco, in quo ego ſto, ut dicitur in *l.* 3. §. *ex contrario de adquir. poſſeſſ.* ſed potius attenta perplexitate & dubio probationum juxta materiam ſubjectam noſtri Interdicti, ut latius dixi in repetita prælectione ad *tit. de adquir. poſſeſſione cap.* 2. §. 15.

§. XIII. Sed quia pars hæc eſt, quæ præcipue diſceptatur in forenſibus controverſiis de manutenendo, operæ pretium me facturum exiſtimo, ſi diſtincte explicuero, quis manutenendus ſit ex duobus, qui ſimul prætendunt poſſidere? Poſtius *d. obſervat.* 71. *num.* 77. aliquas regulas proponit, ſed multas ex auctorum libitu aut cerebro pro more Pragmaticorum; ego non melius exponam, quam cum Innocentio 2. in *d. cap. licet cauſſam de probationibus.* in quo Eccleſia Ravennatenſis, & Civitas Faventina, ut dixi, contendebant judicio ſummario noſtri Interdicti ſuper quaſi poſſeſſione diſtrictus villæ Sancti Petri & Caſtri Arioli. Omitto formam proceſſus, quæ ad inſtitutum non pertinet, & ibi exacte traditur, & in *cap. cum cauſſam 6. de juramento calumniæ. cap. cum cauſſam 37. de teſtibus.* quæ ſunt fragmenta ejuſdem decretalis, ut notant gloſſa & Panormitanus; & ut ad præſentem inſpectionem accedamus, concludit Pontifex in *verſ. ex præmiſſis*, Eccleſiam Ravennatenſem melius probaſſe poſſeſſionem ſuam, quam civitatem Faventinorum; quia probavit a 60. annis & citra poſſediſſe prædicta loca cum juriſdictione honore & diſtrictu; unde convincit civitatem Faventinorum non potuiſſe illa poſſidere; quia incluſio unius poſſeſſionis eſt excluſio alterius: poſſidente enim Eccleſia non potuit poſſidere civitas, & cum civitas etiam probaſſet, ſe aliqua ſervitia & honores poſſediſſe a 50. annis & citra, determinat hanc poſſeſſionem fuiſſe clandeſtinam, & abſque ſufficienti notitia Eccleſiæ, & per conſequens non manutenibilem, quod eo magis confirmat, quod Eccleſia produxit titulum conceſſionis locorum a Romanis Imperatoribus & Pontificibus; civitas vero nullum titulum oſtendit: unde manutenuit Eccleſiam ſuper poſſeſſorio; quod tantum intentatum fuerat.

§. XIV. Ex hoc textu elegantes regulæ deducuntur ad hunc tractatum. Prima eſt, eum, qui probat antiquiorem poſſeſſionem jugiter continuatam, maxime cum titulo, debere obtinere in hoc Interdicto: ita eam concepit cum multis laudatis Barboſa *tomo 6. ſelectarum ad d. cap. licet cauſſam.* Ratio eſt, quia cum non poſſit dari nova poſſeſſio exiſtente vetere, conſequens eſt, ut ſecunda non ſit vera poſſeſſio ſed detentatio. Covarruvias *d. cap. 17. practicarum ad finem.* Menochius *d. remedio* 3. *num.* 725. Mindanus *d. tit.* 7. *num.* 15. dixi, maxime ſi ſit titulata; quia valde eſt utile ad hoc Interdictum exhibere titulum juſtificantem poſſeſſionem, per quem ſaltem excluditur vitium clandeſtinitatis & violentiæ contra adverſarium, ut ex tituli exhibitione deduxit Pontifex in *cap. cum perſonæ 7. verſ. quod ſi tales de privileg.* in 6. imo licet titulus non concludat omnino, præſupponit juſtam cauſſam poſſidendi, ut in *cap. cum veniſſent 6. de inſtitutionibus.* quod poſtea explicabo, & ita periti advocati facere debent ſecundum conſilium Felini in *d. cap. licet cauſſam num.* 9. quod commendant Gratianus *diſceptatione* 402. *num.* 1. & 2. Martinez *voto* 106. *artic.* 3. *inter vota deciſiva Barboſæ.* non tamen eſt præciſe neceſſaria tituli productio, cum in rigore contentum ſit noſtrum Interdictum mero facto poſſidendi; idcirco probata antiquiori continua poſſeſſione, novior poſſeſſor ſuccumbet, quamvis titulum pro ſe alleget; quia ſubingredi nova poſſeſſio non poteſt extante vetere. Menochius *ubi proxime num.* 728. Mindanus *d. tit.* 7. *num.* 14. Poſtius *d. obſervat.* 71. *num.* 29. qui *num.* 30. extendit hanc doctrinam ad cauſſas etiam beneficiales contra Menochium *ubi proxime num.* 730. *& ſeq.* Mindanum *num.* 19. debet tamen eſſe continuata antiquior poſſeſſio; alioquin vetere amiſſa nova manutenenda eſt, ut patet, docentque Ciriacus *lib. 1. controverſia* 10. *num.* 23. Poſtius *d. obſervat.* 71. *num.* 29. & quidem, ſi conſtat aperte de animo veteris poſſeſſoris ad amittendam vel abjiciendam poſſeſſionem, res eſt expedita; cæterum ſi de eo non conſtet, tunc ad conjecturas recurrendum eſt, ut aſſerit cum judicio Antonius Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 110. illa tamen verior & frequentior eſt, quando vetus poſſeſſor nullum actum poſſeſſionis fecit per longum tempus; quia ex longa omiſſione inducitur derelictio poſſeſſionis. *l. ſi finita 15.* §. *non autem 21. de damno infecto. l. furtum 37.* §. 1. *de uſucapionibus.* hoc longum tempus frequentiori calculo interpretum reputatur decennium. Menochius *d. remedio* 3. *num.* 593. & *de recuperanda remedio* 7. *num.* 25. cæteros modos amittendæ poſſeſſionis tradidi in repetita prælectione ad *illum tit. cap. ult.* nec in præſenti repetendi ſunt.

§. XV. Videamus, qualiter poſſeſſio ipſa probanda ſit, quod usque ad nauſeam proſequitur Poſtius *obſervat.* 19. *usque ad* 28. breviter tamen dicendum eſt, probari per inſtrumentum, ex quo appareat a judice decretum fuiſſe interpoſitum de poſſidendo, & ejus virtute per miniſtrum a poſſeſſore fuiſſe apprehenſam; qui non producit inſtru-

ſtrumentum, poteſt illam probare per actus poſſeſſorios, maxime accedente titulo, ut dixi: hi ſunt, ſi jure proprio coluerit agrum, fructus ex eo perceperit, locum incoluerit vel locaverit, reditus exegerit, tributave ejus cauſſa ſolverit. *l. ſi Titia* 42. *de ſolutionibus.* maxime ſi ſciente & non contradicente adverſario fecerit. *l.* 2. *C. de adquir. poſſeſſ. l. litibus* 10. *C. de agricolis & cenſitis.* Menochius *d. remedio* 3. *num.* 560. ubi de ſingulis rebus poſſeſſis diſputat, Mindanus *parte* 1. *de interdictis commentaris* 26. *cum* 2. *ſeqq.* ubi etiam late tractat, Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 1. *quæſt.* 15. *num.* 5. dixi uſum debere eſſe jure proprio, id eſt affectu & opinione ſibi habendi, & ex proprio titulo; alioquin qui jure familiaritatis & ex beneplacito domini, tamquam amici permittentis, re aliena utitur, non poteſt manuteneri, quia non poſſidet. *l. qui jure* 41. *de adquir. poſſeſſ.* Poſtius *obſervat.* 54. ex quo etiam infertur, non debere concedi manutentionem in actibus mere facultativis, qui ex mera facultate pendent, ut fiant vel non fiant: tales ſunt, ire ad tuum molendinum vel furnum, hoſpitium alicui concedere vel gratis, vel pretio, & alia ſimilia: quia eorum natura non patitur, ut aliquis jus neceſſarium quærat in materia mere voluntaria, quæ a libertate naturali hominum pendet. Poſtius *obſervatione* 53. *per totam.* Gratianus *diſceptatione* 655. *num.* 49.

§. XVI. Ex dictis apparet, ei, qui non poſſidet, non competere hoc Interdictum; ideo non conceditur depoſitario, conductori, vel commodatario pro poſſeſſione rei; quia illam non poſſident: exemplum aſſumitur in *l.* 3. §. *creditores uti poſſid.* de creditore miſſo ex primo decreto in poſſeſſionem rei cuſtodiæ cauſſa, qui non poteſt uti hoc Interdicto, quia non poſſidet, ut nec præcedentes. *l.* 3. §. *ult. de adquir. poſſeſſ.* ſecus erit, ſi poſt contumaciam rei qualificatam jubeatur poſſidere ex ſecundo decreto; quia tunc vere poſſidet. *l. ſi finita* 15. §. *Julianus de damno infecto.* alias exceptiones proſequitur Menochius *d. remedio* 3. *usque ad num.* 224. addendi ſunt Gomez. in *d. l.* 45. *num.* 168. Hillig. *d. lib.* 15. *cap.* 32. *lit. B.* Piehardus in §. *ſumma inſtit. de interdictis num.* 112. & 120. illa tamen ſubtilis differentia in hoc articulo notanda eſt, commodatario, conductori, & ſimilibus non dari manutentionem pro ipſa re; dari tamen ex ſummariſſimo *interim* manutentionem pro jure, quod ipſis reſultat ex contractu, ne in uſu rei inquietentur, vel in ipſius cuſtodia: docent Covarruvias in *practicis cap.* 17. *num.* 5. Menochius *de retinenda remedio ult. num.* 19. Poſtius *obſervat.* 16. *num.* 44. *usque ad finem.* de cujus doctrinæ juridica ratione dubito, ſed non de ejus praxi propter tantorum patrum auctoritatem.

§. XVII. Succedit, ut diſpiciamus, qualiter ex perſona anteceſſoris manutenendus ſit ſucceſſor? ad quod præivit elegans textus in *cap. cum veniſſent* 6. *de inſtitutionibus.* ubi Archidiaconus Richemundæ obtinuit contra Archiepiſcopum Eboracenſem in poſſeſſorio inſtituendi; quamvis Archiepiſcopus intenderit, conceſſionem inſtituendi factam fuiſſe cuidam Archidiacono perſonaliter, & non intuitu dignitatis, quod quidem non conſtitit manifeſto ex titulo exhibito, ideoque vicit; quia probavit virtute illius qualis qualis conceſſionis cæteros anteceſſores ſuos quaſi poſſediſſe & inſtituiſſe: hic textus eſt elegans, & mihi notabilis ad probandum, anteceſſoris poſſeſſionem prodeſſe in hoc Interdicto; nempe quando poſſeſſio eſt reſpectu rei, ſive intuitu præbendæ; quia tunc non tam poſſidet beneficiarius aut poſſeſſor majoratus, quam Eccleſia vel majoratus ipſe. Poſtius *obſervat.* 37. *per totam*, & *obſervatione* 55. *ex num.* 90. ad quod reputo hunc textum expreſſum, quamvis ejus non meminerint auctores; ſecus ſi beneficiarius non fuit uſus illo jure aut prærogativa intuitu beneficii, ſed ex favore perſonali & independenter a præbenda; tunc enim ſucceſſor non juvatur ejus poſſeſſione. Menochius *d. remedio* 3. *num.* 57. cujus doctrinam ſic accipit Poſtius *d. obſervat.* 55. *num.* 89. quod etiam probat idem textus, ex quo infertur, ſucceſſorem in penſione Eccleſiaſtica non eſſe manutenendum ex perſona anteceſſoris, qui in eum tranſtulit penſionem auctoritate apoſtolica; quia licet penſio eſſet eadem, jus ejus & poſſeſſio reſidebat perſonaliter in anteceſſore, & ſic non tranſit ad ſecundum. Poſtius cum multis *d. obſervat.* 55. *num.* 155. vel etiam, quia regulariter in tranſlatione penſionis vetus extinguitur, & nova creatur: quare in re nova, nova etiam poſſeſſione opus eſt; per contrarium ſi penſionarius eſt in poſſeſſione exigendi, quamvis decedat poſſeſſor beneficii gravati, continuatur poſſeſſio, & per conſequens manutentio contra quemcumque ſucceſſorem in beneficio; quia poſſeſſio penſionis in ipſo penſionario reſidet, & afficit beneficium gravatum, tamquam onus reale independenter ab actuali poſſeſſore. Poſtius *obſervat.* 18. *num.* 54. & *obſervat.* 56. *num.* 11.

§. XVIII. De herede & univerſali ſucceſſore facilis & expedita eſt diſſertatio, ſi ex principiis noſtri juris reſolvatur, non ex auctorum cerebro; poſſeſſio enim defuncti non tranſit ad heredem, niſi ab eo corporaliter apprehenſa ſit. *l. cum heredes* 23. *de adquir. poſſeſſ.* ſed hoc Interdictum nititur præſenti poſſeſſione. §. *retinendæ inſtit. de interdictis.* ergo pro poſſeſſione defuncti non poteſt heres petere manutentionem; duplicem nihilominus limitationem admitto. Prima eſt, ſi defunctus incepit hoc judicio experiri, & eo durante deceſſit, poteſt heres proſequi, cum ſit etiam ſucceſſor inſtantiæ. Poſtius *d. obſervat.* 55. *num.* 45. vel ſi defunctus tempore mortis poſſidebat, & ſtatuto cavetur, ut poſſeſſio defuncti deſcendat ipſo jure ad heredem; quia ſtante hoc ſtatuto deficit prorſus juris civilis ratio. Poſtius *num.* 54. ſed prorſus a vero alienum judico, quod docent, competere heredi manutentionem, ſi inquietata fuit hereditas jacens; quaſi ex poſſeſſione hereditatis ipſe experiri poſſit; hic enim diſcurſus falſum ſupponit, cum nulla ſit poſſeſſio in hereditate jacente, ut probant diſerti textus in *l.* 2. §. 1. *ff. expilatæ hereditatis. l.* 1. §. *Scævola ff. ſi is qui teſtamento liber eſſe juſſus eſt.* in quod principium peccavit inconſpecte Poſtius *d. obſervat.* 55. *num.* 50. & ex eo etiam rejiciendi ſunt Baldus in *d. cap. licet cauſſam num.* 34. Menochius *d. remedio* 3. *num.* 63. Mindanus *d. tit.* 7. *num.* 38. nec obſtat textus, quo utuntur tamquam expreſſo in *l. denique* 13. §. *quæſitum* 5. *quod vi aut clam.* loquitur enim de illo Interdicto, quod non competit ratione poſſeſſionis, ut noſtrum; ſed ratione dominii, vel juris dominio proximi, quod in hereditate jacente reſidet. *l. is qui* 11. §. *ſi quis eod. tit. l.* 2. *de ſepulchro violato.* ut obſervat Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 1. *ſect.* 6. ſed ut hanc doctrinam rejicio, ita admitto aliam, quam tenent Rota in *antiquis titulo de reſtit. ſpoliat. deciſione* 18. Rebuffus *de pacificis poſſeſſoribus num.* 294. Mindanus *ubi proxime.* Poſtius *num.* 90. prælato competere hoc Interdictum, & *unde vi* pro inquietatione, vel ſpoliatione facta Eccleſiæ tempore dignitatis vacantis: differentia inter utrumque caſum eſt; quia eccleſia ut municipium poſſidet. *l.* 1. §. *ult. cum l. ſeq. de adquir. poſſeſſ.* quamvis enim ſit corpus fictum, conſtat ex perſonis vivis, & ideo eſt capax poſſeſſionis, in quo differt ab hereditate jacente, ut notatur in *d.* §. *ult.* & ex profeſſo docet Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tractatu* 2. *cap. ult.*

§. XIX. Et quia de poſſeſſione incepimus agere, reſtat, ut examinemus illam difficilem & utilem quæſtionem, utrum qui pro parte aliquam rem poſſedit, poſſit debeatque manuteneri in poſſeſſione totius rei? ad quam decidendam habemus textum in *l.* 1. §. *hoc interdictum* 7. *uti poſſid.* ex quo docemur, ut quis poſſedit, ita eſſe manutenendum, pro parte, pro indiviſo, vel in ſolidum,

Google

ſi ita poſſedit: ita etiam notabimus *parte* 4. ad *l.* 1. §. *Julianus* 5. *de itinere actuque privato.* hæc tamen regula habet proprias & elegantes limitationes, in primis, qui habet jus ad totam rem, apprehenſa poſſeſſione partis cenſetur totius poſſeſſionem apprehendiſſe. *l. quod meo nomine* 18. §. *ult. de adquir. poſſeſſ.* & per conſequens in tota re manutenendus eſt. Menochius *de retinenda remedio* 5. *num.* 57. Poſtius *obſervatione* 18. *fere per totam*, maxime *num.* 37. deinde ſi quaſi poſſeſſio ſit rei incorporalis individuæ, retento uſu pro parte, retinetur tota quaſi poſſeſſio, quia non poteſt pro parte retineri, & pro parte amitti, veluti ſi per duos fundos habeo unam ſervitutem viæ, ſufficit in uno uti, ut in ambobus retineam. *l. una eſt via* 18. *de ſervit. ruſt. prædior. l. ſtillicidii* 8. *cum ſeq. ff. quemadm. ſervit. amittantur.* vel niſi poſſeſſio univerſalis ſit reſpectu plurium jurium vel decimarum; quia tunc major pars poſſeſſa trahit ad ſe minorem omiſſam, & pro univerſali competit manutentio.

§. XX. Ex his doctrinis infertur, eum, qui habet jus ad reditus centum ducatorum, ſi ſciens ſingulis annis exigat quinquaginta, retinere poſſeſſionem ad tota centum, & exactiones aut ſolutiones cenſeri factas ad bonum computum, ut ſolemus dicere, non ad minuendum cenſum; quia in dubio nemo præſumitur velle jus ſuum remittere vel jactare. *l. cum de indebito* 25. *de probationibus.* Poſtius *obſervatione* 18. *num.* 38. & *obſervat.* 73. *num.* 130. idem prorſus de penſione Eccleſiaſtica dicendum eſt: hæc tamen ſententia recipienda eſt, quando non apparet de contrario animo ſolventis & recipientis, nempe de minuenda penſione vel cenſu; imo ſi per errorem minus exegit, non datur manutentio ad totum; quia errans non poteſt habere affectum retinendi poſſeſſionem totius, ut docent Gratianus *diſcept.* 426. *num.* 4. Poſtius *num.* 40. & 42. unde ſi inter poſſeſſorem beneficii gravati & penſionarium pactum celebratum fuit de reducenda penſione propria auctoritate, ſervandum eſt; neque in ampliorem ſummam manutentio datur; ſed hæc doctrina habet elegantem limitationem, nempe ſi in pacto adjecta ſit proteſtatio, *ſalvo jure recipiendi reſiduum a ſucceſſoribus.* Poſtius *obſervatione* 57. *num.* 25. in noviſſimis; quia gratia facta anteceſſori non favet ſucceſſori; & quia talis proteſtatio retinet ſalvum & incolume jus proteſtanti.

§. XXI. Utilitas, quæ reſultat ex hoc Interdicto, eſt, quæ reſultat ex poſſeſſione; veluti ſi vicit alter in poſſeſſorio, & adverſarius in petitorio non probavit, abſolvitur poſſeſſor actore non probante, quamvis & ipſe nihil probet. §. *retinendæ verſ. commodum inſtit. de interdictis.* Donellus & Hilligerus *d. cap.* 32. *lit. F.* occaſione *hujus verſiculi* Menochius *lib.* 6. *præſumptione* 69. Poſtius *obſervat.* 1. & 2. *per totas.* recenſent omnia commoda poſſeſſionis, quæ ego ſuppono contentus illos laudaſſe. Competunt etiam victori fructus a die accepti judicii, quia omnis manutentio fit cum fructibus. *l. videamus* 38. §. *in Faviana de uſuris:* non tamen irrevocabiliter, ſed interim ſuos facit, donec lis plenaria finiatur, in qua ſi ſuccumbat, debet eos victori reſtituere una cum ipſa re, cujus ſunt cauſſa ſive acceſſio. *l. præterea* 20. *de rei vindicatione.* Poſtius *obſervat.* 84. *per totam.* addendus tam in hoc, quam in judicio tenutæ Paz *de tenuta cap.* 8. & 13. *per tota.*

§. XXII. Materia, circa quam verſatur hoc Interdictum, late patet; competit domino contra inquilinum, ut patiatur reficere domum. *l.* 3. §. *cum inquilinus uti poſſid.* quod de levi refectione & ad parvum tempus duratura intelligunt Franciſcus Cremenſis *ſingulari* 72. & Romanus *ſingulari* 235. qua peracta docent, dominum repetere poſſe locationem facta remiſſione mercedis pro illa parte; alias in gravi refectione licet domino expellere inquilinum. *l. idem* 3. *C. locati.* item ſi vites in fundo meo natas in tuum traducas, poſſum eas præcidere, vel ad fundum meum reducere. *d. l.* 3. §. *item videamus.* vel ſi ſupra ſolum tuum habeo immiſſum vel projectum, vulgo *baludiſo o ſoportal*; vel ſi ſupra ædes tuas habeo cœnaculum vel penſile aptum ad ſpectandum vel ſpatiandum, & moveas controverſiam, ſive de poſſeſſione, ſive de proprietate, poſſum interim hoc Interdicto uti. §. *ſequenti*, & §. *ſed ſi ſupra.* quos caſus cum cura explicant Menochius *d. remedio* 3. *num.* 273. Mindanus *d. cap.* 7. *a principio.* Competit etiam ſuperficiario vel domino contra ipſum. §. *cæterum.* ut poſtea peculiariter dicam; ſocio contra ſocium, ſi illum prohibeat uti re communi. *l. ſi ædes* 12. *C. communi dividundo.* uſufructuario pro jure uſusfructus tuendo. *l. ult. ff. uti poſſid. l. unica C. eodem.* Donellus & Hilligerus *lib.* 15. *cap.* 32. *lit. D.* Menochius *d. remedio* 3. *num.* 70. & denique uſu fori & cenſura Pragmaticorum competit pro quibuscumque rebus tam corporalibus quam incorporalibus, juribus, prærogativis, præcedentiis, & honoribus; veluti præſentandi ad beneficia, ſuffragandi in concilio vel conciliis, & aliis, quæ ex profeſſo tradunt Menochius *ex num.* 103. *usque ad* 155. Mindanus *d. tit.* 7. *cap.* 1. *per totum.* Poſtius *obſervat.* 10. & 30. *cum* 5. *ſeqq.*

II. *De Interdicto*, UTRUBI.

§. XXIII. Nunc recto ordine tranſimus ad Interdictum *utrubi*, quod olim diſtabat a ſuperiori Remedio, ſed hodie nihil diſtat; verba interdicti ſunt: *utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujuſce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* ſenſus eſt, manutenendus eſt in poſſeſſione rei mobilis, qui majore parte anni illam poſſedit, quamvis non poſſideret tempore inquietationis: in quo a præcedenti Interdicto differebat; in illo enim vincit, qui tempore inquietationis poſſidet. Paulus *lib.* 5. *ſententiarum tit.* 6. §. 1. *utrubi* ſignificat *quo in loco*, ſive in cujus poſſeſſione fuit homo. Alciatus *lib.* 10. *parerg. cap.* 7. Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 22. Guilielmus Fornerius *lib.* 3. *ſelectionum cap.* 17. Menochius *de retinenda remedio* 11. *num.* 7. Hilligerus ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 32. *lit. A.* Pichardus in §. *retinendæ inſtit. de interdictis num.* 19. Majorem partem anni ad vincendum in hoc Interdicto ſic computamus: ſi ego in toto hoc anno V. G. poſſedi per tres menſes, tu per duos; etſi poſſideres, quando lis fuit accepta, vincebam ego: nam major pars anni a comparatione ſumitur. *l. majore* 156. *de V. S.* quam ad hoc Interdictum referunt interpretes laudati, & Albericus Gentilis *de legitimo tempore lib.* 1. *cap.* 10. ſed hæc differentia a Juſtiniano ſublata fuit, & cautum, ut tam in hoc quam in ſuperiori Interdicto vinceret, qui tempore litis motæ poſſideret. *d.* §. *retinendæ.* cui compoſitores Pandectarum accommodarunt textum in *l. unica* §. 1. *utrubi.* ne jus vetus in Pandectis maneret, ut poſt alios recte cenſet Hilligerus *d. lit. A.* licet varie ſe torqueant in hoc loco aliter exponendo Menochius & Pichardus *ubi proxime num.* 22. Ad hoc Interdictum pertinet textus in *l. ſi coloni* 14. *C. de agricolis & cenſitis.* ut cenſent Antonius Gomez. in *d. l.* 45. *Tauri num.* 168. Cujacius in *l. unica C. uti poſſidetis.* Pichardus *ubi proxime num.* 19. Menochius vero *de recuperanda remedio* 10. collocat illam inter Remedia recuperandæ poſſeſſionis, quod etiam poteſt procedere; quod vero Cujacius *lib.* 5. *obſervationum cap.* 23. Menochius *d. remedio* 2. *num.* 21. Pichardus *num.* 14. exiſtimant, ad hoc Remedium præcedere debere actionem ad exhibendum per textum in *l.* 3. §. *Pomponius cum ſeq. ad exhiben.* merito refellitur a Mindano *d. tomo* 11. *tit.* 15. *num.* 4. & 5. quia ſi is, contra quem judicium hoc pro re mobili agitatur, illam occultat, tunc neceſſaria erit actio ad exhibendum, ut pa-

lam faciat & exhibeat; cæterum ſi eam manifeſtat, ſuperfluum erit ad exhibendum agere, quod recte dictum cenſeo.

§. XXIV. Et pro utriusque remedii complemento videndum eſt, quando cenſeatur renunciatum huic remedio poſſeſſorio? & in primis, ſi expreſſe facta ſit renunciatio a parte, quæ proteſtatur, ſe ſuper poſſeſſione nolle litigare, neque inquietare adverſarium in illa, res eſt expedita; quia ſi vult cauſſæ poſſeſſoriæ cedere, non eſt cogendus ſuper ea litigare. *l. unica C. ut nemo invitus agere compellatur.* Idem dicendum eſt, ſi agens rei vindicatione dicat, ſe petere rem, quam adverſarius poſſidet juſte vel injuſte; quia ſuppoſita præſente poſſeſſione in adverſario, ſequitur, ut ille ſtatim ſit manutenendus, & quod videtur petitor renunciaſſe poſſeſſorio, inſiſtens tantum petitorio. Ideo qui vult obtinere in hoc judicio, ita debet ordinare libellum, ut non fateatur adverſarium poſſidere, ſed dicat ſe inquietari ab adverſario, cum in poſſeſſione ſit, ut poſt Bartolum & antiquiores docent Menochius *d. remedio* 3. *num.* 545. *& ſeqq.* Poſtius *obſervatione* 19. *num.* 20. *& obſervatione* 57. *num.* 31. Unde quia in actibus litis ſæpe ad petitorium declinatur, quamvis merum poſſeſſorium intentatum ſit, vel per motum judicis, vel per inſtantiam partis adverſæ ſummariſſimam cauſſam involvere & implicare ſatagentis, ideo utiliſſimum eſt ab initio proteſtari, ſe numquam velle recedere a poſſeſſorio per quamcumque allegationem, ut docent nuper laudati: addendus eſt ad rem Joannes Hieronymus de Iranſo doctiſſimus primarius Valentinæ univerſitatis in ſuo luculento tractatu *de proteſtationibus conſideratione* 41. *per totam.*

III. *De Interdicto*, DE SUPERFICIEBUS.

§. XXV. Superficiarius contractus per tuitionem Prætoriam ſuſtinetur: ejus naturam ut percipiatis, ſciendum eſt, naturali ratione ſuperficiem ſolo cedere. *l.* 2. *de ſuperficieb. l. adeo* 7. *§. cum in ſuo de adquir. rer. dominio. §. cum in ſuo inſtit. de rerum diviſ.* Unde ſi quis velit ſolum tradere, & ſuperficiem retinere, nihil agit. *l. obligationum* 44. *§. placet de obligat. & actionibus.* facit in ſimili textus in *l. nunquam* 26. *de uſucapionibus.* notat Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectarum cap.* 12. *num.* 2. nihilominus, ſi quis a domino areæ emit non ipſius areæ proprietatem, ſed jus ſuperficii ponendi, aut conducit idem jus; ſuſtinetur hic contractus per Prætorem in vim impropriæ & abuſivæ ſervitutis, ut dicitur in *l. ſi tibi homo* 86. *§. ult. de legat.* 1. juncta explicatione Hill. ad Donell. *lib.* 9. *cap.* 16. *lit. B.* habetque ædificans jus reale ad ſuperficiem ſed non ad ipſam aream: hoc jus dicitur dominium bonitarium a Fabro *lib.* 20. *conjecturarum cap.* 11. noſtro Valentia *lib.* 2. *illuſtrium tract.* 1. *cap.* 6. *num.* 1. a Pragmaticis appellatur dominium utile, & quod reſidet penes concedentem, dominium directum: videndus eſt pro multis Alvarus Valaſcus *de jure emphyteutico quæſt.* 33. ſi venditur in perpetuum jus ponendæ ſuperficiei, inutile manet directum dominium; quare numquam ita celebratur hic contractus: ſi locetur area in perpetuum ſub aliqua annua præſtatione ſolvenda directo domino, parum differt ab emphyteuſi, ut cenſent Antonius Faber *de erroribus Pragmat. decade* 63. *errore* 9. Hillig. *d. cap.* 16. *lit. D.* Quapropter frequentior modus hujus contractus eſt, cum area gratis conceditur ſuperficiario per aliquod tempus, ut finito tempore redeat ſuperficies ad dominum ſoli, quod in areis publicis ſolent facere concilia civitatum, cum in illis ædificare permittunt: & hic eſt proprie contractus ſuperficiarius. Valaſcus *d. quæſt.* 33.

§. XXVI. Huic contractui ſimiles introducti ſunt ex nova Jurisprudentia. Prima eſt emphyteuſis, quando res immobilis fructifera in aliquem transfertur ad longum tempus, vel in perpetuum, certa penſione conſtituta ſingulis annis ſub onere recognoſcendi directum dominum, & meliorandi rem; quod ſi per biennium a ſolutione ceſſaverit, ut cadat a jure emphyteuſis. *§. adeo inſtit. de locatione & conduct. l.* 2. *C. de jure emphyteutico. l.* 69. *tit.* 18. *Partita* 3. Donell. & Hill. *lib.* 9. *cap.* 13. *& ſeqq.* Gaſpar Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 2. *quæſt.* 22. Julius Clarus *lib.* 5. *ſententiarum verbo emphyteuſis.* Noviſſime Iranſo *de proteſtationibus quæſt.* 10. *&* 15. quando vero emphyteuticarius conſentiente domino jus ſuum in tertium transfert, dicitur hæc ſubrogatio *libellarius contractus* a libellis, ſeu numis, qui exſolvuntur directo domino pro præſtito alienationi conſenſu. *cap.* 1. *§. ult. de prohibita alienatione feudi, in uſibus feudorum:* de quo agit Valaſcus *quæſt.* 35. quod ſi res immobilis ſub minima penſione, vel forte gratis detur ad duas vel tres vitas, ſub expreſſa conditione recognoſcendi veterem dominum de quinquennio in quinquennium ſub pœna caducitatis, dicitur latine *precaria*, apud nos *fuero. cap. precariæ* 10. *quæſt.* 2. *cap. poſſeſſiones* 16. *quæſt.* 3. *cap.* 1. *&* 2. *de precario.* ubi Auguſtinus Barboſa, Valaſcus *quæſt.* 34. *num.* 9. Caldas Pereira *de reſolutione emphyteuſis cap.* 7. *num.* 39. *&* 40. Nec precarius autem, nec libellarius poſſunt rem inconſulto domino alienare, ut docent proxime laudati. Feudum eſt, cum res immobilis datur pro exhibitione honoris, vel aliquo ſervitio perſonali in perpetuum, cum conditionibus ad ſucceſſionem in tradendo poſitis. Valaſcus *quæſt.* 38. *& ſeqq.* Pichardus in *§. ades de locatione & conductione num.* 25. & pro multis unus Henricus Roſenthal *de feudis cap.* 1. per 20. concluſiones. Ii omnes novi contractus in eo conveniunt cum vetere ſuperficiario, quod per eos tantum transfertur utile aut bonitarium dominium, directo reſidente penes concedentem: docent ſupra laudati, & Clarus *d. §. emphyteuſis, & §. feudum*, ubi addentes.

§. XXVII. Ergo ut de his omnibus ſimul dicamus, ex hoc jure reali multi effectus proveniunt. Primo competit ſuperficiario & cæteris contra tertium poſſeſſorem actio in rem ad inſtar vindicationis propter utile dominium, quod habet. *l.* 1. *§.* 1. *de ſuperficiebus. l. in ſpeciali* 73. *cum ſeqq. de rei vindicatione. l. tutor* 16. *§. etiam* 2. *de pignoribus.* ubi comparatur ei, qui fundum vectigalem a civitate conduxit, quem habere actionem in rem contra tertium poſſeſſorem palam eſt. *l. in fine ſi ager vectigalis petatur. l. ei qui pignori* 16. *de ſervitutibus.* Hill. ad Donell. *lib.* 9. *cap.* 17. *lit. B. & C.* poteſt etiam novum opus nunciare ei, qui ædificare intendit contra jus ſuæ ſuperficiei. *l.* 3. *§. ſi ego de novi operis nunciatione.* Pichardus in *§.* 1. *inſtit. de interdictis num.* 283. Valent. *d. cap.* 6. *num.* 1. poteſt etiam ſibi conſulere ſtipulatione de damno infecto adverſus vicinum dominum ædium ruinoſarum. *l. qui bona fide* 13. *§. ſuperficiarium* 8. *de damno infecto*, & ad ſui favorem adquirere ſervitutes prædio ſuperficiario, quæ ſuſtinentur tuitione prætoria, & utili actione confeſſoria petuntur. *l.* 1. *§. ult. de ſuperficieb.* Rævardus in *Triboniano num.* 8. Faber *lib.* 19. *conjecturarum cap.* 13. Quinimo contra ſe poteſt prædio ſuperficiario ſervitutem imponere, quæ non amplius durat, quam jus ſuperficiei, neque afficit directum prædii dominium. *l.* 1. *in principio quibus mod. uſusfruct. amitt.* Accurſius *gloſſa ult.* in *d. §. ult.* Donellus *d. cap.* 17. & ibi Hill. *lit. E.* Mindanus *tomo* 2. *de interdictis tit.* 8. *num.* 12.

§. XXVIII. Contra dominum concedentem: & planum eſt, ſi venditum ſit ſolum, actionem ex empto, ſi locatum ſit, competere actionem ex conducto, ſi legatum, actionem ex teſtamento, ut dominus ejusque heredes impleant contractum, neque adverſus eum aliquid tentent. *l.* 1. *§.* 1. *de ſuperficiebus. l. damni* 18. *§. ei qui* 4. *de damno infecto.*

quæ

quæ tamen actiones perſonales non poſſunt competere contra tertios poſſeſſores; ideo ſi ab alio impediatur ſuperficiarius, neceſſe habet impetrare a domino mandatas actiones. Antonius Faber *de error. Pragm. decade* 64. *errore* 6. Itaque amiſſa poſſeſſione poteſt agere in rem contra extraneum; ſed non amiſſa, ſi tantum prohibeatur re uti, debet agere mandatis a domino actionibus; quod ſi poſſeſſionem rei retineat, & dominus vel extraneus agant contra eum, poteſt ſe tueri exceptione adverſus omnes: nam cui damus actionem, multo magis competit exceptio. *l.* 1. §. *is autem* 4. *de ſuperficiebus.*

§. XXIX. Hæc ſunt Remedia ordinaria, quæ ſuperficiario & ſimilibus redduntur: redditur etiam Interdictum *de ſuperficiebus*, ut manuteneatur in poſſeſſione, ſi in ea inquietetur, quod Interdictum per omnia ſimile eſt ſuperiori, ut nec amplius in eo dicendum ſit, quam in illo diximus. *l.* 1. §. *proponitur de ſuperficiebus. l.* 3. §. *ſed ſi ſupra* 7. *uti poſſidetis.* docent late Menochius *de retinenda remedio* 4. Miodanus *d. tit.* 8. & cum certum ſit, noſtrum Interdictum competere, etſi ſuperficii jus ad modicum tempus conductum ſit, ut poſt alios cenſet Menochius *num.* 39. exiſtimavit Bartolus in *d. l.* 1. §. *quod ait Prætor num.* 4. non competere ei, qui ad longum tempus conduxit; quia huic datur actio prætoria in rem inſtar vindicationis. *d.* §. *ait Prætor.* quem ſequuntur Menochius *ubi proxime.* Molina *lib.* 1. *de primogenitis cap.* 12. *num.* 16. ſed ab hac opinione merito recedunt Valaſcus *d. quæſt.* 33. *num.* 5. & 6. Hiſt. ad Donellum *d. cap.* 17. *lit. A.* Faber *de error. Pragm. decade* 64. *errore* 8. Mindanus *d. tit.* 8. *num.* 8. quia abſurdum eſt, plus juris in Interdicto habere, qui ad breve tempus conduxit, quam qui ad longum; & quia habenti actionem adjicitur Interdictum, cum brevior ſit exitus judicii ſummarii quam plenarii: & ideo nunquam valet hæc conſequentia; habet actionem, ergo non habet Interdictum; quia actio tendit ad plenum jus, Interdictum vero ad cauſſam ſummariam poſſeſſionis. Eguinarius Baro *lib.* 6. *manualium tit.* 18. deinde quærunt, an hoc Interdictum competat ſuperficiario contra dominum? aſſerit competere Mindanus *d. tit.* 8. *num.* 6. & idem videtur ſequi Pichardus in *d.* §. *retinendæ num.* 18. ſed mihi placet ſententia Bartoli, quem ſequitur Menochius *num.* 42. & *ſeq.* non competere contra dominum ex ſola præſenti poſſeſſione, niſi aliquem titulum afferat, quo nitatur ſuperficiarius; quia præſumptio naturalis eſt contra illum, qui petit ſe manuteneri adverſus eum, quem dominum eſſe fatetur, niſi aliquo modo juſtificet ſuam poſſeſſionem, quæ de *ſuperficiebus* ſint ſatis.

IV. *De Interdicto*, NE VIS FIAT EI, QUI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT.

§. XXX. Ex multis cauſſis Prætor aliquem mittit in poſſeſſionem bonorum alterius, quas enumerat Menochius *de retinenda remedio* 1. *num.* 48. & nos in repetita prælectione *de adquir. poſſeſſ.* §. 23. & 24. per hoc ergo Interdictum Prætor tuetur eos, qui in poſſeſſionem miſſi ſunt; fruſtra enim mitterentur, niſi eos defenderet. *l.* 1. §. 1. *ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ. eſt.* ubi duplex Remedium proponitur, ut cenſet Mindanus *d. tomo* 2. *tit.* 9. *num.* 3. actio in factum & Interdictum, illa plenaria, hoc ſummarium; utrumque conſulit ei, qui non poſſidet, ſed miſſus eſt in poſſeſſionem ex primo decreto, quod non dat poſſeſſionem, ſed nudam cuſtodiam, quæ eſt inſignis differentia inter hoc & Interdictum *uti poſſidetis:* notat Miodanus *num.* 10. & 35. itaque per hoc Interdictum, qui tenet cuſtodiam rei, in illa manutenetur, quare retinendæ poſſeſſionis poteſt dici. Menochius *de retinenda remedio* 1. *a principio & ex num.* 65. poteſt etiam eſſe recuperandæ cuſtodiæ, ſi ab illa ejectus fuit, & ideo dicitur anomalum. Mindanus *num.* 9.

§. XXXI. Per Interdictum conſequitur, qui agit, reſtitui vel manuteneri in cuſtodia rei breviter ſummarieque, quæ eſt jus omnium Interdictorum; per actionem vero cum longiori mora judicii idem conſequitur, & hoc amplius, quanti ejus interſuit, non fuiſſe inquietatum vel ejectum a cuſtodia rei. *l.* 1. §. *hac verba. l. ult. ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ. eſt.* de actione quærunt interpretes, utrum pœnalis ſit tantum, vel etiam intereſſe partis contineat? quæ ex dictis ſuperflua quæſtio eſt, cum plane conſtet intereſſe continere: docent Eguinarius Baro *lib.* 6. *manualium tit.* 4. Faber *lib.* 4. *conjecturarum cap.* 19. quidquid ſine fundamento reclamet Mindanus *d. tit.* 9. *num.* 18. igitur prohibitus non tantum conſequitur per actionem cuſtodiam rei, ſed etiam poteſt conſequi a prohibente totum creditum, ſi illud per prohibitionem amiſit; ex quo facile exponitur textus alioqui difficilis in *l. ſi quis dolo* 51. §. 1. *de re judicata.* ubi ſi creditor miſſus fuit a Prætore in poſſeſſionem cauſſa rei ſervandæ; & aliquis eum prohibuerit accedere ad cuſtodiam rei, ſi venditor præſtiterit creditori, quanti ejus interfuerit, liberatur verus debitor: quia improbum eſt, bis idem conſequi a prohibente & a debitore. dixit *venditor* pro impediente; quia in illo textu, qui impedivit miſſionem in poſſeſſionem, fuit venditor, id eſt alius creditor, qui ad ſui ſatisfactionem urgebat venditionem bonorum debitoris, vendiditque rem, poſtquam alius fuit miſſus in poſſeſſionem: ſic non eſt neceſſaria emendatio Cujacii *lib.* 12. *obſervat. cap.* 23. neque Antonii Fabri *d. cap.* 19. neque falſa ſuppoſitio caſus Mindani *num.* 25. nec alia commenta Accurſii, Bartoli, Alberici, & Donelli ad illum textum.

§. XXXII. Et quod magis eſt, neque actio neque Interdictum habent locum, niſi miſſus in poſſeſſionem aliquod intereſſe conſequi poſſit; unde ceſſant, ſi decreta ſit miſſio ex falſa cauſſa. *l.* 1. §. *hæc verba, ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ. eſt.* vel ſi per errorem. §. *ſi quis ideo.* itaque hoc Interdictum, quamvis in eo ſummarie de juſtitia poſſeſſionis diſputetur; ut notant Menochius *num.* 15. & 60. Mindanus *num.* 28. quia pœnale eſt, non competit contra heredes ex facto defuncti, contra pupillum ex facto tutoris, contra dominum patremve ex facto ſervi vel filii, niſi quatenus ad eos pervenit. *d. l.* 1. §. *hoc edicto cum ſeqq. uſque ad finem.* Pupillus vero cedendo actionem contra tutorem liberatur, ut in omnibus caſibus, in quibus ex facto tutoris tenetur: docet cum multis & accurate Olea *de ceſſione jurium & actionum tit.* 5. *quæſt.* 11. *num.* 19. Poſt annum vero non datur ex eadem ratione. *d. l.* 1. §. *ult.* excipienda tamen eſt cauſſa legatorum, quæ eſt perpetua, & ob quam in heredes datur. *l.* 2. *ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ. eſt.* Ratio eſt facilis, eamque præſtant Menochius *num.* 70. Mindanus *num.* 36. locis proxime laudatis.

PARS TERTIA.

De Interdictis & Remediis Poſſeſſoriis recuperandæ Poſſeſſionis.

I. *De Interdicto*, DE VI ET VI ARMATA.

§. I. Poſſeſſionem amiſſam recuperamus primo & principaliter per Interdictum *unde vi*, ita appellatum a primis Edicti verbis. *l. ſi quis vi 17. de adquir. poſſeſſ.* Hill. ad Donell. *lib. 15. cap. 31. lit. A.* Olim duplex fuit Interdictum *de vi*; alterum *de vi publica* ſive *armata*, alterum *de vi privata*, id eſt ſine armis: hoc poſtremum reddebatur dejecto cum hac exceptione, niſi ipſe a dejiciente poſſediſſet vi, clam, aut precario: illud vero ſemper dabatur indiſtincte & ſine ulla exceptione; ſed hæc diſtinctio hodie ſublata eſt, & abſolute cuicumque dejecto competit, ut docent alias abolitas differentias proſequentes Menochius *de recuperanda in præludiis num. 5. & remedis 1. a principio.* Hill. *d. cap. 31. lit. B. & C.* Pichardus per textum ibi in §. *recuperandæ inſtit. de interdictis num. 2.* in quo tamen lapſus fuit Cujacius *lib. 26. quæſt. Papiniani* in *l. cum fundum 18. de vi & vi arm.* obtrudens jus vetus & abolitum Digeſtorum tempore pro jure ſolito.

§. II. Et quamvis hoc Interdictum latiſſimam tractationem contineat, tamen tota ad hanc brevem concluſionem reduci poteſt: *ſpoliatus per vim a poſſeſſione rei immobilis, etſi ſit prædo, ante omnia plene reſtituendus eſt adverſus quemcumque ſpoliantem:* quæ concluſio literaliter probatur ex *l. 1. in principio, & §. dejicitur 9. de vi & vi arm.* cui jungenda eſt *lex ſi maritus 10. C. de donationibus inter vir. & ux. l. colonus 12. l. cum fundum 18. de vi & vi arm.* quibus jungendi ſunt textus in *l. ſi de vi 37. de judiciis. l. ordinarii 3. C. de rei vindicatione. l. ſi quis 7. C. ad leg. Jul. de vi*, & in *cap. ult. extra de ordine cognitionum.* probatur ex *cap. in literis 5. cap. conquerente 7. de reſtitutione ſpoliatorum.* juncta *l. 1. §. qui a me 30. de vi & vi arm.* Itidem probatur ex *l. ſi quis 8. §. ſed hæc 2. C. de præſcriptione 30. vel 40. annorum. l. ſi coloni 14. C. de agricolis & cenſitis.* & in decreto Gratiani *2. quæſt. 2. & 3.* fere per totas. Extant de Interdicto noſtro præclara teſtimonia Caſſiodori *lib. 1. epiſt. 18. & lib. 4. epiſt. 39.* adeoque ſunt multa teſtimonia, ut niſi ea conſulto omitteremus, tempus recenſendis deficeret: explicant ex multis Menochius *de recuperanda remedis 1. 15. & ult. per tota.* Antonius Gomez in *l. 45. Tauri num. 180.* Donell. & Hill. *lib. 15. cap. 31. per totum*, & poſt præceptores noſtros Salmanticenſes dominus Fermoſinus in *cap. in literis 5. de reſtit. ſpoliatorum quæſt. 1. & 2. per totas.*

§. III. Ratio hujus concluſionis conſiſtit in cauſſa publicæ quietis; cum enim reges & magiſtratus hac ſine creati ſint, *dicere jus populis, injuſtaque tollere facta*, ut alibi ait Horatius, non eſt ſingulis concedendum ſibimet ipſis jus dicere, & alienarum rerum invadere poſſeſſiones; eſſet enim occaſio magnorum tumultuum. *l. non eſt ſingulis 176. de R. J.* ex hac cauſſa ſpoliatis proviſum fuit celeri Remedio reſtitutionis, & hoc amplius variæ pœnæ ſtatutæ ſunt adverſus invaſores, de quibus in *titulis ff. & C. ad leg. Jul. de vi.* inter alias ea fuit, ut amitteret jus, quod in re habebat, qui eam invaſit. *l. extat 13. de eo quod metus cauſſa. l. ſi quis in tantam 6. C. unde vi. l. ſi quis 7. C. ad leg. Jul. de vi.* qua de re extat elegans Edictum Caſſiodori ſub perſona ſui regis *lib. 3. epiſt. 20.* & apud nos ſimilis pœna ſancitur in *l. 1. tit. 13. lib. 4. Compilationis.* quæ tamen moribus univerſi Chriſtiani orbis jam exolevit, ut poſt Covarruviam notavi *parte 1. remedio 1.* ſed quamvis hæc pœna inoleverit, ſemper manet res mali exempli, poſſeſſionem alienam invadere vi aut propria auctoritate, & aliis pœnis puniri debet, ut cum judicio agnoſcit Faber in *d. l. 37. de judiciis.* Unde hoc Interdictum ob duplicem finem propoſitum fuit; ob punitionem & odium ſpoliantis, & ob favorem commiſerationemque ſpoliati, ut cum Bartolo cenſet Menochius *remedio 1. num. 13.* maxime *num. 33.* quæ ratio traditur a ſupra laudatis.

§. IV. Succedit, ut exponamus concluſionem. Primo dixi *ſpoliatus per vim:* varie diſtinguunt inter vim auctores noſtri: ego ſic brevi facio. Alia eſt *vis præciſa*, alia *non præciſa*, ſed *coactiva. Vis præciſa* eſt, quando quis nolens, id eſt nullam voluntatem de ſe conferens, adigitur ad aliquid faciendum; *vis non præciſa* eſt, quando cogitur per minas aut terrorem aliquid facere, ipſe tamen volens facit. *cap. ſacris 3. de his quæ vi.* hoc melius explicant Theologi, quam vulgares Juriſperiti, & nos cum illis explicabimus. *Violentum* eſt, quod procedit a principio extrinſeco paſſo reſiſtente, nec voluntatem ſua ex parte conferente; veluti quando puella per vim opprimitur, res aliqua rapitur aut extorquetur, vel poſſeſſor reluctans de fundo detruditur; hæc violentia prorſus cauſſatur involuntarium; quia principium extrinſecum eſt homo, qui vim adhibet, & patiens non conſentit nec vult; provenit enim voluntarium a principio intrinſeco noſtræ voluntatis; & ubi illa non concurrit, involuntarium eſt. Ariſtoteles *lib. 3. ethicor. cap. 1.* Aliud involuntarium eſt, quod provenit ex metu, terrore, vel minis; metus autem influit in voluntatem moraliter tantum, id eſt non tollit voluntatem, ſed patientem adigit, ut velit, quod alias non vellet; hoc dicitur involuntarium *ſecundum quid:* ſciendum etiam eſt, duos actus eſſe voluntatis, alius eſt immediatus, ſcilicet ipſum velle; alius mediatus, nempe ambulare, loqui, facere, qui ſunt actus imperati a voluntate. Primus actus *velle* non patitur violentiam; actus vero imperati patiuntur violentiam. Divus Auguſtinus *lib. 5. de civitate Dei cap. 10.* adiendus noſter Covarruvias *de ſponſalibus parte 1. cap. 4. §. 1. num. 18.* & hic eſt planus ſenſus *legis ſi mulier 21. §. ſi metu 5. de eo quod metus cauſſa.* ubi ſi quis metu coactus adivit hereditatem, heres fit mero jure; quamvis poſtea a Prætore reſtituatur; quia, ut dixit JCtus, voluit licet coactus, quia velle non potuit non eſſe ſimpliciter voluntarium; licet involuntarium ſit ſecundum quid, id eſt ſecundum minas & terrorem.

§. V. His poſitis dicendum eſt, Interdictum noſtrum pertinere ad vim præciſam, non ad compulſivam vel coactivam: textus elegans in *l. ſi rerum 5. de vi & vi arm.* ideoque ſi minis perterritus poſſeſſionem tradidit, non habet hoc Interdictum; *quia non eſt vi dejectus, qui compulſus aliquem in poſſeſſionem induxit.* id eſt, quia ſua voluntate poſſeſſionem tradidit, ut dixit Innocentius in *cap. ſæpe num 2. de reſtitutione ſpoliatorum.* tunc ergo neceſſarium eſt Edictum de eo quod metus cauſſa, per quod Prætor reſcindit, quidquid metu geſtum fuit. *l. metum 9. §. ult. l. ſi mulier* 21.

21. §. *qui poſſeſſionem quod met. cauſſa.* Donell. & Hill. *d. lib.* 15. *cap.* 32. *lit. K.* & *L.* Menochius *d. remedio* 1. *num.* 102. Hotmanus *lib.* 6. *obſervat. cap.* 15. qui tamen fruſtra tentat lectionem *d. l.* 5. ſic ſimiliter, qui viſis armatis hominibus profugit, antequam ſpoliaretur, non habet hoc Interdictum; quia non fuit dejectus. *d. l.* 9. *verſ. denique.* niſi ab armatis eodem impetu poſſeſſio occupata fuit; cenſetur enim vi dejectus, cum impar fuiſſet reſiſtendo. *l.* 3. §. *ſi quis autem cum* 9. *ſeqq. de vi* & *vi arm.* ſolet opponi textus in *l. non ſolum* 33. §. *ſi dominus* 2. *de uſucapionibus.* ubi qui viſis armatis profugit, quamvis res non incidat in vitium violentiæ, intelligitur vi dejectus, ſed reſpondetur, intelligi quoad amittendam poſſeſſionem, cum animum deſponderit, ſed non quoad legem Plautiam, neque noſtrum Interdictum, ut nos alibi diximus, & docent Hill. *d. lit. L.* Pichardus in *d.* §. *recuperandæ num.* 7. & 8.

§. VI. Sequuntur illa verba *a poſſeſſione*, quæ denotant, hoc Interdictum competere tantum poſſeſſori dejecto. *l.* 1. §. *dejicitur* 9. *de vi* & *vi arm.* docent Menochius in *præludiis de recuperanda num.* 1. & *remedio* 1. *num.* 10. Hill. *d. cap.* 31. *lit. C.* Cironius ad *tit. de reſtit. ſpoliat.* ex quo fit, ut colono dejecto non detur, quia non poſſidet. *d. l.* 1. §. *denique* 10. junctis *l.* 1. *C. comm. de uſucapionibus. l. non ſolum* 33. §. 1. *de uſucapionibus* cum aliis. Neque eſt contrarium, quod dicitur in *l. colonum* 12. *l. cum fundum* 18. *de vi* & *vi arm.* habere hoc Interdictum colonum, qui uſurpavit poſſeſſionem animo intervertendi illam, ſi dejiciatur; quia hoc provenit, ex quo interverſa poſſeſſione incipit poſſidere, quamvis naturaliter & injuſte: injuſta enim poſſeſſio etiam proficit ad hoc Interdictum. *d.* §. *dejicitur* 9. ex quo ſic aliqui inferunt: ergo melioris conditionis eſt injuſtus colonus, quam juſtus; ſed non debet ſic inferri, ſed ſic: ergo qui poſſidet, quamvis injuſte poſſideat, melioris conditionis eſt, quam qui non poſſidet, quæ eſt plana deductio: docent Covarruvias *lib.* 1. *variarum cap.* 17. *num.* 6. Cujacius *lib.* 26. *quæſt. Papiniani.* in *d. l.* 18. veteres apud Menochium *d. remedio* 1. *num.* 62. ergo dejecto colono Interdictum redditur domino, qui per eum poſſidet. *l.* 1. §. *quod ſervus* 22. & *ſeq. de vi* & *vi arm. l. peregre* 44. §. *ult. de adquir. poſſeſſ.* Menochius *num.* 65. & ut colono denegatur hoc Interdictum, etiam denegatur Remedium *canonis redintegrandæ* ex eadem ratione. Menochius *remedio* 15. *quæſt.* 18. ſed quod ait *remedio ult. num.* 21. & ſequitur Hill. *lit. E.* competere ei beneficium reſtitutionis in poſſeſſionem conductionis ex officio judicis extraordinario, merum commentum reputo, & ſine ullo juris aut rationis fulcro.

§. VII. Aliud dicendum eſt de uſufructuario, cui hoc Interdictum competit. *l.* 3. §. *unde vi* 19. *cum ſeqq. de vi* & *vi arm.* quia licet rem ipſam non poſſideat. *l. naturaliter* 12. *de adquir. poſſeſſ.* tamen quaſi poſſidet ratione uſusfructus, qui pertingit totam rem, ut dixi in repetita prælectione ad *tit. de acq. vel am. poſſ. cap.* 3. *conſectaria* 5. cujus quaſi poſſeſſionis ratione competunt ei cætera Interdicta. *l. ult. uti poſſidetis. l.* 1. §. *uti videmur de itinere actuque privato. l. unica de remiſſionibus.* Menochius *d. remedio* 1. *num.* 79. Hill. *d. cap.* 31. *lit. D.* Antonius Gomez in *l.* 45. *Tauri num.* 191. In qua re notanda eſt elegans differentia, quæ proponitur in *l. ſi plures* 9. §. *ult. cum l. ſeq. de vi* & *vi arm.* ſi dejiciatur fructuarius a domino, & non utatur per conſtitutum tempus, in quo ſolet uſusfructus amitti, reſtituendum eſſe per hoc Interdictum cum fructibus & omni cauſſa; cæterum ſi ab extraneo ſine facto domini dejiciatur, & per dejectionem non utatur conſtituto tempore, amitti uſumfructum; neque amplius reſtitui; quia per uſufructuarium ſtetit non per dominum, quominus uſumfructum recuperaret hoc Interdicto experiens.

§. VIII. Dixi *rei immobilis*, quoniam pro rebus mobilibus vi raptis hoc Interdictum non datur; quia non poteſt dici poſſeſſor ab illis dejici aut detrudi. *l.* 1. §. *ad ſolam* 3. *cum* 4. *ſeqq. l.* 3. §. *pertinet* 15. *de vi* & *vi arm.* Menochius *d. remedio* 1. *num.* 39. Hilligerus *lit. G.* & *ſeq.* Pichardus in *d.* §. *recuperandæ num.* 9. immobilibus vero adnumerantur ſervi adſcriptitii & coloni, qui pars fundi cenſentur, ideo quia a gleba ſeparari non poſſunt. *l. ſi coloni* 14. *C. de agricolis* & *cenſitis.* quæ lex pertinet tam ad hoc Remedium, quam ad Remedium retinendæ poſſeſſionis, & ob hanc rationem ponitur in *C. Theodoſiano lib.* 4. *tit.* 21. ſub titulo *utrubi*, nihilque novi continet, niſi reſcriptum Cæſarum de jure ſolito in caſu ſibi propoſito; quamvis Menochius *de recuperanda remedio* 10. *per totum* cenſuerit poſt veteres & Cujacium, eſſe Remedium ſpeciale. Quærunt interpretes, an pro rebus mobilibus detur ſaltem Remedium *canonis redintegrandæ diſt.* 3. *quæſt.* 1. & affirmative reſpondet cum multis Menochius *remedio* 15. *num.* 193. ſed ego hoc jus commentitium exiſtimo; quia prædictus canon nihil novi induxit ex veriori ſententia, ſed noſtrum Interdictum applicuit rebus Eccleſiaſticis & eccleſiaſticarum perſonarum, ut iſte fundavit idem Menochius *num.* 15. quapropter illa verba, *res eccleſiæ vel proprias*, de rebus immobilibus juxta ſubjectam materiam accipienda ſunt.

§. IX. Diſputant etiam, an detur pro juribus incorporalibus? ſed hæc quæſtio eſt de ſubjecto non ſupponente, ſi ex terminis juris diſcutienda ſit: quia res incorporales non poſſidentur. *l. ſervitutes* 14. *de ſervitutibus. l.* 9. *de adquir. poſſeſſ.* ergo nemo poteſt dejici a poſſeſſione, quam non habet, quod probat in ſpecie textus in *l.* 1. §. *ſi quis de nave de vi* & *vi arm.* & in *l. ſequitur* 4. §. *ſi viam* 27. *cum ſeqq. de uſucapionibus.* ubi ſi dominus prædii ſervientis per vim impediat dominum prædii dominantis uti ſervitute, nihilominus non utendo per tempus conſtitutum amittitur ſervitus, nec cenſetur violenter dejectus; quia a ſervitute, quæ in jure conſiſtit, nemo poteſt dejici vel detrudi, quam *legem* explicui in *ſelectione ad leg. Scribeniam num.* 22. & 24. Idem ergo dicendum eſt de jure præſentandi, exigendi penſionem, & aliis juribus, in quibus quæcumque intruſio, vel denegatio non pertinet ad vim expulſivam, ſed ad perturbativam: neque eſt propria dejectio, ſed perturbatio illius quaſi poſſeſſionis. *l. vim facit* 11. *de vi* & *vi arm.* pro qua vi non redditur noſtrum Interdictum, ſed *uti poſſidetis*, ut in eo dixi, ex quo hanc ſententiam merito prætulit Hilligerus *d. cap.* 31. *lit. H.* ſed in contrarium nituntur Menochius *d. remedio* 1. *num.* 81. Maſcardus *de probationibus concluſ.* 1328. & *ſeq.* Petrus Barboſa in *d. l. ſi de vi num.* 133. contendentes, dari quamdam impropriam poſſeſſionem & dejectionem, cujus ratione poſſit hoc Interdictum accommodari, *argum. l. Aquilius Regulus* 27. *de donationibus.* hæc ſententia ſuſtineri debet in praxi; quia frequentiſſime recepta eſt, licet contra rationem juris, & quia ſecundum eam exponendi ſunt inferius multi canones, qui illam ſupponunt vel admittunt.

§. X. Quemadmodum ei, qui non poſſidet, hoc Interdictum non datur, ſic neque poteſt competere pro re, quæ non poteſt poſſideri; quia non entis nullæ ſunt qualitates. *l. ejus qui in provincia* 41. *de rebus creditis.* hoc principium fundant Menochius *d. remedio* 15. *num.* 433. Hilligerus *d. cap.* 31. *lit. C.* quod exemplis illuſtrandum erit. Ponamus laicum intruſum fuiſſe in quaſi poſſeſſione percipiendi decimas, & ab ea dejectum fuiſſe per vim, velleque reſtitui ex hoc Interdicto, denegatur ei reſtitutio; non quia injuſtus poſſeſſor ſit, ſed quia non eſt poſſeſſor, & deficit principale fundamentum, *argum. cap. cauſſam* 7. cum gloſſa

verbo detinere de præſcriptionibus. ponamus etiam, clericum in ſacris vel monachum duxiſſe uxorem, vel ſecularem illam duxiſſe, quæ non erat nubilis ætatis, uxorem propria auctoritate receſſiſſe a matrimonio, virum illam petere per hoc Interdictum, denegatur ei reſtitutio; quia deficit fundamentum quaſi poſſeſſionis, cum deficiat ſuppoſitum matrimonii. *cap. ex parte* 14. *de reſt. ſpoliatorum*, ubi gloſſa. Menochius & Hilligerus *ubi proxime.* quidquid aliter ibi Barboſa.

§. XI. Ex quo exponendus eſt textus in *cap. ad decimas* 2. *de reſt. ſpoliat. in* 6. ad quem varios intellectus aſſignant adducti a Petro Barboſa in *d. l. ſi de vi num.* 125. in eo, qui decimas poſſidet in aliena Parochia, quamvis ſit Clericus, ſi privetur illa quaſi poſſeſſione, non reſtituitur, niſi prius oſtendat titulum juſtificantem quaſi poſſeſſionem, non quia Clericus incapax ſit quaſi poſſidendi decimas, quod dicere eſſet abſurdum; ſed quia poſſeſſio jurium incorporalium altero ex duobus fundamento nititur, vel titulo conceſſionis legitimæ, vel juſta ignorantia exiſtimantis jus illud ad ſe pertinere proprio jure, ut dicam *parte* 4. Hæc juſta opinio non poteſt dari in decimis alienæ Parochiæ, quia tali perceptioni jus reſiſtit; & contra juris reſiſtentiam non poteſt dari juſta ignorantia, nec reputatur bona fides: docent Covarruvias *parte* 2. *de matrimonio cap.* 7. §. 5. *num.* 10. Garzia *de nobilitate gloſſa* 12. *num.* 85. & cum aliis Petrus Barboſa *ubi proxime num.* 131. ergo ſola perceptio decimarum non tribuit quaſi poſſeſſionem; quia hæc in juribus, quando jus reſiſtit, ex ſolo titulo naſcitur: ideo Pontifex exigit, ut exhibeatur titulus ad fundandam poſſeſſionem, ſine qua noſtrum Interdictum reddi non poteſt, quod videtur agnoviſſe Barboſa in *cap. paſtoralis de cauſſa poſſeſſionis num.* 8. expreſſeque docuit Mindanus *parte* 1. *de interdictis commentario* 28. *num.* 22. 46. & 58.

§. XII. Succedant illa verba, *ante omnia reſtituendus eſt*, quæ clauſula communis eſt omnibus Interdictis, ut prius de cauſſa poſſeſſoria, quam de plenaria diſceptetur; alioquin plenaria diſcuſſa & determinata ſuperfluum eſſet de poſſeſſione quærere. §. *retinendæ inſtit. de interdictis. l. incerti* 3. *C. eod. tit. l. ordinarii* 13. *C. de rei vindicatione. l. qui petitorio* 36. *ff. eodem tit. l. penult. C. ubi in rem actio. l. ſi quis* 3. *C. finium regundorum. l. ult. C. quorum legatorum. l. unica C. ſi de momentanea poſſeſſ. fuerit appellatum.* docent Menochius in *præludiis de recuperanda num.* 8. Mindanus *parte* 1. *commentario* 11. *num.* 20. Dominus Larreategui *lib.* 6. *ſelectarum cap.* 5. ſed majori cum energia Interdicto noſtro applicatur; quia ſemper verum eſt, ſpoliatum reſtituendum eſſe ante omnia, nus auditis defenſionibus ſpoliantis. Nihilominus auctores noſtri multas excogitant fallentias. Prima eſt, ſi ſpoliatus careat notorie titulo ad proprietatem: ita Menochius *d. remedio* 1. *num.* 109. Auguſtinus Barboſa in *d. cap. paſtoralis num.* 15. & multi, quos refert, ſed non ſequitur Petrus Barboſa in *d. l. ſi de vi ex num.* 125. ſed hæc limitatio falſa eſt, quia in *d. cap. in literis* 5. *de reſt. ſpoliat.* dicitur, notorium prædonem reſtituendum eſſe in odium ſpoliationis, idemque docemur de jure civili in *d. l. colonus* 12. *l. cum fundum* 18. *de vi & vi arm.* ſed nulli magis deeſt titulus quam notorio prædoni: ergo &c. Ita docent Petrus Barboſa *num.* 124. Ant. Faber noſtri Interdicti ſpecialitatem agnoſcens in *d. l. ſi de vi.* exiſtimabant etiam non eſſe reſtituendum, ſi ex actis, vel ex claris documentis, vel ex confeſſione partis conſtaret, ſpoliantem dominum eſſe, & contrarium de ſpoliato; verum has voluntarias fallentias acriter & cum judicio retundit idem Petrus Barboſa *ubi proxime num.* 45. *usque ad* 171. ne immoremur.

§. XIII. Nos vero, ut tuto pede procedamus, ita ſtatuimus cum Bartolo in *d. l. ſi de vi in fine*, cujus doctrinam, licet contra communem, veriorem cenſet Menochius *d. remedio* 1. *num.* 243. dejectus per vim vere & proprie a poſſeſſione rei ante omnia reſtituendus eſt odio dejicientis ſine ulla prorſus exceptione; nec aliter purgatur ſpolium, quam per actualem & præſentaneam reſtitutionem: ſpoliatus vero a poſſeſſione ſine violentia reſtituendus etiam eſt, ſed non ante omnia; nam in hac ficta ſpoliatione admittuntur exceptiones in continenti probabiles, quæ concernunt cauſſam dominii, & defectum tituli in proprietate: itaque tota diſtinctio in violentia ipſa verſatur; eſt quippe valde juri conſonum & his, quæ dixi ſupra §. 3. ut pro violento dejectore nulla exceptio aut cunctatio admittatur: exemplum ſit in juribus & incorporalibus rebus, in quibus dari non poteſt violenta dejectio, ſed quaſi dejectio perturbativa: item quod adducit Bartolus ex *l. ult. C. unde vi.* in qua Juſtinianus extendens noſtrum Interdictum conceſſit illud adverſus eum, qui occupavit vacuam poſſeſſionem abſentis, quæ eſt ficta dejectio, & evidenter ſupponit, non competere hoc novum Remedium contra dominum, ibi: *qui alienas res vel poſſeſſiones*, & ibi: *omnes autem ſcire debent, quod ſuum non eſt ad alium pertinere.* ergo non loquitur de eo, qui propriam rem vacuam occupat, & per conſequens in hac ficta ſpoliatione recte agitatur cauſſa dominii, ſi breviter poteſt expediri, ut cenſent gloſſa *verbo per ignorantiam.* Bartolus *num.* 11. & fere omnes Claſſici usque ad Cujacium & Donellum *num.* 4. & 5. in *d. l. ult.* & poſt alios Covarruvias *lib.* 3. *variar. cap.* 16. *num.* 7. *verſ. ſecundus caſus.* licet parum firmiter prædicta verba eludere tentet Menochius *d. remedio* 1. *num.* 246. & *remedio* 13. *num.* 25.

§. XIV. Ex qua doctrina exponendus eſt difficilis textus in *cap.* 2. *de ordine cognitionum.* caſus eſt: nobiles quidam manu armata ſpoliarunt a caſtro quodam Abbatem & monachos de Ferentino, multaque damna intulerunt prædiis & animalibus; Abbas conqueſtus de ſpolio reſtitutionem petebat per hoc Interdictum; nobiles reconveniebant Abbatem de alio ſpolio in re diverſa, dicentes ſe detruſos per vim fuiſſe a poſſeſſione caſtri ciriati, quod tam ipſi quam anteceſſores ſui quiete & pacifice poſſederant: Abbas confeſſus fuit ſpolium, ſed replicavit ſe illud non commiſiſſe, ſed quemdam prædeceſſorem ſuum, & hoc amplius intendebat, caſtrum ciriati pertinere ratione dominii ad monaſterium, & per ſpoliationem redintegratum fuiſſe in ſuo jure, quod nobiles uſurpaverant: nobiles de dominio monaſterii in caſtro ciriati non videntur negare. Hic fuit ſtatus litis, de qua conſulebatur Pontifex, qui ita diſtinguit: ſi nobiles ſecundum ſpolium objecerunt in vim reconventionis, novæ actionis, aut mutuæ petitionis, primo terminanda eſt cauſſa ſpolii ab Abbate propoſita; quia hæ duæ intentiones non obſtant ſibi invicem, & regula juris eſt, ut, qui appellat prior, prior agat; quod ſi nobiles objecerunt ſecundum ſpolium per viam exceptionis paris delicti, ſimul utraque cauſſa terminanda eſt; quia exceptio influit in actionem, & eam informat, ſeu reformat, nec tendit ad aliquid conſequendum, ſed ad excludendam intentionem adverſarii, ut in ſpecie probat textus elegans in *l.* 5. *tit.* 10. *Part.* 3. ergo niſi Abbas purget violentiam factam in re diverſa, non poterit conſequi reſtitutionem a nobilibus: ita prædocuerunt Cujacius ad *eundem text.* Mindanus *tomo* 1. *commentario* 24. *num.* 18. Menochius *remedio* 1. *num.* 387. Petrus Barboſa in *d. l. ſi de vi num.* 179.

§. XV. Sed inſiſtamus parumper. Primo notanda eſt illa regula, *qui prior appellat, prior agit*: hæc deſumpta eſt ex *l. qui appellat* 29. *de judiciis.* ſed alius ſenſus eſt *legis*, alius ſententiæ *canonis*: *legis* ſenſus eſt, qui appellat, actor eſt in ſecunda inſtantia, quamvis in prima inſtantia reus eſſet, & ideo prior agit: ita Ecloga Baſilicorum *lib.* 7. *tit.* 5. *cap.* 31. Cujacius & Faber in *d. l.* 29. & a practicis merito diſſentiens Villadiego in *exordio*

li-

libellandi num. 19. *&* 22. ſed Pontifex uſus fuit ſenſu accommodatitio; videlicet ut, qui prior cauſſam in judicio propoſuit, illam prior proſequatur, qui eſt etiam verus. *cap.* 1. *de mutuis petitionibus. l.* 4. *tit.* 10. *Part.* 3. multa adducit Petrus Barboſa in *d. l.* 29. *num.* 3. Secundo noto, optime expreſſiſſe naturam exceptionis, per quam nihil conſequimur, niſi excludere adverſarium: quapropter ſi teſti opponatur exceptio infamiæ, ea probata non conſequimur, ut ſit infamis, ſed ut a teſtimonio repellatur, quo ſimili utitur Pontifex, & probatur ex *l. Lucius* 21. *de his qui notantur infamia. cap.* 1. *cap. denique de exceptionibus*, ubi vulgo notatur. Tertio noto, adverſus noſtrum Interdictum admitti exceptionem ſpolii in re diverſa. *cap. ult. de ordine cognitionum.* quia paria delicta mutua compenſatione tolluntur. *l. viro* 39. & ibi Barboſa *num.* 19. *&* 20. *ff. ſoluto matrimonio.* utique ſi par delictum opponatur in vim exceptionis, ſive compenſationis, ut dixit Papinianus, non ſi in vim actionis, ut ait Pontifex in *noſtro textu.* Quarto noto, ſi in eadem re fuiſſet oppoſita exceptio ſpolii, non eſſe audiendam; quia poſtremum ſpolium primo purgandum eſſet, quamvis ſpoliatus fuiſſet ſpoliator. *l.* 1. §. *qui vi. l. cum fundum* 18. *de vi & vi arm. l. ſi quis* 7. *C. ad leg. Jul. de vi.* §. *recuperandæ inſtit. de interdictis.* non enim licet mihi ſpoliare eum, qui me ſpoliavit, niſi in eodem conflictu dejicientem protruſerim. *l.* 3. §. *eum* 9. *l. qui poſſeſſionem* 17. *de vi & vi arm.* Menochius *d. remedio* 1. *num.* 384. *& ſeq.* denique noto, Abbatem adverſus ſpolium a nobilibus objectum replicaſſe de dominio caſtri Ciriati, & nihilominus de hac exceptione non curat Pontifex; quia hoc Interdictum non admittit exceptionem dominii in vera & propria ſpoliatione, ut dixi.

§. XVI. Secundo infero interpretationem ad celebrem textum in *cap. literas* 13. *de reſt. ſpoliatorum.* caſus involvit multas decretales, & ideo ex integro ponendus eſt. Guilielma mulier propria temeritate a Bernardo marito diſceſſit, & ſic eum ficte ſpoliavit a quaſi poſſeſſione matrimonii: vir repetebat uxorem Interdicto noſtro, mulier excipiebat de conſanguinitate in gradu prohibito, & de magna ſævitia viri: conſultus fuit Pontifex, an per iſtas exceptiones retardanda eſſet reſtitutio? & in re gravi magnæque & operoſæ difficultatis diverſas opiniones refert. Prima aſſerebat, ſtatim faciendam eſſe reſtitutionem. Secunda denegandam. Tertia eligebat mediam viam, ut retardaretur, ſi breviter & in continenti poſſet de impedimento conſtare, quam in caſu propoſito amplectitur Pontifex. Pro prima expendit decretalem Lucii Papæ, quæ extat in *cap. ex conqueſtione* 10. *eodem tit.* in quo vir de domo ſua violenter ejecit uxorem, ipſa petiit reſtitutionem, vir oppoſuit exceptionem conſanguinitatis; Pontifex decrevit, non obſtante exceptione faciendam eſſe ſtatim reſtitutionem, & increpat delegatos, quia illam facere differebant: concordant textus juxta hunc caſum accipiendi in *cap. ex transmiſſa* 8. *eodem tit.* & in fortiori ſpecie in *cap. porro* 3. *de divortiis.* facit textus in *cap. cauſſam* 16. *de officio & poteſt. jud. delegati.* contra hanc decretalem poſſet argui de periculo inceſtus timoreque peccati, ſi reſtitutio fieret; ſed nihilominus in *verſiculo unde* docet Pontifex, hoc minime timeri poſſe; quia mulier ejecta a domo viri & reſtituta, ſi habet notitiam impedimenti, non poteſt uti matrimonio; ſi non habet notitiam, poteſt illo jure uti, nec maritus peccat, qui obedit eccleſiæ, cujus judicio facta fuit reſtitutio: hanc doctrinam nec approbat nec reprobat Pontifex, ſed relinquit in ſua probabilitate, ut ipſe teſtatur: quare exceſſit Fermoſinus in eodem textu *quæſt.* 2. *num.* 4. qui culpavit auctores eam tamquam probabilem ſequentes. Secunda opinio exiſtimantium de exceptione conſanguinitatis diſceptandum eſſe, priuſquam fiat reſtitutio, nitebatur decretali Clementis tertii, in qua tales exceptiones admittuntur, quæ extat in *cap.* 1. *de ordine cognitionum.* ſed Pontifex in *verſ. nos autem* docet, parum ad rem facere; quia non loquitur de ſummario recuperandæ poſſeſſionis, ſed de petitorio, in quo omnes exceptiones admittuntur: hactenus usque ad *verſ. porro*, in quo iterum reſumit caſum propoſitum de muliere a viro recedente, & ſic ficte eum ſpoliante; definitque mulierem, quæ habuit notitiam impedimenti, fruſtra reſtitui marito ſpoliato; quia nullatenus poteſt uti matrimonio, per conſequens in hoc non poſſe obedire judici contra Deum præcipienti, ſed potius teneri humiliter pati ſententiam excommunicationis in ipſam prolatam? quod qualiter accipiendum ſit, recte & late exponit Fermoſinus *quæſt.* 3. ut ſic evitetur inter conjuges perplexitas diſſidiumque; unde deducit, admittendam eſſe exceptionem conſanguinitatis, modo probatio breviter & in continenti offeratur, non vero ſi longiorem indaginem expoſtulet: concordat textus in *cap. accedens* §. 1. *ut lite non conteſtata.* concludit denique ad ſecundam exceptionem de ſævitia viri, quod ſi tanta eſt, ut nec ſub cautione viro committi poſſit, non eſſe ei uxorem reſtituendam cum manifeſto vitæ periculo; cum tanto enim diſcrimine, vel ſi magnum ſcandalum poteſt oriri, non eſt reddendum noſtrum Interdictum, ut cum judicio docet Menochius *d. remedio* 1. *num.* 308.

§. XVII. Nunc ſic expendo: in primo caſu datur magna ſævitia viri, & violentia vera protrudentis a domo uxorem, & tunc fit præciſe reſtitutio nulla admiſſa exceptione, etſi offeratur probatio in continenti: in ſecunda datur ficta uxoria recedentis a domo viri, & tunc admittuntur exceptiones: ergo ex doctrina Bartoli verum apparet, noſtram regulam accipiendam eſſe in vera ſpoliatione, non in ficta: non dubito, quin hæc doctrina veriſſima ſit; ſed tamen communiter placuit, in cauſſa matrimonii propter periculum animæ non eſſe faciendam reſtitutionem ſtatim, ſi opponatur exceptio conſanguinitatis probanda in continenti, quam in praxi ſequor, ne videar novator; illam fundant Gregorius per textum ibi in *l.* 27. *tit.* 2. *Part.* 3. Menochius *d. remedio* 1. *num.* 240. *& num.* 248. Covarruvias *de matrimonio part.* 2. *cap.* 7. §. 5. *num.* 9. Sanchez *lib.* 10. *diſp.* 12. *per totam.* & poſt Salmanticenſes Fermoſinus in *d. cap. literas* 13. *quæſt.* 1. *per totam.*

§. XVIII. De beneficialibus eadem eſt cenſura, quippe ſi aliquis dejectus ſit per violentiam veram ab eccleſia, in qua obtinebat beneficium, neque ad eam permittatur accedere, ante omnia facienda eſt reſtitutio. *cap. in literis* 5. *de reſt. ſpoliat.* niſi omiſſo Interdicto agat judicio plenario juxta ſpeciem textus in *cap. conſtitutus* 8. cum gloſſa ibi *verbo ejectus de filiis presbyterorum.* Barboſa in *d. cap. decimas de reſt. ſpoliat. in* 6. *num.* 11. *&* 12. etſi ſpoliatio facta ſit a judice juris ordine non ſervato. *cap. licet epiſcopus* 28. *de præbendis in* 6. juncta gloſſa & Barboſa *ubi proxime num.* 9. *&* 10. Cæterum ſi ficta violentia ſit, velut ſi quis quaſi poſſeſſionem beneficii mei occupavit per ſubingreſſionem in fructus ejus, non aliter fit reſtitutio, quam ſi cognoſcatur ſummarie de titulo meo ſaltem colorato. *cap.* 1. ſic intelligendo *de eo qui mittitur in poſſeſſ. in* 6. & in hoc caſu vera eſt ſententia exiſtimantium, in cauſſis beneficialibus non dari reſtitutionem ſpoliato, niſi ſummarie doceat de titulo ſaltem colorato. Menochius *d. remedio* 1. *num.* 131. Petrus Barboſa in *d. l. ſi de vi num.* 132. Auguſtinus Barboſa in *d. cap. decimas num.* 14. Fermoſinus in *cap. cum ſuper quæſt.* 2. *de cauſſa poſſ. & propriet.* & in *d. cap. in literis quæſt.* 7. hodie vero ex bulla Gregorii 13. proviſus apoſtolicus de beneficio ſedi apoſtolicæ reſervato poteſt propria auctoritate ſine metu ſpolii capere poſſeſſionem beneficii, quamvis

vis in ea ſit alius proviſus ab ordinario collatore: notat Lotterius *de re beneficiaria lib.* 3. *quæſt.* 11. *num.* 7 & de jure communi notaverant Menochius *d. remedio* 15. *num.* 443. Garzia *de beneficiis parte* 5. *cap.* 1. *num.* 411.

§. XIX. Ex his facile exponitur textus in *l. ſi de vi* 37. *de judiciis.* cujus ſenſus petendus eſt ex *l. qui cutu* 5. §. 1. *ff. ad leg. Jul. de vi publica.* juncta *l.* 1. *C. de appellationibus.* nempe ſi de vi & poſſeſſione quæratur, id eſt ſi petitio poſſeſſionis fiat cum commemoratione de vi ex uoſtro Interdicto, prius terminandam eſſe cauſſam poſſeſſionis per vim ablatæ, quam cauſſam proprietatis. Rurſus ſi de vi quæratur criminaliter, prius judicium criminale peragendum eſſe, quam ſummariſſimum poſſeſſionis. *d.* §. 1. itaque ordo judiciorum hic eſt: prius peragitur judicium criminale, deinde poſſeſſorium, tandem plenarium. *l. ult. C. de ordine judiciorum.* Antonius Faber in *d. l.* 37. quo in ſenſu recipi poteſt doctrina Cujacii *lib.* 5. *obſervat. cap.* 15. licet textui non recte applicetur, ut vidit Barboſa in *d. l.* 37. *num.* 34. ubi alias ſolutiones antiquorum refert & refellit: pertinet etiam ad hanc partem, quod docemur in *l. ſi quis vi* 17. *de adquir. poſſeſſ.* dejectum a poſſeſſione videri poſſidere propter præſentiſſimum effectum noſtri Interdicti, cum protinus reſtituendus ſit, quod notant Claſſici, & addendus eſt Cujacius *lib.* 4. *obſervat. cap.* 16.

§. XX. Sed proſequamur concluſionem: dixi *plene*; quia reſtitutio reſarcit, quantum abſtulit ſpoliatio, quæ eſt propria vis reſtitutionis. *l. quod ſi minor* 24. §. *reſtitutio de minoribus. l. videamus* 38. §. *in ſaviana de uſuris.* extat ad hanc rem textus elegans in *l. domum* 5. *C. de rei vindicatione.* ut teneatur violentus dejector non tantum ad fructus ex re perceptos, ſed ad eos, qui percipi potuerunt, cum ſit plus quam malæ fidei poſſeſſor. *l. merito* 19. *de vi & vi arm.* nec ſumptus factos mero jure poteſt computare, licet ex æquitate imputet neceſſarios, & extrahat utiles expenſas, ſi area vel ædificium nullum patiatur detrimentum: videndi Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 8. *num.* 4. Sarmiento *lib.* 9. *ſelectarum cap.* 10. *num.* 15. Menochius *d. remedio* 15. *num.* 573. ſed quod de fructibus diximus, ita temperandum, ſi a quocumque percipi potuerunt; non tamen ſi a poſſeſſore percipi potuerunt ex peculiari artificio, ad hos enim non tenetur. *l. cæterum ff. de rei vindicatione.* ſi vero de facto percepti fuerunt, quamvis ex peculiari artificio, tenetur eos reſtituere, ne ex re violenter occupata lucrum conſequatur. *l. certum* 22. *C. eodem tit.* ad quas explicandas eſt optimus textus in *cap. gravis* 11. *de reſt. ſpoliat.* nec majori labore opus eſt, quamvis multum inſudaverint Menochius *d. remedio* 1. *num.* 413. alioſque adducens Pichardus in §. 1. *de officio judicis num.* 67. juxta quam diſtinctionem facile exponendi ſunt textus in *l.* 1. §. *ex die* 40. *de vi & vi arm. l. ſed etſi lege* 25. §. *quod ait* 2. *cum* 2. *ſeqq. de hereditatis petitione. l.* 1. *in fine C. eodem tit. l. ſi de poſſeſſione* 4. *C. unde vi. cap. conquerente* 7. *de reſt. ſpoliat.* debet etiam reſtitui omnis cauſſa rei, id eſt tota utilitas, quæ ex re poſſet obvenire poſſeſſori, niſi dejectus fuiſſet: veluti ſi hereditatem per ſervum prædii delatam non adivit, vel ſi de eo quæſtionem non ſumpſit ad aliquod furtum comperiendum. *l.* 1. §. *non ſolum* 41. *l. interdicto* 6. *de vi & vi arm.* multo magis, quidquid damni ſenſit propter ſpolium. *d. l.* 1. §. *qui vi dejectus* 31. hac occaſione arrepta omnes in *d. cap. gravis*, & in *d. cap. conquerente* obtrudunt tractationem de fructibus; ego tamen proſequor, quod proprium eſt noſtri Interdicti: addendi ſunt ultra Claſſicos Cironius ad *tit. de reſt. ſpoliat.* Hillig. *d. cap.* 31. *lit. P. &* 2. *ſeqq.* Menochius in *præludiis de recuperanda num.* 4. & locis ſupra relatis.

§. XXI. Tandem dixi, *adverſus ſpoliantem*, quæ verba inprimis comprehendunt eum, qui mandavit vel ratam habuit ſpoliationem. *l.* 1. §. *ait Prætor* 11. *usque ad* 20. *de vi & vi arm. l. hoc jure* 152. §. *dejicit de R. J. cap. cum ad ſedem* 15. *de reſt. ſpoliat.* Item qui tacite approbavit dejectionem per ſuos factam utendo re. *d. l.* 1. §. *dejeciſſe. cap.* 1. ſic intelligendo *de reſt. ſpoliatorum.* quod ſi dejectionem per ſervos factam nec tacite nec expreſſe ratam habuit, dominus non tenetur in amplius, quam in id, quod ad eum ex dejectione pervenit, & dedere ſervos noxæ. *l.* 1. §. *quod igitur* 15. *de vi & vi arm.* Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 6. §. 2. & 3. verba Edicti fuerunt, *ſi dejeciſti, vel familia tua dejecit*, & tamen unum ſervum comprehendunt, quamvis unus ſervus non ſoleat venire familiæ appellatione. *d. l.* 1. §. *familiæ.* notant Menochius *d. remedio* 1. *num.* 47. Hillig. *d. cap.* 31. *lit. AA. & ſeq.* ſi vero tutor pupilli nomine dejecit, pupillus in plus non tenetur, quam ut ablata reſtituat, & tutor ipſe deportatur ex nova Conſtitutione *l. meminerint* 6. §. 1. *C. unde vi.* Menochius *num.* 59. quod antea conſtitutum fuerat in patre, qui eodem modo tenetur ex filii ſpolio, ſi illud ratum non habeat. *l. interdicto* 16. *de vi & vi arm.*

§. XXII. Et quamvis verba de privato loquantur, etiam extenduntur ad judicem, qui nulliter & ex abrupto procedens litigantem ſua poſſeſſione ſpoliat. *d. l. meminerint* 6. *in princip.* ubi extat elegans ratio, ne injuriarum occaſio naſcatur, unde jura naſcuntur. *cap. conquerente* 7. *de reſt. ſpoliat.* cui rei ampliſſime conſulit *noſtra lex* 2. *tit.* 13. *lib.* 4. *Compilationis*, concedens facultatem decurionibus reponendi, quidquid judex ex abrupto attentaverit in præjudicium ſpoliumque partis: notat Bovadilla *lib.* 3. *politicæ cap.* 8. *num.* 107. extenditurque prædicta diſpoſitio in *l.* 7. *ejuſdem tit.* etſi virtute diplomatis regii procedatur, videndæ etiam ſunt ibi remiſſiones. Hæc tamen doctrina accipienda eſt, quando judex prorſus eſt incompetens, vel ſi competens eſt, procedit ex abrupto ſine audientia, & ſine citatione partis: aliæ enim nullitates vel injuſtitiæ non ſunt emendandæ per hoc Remedium, ſed per viam nullitatis, vel appellationis: docent Menochius doctiſſime *de recuperanda remedio* 8. *per totum.* Covarruvias in *practicis cap.* 23. *num. ult.* Gaſpar Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 1. *quæſt.* 17. *num.* 53. Fermoſinus in *d. cap. in literis quæſt.* 10. & in *d. cap. conquerente quæſt.* 1.

§. XXIII. Ideo vero dixi, competere hoc Interdictum adverſus ſpoliantem, quia ex ſe, & ex terminis mere perſonale eſt, ut pote pœnale, adeo ut nec contra heredes competat, ut recte docent Antonius Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 186. Donellus in *l.* 2. *C. unde vi num.* 4. Hilligerus *d. cap.* 31. *lit. Z.* quando tamen adverſus heredes datur, eſt, cum aliquid ad eos pervenit ex dolo defuncti, & tunc actione in factum agitur. *d. l.* 2. *C. unde vi. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. §. *ult. de vi & vi arm.* Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 5. §. 6. Menochius *d. remedio* 1. *num.* 157. Gomez. *num.* 185. non tamquam in heredes, ſed quia poſſident aliquid ex re, quam defunctus nactus fuit per violentiam; quapropter ſolus tenetur, qui rem habet, non cæteri; neque obligatio dividitur per portiones hereditarias. *l. ſi plures* 9. *in princip. de vi & vi arm.* notat Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract. de individuis cap.* 6. *num.* 28.

§. XXIV. Quod de heredibus diximus, facilius obtinebimus in cæteris particularibus ſucceſſoribus; veluti ex cauſſa emptionis, legati, aut ſimilibus; palam enim eſt, non competere contra eum, qui rem ab ſpoliante emit. *l. cum a te* 7. *de vi & vi arm.* quia ipſe dejector, quamvis ſine dolo deſierit poſſidere, condemnandus eſt. *l. ſi vi* 15. *eodem tit.* quæ eſt elegans differentia inter heredem & particularem ſucceſſorem: heres enim tenetur, quatenus ex dolo defuncti ad eum pervenit;

nit; particularis vero ſucceſſor non tenetur, quamvis rem poſſideat; qoia ad heredem non aliter poteſt res pervenire, quam ex dejectione & dolo defuncti; ad ſucceſſorem vero particularem pertinet ex titulo emptionis, vel alio ſimili, quo ſe tuetur: unde ſi, poſtquam ſpoliator me dejecit de fundo, alius occupavit vacuam poſſeſſionem, adverſus hunc redditur Interdictum. *l. ſequitur* 4. §. *ſi tu me vi* 22. *de uſucapionibus.* quia ex nulla alia cauſſa poſſidet, quam ex præcedenti dejectione, ex quo tenendum eſt cum auctoribus *ſuperiori* §. laudatis, contra ſingularem ſucceſſorem hoc Interdictum non competere, quamvis Bartolus & antiquiores in *d. l.* 7. diſtinxerint, ſine ullo juris teſtimonio aut fundamento, inter ſucceſſorem ex titulo lucrativo aut oneroſo: plane ſi cum defuncto ſuper reſtitutione cœpta ſit lis, heredes abſolute tenentur; quia ſunt ſucceſſores inſtantiæ, ut poſt Abbatem fundat Menochius *d. remedio* 1. *num.* 160.

§. XXV. Cum hæc jure civili certa ſint, ſucceſſit utiliſſima Conſtitutio Innocentii tertii, quæ extat in *cap. ſæpe* 18. *de reſt. ſpoliat.* quo cavetur, ut detur noſtrum Interdictum contra ſiogularem ſucceſſorem, qui ſciens violentiam & vitium rei illam comparavit, vel quovis alio titulo adquiſivit, in quo eſt novum Remedium & correctorium juris civilis, ut per ſe patet, & poſt Cujacium notant Cironius eleganter ad *eundem tit.* Hillig. *d. lit. Z.* & varias quæſtiones examinant Menochius *de recuperanda remedio* 16. *per totum.* Fermoſinus ad *eundem text.* eoque cum ſolita eruditione & judicio utitur ad cauſſam ſucceſſoris tyranni Luſitaniæ Magnus Præceptor meus Dominus Ramos in *ſupplicatione ad ſanctiſſimam ſedem de epiſcopatibus illius regni propoſit.* 1. *num.* 185. ſed ut hæc juris civilis correctio certa eſt, ita incertam & ſine fundamento eſſe exiſtimo, quam comminiſcuntur Valenzuela *conſilio* 71. *a princip.* Gutierrez *lib.* 1. *canonicarum cap.* 34. *num.* 52. nempe Remedium *canonis redintegrandæ* 3. *quæſt.* 1. competere adverſus ſingularem ſucceſſorem, etſi bona fide poſſideat; ille enim canon nihil novi ſtatuit reſpectu noſtri Interdicti, ut jam diximus, & in ſpecie docent Hilligerus *ubi proxime*, & Menochius late *d. remedio* 15. *num.* 64.

§. XXVI. Denique admonendi eſtis, hoc Remedium in quacumque parte litis, & in quacumque inſtantia proponi poſſe. *clementina unica de cauſſa poſſeſſ. & propriet.* & adeo celeris eſſe exitus & præſentis reſtitutionis, ut a ſententia, qua jubetur fieri reſtitutio, non admittatur appellatio, quoad effectum ſuſpenſivum; niſi ſimul de fructibus & intereſſe pronuncietur: quo caſu propter acceſſiones appellari poteſt in utroque effectu: docent Covarruvias *cap.* 23. *practicarum num.* 7. & 8. Antonius Gomez. in *l.* 45. *Tauri num. ult.* Salgadus *de protectione regia parte* 3. *cap.* 12. *num.* 80. Barboſa in *cap. cum ad ſedem de reſt. ſpoliat. num.* 10.

II. *De Interdicto*, DE PRECARIO.

§. XXVII. Reſtat in hac claſſi Interdictum *de Precario*, quod reſtitutorium eſt, & per conſequens recuperandæ poſſeſſionis. *l.* 2. §. 1. *de precario.* quod ut ſuppoſitis ſupponendis explicemus, ſciendum eſt, *precarium eſſe negotium ex jure gentium proveniens mere liberalis conceſſionis ad voluntatem ejus, qui concedit ſine ulla temporis præfinitione:* quæ definitio colligitur ex *l.* 1. *l. cum precaria* 12. *de precario.* qua intellecta facile percallebitis omnes differentias inter hoc negotium & donationem commodatumque, quas latius proſequuntur præter Claſſicos in locis citatis Cujacius *lib.* 4. *obſervat. cap.* 7. & *lib.* 23. *cap.* 27. Duarenus *lib.* 1. *diſputationum cap.* 14. Antonius Faber *de erroribus Pragmat. decade* 4. *errore* 9. Donellus & Hilligerus *lib.* 14. *cap.* 34. & cum multis, quibus abſtineo, Hermoſilla ad Gregorium Lopez in *l.* 9. *gloſſa* 1. *tit.* 2. *Part.* 5. *ex num.* 8. *usque ad finem.* nec pactum valere contra naturam hujus contractus docent idem Faber *decade* 77. *errore* 6. & *ſeq.* Covarruvias *de matrimonio parte* 2. *cap.* 3. §. 1. *num.* 23. Molina & addentes *lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 40. Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 2. *quæſt.* 1. *num.* 22. Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectarum cap.* 12. *num.* 6. Pichardus in §. *is qui num.* 33. *inſtit. quibus modis re contrahitur obligat.* Larreategui *lib.* 1. *ſelectarum cap.* 5. *num.* 3. Precarium aliquando eſt ſolius uſus, aliquando ipſius etiam poſſeſſionis: primum tantum uſum concedit, ſecundum etiam transfert poſſeſſionem in rogantem, de quo ex profeſſo dixi in repetita prælectione *de adquir. poſſeſſ. cap.* 3. *conſectario* 3. & *lib.* 1. *opuſculorum cap.* 13. Quomodocumque ſit, eatenus juſtum eſt, quatenus durat voluntas concedentis. *l. quæcumque* 13. §. 1. *de Publiciana. l. ſi ſervus* 22. §. 1. *de noxalibus actionibus*, ſic intelligendis: cæterum rupto precario & revocata domini voluntate rogans injuſte rem retinet deinceps, & tunc ejus detentatio comparatur violentæ aut clandeſtinæ poſſeſſioni, & in hoc ſenſu in plurimis juris locis conjungitur per hæc verba, *nec vi, nec clam, nec precario poſſidet*, ut recte docet Cujacius *lib.* 9. *obſervat. cap.* 33.

§. XXVIII. Revocato ergo precario, ſive ad uſum, ſive ad poſſeſſionem recuperandam redditur Interdictum ex æquitate naturali, cui conſonum eſt, ut tamdiu utaris re mea, quamdiu velim, & ut poſſim revocare, cum mutavero voluntatem. *d. l.* 2. *in princip.* & §. 1. *l. interdictum* 14. *l. & habet* 15. *ff. l.* 2. *C. de precario. cap. olim de reſt. ſpoliat. cap. ult. de precario.* niſi ex intempeſtiva revocatione grande generaretur præjudicium roganti, quo caſu de dolo poſſet excipere, ne beneficium concedentis ipſi injurioſum ſit, ut poſt veteres docet Gregorius in *l.* 9. *tit.* 2. *part.* 5. *gloſſa* 1. ubi multos adducit Hermoſilla *num.* 8. & videtur placuiſſe Hilligero *d. cap.* 34. *lit. C.* licet contrarium teneat Cujacius *lib.* 21. *obſervat. cap.* 23. revocato autem precario non licet concedenti propria auctoritate præripere, aut recuperare poſſeſſionem rei ſuæ, ne incidat in vitium violentiæ, aut clandeſtinitatis, ut docet idem Gregorius in *l.* 9. *gloſſa* 4. *tit.* 30. *Part.* 3. quare noſtrum Interdictum neceſſarium fuit, ut reſtitutio fieret celeriter per judicem; unde ſuſpecta mihi eſt doctrina Menochii *de recuperanda remedio* 15. *num.* 55. qui cenſuit rogantem a concedente dejectum non habere Interdictum *unde vi*; quando enim eſt precarium poſſeſſionis, habet illud ut quicumque poſſeſſor, ſive juſtus ſive injuſtus. *l.* 1. §. *dejicitur* 9. *de vi & vi arm.* quod ſi uſus tantum conceſſus ſit, non habet illud, quia non poſſidet, ut in §. *ſeq.* juxta quam diſtinctionem accipiendus eſt textus in *l. qui precario* 17. *de precario.* in quo docemur, roganti competere Interdictum *uti poſſidetis* pro retinenda poſſeſſione contra quemcumque, modo non ſit contra concedentem, quia ſi concedens revocat precarium, manet injuſta poſſeſſio, nec manutenibilis. *l.* 1. §. *ult. uti poſſidetis.* accipienda, inquam, eſt hæc regula, quando precarium eſt ipſius poſſeſſionis, ut agnoverunt veteres, licet ſub impropriis diſtinctionibus apud Menochium *de retinenda remedio* 3. *num.* 38. addendus Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 22. & *lib.* 9. *cap.* 33.

§. XXIX. Sed ut in cæteris Interdictis etiam in hoc actiones ſunt plenariæ, per quas dominus rem ſuam poſſit recuperare: in primis nemo ei negabit vindicationem, quæ domino datur. §. *omnium* 1. *inſtit. de actionibus. l. in rem* 23. *de rei vindicatione.* contra quemcumque detentorem vel poſſeſſorem. *l. officium* 9. *eodem tit. l. unica C. de alienatione judicii mutandi cauſſa facta.* Imo ad avocandam nudam poſſeſſionem tentari poteſt, competere concedenti contra rogantem condictionem triticariam. *l.* 2. *de condictione triticaria. l.* 4. §. *ult.*

ult. de rebus creditis. rurſus quia in precarii rogatione & conceſſione aliquod negotium intercedit, vel ad inſtar commodati, aut donationis, naſcitur concedenti actio perſonalis præſcriptis verbis, per quam conſequatur a rogante non rem vel poſſeſſionem, (nam ad hæc duo habet alia Remedia ut dixi) ſed quanti ejus interſuit, non fuiſſe ſtatim ſibi rem reſtitutam; quapropter *incerti* appellatur. *l.* 2. §. *& naturalem* 2. *verſ. itaque. l. duo* 19. §. *ult. de precario.* rationem originis latius proſequuntur laudati ab Hill. ad Donellum *d. cap.* 34. *lit. A. & D.* Cujacius ad *tit. de præſcriptis verbis*, & *lib.* 8. *quæſt. Papiniani* in *l. quæſitum de ſepulchro violato.* Faber *de error. Pragm. decade* 77. *errore* 6. & in *l.* 1. §. 1. *depoſiti.* ex quo non poteſt argui de ſuperfluitate Interdicti; quia ſummarium Remedium eſt, quod celeriter peragitur: actiones vero exigunt plenariam cauſſæ cognitionem, & longam moram judicii; deinde Interdictum avocat uſum vel poſſeſſionem precario conceſſam & intereſſe, de quo ſummatim poteſt disceptari, prout natura cauſſæ ſummariæ poſtulat. *l. quæſitum* 8. §. *ex hoc interdicto* 4. *de precario.* actio vero præſcriptis verbis, quamvis idem fere contineat, continet diverſo modo per incerti condictionem. *l. ubi autem* 75. *de V. O.* auditis & diſcuſſis plenario partium allegationibus; neque tendit ad avocandam poſſeſſionem, ſed ad intereſſe ipſius poſſeſſionis non avocatæ, quod incertum eſt. *l. ſi in area* 33. *de condictione indebiti. l. heres* 21. *ad S. C. Trebell.* ideo condictio incerti appellatur, ut reliquæ, quæ tendunt ad incertum intereſſe. *l. ſi qui delegaverit* 12. *de novationibus.* docuit Faber *d. errore* 6. & approbavit magnus Præceptor meus Dominus Ramos in Academicis ad *l. juris gentium* 7. §. *is ideo num.* 3. *de pactis.*

§. XXX. Ex quo facile exponitur textus alioqui difficilis in *l. interdictum* 14. *de precario.* juncta *l. eum qui* 14. §. *is qui precario de furtis.* ubi docemur, ideo Interdictum de precario neceſſarium eſſe, quia nulla eo nomine juris civilis actio eſt, nempe per quam conſequamur effectum reſtitutionis ipſius rei, quem conſequimur per Interdictum de precario, ut nuper dixi: aliam tamen rationem præbet JCtus, videlicet quia precarii conditio magis pertinet ad donationem, quam ad genus negotii. Omiſſis variis intellectibus exiſtimo dici poſſe, illud genus negotii, de quo JCtus loquitur, eſſe commodatum, cum quo precarium magnam affinitatem habet, ut tetegi ſupra §. 27. cujus ea eſt natura, ut per actionem conſequatur commodans, ſibi rem in eadem bonitate reſtitui non deteriorem: immo heredes actione commodati non ſemper tenentur pro portionibus hereditariis, ſed is, qui eam tenet, & habet rei reſtituendæ facultatem. *l.* 3. §. 1. *&* §. *heres* 3. *l. ſi ut certo* 5. §. *ult. cum* 2. *legg. ſeqq. l. is qui* 13. *ff. commodati.* adeo ut prima intentio actionis ſit rem reſtitui; ſi vero non reſtituatur, vel reddatur deterior, tunc ſuccedit arbitrium ad intereſſe. *d.* §. *heres.* Donellus *lib.* 14. *comment. cap.* 2. Antonius Faber *lib.* 16. *conjecturarum cap.* 1. *&* 2. Pichardus in §. *item is num.* 43. *inſtit. quibus mod. re contr. obligat.* & in §. *ult. de officio judicis num.* 220. Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract. de individuis cap.* 6. *num.* 28. Gregorius & Hermoſilla omnino videndi pro effectu actionis commodati in *l.* 5. *tit.* 2. *Part.* 5. per omnes gloſſas: ideo igitur dixit JCtus, neceſſarium fuiſſe Interdictum de precario non de commodato; quia ex ipſo commodati negotio judicium redditur, per quod petatur rei reſtitutio, ſed ex precario, quia magis accedit ad liberalitatem, non redditur actio ad rei perſecutionem, ſed condictio incerti præſcriptis verbis ad intereſſe, ut dicebam.

§. XXXI. Hoc interdicto tenetur, quicumque precario tenet, quamvis ſit pupillus, qui facultatem rei reſtituendæ habet. *l. ult.* §. 1. *de precario.* ut tenetur commodati; quia ex quo habet facultatem rei reſtituendæ, locupletior factus eſt. *l.* 3. §. 1. *commodati.* in quo nulla differentia eſt, ut contra Cujacium notavit Hillig. *ubi proxime*; vel qui dolo malo deſiit poſſidere, ſive ſit ipſe, qui rogavit, ſive heres ejus. *l. quæſitum* 8. §. *eum* 3. *&* §. *ult. eodem tit.* heres vero non tenetur ex dolo defuncti, niſi quatenus ad eum pervenit. *d.* §. *ult.* ut diximus ſupra §. 23. & notat Cujacius *lib.* 23. *obſervat. cap.* 21. eſt perpetuum. *d. l.* 8. §. *interdictum* 7. *l.* 2. *C. de precario.* continet fructus, damnum acceptum, & lucrum interceptum a die editi Interdicti. *d. l.* 8. §. *ex hoc interdicto.* fructus, inquam, veniunt ex die editi Interdicti non retro, quod in omnibus Interdictis regulare eſt. *l.* 3. *de interdictis.* excepto Interdicto *unde vi*, in quo veniunt a die dejectionis. *l.* 1. §. *ex die* 40. *de vi & vi armata.* ut dixi §. 20. nec amplius eſt, quod notemus de Interdictis veræ & propriæ poſſeſſionis.

PARS QUARTA.

De Interdictis & Remediis quaſi poſſeſſoriis, quæ competunt pro Servitutibus Prædialibus.

§. I. Succedit alia pars ex diviſione Interdictorum, quam in *præludiis* feci, nempe illorum, quæ redduntur pro rebus quidem profanis, & quæ patrimonium noſtrum augent, licet extra patrimonium ponantur, quia in rebus ſubjectantur alienis, in *l.* 1. *de ſervitute legata.* Nempe pro ſervitutibus ut plurimum prædialibus, quæ proprie non poſſidentur. *l. ſervitutes* 14. *de ſervitutibus. l.* 3. *in principio de adquir. poſſeſſ.* redduntur tamen ratione cujuſdam impropiæ & abuſivæ poſſeſſionis, quæ in illis propter uſum conſideratur; ideireo priuſquam ſingula Interdicta aggrediamur, de hac impropria poſſeſſione, & ejus ſubſtantia, & in quo conſiſtat, dicendum eſt.

§. II. Primo ſciendum eſt, hanc quaſi poſſeſſionem conſiſtere in uſu ejus, qui ſervitute aut jure incorporali utitur, exercendo illos actus, ad quos ſervitus introducta fuit. *l.* 1. §. *hoc interdicto de itinere actuque privato. l.* 1. §. *ult. de aqua quotidiana & æſtiva.* ſed uſus per ſe non eſt ſufficiens, niſi alia accedant, quæ ille præſupponit: talia ſunt, quod quis utatur jure proprio, quod dicitur *pro ſuo*; nam ſi precario a domino concedente utatur, vel violenter, aut clam, aut jure familiaritatis, quod eſt precarium tacitum, uſus non ſufficit; unde hæc quaſi poſſeſſio non compatitur cum ſcientia ejus, qui ſcit jus illud ſervitutis ad ſe non pertinere, & nihilominus vult illud uſurpare. *l. ult. ff. quemad. ſervit. amittantur. l. qui jure familiaritatis* 41. *de adquir. poſſeſſ. l.* 1. §. *Vivianus* 6. *l. ult. de itinere actuque privato.* docent Bartolus in *d.* §. *hoc interdicto* 2. *num.* 9. Bartholomæus Cæpolla *de ſervit. ruſt. prædior. cap.* 1. *num.* 26. *verſ. tertia.* Menochius *de retinenda remedio* 5. *num.* 13. Mindanus *parte* 2. *de interdictis tit.* 10. *num.* 11. Antonius Faber *lib.* 19. *conject. cap.* 10. & communiter notatur in *d. l. ult.* ex quo Interpretes quærunt, an hæc bona fides & titulus pro ſuo articu-

Digitized by Google

ticulandus & probandus ſit ab utente? & quidem Cæpolla *d. cap. 1. num.* 32. Jaſo in §. *ſed iſtæ quidem inſtit. de actionibus num.* 101. Menochius *d. remedio* 5. *num.* 21. & *de recuperanda remedio* 13. *num.* 71. diſtinguunt inter eum, qui utitur aliquo præcedente titulo, veluti emptionis, aut legati ſervitutis a non domino prædii ſervientis, & cum qui ſine ullo prorſus titulo utitur; ut ille non teneatur probare bonam fidem, hic vero teneatur; & turſus facere aliquam probationem publicæ opinionis de conſtitutione ſervitutis, ut illa potuiſſet induci ad credendum, ſibi tale jus competere: ſed hæc devia ſunt a ratione juris, quia quæ in occulta animi exiſtimatione conſiſtunt, & in fide ejus, qui utitur, non poſſunt probari, ut dixi *parte* 2. *de uſucapionibus ſectione de bona fide.* quare quod amplius exigi poteſt ab utente, eſt, quod afferat juramento præſtito, ſe bona fide & proprio jure uſum fuiſſe, ut cenſuit originaliter gloſſa magna in *d.* §. *ſed iſtæ quidem*, quam ibi explicat Jaſo *ex num.* 90. *uſque ad* 100. Bartolus in *l. gerit* 88. *num.* 15. *de adquir. heredit.* Franciſcus Ripa in *l. admonendi num.* 122. *de jurejurando.* Andreas Tiraquellus *de retractu lignagier* §. 4. *num.* 4. & dixi ad *leg. Scriboniam num.* 16. & 17.

§. III. Quærunt etiam interpretes, an ad hanc quaſi poſſeſſionem inducendam neceſſaria ſit ſcientia adverſarii? hanc etiam quæſtionem profligavi *d. num.* 16. videlicet ex parte utentis requiri, quod palam utatur, non furtive, & ut ad domini & cujusvis notitiam poſſit pervenire, ſive quod idem eſt, ut non utatur vi aut clam. *d. l.* 1. §. *hoc interdicto* 2. *l.* 1. *C. de ſervitutibus. l. ſi quis diuturno* 10. *ſi ſervitus vindicetur.* igitur non eſt neceſſe probare, quod adverſarius ſcivit; ſed ſatis eſt oſtendere, ita uſum fuiſſe, ut ad ejus notitiam potuiſſet pervenire, quod videntur mihi docuiſſe Covarruvias in *regula poſſeſſor parte* 2. *in initio num.* 8. *verſ. unde mihi.* Menochius, licet inter ſervitutes ipſas immerito diſtinguens, *d. remedio* 5. *num.* 32. ut inde rejiciatur Mindanus cum aliis *d. tit.* 10. *num.* 22. qui ſcientiam probari deſideravit, juxta quam doctrinam ſane acceptam ſana eſt alia Nicolai Garziæ *parte* 5. *de beneficiis cap.* 8. *num.* 67. 70. & *ſeqq.* qui docet ex *l.* 1. §. *qualiter* 9. *de aqua quotidiana & æſtiva.* ſufficere bonam fidem ad adquirendam poſſeſſionem rerum incorporalium; ſed hoc ita accipiendum eſt, ſi uſus accedat non violentus nec clandeſtinus, ſed palam & coram factus.

§. IV. Etiam diſputant, quot actus neceſſarii ſint, ut quis cenſeatur eſſe in quaſi poſſeſſione rerum incorporalium? & nonnulli cenſent per textum in *l.* 1. §. *quod autem* 4. *de aqua quotidiana & æſtiva.* ſufficere unum actum palam & bona fide factum, qui non fuiſſet controverſus, nec cauſſam liti dederit: ita Covarruvias in *practicis cap.* 14. *num.* 2. & in *regula poſſeſſor parte* 2. *in princip. num.* 6. Garzia *d. parte* 5. *cap.* 5. *num.* 59. Zevallos *communium contra communes quæſt.* 717. *num.* 4. Per contrarium Bartolus in *l.* 1. §. *annum* 3. *de itinere actuque privato* per illum textum cenſuit, triginta actus neceſſarios eſſe, ut quis conſtituatur in quaſi poſſeſſione alicujus juris, quando poteſt eſſe aliqua ſuſpicio, quod fecerit illos actus ex jure familiaritatis, vel ex tacito permiſſu; unde intulit, ſi quis ſemel vel per aliquot vices ſuffragium in curia tulerit, non prius in quaſi poſſeſſione conſtitui, quam per triginta vices ſuffragium dederit: Bartolum videntur ſequi Menochius *d. remedio* 5. *num.* 12. Mindanus *d. tit.* 10. *num.* 19. verum utraque regula caret fundamento; quia ſemel uti ſufficit ad Interdictum *de aqua* peculiari quadam ratione, ut in eo videbimus; & in Interdicto *de itinere* requiritur uſus triginta dierum ſpeciali etiam cauſſa; quare ex textibus ſpecialis rationis non debuerunt interpretes deducere concluſiones generales: cum ergo non habeamus certam definitionem hujus rei in jure, arbitrio judicis prudentes committit idem Menochius *de arbitrariis caſu* 160. *per totum*, quia ſi actus poſſunt exerceri frequenter, plures deſiderabuntur ad conſtituendam quaſi poſſeſſionem; ſi vero raro, pauciores ſufficient; ſi rariſſime, unus fortaſſe ſatis erit, quo modo recipi poterit doctrina Covarruviæ & aliorum, quos ſupra retuli.

§. V. Hæc vera ſunt in ſervitutibus, & aliis juribus incorporalibus, quorom adquiſitioni Jus non reſiſtit; quia licet prædia naturaliter libera ſint. *l. altius* 8. *C. de ſervitutibus & aqua*, ut poſt Bartolum & Cæpollam inde deducit Menochius *d. remedio* 5. *num.* 13. tamen juri non reſiſtit, ut per pactum aliove modo legitimo ſervitus imponatur; per conſequens uſus non eſt cum juris reſiſtentia, ut cum judicio docet Covarruvias *lib.* 1. *variarum cap.* 17. *num.* 6. Menchaca paululum tamen ab eo diſſentiens *cap* 89. *illuſt. num.* 4. & 5. quando vero datur juris prohibitio & reſiſtentia in uſu, veluti percipiendi decimas intra alienam parochiam, ut in *cap. ad decimas* 2. *de reſt. ſpoliat. in* 6. tunc vel titulus conceſſionis neceſſarius eſt, vel immemorialis uſus requiritur ad inducendam quaſi poſſeſſionem; quia cum reſiſtentia juris ſine titulo, quamvis de facto detur ignorantia, non præſumitur bona fides. *cap. qui contra jura de R. J. in* 6. cum ſimilibus: igitur neceſſaria erit præſcriptio immemorialis, quæ ſupponit titulum. *l.* 3. §. *ductus aquæ de aqua quotidiana & æſtiva.* neque antea quis cenſetur poſſidere propter defectum tituli & bonæ fidei, ut dixi ſupra *parte* 3. §. 11.

I. *De Interdicto*, DE ITINERE ACTUQUE PRIVATO.

§. VI. His præmiſſis ſingula Interdicta aggrediamur, quorum primum occurrit *de itinere actuque privato*: via, actus, iter ſervitutes ſunt prædiales, anguſtiores latioresve ex ſua natura & legis decemviralis præſcripto, quas explicare noſtri inſtituti non eſt: videndi ſunt Cæpolla *de ſervitutibus ruſt. præd. cap.* 1. Donellus & Hillig. *lib.* 11. *cap.* 6. Duarenus *lib.* 1. *diſput. cap.* 31. Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 2. Morla in *emporio tit.* 6. *de ſervitut. in præludiis num.* 81. Cujacius *lib.* 22. *obſervat. cap.* 35. Antonius Auguſtinus ad *LL. XII. Tabb. cap.* 14. & ad *eaſdem* Rævardus *cap.* 14. Dionyſius Gothofredus *lib.* 2. *tit.* 11. Alexander ab Alexandro & Tiraquellus *lib.* 2. *dierum genialium cap.* 20. ſuppoſitis ergo ſupponendis primo noto, hoc Interdictum pertinere ad prædictas ruſticas ſervitutes. *l.* 1. §. 1. *de itin. actuque priv.* continet vero duas partes, altera eſt de retentione uſus, aut quaſi poſſeſſione ſervitutis, de qua in *d.* §. 1. altera de refectione itineris propoſita eſt, & de hac agitur in *l.* 3. §. *ait Prætor* 11. *de itin. actuque priv.* quarum ſingulas ſigillatim luſtrabimus: in prima parte tantum quæritur de facto, id eſt an quis uſus ſit itinere vel actu, non an jus habuerit utendi. *l.* 1. §. *hoc interdicto* 2. *de itinere actuque privato.* in quo differt a conſeſſoria, per quam petitur ſervitus; nam in illa de jure quæritur, & nemo obtinere poteſt, qui non probet ſibi jure conſtitutam eſſe. *l.* 2. *in fine ſi ſervitus vindicetur.*

§. VII. Videamus de modo uſus: & primo debet uti jure proprio, non vi, non clam, nec precario, quod eſt commune omnibus juribus & rebus incorporalibus, ut manet notatum; deinde debet in illo anno repetitis retro 365 diebus tranſiiſſe per illud iter triginta diebus, ſive triginta vicibus in totidem diebus, vel continuis vel interpolatis. *d. l.* 1. §. 1. & §. *annum* 3. *de itin. actuque priv.* annus vero computatur ex die redditi Interdicti, ſive litis conteſtationis, ut dicitur in *d.* §. 3. ubi notant Accurſius & Bartolus, Menochius *de retinenda remedio* 5. *num.* 7. Mindanus *parte* 2. *de interd.*

interd. tit. 10. *num.* 19. Donellus *lib.* 15. *comment. cap.* 34. Pichardus *princip. inſtit. de interdictis num.* 170. ideo vero tot actus repetiti deſiderantur in uno anno, quia facile repeti poſſunt, & quia poteſt eſſe ſuſpicio iviſſe vel egiſſe jure familiaritatis, ut cenſuit Bartolus, & poſt eum Menochius *num.* 12. ideo ex hoc Interdicto non fit illatio ad Interdictum *de aqua*, quæ non tam facile ducitur, nec tam cito jure familiaritatis conceditur, ut infra videbimus.

§. VIII. Cum autem uſus de facto tuendus ſit, conſequens eſt, ut Interdictum tantum locum habeat in eo, in quo uſus quis ſit, & quatenus utatur ſervitute; ideo ſi ad partem ſundi quis ſit uſus, ad eam partem & non aliam tuendus erit, neque extenditur de parte ad partem. *l.* 1. §. *Julianus* 5. *de itin. actuque priv.* docet eleganter & ad multos juris effectus Menochius *ubi proxime num.* 57. addendi Antonius Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 36. Petrus Gilkenius *de præſcriptionibus parte* 1. *cap.* 6. *num.* 204. Nec obſtat, quod dicimus, apprehenſa poſſeſſione partis rei, cenſeri apprehenſam poſſeſſionem totius rei. *l. quod meo nomine* 18. §. *ult. de adquir. poſſeſſ.* Hæc enim regula ita exponitur in præſenti a Bartolo cum ſolito magiſterio: qui jus formatum & titulum habet ad univerſam quaſi poſſeſſionem rei, retinet totius quaſi poſſeſſionem, retento uſu etiam pro parte: exempla deſumi poſſunt ex *l. qui uſumfructum* 16. *ff. quibus mod. uſusfruct. amittatur. l. una eſt via* 18. *in fine de ſervitut. ruſt. prædior. l. ſi ſtillicidii* 8. §. *ult. cum l. ſeq. ff. quemadm. ſervit. amitt. cap. cum in tua* 30. *de decimis. cap. auditis* 15. *de præſcriptionibus. cap.* 1. *de religioſis domibus.* cum vero non eſt titulus formatus, nec jus evidens ad quaſi poſſeſſionem totius, ſed tantum retinetur per uſum & per factum exercendi, non conceditur tuitio, niſi in ea parte, & quatenus quis uſus fuit. *d.* §. *Julianus* 5. hanc Bartoli doctrinam ſequuntur plus minusve expreſſe Panormitanus in *cap. cum olim* 18. *num.* 6. *de præſcriptionibus.* Tiraquellus *de jure primogenituræ quæſt.* 39. *num.* 1. *&* 3. & *de retractu lignagier* §. 36. *gloſſa* 3. *num.* 12. Garzia *de nobilitate gloſſa* 1. §. 1. *num.* 79. *& gloſſa* 7. *num.* 6. Zalgado *parte* 3. *de protectione regia cap.* 10. *num.* 103. 108. *cum ſeqq.* Stephanus Gratianus *diſceptatione* 425. *num.* 38. eamque tradidimus ſupra *parte* 2. §. 19. *&* 20. & ad cauſſam poſſeſſionis regni Luſitaniæ, quam in totum magnus Philippus noſter retinet per partem, quam hodie conſervat, applicat etiam magnus Præceptor noſter Dominus Ramos in *ſupplicatione ad ſanctiſſimam ſedem de epiſcopatibus illius regni propoſitione* 1. *num.* 10. *&* 96. utens exactiſſimo cum judicio, ut ſolet, *noſtro* §. *Julianus*, & doctrina Bartoli, quæ in eo proſtat.

§. IX. Nec tantum tuendus eſt perſonalis uſus ejus, qui vult hoc Interdicto experiri, ſed etiam, ſi nomine ipſius alius uſus ſit, veluti amicus, hoſpes, colonus, aut commodatarius. *l.* 1. §. *is cujus cum ſeq. l.* 3. §. *uti videmur* 4. *de itin. actuque priv.* uſufructuarius vero, licet re aliena utatur fruatur, tamen fruitur ex proprio jure uſusfructus, quod ſibi competit; & ideo licet utatur ſervitute itineris vel actus ad fundum fructuarium per fundum alienum, tamen per uſum non adquirit domino proprietatis Interdictum, niſi proprietarius ipſe utatur; quia ſibi videtur uti non proprietario, & perſonaliter ſibi adquirit Interdictum. *d.* §. *uti videmur cum ſeq.* & hic eſt caſus ſingularis, in quo competit Interdictum ei, qui non habet jus ſervitutis ſaltem perpetuum; cum competat ratione uſusfructus, qui perpetuus non eſt, ut notant Caſtrenſis in *l.* 1. *comm. prædior.* & in *l.* 2. §. *Pomponius ff. ſi ſervitus vindicetur.* Menochius *d. remedio* 5. *num.* 71. Unde quicumque nomine noſtro utitur, veluti mandatarius, qui nobis fundum dominantem emit, vel qui ex noſtra conceſſione utitur ſervitute, nobis Interdictum adquirit. *l.* 1. §. *penult. l.* 3. §. *ſi quis mandato de itin. actuque priv.* quia, qui per alium utitur, per ſe uti videtur. Menochius *num.* 81. *&* 82.

§. X. Unde ſequitur, ut non tantum utenti ipſi competat Interdictum, ſed etiam heredi ſucceſſoribusque univerſalibus & particularibus, veluti emptoribus, legatariis, & donatariis ſundi dominantis. *l.* 3. §. *hoc interdictum* 6. *de itin. actuque priv.* ratio eſt, quia dominus, qui uſus fuit ſervitute per triginta dies, jam adquiſivit prædio ſuo dominanti commodum noſtri Interdicti, quare hoc commodum tanquam cauſſa & acceſſio fundi tranſit in quemcumque ſucceſſorem. *l. dolia* §. *ult. de contrahen. emptione.* & nihilominus Interdictum, quod competit ſucceſſori, utile dicitur in *l.* 2. §. *ult.* & *l. ſeq. ſi ſervitus vindicetur.* vel quia efficax eſt, vel quia non ex proprio facto experientis, ſed ex facto ſui auctoris provenit; illudque habet ex jure tranſmiſſo, ut docet Coraſius in *l. penult. num.* 17. *de ſervitutibus*, & poſt eum Menochius *ubi proxime num.* 76. quod etiam commune eſt ſecundæ parti noſtri Interdicti *de itinere reficiendo*, ut id obiter admoneamus; nam ſi in auctore radicatum fuit jus ad iter reficiendum, vendito fundo tranſit in ſucceſſorem. *l. apparet* 5. §. *hoc interdictum de itin. actuque priv.* Menochius *d. remedio* 5. *num.* 113.

§. XI. Igitur, ut quis Interdicto noſtro utatur, debet in anno uti ſervitute itineris per triginta dies, ut dixi, quod intelligendum eſt jure proprio, & prævia bona fide; quod ſi poſt triginta dies mala fides ſuperveniat, non officit, quia non poſſunt mutari ex ſupervenienti mala fide, quæ recte tranſacta ſunt. *l.* 1. §. *ult. cum l. ſeq. l. ſicut* 6. *de itin. actuque priv.* quæ verba de triginta diebus tranſactis accipiunt Covarruvias in *regula poſſeſſor parte* 2. *num.* 2. Menochius *ubi proxime num.* 85. heres vero gaudet Interdicto ex perſona propria, ſi ipſe uſus ſit bona fide per conſtitutos dies, quamvis defunctus mala fide uſus fuiſſet; quia bona vel mala fides ex propria cujusvis perſona æſtimatur, nec in Interdicto quæritur de jure ſervitutis, ſed de facto uſus, quod etiam perſonale eſt, ut poſt antiquiores docet Menochius *d. remedio* 5. *num.* 88. ſed textus in *l.* 3. §. *ſi quis ab auctore* 2. *de itin. actuque priv.* unde hoc principium deducit, illud non probat; alia enim prorſus ſpecies eſt: auctor nempe meus Titio conceſſit precario ſervitutem itineris, vel poſſidente auctore meo fundum ſervientem Titius uſurpavit ſervitutem violenter, vel clandeſtine, hoc eſt vi, clam, aut precario ab auctore meo poſſidere: quæritur utrum ego poſſim prohibere eum per judicem, ne utatur ſervitute, & an uſus talis proficiat Titio? Reſpondet non proficere; qui enim a meo auctore vitioſe poſſidet, etiam a me vitioſe poſſidet, qui in omnia jura & præſcriptiones fundi ſuccedo. *d. l. dolia* 76. §. *ult. de contrahen. empt.* In *verſ. nam & Pædius* non affert JCtus diverſam ſpeciem, ſed ſuperiorem ſententiam verbis Pædii illoſtrat & confirmat, quod videtur agnoviſſe Accurſius ibi *verbo Pædius*, tantum ſucceſſoris verbum explicat, ut non ſolum accipiatur de herede, ſed & de emptore, qui eſt ſingularis ſucceſſor, præſtatque rationem his verbis: *cum enim ſucceſſerit quis in locum eorum, æquum non eſt, nos noceri hoc, quod adverſus eum non nocuit, in cujus locum ſucceſſimus;* id eſt ſi auctori meo non nocuit uſus, quia erat precarius vel violentus, nec mihi nocere debet: ita Cujacius & Petrus Faber in *l. nemo* 54. *de R. J.* idem Faber in *l. invitus* 156. §. *cum quis eodem tit.* qui merito negationem retinent, quæ deeſt in aliis libris: illa verba *nos noceri* ſignificant per ellipſin *adverſus nos nocere;* noluit enim JCtus bis repetere eandem præpoſitionem *adverſus*, quæ in vulgaribus libris invenitur repetita: ſimiles locutiones invenietis apud Briſſonium *lib. ſingulari parerg.*

§. XII. Si per impedimentum facti toto illo anno

no retro numerando uti non potuit ſervitute, veluti quia fundus ſerviens inundatus fuit, mero jure non competit Interdictum, quia nec verba Edicti conveniunt: cæterum a Prætore conceditur reſtitutio utenti, ut annum incipiat computare retro, a quo tempore impedimentum ſubortum fuit. *l.* 1. §. *ſi quis propter eum ſeq.* juncta *l. unus* 34. §. *ult. l. & Atilicinus* 35. *de ſervit. ruſt. prædior.* quæ reſtitutio provenit ex clauſula generali, de qua in *l.* 1. *in fine ff. ex quibus cauſſis majores.* quia revera, qui ante inundationem uſus fuerat, & per inundationem uti deſinit, tractat de recuperando Interdicto amiſſo, & ſic de damno vitando, non de lucro captando, & per conſequens dominus fundi ſervientis tractavit de lucro captando: docent in effectu conſentientes Jaſo in *l.* 3. §. *Labeo num.* 22. *de adquir. poſſeſſione.* Menochius *d. remedio* 5. *num.* 77. Mindanus *d. tit.* 10. *num.* 9. Cujacius *lib.* 3. *quæſtionum Papiniani* in *l. denique* 19. *ex quibus cauſſis majores*, & *lib.* 7. in *d. l. unus* 34. §. *ult.* Pichardus *principio inſtitutionum de interdictis num.* 173. effectus hujus Interdicti pertinent ad tuitionem ſive manutentionem in uſu, quia Prætor edicit, ne utenti vis fiat, id eſt ne impediatur in uſu: deinde continet omne intereſſe perturbatæ quaſi poſſeſſionis. *l.* 3. §. *in hoc* 5. *de itin. actuque priv.* quem plane exponit Menochius *ubi proxime num.* 90.

§. XIII. Secunda pars hujus Interdicti pertinet ad reſectionem itineris; eſſet enim inutilis ſervitus, ſi non liceret iter reficere. *l.* 2. §. *ait Prætor* 11. *cum ſeq. de itin. actuque priv.* quam utilitatem extollunt Cæpolla *de ſervitutibus ruſt. præd. cap.* 1. *num.* 39. Menochius *d. remedio* 5. *num.* 95. Donellus *lib.* 15. *comment. cap.* 34. *verſ. alterum.* ſed in hac parte aliquid amplius exigit Prætor, quam in priori, nempe *jus ſervitutis*: cum enim, qui reficit, aliquid in fundo alieno faciat, non eſt ei permittendum reficere, niſi de jure doceat, & ſimul uſum 30. dierum probet; quare recte dicitur, habere hanc partem Interdicti admixtam cauſſam proprietatis, ut multis probat Menochius *num.* 96. Ad hanc partem pertinet textus probe intellectus in *l. apparet* 5. *de itin. actuque priv.* quem ad primam partem inconſpecte retulit Mindanus *d. tit.* 10. *num.* 14. inquit enim JCtus, uti poſſe hoc Interdicto, qui habet longæ poſſeſſionis prærogativam, quamvis non habeat titulum legati, neque donationis, neque emptionis ſervitutis; quia longa poſſeſſio, uſusque diu continuatus (id eſt per decennium inter præſentes, & vicennium inter abſentes. *l. ult. C. de ſervitutibus*) præſtat jus ſervitutis minuendarum litium cauſſa *l.* 1. & 2. *C. eodem tit. l.* 1. §. *ult. cum l. ſeq. l. ult. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione. l. ſi quis diuturno* 14. *ſi ſervitus vindicetur* cum aliis, quæ adduxi in ſelectione ad *leg. Scriboniam num.* 7. & 8. cujus doctrina juxta hanc accipienda eſt: ex quibus apparet, male Haloandrum expunxiſſe negationem ex *d.* §. *ſi quis* in illis verbis, *jure impoſitam non habet*; retinenda enim eſt, alioquin ſenſus non conſtaret, qui talis eſt: ſi quis non habeat titulum, ſed habet longæ poſſeſſionis prærogativam, jus ſervitutis adquirit, & ideo agere poteſt Interdicto de itinere reficiendo, ut merito ſentiunt negationem retinentes Eguinarius Baro *lib.* 6. *manualium tit.* 18. Antonius Auguſtinus *lib.* 1. *emendationum cap.* 2. Menochius *d. remedio* 5. *num.* 102.

§. XIV. Sed quamvis in hac parte docere debeat de titulo & jure ſervitutis, qui vult iter reficere, non tamen exigitur tam plena & concludens probatio, ut in confeſſoria, in qua de ſervitute plenario agitur, ut docet cum judicio Menochius *ubi proxime num.* 132. quamvis ſuo more in contrarium tendat Mindanus *d. tit.* 10. *num.* 35. & 36. ratio eſt, quia ſi in Interdicto tam plena probatio exigeretur, ſuperflua eſſet actio confeſſoria, in qua de jure talis probatio exigitur, ut docent Menchaca *cap.* 86. *illuſt. num.* 7. Petrus Gilkenius *de præſcriptionibus parte* 2. *membro* 1. *cap.* 10. fere per totum, & *membro* 3. *cap.* 12. *num.* 88. Duarenus *lib.* 1. *diſput. cap.* 34. & notatur per textus ibi in *l.* 2. *ſi ſervitus vindicetur*, & in §. *æque ſi agat inſtit. de actionibus.* vel Interdictum ipſum ſuperfluum eſſet, *argum. l. interdictum* 14. *de precario.* deinde quia licet hæc pars Interdicti habeat admixtam cauſſam proprietatis. *l.* 2. §. *quædam* 2. ſic intelligendo, *ff. de interdictis.* tamen ſummaria & ſummarii judicii eſt, ut de cæteris, quæ habent admixtam cauſſam proprietatis, recte docet Molina cum addentibus *lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 9. ſed abſurdum eſſet, ut judicia ſummaria tam exacte exercerentur, & cum plena probatione, quam plenaria ex notatis a Maſcardo in *principio de probationibus quæſt.* 9. Zalgado *de protectione regia parte* 3. *cap.* 12. *num.* 18. quamvis confuſe loquatur: ergo &c. ex quo valde placet victum in confeſſoria ex eo, quod dominus prædii ſervientis probavit, ſervitutem ſine jure conſtitutam fuiſſe, veluti in teſtamento injuſto, vel a non domino, ſuccumbere etiam debere in hoc Interdicto; quia per ſententiam jus ſervitutis prorſus defecit; qui vero ſuccubuit in confeſſoria ex defectu probationis, non quia adverſarius contrarium probaret, poſſe experiri Interdicto; quia minori & ſemiplena probatione tituli contentum eſt Interdictum juxta terminos textus in *l. loci* 4. §. *ſi quis ff. ſi ſervitus vindicetur.* videndus ultra Salgadum nuper laudatum Menochius *d. remedio* 5. *num.* 124.

§. XV. De ſignificatione verbi *reficere* aliqua notant JCti circa hanc eandem partem. Primo eum reficere, qui priſtinam formam itineris non mutat. *l.* 3. §. *reficere de itin. actuque priv.* licet tamen aliquid novi facere cauſſa muniendi viam, veluti pontem, ſi ex addito nullum incommodum obveniat fundo. §. *ſeq.* per conſequens licet comportare ea, quæ neceſſaria ſunt ad reſectionem. *l. veteres* 4. *de itin. actuque priv.* & qui hæc impedit, vim facere dicitur. *l. apparet* 5. *eodem. tit.* niſi, qui vult reficere, per locum incommodum pergat. §. 1. *ejusdem legis.* quæ parum difficultatis habent, eaque latius proſequitur Menochius *ubi proxime.*

II. *De Interdicto*, DE AQUA QUOTIDIANA ET ÆSTIVA.

§. XVI. Pertinet hoc Interdictum ad ſervitutem aquarum, de qua Menochius *de retinenda remedio* 6. *ex num.* 24. *usque ad* 47. Mindanus *parte* 2. *de interdictis tit.* 11. *a principio.* Donellus & Hillig. *lib.* 11. *cap.* 2. & 3. & *lib.* 15. *cap.* 34. quæ ſervitus magnæ utilitatis eſt, præcipue ubi agri ſunt irrigui, molendina, aut alia, quæ aqua indigeant, de cujus neceſſitate multa adducunt Cælius Rhodiginus *lib.* 14. *lection. cap.* 14. noſter Bovadilla *lib.* 3. *politicæ cap.* 5. *num.* 53. & 54. elegans nota Gothofredi in *l. ult. de rivis.* addenda eſt *l.* 10. *tit.* 18. *Part.* 2. non tamen eſt ſemper ſervitus ruſtica, imo nec ſemper eſt prædialis, quare inſpiciendum eſt, ad quam utilitatem ſit impoſita, ſi aqua debetur prædio urbano, (ut data hypotheſi probat textus in *l. foramen* 28. *de ſervitutibus prædior. urbanor.*) urbana eſt. *l.* 1. § *illud quæritur* 11. *cum ſeq. de aq. quot. & æſtiv.* Cæpolla *de ſervit. ruſt. præd. cap.* 4. *num.* 9. Menochius *d. remed.* 6. *num.* 49. & 50. per textum, quem expendit in *l.* 2. *comm. prædior.* ſi amœnitatis cauſſa conſtituitur, & ad delicias erit perſonæ, quia ex hac cauſſa recte conſtituitur ſervitus, ut ex eodem textu notat Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 11. *num.* 13. ſi propter pecus erit anomala. Menochius *num.* 12. noſtrum vero Interdictum pariter locum habet, ſive ad fundum ſive ad molendinum; ſive ad aliam quamcumque neceſſitatem aqua debeatur, ut id

ſemel notemus cum Franciſco Ripa in *l. quominus de fluminibus num.* 46.

§. XVII. Nihilominus in noſtro Interdicto tantum fit mentio duplicis conſtitutionis aquæ; quia eſt magis ſolita, quotidianæ videlicet & æſtivæ. *l.* 1. §. *deinde* 29. *de aqua quotid. & æſt.* quoniam tertiam de aqua ducenda ex caſtello, quam comminiſcuntur Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 102. Eguinarius Baro *lib.* 6. *manualium tit.* 20. ſequi non placet cum Menochio *num.* 3. Quid ſit *aqua quotidiana æſtivaque*, eleganter definitur in *l.* 1. §. *quotidiana* 2. *cum ſeqq. l. interdicto* 6. *de aqua quotid. & æſt. Quotidiana* eſt, quæ quotidie fluit, & quotidie debetur, neceſſariaque eſt, licet de facto non ducatur quotidie. *Æſtiva* eſt, quæ æſtate neceſſaria eſt ex conſtitutione ſervitutis, licet etiam de facto non ducatur, & multo magis, quæ tantum æſtate fluit ob naturam ſuam, forte quia e nive ebullit, quæ æſtate liqueſcit. Menochius *num.* 7. æſtas vero definitur non quarta pars anni, quæ intercurrit inter primum ver & autumnum, ſed dimidium anni; nempe ab æquinoctio verno usque ad autumnale. *l.* 1. §. *quia autem* 31. *cum ſeqq. de aqua quotid. & æſt. l.* 1. §. *æſtas ff. ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua atque &c.* ubi Accurſius *verbo refertur*, & poſt eum Bartolus notant, annum ad uſum utriusque Interdicti dividi in duas tantum ſtationes, hyemem videlicet, & æſtatem, æſtatemque dici a decimo die exeunte Martio; hyemem vero a decimo die exeunte Septembri, quæ eſt juris acceptio, ad quam reſpexiſſe videtur Cenſorinus, licet de anno maximo loquatur. *cap.* 18. *de die natali*, ibi: *cujus anni hyems ſumma eſt κατακλυσμὸς, quam noſtri diluvionem appellant; æſtas autem ἐκπύρωσις, quod eſt mundi incendium; nam his alternis temporibus mundus tum exigneſcere, tum exaqueſcere videtur.* naturalis vero ſignificatio in 4. partes dividit annum, ver, æſtatem, autumnum, hyemem, quæ eſt frequentior apud auctores diviſio, ad quam alludunt eleganter Lucretius *lib.* 5. *de natura rerum* poſt medium, Boëthius *de conſolatione lib.* 4. *metro* 6. Philo Judæus in *lib. quis rerum divinarum ſit heres.* Divus Ambroſius in *lib. de Noe & Arca cap.* 23. quam diſtinctionem non recte expreſſit Menochius *de retinenda remedio* 4. *num.* 23. & quod magis eſt Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 148. relato Accurſio & contra ejus verba cenſuit, æſtatem tantum conſtare 4. menſibus.

§. XVIII. His poſitis ſequitur Interdicti explicatio: competit ei, qui hoc anno aquam, de qua agitur, duxit ne ei vis fiat. *l.* 1. *in princ. de aqua quotid. & æſt.* in §. 1. dicitur eſſe prohibitorium; quia pertinet ad retinendam quaſi poſſeſſionem aquæ, & ne quis in ea inquietetur, Bartolus in *l.* 1. §. *ſi inter eod. tit.* Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 99. Menochius *d. remedio* 6. *num.* 1. velut poſſeſſionis appellavit illud Cujacius *lib.* 4. *obſervat. cap.* 11. propter improprietatem poſſeſſionis rerum incorporalium, vel forſan, quia non eſt mere poſſeſſorium, ſed habet admixtam cauſſam proprietatis, & in eo quæritur de titulo & jure aſſignationis aquæ. *l.* 1. §. *ult. de aqua quotid. & æſt.* Menochius *num.* 4. 11. & 12. Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 19. *in fine.* ex quo fit, ut nudus uſus tuendus non ſit, ſi abſque titulo non innitatur. *d. l.* 1. §. *qualiter* 9. quidquid aliter cenſuerit Ripa in *d. l. quominus de fluminibus num.* 89. nec obſtat textus in §. *ſed etſi* 10. *ejusdem legis.* loquitur enim de eo, qui bona fide exiſtimans habere ſervitutem conſtitutam a domino prædii ſervientis ea uſus fuit juſto errore, qui dicitur *titulus pro ſuo*, de quo ex profeſſo dixi in prælectione *de uſucapionibus tract.* 2. *ſectione de titulo*, & ad rem notat Menochius *num.* 71. pro explicatione etiam textus in §. *Ariſto* 19. *ejusdem legis.* Ad differentiam ejus, qui licet non vi, nec clam, nec precario uſus ſit ſervitute, ita tamen utitur palam, ut paratus ſit ceſſare, ſi dominus ſciens interdixerit, ut in *l. ult. de itinere actuque privato.* quo exemplo dictum §. *Ariſto* illuſtrat Comprofeſſor meus doctiſſimus & de legali diſciplina optime meritus Dominus D. Laurentius Santos auditor Pintianus in *commentariis ad Ariſtonem in d.* §. *Ariſto.*

§. XIX. Illa tamen maxima eſt differentia inter verum titulum & titulum putativum pro ſuo; nam qui ex vero titulo veluti legati, emptionis, aut ſimilibus utitur ſervitute, ut in *l. ſi ego* 11. §. 1. *de Publiciana in rem act. l. ſi quis diuturno* 10. *ſi ſervitus vindicetur.* quamvis controvertatur, an titulus habitus ſit a vero domino, vel tantum a bonæ fidei poſſeſſore prædii ſervientis, ſufficit, ſi in illo anno uſus ſit ſemel ſervitute. *l.* 1. §. *quod autem* 4. *de aqua quotid. & æſt.* ut dixi §. 7. at vero, qui utitur titulo pro ſuo, non prius habet Interdictum, quam compleverit tempus requiſitum ad quaſi uſucapionem ſervitutis: textus ſupra expenſus in *l. apparet* 5. §. *ſi quis de itinere actuque privato.* ratio eſt, quia donec poſſidens adquirat ſervitutem per uſum, & ſic habeat jus formatum, non habet quaſi poſſeſſionem cum titulo, aut cum jure, quod in hoc Interdicto exigitur. *d. l.* 1. §. *ult.* ut probat diſerte textus in *l.* 2. *C. de ſervitutibus & aqua.* Quare in hoc caſu concurrit actio utilis confeſſoria pro ſervitute, de qua in *d. l. ſi quis dicitur num.* 10. cum Interdicto; ſed non ideo fruſtraneum eſt Interdictum etiam in hac ſpecie; quia licet in utroque Remedio de eodem jure quæratur, tamen in Interdicto facilius cauſſa terminatur, & leviores probationes ſufficiunt, ut notavi ſupra §. 14. quod non videtur percepiſſe Menochius *d. remedio* 6. *num.* 71.

§. XX. Huic parti ſolet opponi textus in *l.* 3. §. *ductus aquæ de aqua quotid. & æſt.* in quo videtur requiri uſus immemorialis ſervitutis aquæ ad hoc Interdictum; ſed communis reſponſio vera eſt, quæ eum intelligit de aqua ducenda ex flumine, fonte, vel caſtello publico, quo caſu non ſufficit ad quaſi uſucapionem diuturnum tempus, ſed uſus immemorialis requiritur, ut probat in ſpecie textus in *l. eleganter* 9. *C. de aquæductu.* dixi ad *leg. Scriboniam num.* 13. ratio eſt, quia publica non poſſunt per tempus adquiri. *l. præſcriptio* 5. *C. de operibus publicis. l. præſcriptio* 45. *de uſucapionibus.* ideo immemoriale tempus exigitur, quod ſupponit & fundat titulum conceſſionis legitimæ; Princeps enim eſt, qui permittere poteſt. *l.* 1. §. *permittitur* 41. *cum ſeq. de aqua quotid. & æſt. l.* 3. 5. & *ult. C. de aquæductu.* eleganter Frontinus *de aquæductibus*, ibi: *qui aquam in uſus privatos ducere volet, impetrare eam debet, & a Principe epiſtolam ad curatorem aquarum afferre.* notant Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 3. *lit.* G. Don Nicolaus de Caſtro in *l. ad reparationem* 7. *num.* 21. *C. de aquæductu.* & hoc eſt, quod in aqua publica præſtat uſus immemorialis, videlicet ut præſumatur facta conceſſio a Principe: docent pro ejusdem textus explicatione Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 55. Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 12. *num.* 16. & 17. Donellus *lib.* 11. *cap.* 11. Menochius *d. remedio* 6. *num.* 124. Illud etiam notandum eſt obiter, conceſſionem Principis aliquando eſſe mere perſonalem, aliquando ipſi prædio fieri; & tunc quamvis a novo poſſeſſore impetranda ſit, tamen injuria ei fieret, niſi concederetur, quod ipſi prædio jam ſolitum erat concedi. *l.* 1. §. *& datur* 43. *de aqua quotid. & æſt.* ex quo textu Pragmatici deducunt, beneficium ſolitum impetrari a Principe de facili impetrabile cenſeri: per contrarium illud, quod raro a Principe conceditur, cenſeri impoſſibile: exemplum extat in *l. cum ſervus* 39. §. *conſtat de legat.* 1. & hæc eſt optima regula, ut ſciatur, quando cenſeantur poſſibilia aut impoſſibilia, quæ pendent ex voluntate Principis vel Pontificis: docent Albericus & fere omnes Claſſici in *d.* §. *conſtat.* Coſta *de patruo & nepote parte* 1. *num.* 39. Caldas de *renovatione emphyteuſis quæſt.* 7. *num.* 29. & *quæſt.* 8.

§. XXI.

§. XXI. Poſtquam de titulo dixi, ſequitur de modo uſus: debet eſſe uniformis, quantum ex ſe eſt, id eſt, ſi pluribus vicibus quam una quis uſus ſit ſervitute, quo caſu multo melius competet Interdictum. Mindanus *parte 2. de interdictis tit. 11. num.* 39. juxta quos terminos accipiendus eſt textus in *l.* 1. §. *illud tamen* 15. *de aqua quotid. & æſt.* nempe ut, ſi quis duxit per illam fiſtulam, per eandem ducat, & quantitatem aquæ non augeat. Caballinus *de Individuis parte* 3. *num.* 343. Menochius *d. remedio* 6. *num.* 13. & *num.* 76. qui *num.* 78. inde deducit, qui aquam duxit ad unum prædium, non poſſe ducere ad prædia e regione poſtea adquiſita, ut a ſimili probat textus in *l. damni* 18. §. *ſi is qui unas de damno infecto.* ad hanc etiam inſpectionem pertinet, quod ſubjicitur in *d. l.* 1. §. *item quæritur* 17. qui novam aquam veteri miſcet, in ſolidum poſſe prohiberi, nam qui vitioſe utitur in parte, corrumpit omnino ſervitutem; niſi admixta aqua dividi poſſit, quia tunc utile per inutile non vitiatur, §. *Trebatius* 18. nec vitium ſuperveniens uſui priſtino nocet. §. *idem* 20. quod ſi in rivo vel canali ipſo aqua ſponte ebulliat, & veteri per ſe admiſceatur, nihil denuo fit, nec forma mutatur. *l.* 3. §. *aqua de aqua quotid. & æſt.* quod latius exponitur a Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 68. Menochio *d. remedio* 6. *num.* 81. tempus vero magis ad modum, quam ad ſubſtantiam ſervitutis pertinet; ideo ſi, qui putabat ſe habere jus aquæ ducendæ alternis diebus, duxerit in toto anno una die, tuendus eſt in ſervitute. *l.* 1. §. *item quæſitum* 22. *de aqua quotid. & æſt.* multo minus mutatur forma ſervitutis, ſi aqua ducebatur ad arvum, & poſtea fiat pratum vel hortus. *l.* 3. §. *ſi vicinus* 2. *de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione.* Cæpolla *num.* 82. Menochius *num.* 80.

§. XXII. Deinde ex parte rei tria requiruntur. Primum quod aqua ſit talis, ut duci poſſit; ideo non pertinet ad aquam putealem, quæ non fluit. *l.* 1. §. *quamquam* 6. *de aqua quotid. & æſt.* Menochius *num.* 17. Secundum quod ſit perennis, ſaltem ratione ſtationis, per quam conſtituitur, veluti hyeme, ſi ſit hyberna, æſtate, ſi ſit æſtiva. §. *loquitur* 5. ſic intelligenda cum Menochio *num.* 66. Connano *lib.* 4. *comment. cap.* 9. Cujacio *lib.* 11. *obſervat. cap.* 3. competit enim pro ſervitute, quæ niſi habeat perpetuam cauſſam, nulla eſt. *l. foramen* 28. *de ſervit. urban. prædior.* ut dixi ad *leg. Scriboniam num.* 9. Tertio, quod de capite aqua ducatur, & non aliunde. *d. l.* 1. §. *hæc interdicta* 7. caput aquæ eſt origo ſcaturiginis, ut curioſe exponit Gulielmus Fornerius *lib.* 3. *ſelectionum cap.* 31. igitur ſi ex fluentis aqua ducta ſit, non redditur Interdictum: ratio eſt, quia ſervitus aquæ non poteſt conſtitui niſi ex capite, ergo neque Interdictum competet pro alia aqua: hodie ex novo jure poteſt etiam ex fluentis conſtitui utilitatis cauſſa. *l. ſervitus* 9. *de ſervit. ruſt. præd.* Donellus *lib.* 11. *comment. cap.* 3. & tamen Interdictum non redditur; quia antiquius fuit Interdictum, quam hæc utilitas, ut cenſet Menochius *num.* 18. ſi tamen cum gloſſa velimus dicere, pro aqua ex fluentis ducta competere utile Interdictum ex novo jure, non diſſentiam, quamvis acriter reclamet Menochius *ibidem*, quia par cauſſa parem æquitatem poſtulat, ut inquit Cicero in *topicis*.

§. XXIII. Prohibitio ex parte domini fundi ſervientis facit locum Interdicto; prohibere autem intelligitur, qui aquam duci vetat, corrumpit, vel inquinat. *l.* 1. §. *Labeo* 27. *de aqua quotid. & æſt.* quia impedit commoditatem utenti. Menochius *d. remedio* 6. *num.* 97. Mindanus *d. tit.* 11. *num.* 41. item qui prohibet ponere fiſtulam in rivo, vel aliud facere ad commodiorem uſum aquæ, dummodo non faciat deterius aquagium, vel deteriorem fundi conditionem. *l.* 3. §. *is qui aquæ* 5. *de aqua quotid. & æſt.* ad quam partem ſpectat §. *ult. ejuſdem legis.* ubi poteſt alia aqua duci per pontem, ſive per canalem factum ſupra pontem; modo per hanc ductionem non noceatur rivo inferiori: multoties enim in eodem pariete, aut fonte multi tubuli, ut fundat ſelecte Rævardus *lib.* 2. *conjectaneorum cap.* 12. addendus eſt textus in *l. Quintus Mucius* 15. *de ſervitutibus ruſt. prædior.* ſed quod de damno dicimus, ita accipiendum eſt, ſi grave ſit; alioquin leve damnum vel lucrum interceptum non eſt in conſideratione; quia conſequens eſt ipſi ſervitutis conſtitutioni, ut docent Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 7. Menochius *num.* 105.

§. XXIV. Nunc diſquirendum eſt, quibus Interdictum competat? verba Prætoris extant in *l.* 1. §. *deinde* 29. *de aqua quotid. & æſt. inter heredes, & emptores, & bonorum poſſeſſores interdicam.* itaque ex uſu venditoris tuendus eſt emptor, quia fundum emit cum omni jure ſuo. *l. dolia* 76. §. *ult. de contrahen. empt.* probat etiam textus in *l.* 1. §. *ſi fundum* 24. & §. *ait Prætor* 37. *de aqua quotid. & æſt.* & multo magis heres, qui ſuccedit in univerſum jus defuncti; quia licet poſſeſſio ad heredes non deſcendat, deſcendit tamen jus Interdicti jam cauſſatum a quaſi poſſeſſione. Bartolus in *d.* §. 29. melius quam Mindanus *parte* 1. *de interdictis commentario* 29. *num.* 104. fallit tamen, ſi conceſſio aquæ perſonalis ſit; tunc enim extinguitur cum perſona ejus, cui facta fuit, ut docet Menochius *ubi proxime num.* 135. & *ſeq.* ex quo elucet ratio textus in *l.* 2. §. *ult. ſi ſervitus vindicetur.* ubi ſi dominus fundi dominantis, qui per annum uſus fuerat ſervitute, legaverit uſumfructum fundi, utile Interdictum redditur legatario ex perſona teſtatoris; aliquando pluribus corrivalibus aqua communiter conſtituta eſt, qui inter ſe diſſident in modo uſus, nec agunt cum domino prædii ſervientis, ſed ſecum ipſis; tunc redditur Interdictum duplex ad inſtar *uti poſſidetis. d. l.* 1. §. *ſi inter* 26. juncto §. *æque inſtit. de actionibus.* ut ibi explicat Bartolus: non tamen eſt proprie *uti poſſidetis*, quia in illo tantum deſideratur factum poſſeſſionis, ut dixi ſupra *parte* 2. *in princip.* in hoc vero aliquod jus exigitur, ut docent Cujacius *lib.* 4. *obſervat. cap.* 11. Menochius *d. remedio* 6. *num.* 95. quidquid in contrarium nitatur Mindanus *d. tit.* 11. *num.* 92. & ideo in hac ſpecie non redditur Interdictum directum, ſed utile & ad inſtar. *d.* §. 26. ut docent nuper laudati: alius caſus eſt, quando pluribus quidem conceſſa eſt aqua, ſed non communiter, neque pro indiviſo, ſed diviſis horis; tunc ſervandus eſt modus ſervitutis, vel niſi ſpecialis modus in ejus conſtitutione ſit, judex ex officio æquitate ſervata eos debet componere. *l. Lucio* 4. *l. cum conſtet* 5. *de aqua quotid. & æſt.* Mindanus *d. tit.* 11. *num.* 38.

§. XXV. Ex hac occaſione quærunt interpretes, quando poſſit aqua cedi alii ex eo fonte, & per eum rivum, ex quo alii jam conceſſa fuerat; nam poſſe cedi ſupponitur in *l.* 3. §. 1. *de aqua quotid. & æſt.* quod ita explicandum eſt, ſi primus conſentit, ut ſecundo cedatur, nulla fit ei injuria, *argum. l. aquam* 4. *C. de ſervitutibus. l. per quem locum* 14. ſic intelligenda *de ſervit. ruſt. prædior. l.* 5. *tit.* 31. *Part.* 3. itaque prioris dominantis regulariter conſenſus requiritur. *l. in concedendo* 8. *de aqua & aqua pluvia arcenda.* niſi illi nullum damnum accidat ex ſecunda conceſſione, veluti ſi rivus ambobus ſufficiens ſit. *l.* 2. §. *ult.* & ibi Albericus *de ſervit. ruſt. prædior.* Bartolus *num.* 10. Jaſo *num.* 56. Ripa *num.* 53. *de fluminibus* in *l. quominus.* Padilla in *d. l. aquam num.* 4. Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 30. Menochius *ubi proxime num.* 111. Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 9. *num.* 6.

§. XXVI. Sequitur, ut videamus, quibus modis amittatur noſtrum Interdictum. Primus per ſe patet, nempe ſi dominus cedat juri ſervitutis in favorem ſervientis. *l.* 1. §. *ſi quis* 28. *de aqua quotid. & æſt.* quem immerito alio trahit Menochius *num.*

num. 93. Secundos aſt, ſi flumen, ex quo aquam deducebam, alio receſſerit, & fluere cœperit: finitur enim ſervitus, quamvis novus locus intermedius meus ſit. *l.* 3. §. *ſi aquam de aqua quotid. & æſt.* Ratio eſt, quia locus meus mihi ſervire non poteſt. *l. uti frui* 5. *ſi uſusfructus petatur. l. in re communi* 26. *de ſervitut. urban prædior. l. cum eſſent* 33. §. 1. *de ſervit. ruſt. prædior. l. quidquid* 10. *communia prædior.* cum autem locus medius non ſit, cui debetur ſervitus, & ſit expers retinendæ ſervitutis, conſequens eſt, ut ſervitus corrumpatur. *l. Attius* 38. *de adquir. rer. dom.* unde non eſt neceſſaria emendatio, quam excogitavit Gothofredus in *d.* §. *ſi aquam.* ſecus eſt, ſi flumen paulatim per alluvionem recedat, augendo ſenſim fundum meum, quia tunc non cenſetur alveus mutatus, ſed ampliatus fundus meus, ut dicitur in *verſ. ſed ſi alluvione.* ex quibus juris principiis multas ſingulares doctrinas, in quibus non immoror, dedocunt Bartolus *num.* 32. Jaſo *num.* 106. Ripa *num.* 111. in *d. l. quominus,* Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 35. Menochius *d. remedio* 6. *num.* 137. addendi etiam ſunt Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 12. *num.* 1. Alexander ab Alexandro *lib.* 4. *dierum genialium cap.* 5.

§. XXVII. Pro coronide admonendi eſtis, ex hoc Interdicto ſummario, quod admixtam habet cauſſam proprietatis, aliud ſummariſſimum naſci, quod tantum facto præſentis quaſi poſſeſſionis contentum eſt, quod deducitur ex *l. ſi de via* 9. *de aqua quotid. & æſt.* fingite de itinere, actu, aut via, aut de aquæductu agi Interdictis, in quibus licet brevis aliqua tamen mora judicii poſtulatur: interim aliud Remedium ſummariſſimum paratum eſt, dum ſummarium terminatur per definitivam ſententiam; nam ſi dominans eſt in aliqua quaſi poſſeſſione, defenditur in ea, & ſerviens cavet, ſe illum non inquietaturum; quod ſi non eſt in quaſi poſſeſſione, tuendus eſt ſerviens in libertate, & dominans cavet, ſe non uſurum interim, ſine præjudicio tamen non amittendæ per tempus ſervitutis, quamvis interim deſinat uti: ita prædictum textum explicant Bartolus, & Albericus in eo, Menochius *num.* 160. Mindanus *d. tit.* 11. *num.* 26. melius quam Alciatus *lib.* 6. *parerg. cap.* 24. qui aliter expoſuit, aliter etiam Duarenus *lib.* 1. *diſput. cap.* 21. aliterque Cujacius *tract.* 9. ad *Africanum* in *l. ſi priusquam* 15. *de novi operis nunciatione;* quorum intellectus refellere nec mei moris eſt, nec utilitatis veſtræ.

§. XXVIII. Nunc breviter removendi ſunt aliqui obices, qui poſſunt obſtare ſuperiori doctrinæ. Primo contra quod dixi §. 21. qui ad unum prædium ſolitus fuit aquam ducere, non poſſe ducere ad prædia poſtea adquiſita, obſtat textus in *l.* 1. §. *Illud Labeo* 16. *de aqua quotid. & æſt.* ubi permittitur ducere aquam ad prædium poſtea adquiſitum, juncta doctrina Connaoi *lib.* 4. *comment. cap.* 9. *num.* 2. qui probabiliter exiſtimat, poſſe aliis vicinis aquam communicare, & alia Bartoli *num.* 25. Jaſonis *num.* 46. Ripæ *num.* 85. in *d. l. quominus.* Cæpollæ *d. cap.* 4. *num.* 53. Menochii *d. remedio* 6. *num.* 89. poſſe me totam aquam conſumere ad libitum in meo fundo, niſi vicinos ſit in poſſeſſione fluentis; quia de aqua mihi conſtituta libere poſſum diſponere; ſed reſpondetur, ſi uni prædio debeatur, non poſſe duci ad aliud e regione, ſive jam meum eſſet, ſive illud poſtea adquiſiero: quod ſi prædium vetus ampliavero alio adjecto, poſſe me ducere ad totum prædium, ſi ſervienti non officiam; & hic eſt verus intellectus hujus textus, & doctrinæ ſecundum Accurſium & Bartolum: ſed iterum obſtat textus in *l. ex meo* 24. *de ſervit. ruſt. prædior.* ubi ex ſententia Proculi concludit Pomponius contra eundem Labeonem, qui aquæ ſervitutem habet, non poſſe vicino commodare, immo neque ad totum ſuum prædium ducere, ſi ad partem conſtituta eſt. Hotmanus *lib.* 8. *obſervat. cap.* 14. expungit *totum verſiculum Proculus.* Menochius *num.* 117. & Caballinos *de individuis parte* 3. *num.* 344. varias diſtinctiones comminiſcuntur poſt veteres, quos laudant. Mihi placet ſimpliciſſima veritas, quæ placuit Accurſio, & Antonio Fabro, & Mindano *d. tit.* 11. *num.* 11. non poſſe commodare abſolute, poſſe tamen, ſi aqua, quæ ad ſuum fundum pervenit, omnino fiat ſua, nec noceatur domino prædii ſervientis, forte quia per commodationem plus aquæ hauriatur, quam ex modo ſervitutis ad prædium dominans haurienda erat; quia modus conſtitutæ ſervitutis ſemper ſervandus eſt. *l. ſi non modus* 12. *C. de ſervitutibus.* Secundo obſtat textus in *l.* 1. §. *ſi quis hyeme* 35. *de aqua quotid. & æſt.* ubi qui uſus fuit hyeme, & non æſtate, utitur Interdicto etiam ad aquam æſtivam: ergo non requiritur uſus conformis ſervituti. Reſpondent Accurſius & Menochius *num.* 102. non gaudere Interdicto ex eo, quod hyeme uſus fuit; ſed quia in illo ſaltem anno ſemel uſus fuit: obſtat etiam textus in *l. cum conſtet* 5. §. 1. *de aqua quotid. & æſt.* ubi inter duos, quorum alter habebat aquam diurnam, nocturnam alter, convenit, ut aquam ducerent permutatis horis; & ſic duxerunt per tantum tempus, quantum ſufficeret ad amittendam ſervitutem per non uſum: quæritur an ſit amiſſa, & ſimul Interdictum amittatur? negat JCtus amitti: ergo non eſt neceſſarius uſus conformis ipſi conſtitutioni; alioquin qui alia hora utitur quam ſibi conſtituta, non videtur uti, & tempore amittit ſervitutem. *l. ſi communem* 10. §. 1. *ff. quemad. ſervit. amittantur.* ſed reſpondent Accurſius & Claſſici, & cum illis Menochius *num.* 103. qui ex cauſſa permutationis alia hora aquam ducit, merito retinere ſervitutem; quia vicinus ejus nomine utitur, & ipſe nomine vicini. Tandem obſtat *l. ult.* ubi qui habet jus aquæ ducendæ, poteſt in fundo rivum facere, quacumque velit, utique ſi ſervet civilem modum, nec nimium officiat fundo ſervienti. *l. ſi cui* 9. *de ſervitutibus.* notat Mindanus *dicto tit.* 11. *num.* 10. ergo non attenditur poſſeſſio aut vetus uſus rivi, ſed quotidie poteſt mutari; ſed agnoſcendum eſt cum Menochio & ab eo laudatis *num.* 120. *hanc legem* non pertinere ad Interdictum, quamvis ſub hoc titulo collocetur; ſed ad ipſam conſtitutionem ſervitutis: cui enim ſimpliciter ſive generaliter ſervitus conceſſa eſt vel legata, poteſt ipſe locum eligere, niſi per damnationem relinquatur; tunc enim electio heredis eſt. *l. ſi via* 26. *de ſervit. ruſt. præd.* ut communiter in hac ſchola placuit poſt Cujacium *tractat.* 5. *ad Africanum* in *l. ſi ſervus* 108. §. *cum homo de legat.* 1. Fabrum *lib.* 19. *conjectur. cap.* 14. & *de erroribus Pragmaticor. decade* 18. *errore* 9. quidquid aliter multi apud Genuam in *conciliatione earundem legum pag. mihi* 146. *& ſeqq.* Poſtquam tamen ſemel locum elegit, non poteſt amplius variare. *d. l. ſi cui* 9. addendus Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 50.

§. XXIX. Hactenus de prima parte Interdicti, ſecunda pars & brevior & facilior eſt; continet reſtitutionem damni, quod paſſus fuit dominans ex inquietatione, aut prohibitione ſervientis, in quo venit omne intereſſe prohibiti; imo ſi per prohibitionem dominans amitit ſervitutem, venit ejus reſtitutio & reſtauratio. *l.* 1. §. *præterea* 25. *de aqua quotid. & æſt.* ſervitus enim ipſo jure amittitur per non uſum, quamvis dominus non utatur propter impedimentum ſervientis. *l.* 4. §. *ſi viam* 27. *de uſucapionibus.* ut latius dixi ad *leg. Scriboniam num.* 24. ſed inſurgit ſequens ſcrupulus: ad Interdictum requiritur, ut in illo anno uſus ſit; ſed ſervitus olim biennio amittebatur, nunc decennio aut vicennio. *l. ult. C. de ſervitutibus.* dixi ibidem *num.* 19. ergo non poteſt dari caſus amiſſionis ſervitutis concurrens cum Interdicto; nam ſi elapſum fuit tempus ad amittendam ſervitutem, multo magis ad amittendum Interdictum; ſed recte reſpondent Menochius *num.* 91. & 92.

& 92. Mindanus *tit.* 11. *num.* 42. hoc intelligendum eſſe, quando extraneus prohibet, non vero ſi prohibeat dominus prædii ſervientis, nam tunc reſtauratur Interdictum, & per illud ipſa ſervitus. *l. ſi plures* 9. §. 1. *de vi & vi armata.* juncta *l.* 1. §. *competit* 25. *de aqua quotid. & æſt.* addendus Cujacius *lib.* 3. *quæſt. Papin.* in *l.* 6. §. *ſi ædes ſi ſervitus vindicetur.*

III. *De Interdicto*, DE RIVIS.

§. XXX. Ulpianus in *l.* 1. *de rivis* ex §. 2. usque ad 6. exponit terminos Interdicti: ait *rivum* dici a *ῥέω* id eſt *fluere*, & eſſe locum depreſſum per longitudinem, per quam fluat aqua. Alciatus *lib.* 2. *prætermiſſorum ad hunc tit*, *ſpecum* eſſe locum altum ſubterraneum, ex quo deſpicitur. *l.* 3. *de rivis.* notant Cujacius *lib.* 16. *obſervat. cap.* 17. Mindanus *tit.* 12. *num.* 10. *ſepta* eſſe opera manufacta ad ipſam linguam aquæ, quibus contineatur, & quaquaverſum dirigatur. *incile* tandem eſſe, teſte Feſto, locum primum depreſſum ad ipſum fontem vel flumen, quo primum aqua inciditur. Illuſtrat Menochius *de retinenda remedia* 7. *num.* 3.

§. XXXI. Ex §. *deinde* 6. & ex §. *ſi quis* 10. exponit verbum *reficere*, quod ſignificat reparare, quod corruptum eſt, vel lapſum, & in priſtinam formam reſtituere; ex quo oritur quæſtio, quæ verſatur in *d.* §. 10. an poſſit facere rivum ſigninum, qui ante habebat illum terrenum, negatque ex Ofilii ſententia, quia hoc non eſt reficere, ſed denuo facere: opus ſigninum dictum fuit a Signia Campaniæ oppido, in quo primum cœpit: docet ex bonis auctoribus Cujacius *lib.* 17. *obſervat. cap.* 22. conficitur ex teſtis contuſis, calculis & calce. Plinius *lib.* 35. *naturalis hiſtoria cap.* 19. Columella *lib.* 1. *cap.* 6. nos dicimus *argamaſa:* quare illa verba, *ſigninum id eſt lapideum*, putavit barbarum gloſſema Briſſonius apud Gothofredum in *d.* §. 10. Cujacius vero retinet, quia etiam opus illud ſolet dici lapideum; ſed quamvis aliquantulum forma mutetur, refectio permittitur, ſi mutatio neceſſaria eſt, & fit ſine detrimento, aut cum levi damno ſervientis. *l.* 1. §. *ult. l.* 3. §. 1. *&* 2. *de rivis.* Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 61. Menochius *d. remedio* 7. *num.* 16. ad hanc ſpeciem pertinet diſputatio Pomponii in *l.* 2. *de rivis.* Labeo dicebat, ex aperto rivo non poſſe fieri ſubterraneum; quia aliqua utilitas ſervienti intercipitur, ſcilicet appellendi pecus ad aquam, hoc ſibi non placere Pomponius dixit; quia hæc utilitas non provenit ratione rivi, ſed ex occaſione & per accidens, quod non eſt conſiderabile. Faber in *Juriſprudentia Papin. tit.* 1. *princip.* 1. *illat.* 3. Cujacius *tract.* 9. *ad Africanum* in *l.* 44. *de damno infecto.* unde hæc utilitas accidentalis intercepta non conſideratur, niſi mutatio ſit contraria expreſſæ conſtitutioni ſervitutis, cujus lex ad unguem obſervanda eſt, ut inquit JCtus propter obligationem perſonalem, quæ ex contractu provenit. Cujacius *eodem tract.* 9. in *l.* 33. §. 1. *de ſervit. ruſt. prædior. & lib.* 16. *obſervat. cap.* 17. Mindanus *d. tit.* 12. *num.* 24. ergo Pomponius in totum a Labeone receſſit, quidquid aliter exiſtimaverit noſter Suarez *lib.* 2. *ad leg. Aquil. cap.* 2. *ſect.* 4. *num.* 29.

§. XXXII. In *l.* 3. §. *hoc Interdictum* 4. *& ſeqq.* extant extenſiones, in quibus nihil eſt quod notem, niſi quod dicitur in §. *Ariſto*, extendi ad cuniculos, per quos aqua calida, ſive vapor trahebatur ad hypocauſtum, de quo in *l. ſi quis* 16. *mandati.* quæ erat prope balneum cella caldaria, ſive ſudatoria, in quam ignis mittebatur per tubulos parieti impreſſos ex certis canalibus, ut ibi notat Gothofredus, ſed ab Hieronymo Mercuriali diſſimulato nomine refutatus *lib.* 1. *de re gymnaſtica cap.* 9. addendi Philippus Beroaldus ad *Suetonium in Veſpaſiano cap.* 20. Alexander ab Alexandro *lib.* 3. *dierum genialium cap.* 14. eſt ergo elegans extenſio, nam ut eſt ſervitus aquæ, ita eſt ſervitus vaporis, ut a contrario ſenſu probat textus in *l. quidam* 13. *de ſervitut. urban. prædior.* pro qua competunt noſtra Interdicta, de cujus textus illuſtratione latius agunt noſtri cultiſſimi JCti Don Laurentius Santos *ibi*, & Suarez *d. ſect.* 4. *ex num.* 54. Alia extenſio eſt ad præparatoria; nam ut nemo prohibetur rivos reficere, ſic nec prohibendus eſt neceſſaria comportare ad refectionem. *d. l.* 3. §. *ult. de rivis.*

§. XXXIII. His poſitis facilis eſt explicatio noſtri Interdicti, quod eſt pars ſuperioris: per illud prohibetur, vim fieri reficienti rivos, ſi eſt in quaſi poſſeſſione ſervitutis aquæ ducendæ. *d. l.* 1. §. *aquæ* 8. *cum ſeq.* ſi rivus refectione indigeat. Mindanus *d. tit.* 12. *ex num.* 25. licet quinque requiſita ponant Cæpolla *d. cap.* 4. *num.* 113. Menochius *d. remedio* 7. *num.* 9. notanda eſt differentia inter hoc Interdictum, & illud *de itinere reficiendo*, quod ad refectionem rivi non requiritur docere de titulo; ratio eſt, quia in ipſa poſſeſſione ſervitutis ſic ponitur, & in prima parte noſtri Interdicti ad uſum ejus juſtificandus eſt: refectio vero rivi facienda eſt expenſis dominantis. Cæpolla *num.* 90. Menochius *num.* 28.

§. XXXIV. Cum Prætor prohibeat vim fieri reficienti rivos, conſequens eſt, ut non poſſit illi novum opus nunciari impune; ergo nuntiatio contemnitur. *l. de pupillo* 5. §. *ſi quis rivos* 11. *de novi operis nuntiatione. l.* 3. §. *ſi quis rivum* 8. *de rivis. l.* 1. §. *ſi quis* 13. *de cloacis.* ſed quamvis nunciatio locum non habeat, habet tamen locum reſtitutio operis, ut damnum datum reponatur, & demoliatur opus, ſi reficiens victus ſit in ſervitute. *l.* 1. §. *unde Favius eodem tit. l.* 7. *tit.* 33. *Part.* 3. docent Menochius *num.* 26. Mindanus *num.* 27. Duarenus *lib.* 1. *diſputationum cap.* 26. Pichardus in §. *ſumma num.* 273. *inſtit. de interdictis.* Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 2. *num.* 14.

IV. *De Interdicto*, DE FONTE.

§. XXXV. Interdictum *de fonte* differt a ſuperioribus ratione materiæ; illa enim competunt de aquæductu, hoc de aquæ hauſtu; ſunt enim diverſæ ſervitutes, ut conſtat ex *l. ſi prius* 17. §. *via publica*, *de aqua & aqua pluv. arc.* & eſt diverſæ naturæ ratione neceſſitatis, ad quam conceditur. *l.* 2. §. 1. *l.* 3. §. *ult. cum l. ſeq. de ſervit. ruſt. prædior.* docent Cæpolla *eodem tract. cap.* 7. *num.* 1. *&* 5. Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 17. *num.* 11. Menochius *de retinenda remedio* 8. *num.* 3. Donellus *lib.* 10. *comment. cap.* 7. *& lib.* 11. *cap.* 14. *verſ. etiam.* Cujacius in *paratitl. ad hunc tit.* cui competit hauſtus aquæ, competit iter ad hauriendam aquam per fundum, in quo eſt fons. *d. l.* 3. §. *ult.* juncta *l. ſi quis* 12. *de religioſis.* Alexander ab Alexandro *lib.* 4. *dierum genial. cap.* 5. Menochius *num.* 12. Cæpolla *num.* 6.

§. XXXVI. Igitur competit Interdictum, ſi quis prohibeatur ire ad aquæ hauſtum. *l. unica* §. *plane* 5. *de fonte.* vel haurire aquam, vel pecus appellere. §. *hoc autem* 2. de requiſitis parum eſt curandum; quia per omnia ſimile eſt ſuperiori; competit etiam ad refectionem fontis. §. *deinde* 6. *fons* eſt, qui aquam fundit, a fundendo dictus, teſte Iſidoro *lib.* 14. *originum cap.* 2. ſed nihilominus pertinet ad puteum, lacum, piſcinam, modo habeant perpetuam, vivam, & ebullientem aquam. §. *ſed & de lacu.* non tamen ad ciſternam, quæ habet aquam ex imbribus non perpetuam, ſed areſcentem. §. *hoc interdictum* 4. quia non eſt cauſſa perpetua, quam requirit conſtitutio ſervitutis. *l. foramen* 28. *de ſervit. urban. prædior.* ex quo Bartolus ad praxim deducit, ſtatutum loquens de prohibenda geſtatione perlarum intelligendum eſſe de vivis non de mortuis, id eſt de veris, non

de falſis; & prohibens veſtes ſericas, vel holoſericas, aut intexturas, ſimiliter de veris non de fictis ſive fucatis eſſe accipiendum, quam doctrinam explicat Antonius Gomez. in *l.* 45. *Tauri num.* 49. recipiuntque Alciatus *lib.* 2. *de V. S. num.* 17. Menochius *d. remedio* 8. *num.* 11. Cæpolla *d. cap.* 7. *num.* 9. Tiraquellus *l.* 3. *connubiali num.* 16.

PARS QUINTA.

De Interdictis, quæ competunt pro tuitione uſus rerum, quæ extra commercium ſunt.

I. *De Interdicto*, DE FLUMINIBUS, NE QUID IN FLUMINE PUBLICO, RIPAVE EJUS FIAT, QUO PEJUS NAVIGETUR.

§. I. Primo diſcutiemus illa Interdicta, quæ pertinent ad uſus illarum rerum, quæ ſunt ex jure gentium publicæ, qualia ſunt flumina, §. *flumina inſtit. de rerum diviſ.* inter quæ primo occurrit Interdictum *de fluminibus:* eſt probibitorium, ne quid fiat, immittaturve in flumine publico, vel in ejus ripa, quo ſtatio navis vel navigatio deterior reddatur, de quo multa comminiſcitur, importuna tamen. Mindanus *tomo* 2. *de interdictis tit.* 6. & aliqua Gaſpar Manzius in *diſputatione juridica de interdictis pag. mihi* 16. *& ſeqq.* in hoc Interdicto vix eſt, quod notandum ſit, niſi circa verba. Primo Ulpianus *l.* 1. *de fluminibus* docet, flumen a rivo magnitudine tantum differre, & exiſtimatione circumcolentium: itaque optima regula eſt ad cognoſcendum, quid ſit flumen publicum, inquirere quid æſtiment circumcolentes, ut docet Cæpolla *de ſervit. ruſt. prædior. cap.* 31. ſemper enim defertur multum publicæ hominum opinioni. *l. cum de lanionis* 18. §. *item* 13. *de inſtructo vel inſtrum. legato.* ibi: *deinde in qua præſumptione ſint, qui in quaque regione commorantur.* ex quo deducitur, verba interpretanda eſſe ſecundum communem modum loquendi, & ſolitam acceptionem illius provinciæ: notat Gutierrez *lib.* 1. *canonicarum cap.* 21. *num.* 4.

§. II. In §. *fluminum* 3. *d. l.* 1. definitur, quid ſit flumen publicum, & in §. *hoc interdictum* 4. dicitur, hoc Interdictum ad flumina publica pertinere, ſed non ad privata: *flumen privatum* eſt, quod in privato naſcitur, & per privatum defluit: docet Ripa in *l. quominus de fluminibus num.* 83. de jure fluminis privati videndus eſt eleganter Nicolaus Boerius *deciſione* 24. *per totam.* & Joannes Seldenus in *mari clauſo lib.* 1. *cap.* 21. quæ, ut JCtus ait, plerumque ſunt torrentia, quæ hyeme aut imbrium tempore fluunt: *publica* ſunt, & perennia, & quæ per loca publica defluunt, quamvis navigabilia non ſint. §. *ſed etſi* 18. licet enim propria intentio Interdicti ſit occurrere navigationi, tamen extenſum fuit ad alias commoditates, quæ ex fluminibus publicis proveniunt, nec permittitur quidquam facere, quod eas impediat, & ideo ad flumina publica non navigabilia utile tantum Interdictum competit. §. *non autem* 12. *legis* 1. ut notat Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 34.

§. III. In §. *ripa* 5. definitur ripa propter illa verba rubricæ, *ripave ejus fiat*, ut ſit, *quæ flumen continet, naturalem rigorem curſus ſui tenens.* Paulus in *l.* 3. §. 1. *de fluminibus* ſic definitivit: *quæ pleniſſimum flumen continet*, & in *l. litus* 96. *&* 112. *de V. S.* docemur, litus eſſe, *quatenus fluxus, refluxusque maris maxime pervenis, exæſtuat, excurrit.* §. *eſt autem litus inſtit. de rerum diviſ.* quas definitiones late Illuſtrant Franciſcus Ripa, qui a nomine proprio auſpicium captat in *d. l. quominus de fluminibus num.* 1. Cæpolla *de ſervit. ruſt. præd. cap.* 36. Donellus & Hillig. *lib.* 4. *cap.* 2. non tamen omnia loca circa ripam publica ſunt, ſed quæ a plano vergere incipiunt verſus aquam. *l.* 3. §. *ult. de fluminibus.* ex qua negationem expungit Cujacius *lib.* 14. *obſervat. cap.* 11. ſed ſupervacuo, quia eundem ſenſum textus reddit, ſive affirmative ſive negative legatur; ſed quod diximus, pleniſſime flumen continere, referendum eſt ad ſolitum & ordinarium curſum aquæ, non ſi imbribus, vel alio ſimili accidenti aliquando exundet; neque enim tunc ripam mutat: accidentalis exundationis cauſſæ ponit JCtus exemplum in Nilo nobiliſſimo Ægypti fluvio, qui æſtate creſcit, & irrigat agros: hujus anniverſariæ inundationis fit etiam mentio in *l.* 2. *& ult.* juxta vulgarem lectionem, *C. de alluvionibus & paludibus.* cauſſas curioſe & late inquirit vetus & puriſſimus poëta Lucretius *lib.* 5. *de natura rerum*, ubi Lambinus. Seneca *lib.* 4. *quæſt. naturalium cap.* 2. multique ex nuperis & veteribus, quos adduxit Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 4. addi poſſunt laudati a noſtro Martino Delrio ad *Herculem furentem Senecæ actu* 5. *pag. mihi* 297. Philippus Camerarius *tomo* 1. *ſubceſivarum cap.* 39. *&* 72. Proſequitur JCtus de Nilo loquens: *nam cum ad perpetuam ſui menſuram redierit, ripæ alvei ejus muniendæ ſunt.* muniebantur vero aggeribus, quæ chomata ſpecialiori nomine dicebantur; & quia ex Ægypto Romam transvehebatur frumentum ad alendum populum, qui chomata rumpebat, olim extra ordinem puniebatur. *l. in Ægypto* 10. *de extraordinariis criminibus.* ex novis Conſtitutionibus vivus comburitur, tamquam molitor in ſecuritatem imperii. *l.* 1. *C. de Nili aggeribus non rumpendis*, quæ ſub *eodem tit.* extat in *C. Theodoſiano lib.* 9. *tit.* 32. quod notatum eſt eruditis: addo, ex identitate rationis eandem pœnam voluiſſe extendere Salicetum in *d. l. unica*, & Cæpollam *de ſervit. ruſt. præd. cap.* 37. *num.* 7. *&* 8. contra eos, qui aggeres Padi apud Ferrariam corrumpunt.

§. IV. In §. *ſi foſſa* 8. extendit Interdictum de flumine ad foſſam, docetque, ſi flumen publicum faciat aliquam foſſam, & ipſam publicam fieri, per conſequensque vigere interdictionem, de qua in *noſtro tit.* foſſa enim ſequitur naturam fluminis, & præbet commoditatem navigationi, aut uſui publico: ex occaſione hac incipit quærere, quid dicendum ſit de inſula in flumine nata, de alveo a flumine derelicto, cum per alium fluere incipit, de aqua terram inundante, in quibus omnibus caſibus docet ceſſare noſtrum Interdictum, quia non fiunt loca publica, ſed privata manent, in quo non immoror, quia vulgariter tractatur in §. *inſula* 22. *cum ſeqq. inſtit. de rer. diviſ.* & a Bartolo in *tract. Tiberiadis*, & in *d. l. quominus.* ubi Jaſo & Ripa. Cæpolla *de ſervit. ruſt. præd. cap.* 33. *& ſeq.* & a Seldeno in *mari clauſo lib.* 1. *cap.* 21.

§. V. In §. *ſtationem* 13. dicitur, eſſe ſtationem, ubi navis ſtat, a ſtando ſive ſtatuendo: ſtatio & portus fere idem ſunt; niſi quod hæc ſubci-

lis

lis differentia conſideratur ab Alciato, Cujacio, Goeddæo, & Gentili in *l. portus* 59. *de V. S.* quod ſtatio eſt locus munitus & concluſus, ubi navis conſiſtere tuto poſſit anchoris ſuis fundata: portus vero eſt, cum commercio & negotiationi deſervit, dictus a comportandis mercibus. *l. Cæſar* 15. *de publicanis & vectigalibus.* ſinus maris minus ſignificat, ſcilicet locum non tam munitum, ſive ſtationem minus ſecutam navibus, nos dicimus *enſenada o baja*, ut de inſula Tenedo dixit Virgilius *lib.* 2. *Æneidos illo verſu:*

Nunc tantum ſinus & ſtatio male fida carinis.

§. VI. In §. *ait Prætor* 14. ad explicationem illorum verborum rubricæ, *quo pejus navigetur*, docet JCtus, *navigii* verbum aliquando ſolere ſignificare navigationem ipſam, aliquando navim; hæc frequentior acceptio eſt, illa invenitur in *l. qui Romæ* 122. §. *Callimachus de V. O.* Navis etiam appellatione continentur rates, & deterius iter navigationi fieri intelligitur, ſi via terreſtris impediatur; quia multoties rates aut navigia funibus per terram trahuntur, ut poſt Accurſium notat Mindanus *d. tomo* 2. *de interdictis tit.* 6. *num.* 34. de differentiis navium videndi ſunt ex veteribus Nonius Marcellus *cap. de genere navigiorum.* Divus Iſidorus *lib.* 19. *originum cap.* 1. & ex nuperis Briſſonius *lib.* 12. *de V. S.* Claudius Salmaſius latiſſime in *obſervationibus ad jus Atticum*, quædam etiam adducunt Guidus Pancirollus, & Henr. Salmuth ejus annotator *lib.* 1. *memorabilium. tit.* 38.

§. VII. His poſitis intentio Interdicti eſt prohibere, ne quid fiat in flumine, foſſa, vel in mari, aut in litore maris, quo pejor & difficilior reddatur navigatio; nam & ad mare pertinet hoc Interdictum. *d. l.* 1. §. *ſi in mari* 17. ex quo fit, ut nec pontem ſupra flumen poſſit privatus facere, quamvis ex utraque regione domos vel loca privata habeat. *l. ult. de flumin.* ut nec ſupra viam publicam poteſt facere pontem, nec ſubter viam ſpecum aut cuniculum, ſive iter ſubterraneum. *l.* 2. §. *ſcio* 35. *ne quid in loco publico.* ut explicat Cujacius *lib.* 16. *obſervat. cap.* 17. ratio eſt, quia per pontem impeditur iter navigii, id eſt navium tranſitus; & in via publica impeditur plauſtri onuſti tranſitus; per cuniculum vero via ipſa excavatur, & poteſt corrumpi, labefactari, aut ſubmergi, ſi diruatur pavimentum cuniculi: alios modos, quibus navigatio deterior poſſit reddi, habetis in §. *deterior* 15. nihilominus hoc Interdictum exceptionem admittit, ut docemur in §. *Labeo* 16. ubi elegans hujus exceptionis declaratio exponitur, videlicet non eſſe ſic concipiendam, *facio tuendæ ripæ cauſſa*; ſed ita, *facio uti licet facere ſecundum leges:* ſenſus eſt, ſi implaretur Interdictum adverſus eum, qui aliquid in ripa facit; aliquando poteſt ſe exceptione defendere; ſed non eſt ſatis concipere illam de munitione ripæ, quia faciat ripæ muniendæ cauſſa, hoc amplius debet adjicere, licite & jure permittente facere, id eſt ex cauſſa neceſſaria & ſine damno publico vel accolentium. *l.* 1. §. *ſunt qui putent* 6. *ff. ne quid in loco publico.* Ex his textibus recte notavit Mindanus *tomo* 1. *commentario* 23. *per totum*, exceptiones admitti in Interdictis, dummodo eorum intentioni obſtent ex diametro, eamque elidant ſummaria cognitione: notant etiam Accurſius, Albericus, & Gothofredus in *d.* §. 16. exceptiones concipiendas eſſe ſecundum formam juris, & peremptorie ad excludendam intentionem actoris, non inepte nec præter rem, quod etiam difficultate caret.

§. VIII. Secunda pars hujus Interdicti proponitur in *d. l.* 1. §. *deinde* 19. *cum* 3. *ſeqq. de flumin.* eſt reſtitutoria, ut factum vel immiſſum tollatur, & locus reſtituatur priſtinæ formæ: eſt autem concepta in rem, ideo competit adverſus heredem, & quemcumque ſucceſſorem, quod qualiter accipiendum ſit, latius exponam infra ad *tit. ne quid in loco publico* §. 30.

II. *De Interdicto*, NE QUID IN FLUMINE PUBLICO FIAT, QUO ALITER AQUA FLUAT, ATQUE UTI PRIORE ÆSTATE FLUXIT.

§. IX. Hoc Interdictum parum diſtat a ſuperiori; propoſitum eſt, ut nemo audeat aliquid facere, ſive immittere in flumine publico, ſive in ejus ripa, quominus aqua fluat, ut priori æſtate fluxit: illud propoſitum fuit ad tuendam navigationem, hoc ad tuendum ſolitum rigorem fluminis publici, ut dicitur in *l. unica* §. *ait Prætor verſ. quod autem ne quid in flum. publ.* multum enim commoditatis affert decori publico & accolentibus, ne flumina perpetuis continuiſque derivationibus aquarum exareſcant nimis, vel minus excreſcant, ut legitur in §. 1. adeo, inquam, hoc Interdictum parum diſtat a ſuperiori, ut Labeo, qui floruit ante ordinationem perpetui edicti, illud Interdictum prius, quod propoſitum fuit propter flumina navigabilia, & de tuenda navigatione, extenderit ad alia flumina publica, etiam non navigabilia, propter prædictas commoditates, & ita forſan vere intelligendus eſt textus in *l.* 1 §. *non autem* 12. *verſ. ergo de fluminibus.* eadem etiam ratione & propter utriusque Interdicti congruentiam de utroque ſimul egit Ulpianus ſub *eodem lib.* 68. *ad Edictum*, ut conſtat ex *l.* 1. *in utroque titulo. rigor fluminis*, id eſt corpus ſolitum fluminis, ſumitur ab æſtate potius quam ab hyeme. §. *hic autem* 8. quia æſtate certior eſt tenor fluminis; hyeme enim exundat imbribus, & ideo in *noſtra rubr.* dicitur *ut priori æſtate fluxit*, nec fit mentio totius anni, & multo minus hyemis: quid ſit æſtas & qualiter accipienda ſit etiam in hoc Interdicto, expoſui ſupra *parte* 4. §. 17. eſt quoque reſtitutorium, ſi jam opus factum ſit. §. *deinde* 11. *cum ſeqq.* ut dixi ſuperiori Interdicto, & utrumque cuilibet de populo competit, cum publice interſit, ne flumina aut eorum ripæ privatis operibus, aut ædificationibus occupentur, quam ob rem prohibere poſſunt opus facientem, & adverſus eum, qui impedit, uti noſtris Interdictis. *d. l.* 1. § *hoc Interdictum* 9.

§. X. Sed in en, quod diximus, Prætorem non permittere, flumen publicum diminui per derivationes aquarum a privatis factas, inſiſtendum eſt: obſtat enim acriter textus nobiliſſimus in *l. quominus* 2. *de fluminibus.* ubi docemur, nihil impedire, quominus ex flumine publico aqua ducatur, additis his exceptionibus, niſi Imperator vel Prætor vetet, vel niſi ea aqua ad uſum publicum ſit, vel niſi publicum ſit flumen, & ſimul navigabile, vel ex eo aliud flumen navigabile fiat: cum quo textu concordat alius in *l. ſi autem* 10. § *ult. de aqua & aqua pluvia arcenda.* hic textus ita expenditur; ex ratione naturali unicuique licet profluentem aquam fluminis in ſuos uſus convertere, quia eſt de communibus per naturam, quæ cedunt cuicumque occupanti & ſibi appropriantì. §. 1. *inſtit. de rer. diviſ.* ut agnoſcunt Bartolus in *d l.* 2. *num.* 27. & contra Jaſonem Franciſcus Ripa *num.* 6. 47. & 98. Gregorius Lopez in *l.* 18. *gloſſa* 1. *tit.* 32. *Part.* 3. Mindanus *tit.* 6. *num.* 52. ſed hanc facultatem coarctat Prætor per noſtrum & per ſuperius Interdictum: ergo hæc Interdicta obſtant rationi naturali, quam antinomiam valde difficilem putarunt multi relati a Genua in *lib. legum conciliatarum pag.* 731. *ex num.* 164. mihi tamen non videtur admodum ardua, quoniam licet communia per naturam cuilibet occupanti pateant, ex quibus unuſquiſque poteſt ſibi appropriare, quantum velit, vel quanto indigeat ex illa facultate naturali, & ex terminis primi ju-

ris naturalis permiſcui; tamen major ratio naturalis exigit, ne unius lucrum vel compendium cedat in commune detrimentum, aut utilitatis publicæ, aut rei ruſticæ, aut navigationis, ut in ſpecie probat textus elegans in *l. Imperatores 17. de ſervit. ruſt. præd.* Quare ut modus ſervetur, æquum immo neceſſarium fuit, ut uſus & occupatio rerum communium reſervaretur rectæ Principis ſubordinationi & diſpenſationi, ad quem ſpectat flumina ripaſque tueri, & ideo hæc annumerantur regalibus in *cap. 1. quæ ſint regalia in uſibus feudorum*, ut cum judicio docuit Ripa *ubi proxime num.* 14. vel Prætoris, qui vice Principis eadem tuetur; idcirco facultas, quæ Principi attribuitur in *d. l. 2. de fluminibus*, tribuitur Prætori in *d. l. 1. §. 1. eodem tit.* quæ antinomia nullum majus myſterium claudit: itaque virtute juris naturalis permiſſivi cuilibet licere ex flumine publico non navigabili aquam deducere dicendum eſt cum Duareno *lib. 1. diſp. cap.* 52. Cæpolla *de ſervit. ruſt. præd. cap.* 31. *num.* 6. per textum in *l. 3. in princip. & §. 1. de aqua quotidiana & æſtiva.* quidquid contrarium tentet Antonius Faber in *Rat. ad d. l. Imperatores* 17. Cæterum ſi navigabile flumen ſit, vel ex eo aliud flumen navigabile fiat, vel ipſius fluminis forma mutetur, tunc ex majori & magis ſtricta ratione naturali interdicitur privatis aquam ex flumine publico deducere, niſi implorata Principis licentia, qui examinet, an tale ſit publicum detrimentum, ut debeat denegari: docent Cæpolla *d. cap.* 31. *num.* 6. Menochius *de retinenda remedio* 4. *num.* 51. Pancirol. *lib.* 3. *variar. cap.* 10. Ripa in *d. l.* 2. *num.* 16. Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 3. *lit. F.*

§. XI. Hoc Interdictum exponitur eleganter apud nos in *l.* 18. *tit.* 32. *Part.* 3. ubi primo ſtatuitur, privatum ad ripam fluminis publici poſſe in ſuo ſolo molendinum facere, in quo nullam exigit licentiam, poſſe etiam facere illud in ſolo concilii, & tunc exigit concilii licentiam, vel in ſolo Regis, præcedente tamen facultate regia, quod poſſe fieri docet, quamvis ex conſtructione molendini lucrum vicino auferatur; dummodo curſus ſolitus aquæ neque impediatur, neque turbetur, neque immutetur; hinc oritur quæſtio a Pragmaticis antiquis valde agitata, an liceat cum præjudicio vicini inferioris in parte ſuperiori molendinum conſtruere? vel poſſit ſuperior dominus aquam deducere ad irrigandos agros cum præjudicio inferioris? hic non quærimus de lucro intercepto, (quale eſt plura molendina facere, ut plures molant) hoc enim non eſt in conſideratione. *d. l.* 18. ſed de præjudicio illato propter derivationem aquarum; & quidem ſi aqua omnibus ſufficit, non eſt quæſtio, ut cenſuit Bartolus in *d. l. quominus num.* 12. ſed dividenda eſt per horas vel menſuram, *argum. l. 2. §. ult. de ſervit. ruſt. præd. l. Lucio 4. l. cum conſtet 5. de aqua quotidiana & æſtiva.* ut ibidem dixi: quod ſi omnibus aqua non ſufficiat, & deductio ſuperioris inferiori noceat, nihilominus dicendum eſt, mero jure poſſe ſuperiorem aquam deducere; nulla enim ratio eſt, quæ deductionem prohibeat, cum tam ipſi quam inferiori facultas naturalis ſit deducendi aquam, ut *argum. l. 2. §. merito cum ſeqq. ff. ne quid in loco publico* docent Accurſius in *d. l. quominus de fluminibus*, & ibi Bartolus *ex num.* 2. *uſque ad* 7. late & diſtincte Ripa *ex num.* 24. *uſque ad* 42. Nicolaus Boerius *deciſione* 125. quæ facultas cum naturalis ſit, nullo tempore amittitur, & ideo licet numquam duxerit, poteſt hodie incipere. Bartolus *ubi proxime num.* 27. quod efficiet, ut ſuperior prius utatur, & horis commodioribus, deinde aqua ad inferiorem decurrat; cæterum ſi ſuperior velit curſum aquæ fluminis alio avertere, vel ejus ſolitum rigorem mutare, ne ad vicinum defluat, redditur Interdictum, ut fluat ſicut priori æſtate fluxit, quod quia primo & principaliter reſpicit utilitatem vicini, & per conſequentiam vertitur publica utilitas, forſan dicitur utile non directum in *d. l. 1. §. non autem* 12. *verſ. ergo de fluminibus.* vel competit actio de aqua & aquæ pluviæ arcendæ, ne aliter aquam mittat, quam natura fluere ſolet. *l. 1. §. item ſciendum* 13. *de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione*, quæ generalior eſt quam Interdictum; quia hoc pro flumine publico tantum competit, illa etiam pro aqua ex torrenti, vel pro quacumque deſtuctione aquarum, & hæc actio dicitur negatoria, quia ejus intentio eſt facere flumen, vel rivum torrentem liberum, ut decurrat curſu ſolito. Bartolus in *d. §. item ſciendum.* quinimo ſi opus in ſuo ſolo faciat aquæ avertendæ cauſſa a ſolito curſu, & mihi noceat, poſſum ei novum opus nunciare. *l. de pupillo 5. §. meminiſſe 10. de novi operis nunciatione.* vel ſi clam aut violenter in ſuo aliquod opus facit, vel aggeres tollit ad detinendum fluxum aquæ, quod vi aut clam agi poteſt. *l. 1. §. parvi 2. ff. quod vi aut clam.* vel actione in factum prætoria, ad quam ex uſu fori hæc omnia remedia reducta ſunt. *§. ult. inſtit. de interdictis.* quæ latius & cum judicio proſecutus fuit Franciſcus Ripa in *d. l. quominus num.* 46. omnino legendus.

III. *De Interdicto*, UT IN FLUMINE PUBLICO NAVIGARE LICEAT.

§. XII. Hoc etiam Interdictum pars eſt utriuſque antecedentis, ut ex epigraphe *legis unicæ ut in flum. publ. navig. lic.* conſtat, quæ eſt Ulpiani ex *eodem lib. 68. ad Edictum.* totus fere ejus tractatus verſatur circa explicationem terminorum, nempe quid ſit foſſa, lacus, ſtagnum, quod clare exſequitur Ulpianus in *l. 1. ut in flum. publ. navig. lic.* & poſt eum Cæpolla *cap. 30. de ſervit. ruſt. præd.* Hillig. ad Donell. *lib. 4. cap. 27. lit. D.* Briſſonius & alii in iiſdem verbis. Intentio Interdicti eſt prohibere, ne impedimentum vel vis fiat volenti navigare per flumen publicum navigabile, vel per lacum, aut per ſtagnum navigabilia, comparatur quartæ parti Interdicti *ne quid in loco publico* in *l. 1. §. 1. ut in flum. publ. navig. lic.* quoniam per eam etiam prohibetur vim fieri volenti ire, agere per viam publicam. *l. 2. §. ult. ff. ne quid in loco publico.* ſed contra ſic argumentor: qui alterum per vim & violenter prohibet in mari piſcari vel navigare, actione injuriarum tenetur non Interdicto. *l. 2. §. ſi quis in mari 9. ff. eodem tit.* igitur idem dicendum eſt de prohibente navigare per flumen vel ire per viam: hac difficultate moti Accurſius in *d. §. ſi quis in mari*, & in *l. 1. ut in flum. publ. navig. lic.* verbo *interdicam*, & Cujacius in *paratitl. ad eund. tit.* exiſtimant, hæc duo Interdicta non eſſe propria & directa, ſed utilia; mihi tamen hic intellectus non placet, cum videam ex ipſis verbis Prætoris proficiſci ut cætera, quæ ſunt directa: quare exiſtimo diſtinguendam eſſe vim apertam, per quam quis detruditur a navigatione vel ab itinere, a vi vel impedimento facto per aliquod opus, quod impedit tranſitum, vel ſi aliquo prætextu quaſi juridico impediatur: in vi aperta datur injuriarum actio. *l. injuriarum 13. §. ult. l. ſane 14. de injuriis.* propter cætera vero impedimenta redduntur hæc Interdicta, nec amplius eſt, quod in noſtro notemus.

IV. *De Interdicto*, DE RIPA MUNIENDA.

§. XIII. Prima pars hujus Interdicti eſt prohibitoria, ne vis fiat volenti reficere ripam fluminis publici, & eſt ad inſtar Interdicti *de via publica reficienda*, ut JCtus ait in *l. 1. de ripa mun.* cuilibet autem de populo volenti ripam reficere facultas competit, modo reficiat ſine damno accolentium, vel publico, ut dixi ſupra *de fluminibus:* extenditur ad foſſam, lacum vel ſtagnum, ut

ut ſuperius Interdictum. *d. l.* 1. §. *ult.* ſecunda pars Interdicti eo tendit, ut ſi vicinus, qui prope ripam prædia poſſidet, ex refectione aliquod damnum metuat, poſſit ſibi adverſus reficientem conſulere interpoſita cautione de damno infecto, quod periculum extenditur usque ad 7. annos numerandos ex die refectionis ripæ; quia quod de præſenti non cernitur, poteſt in ſuturo evenire, quæ eſt etiam pars & qnidem elegans illius Edicti propoſita in *l. ait Prætor* 7. *in princip. verſ. de eo. l. ſi finita* 15. §. *deinde* 2. & §. *quod ait* 5. *cum ſeqq. de damno infecto*, & apud Paulum *lib.* 5. *ſent. tit.* 9. ubi Cujacius. hæc ſtipulatio cum ſit de damno futuro, ante opus factum interponenda eſt; quod ſi ex poſtfacto interponatur, nullius eſt momenti: cæterum ſi non fuerit interpoſita, & damnum ex refectione vicino detur, actione ex lege Aqnilia experiendum eſt. *l.* 1. §. *etenim* 5. *de ripa mun.* & hæc eſt differentia inter legem Aquiliam, quæ reſpicit retro præteritum damnum, & edictum de damno infecto, actionemque aquæ pluviæ arcendæ, quæ reſpiciunt damnum futurum. *d. l. Prætor* 7. §. 1. *de damno infecto. l. ſupra iter* 11. §. *officium. l. Antæus* 14. §. *in hoc judicium de aqua & aqua plavia arcenda.* ut ex noſtro textu & aliis notat Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 2. *ſect.* 4. *a principio.* ſimilis eſt deciſio textus in *l. ſi fiſtulæ* 18. *de ſervit. urb. præd.* in qua ſi damnum mihi dent fiſtulæ ædibus meis applicatæ, per quas aqnam ducas, poſſum ob futurum damnum exigere cautionem de damno infecto, vel ob præteritum agere in factum ex lege Aquilia, quia in hoc caſu non refector ut in præcedenti, ſed fiſtulæ mihi damnum dant, *argum.* §. *ult. inſtit. de lege Aquilia.* ſic diſtinguendæ ſunt actiones cum eodem Suarez *d. cap.* 2. *ſect.* 5. *num.* 16. contra Accurſium & Antonium Fabrum in *Rational. ad d. l. ſi fiſtule.* qui ſimul utramque actionem competere non recte exiſtimarunt.

V. *De Interdicto*, NE QUID IN LOCO PUBLICO VEL ITINERE FIAT.

§. XIV. Hoc celebre Interdictum quatuor partes continet, de quibus ſingulis ſigillatim agendum eſt, & ſuis locis ex ordine proponentur. Prima extat in *l.* 2. *in principio ne quid in loc. publ.* verba prohibitoria ſunt, *ne quid in loco publico facias, neve in enm locum immittas, qua ex re quid illi damni detur.* noto illud verbum *illi*, ex quo apparet, hoc Interdictum damno privatorum conſulere, quatenus cuicumque privato competit jus utendi publicis rebus. *d. l.* 2. §. *& tam publici* 2. publici appellatione continentur omnia loca uſui publico deſtinata. §. *publici* 3. & §. *ad ea* 5. ubi referuntur areæ, inſulæ, ngri, viæ, & itinera: notat Donellus *lib.* 4. *comment. cap.* 1. ubi Hillig. *lit. B.* continentur etiam mare & ejus litus; eatenus enim in eo licet ædificare, quatenus ex ædificio nemo damnum ſentiat. *d. l.* 2. §. *adverſus* 8. *l. litora* 3. §. 1. *cum l. ſeq. ne quid in loc. publ.* faciunt textus in *l. ſicut* 8. §. *Ariſto* 5. *ſi ſervitus vindicetur. l. ſi quis ſepulchrum* 12. *in fine principii de religioſis & ſumptibus funerum.* adeo ut, qui ædificat cum litoris vel privati damno, poſſit manu prohiberi. *l. litora* 50. *de adquir. rer. dom.* docent Cæpolla *de ſervit. urban. præd. cap.* 41. *num.* 6. Donellus *d. lib.* 4. *cap.* 9. Joannes Seldenns in *mari clauſo lib.* 1. *cap.* 14. *in fine.* Hugo Grotius *de jure belli & pacis lib.* 2. *cap.* 3. §. 9. & multo melius licet novum opus nuntiare ob eam rem ædificanti in loco publico cum damno alterius. *l.* 1. §. *nunciatio* 16. *cum l. ſeqq. de novi operis nunciatione. l.* 2. §. *ſi tamen* 18. *ne quid in loc. publ.* Donellus *lib.* 15. *comment. cap.* 46. Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 4. Giohanius in *d. l. litora* 50. tuitio enim loci publici ad principes pertinet, & eorum vice ad Prætores eo modo, quo diximus ad eos pertinere tuitionem rerum ex jure gentium publicarum ſupra ad *tit. ne quid in flumine publico.*

§. XV. Ex quo apparet, hoc Interdictum non pertinere ad res fiſcales. *d. l.* 2. §. *hoc interdictum* 4. ubi extat ratio, *res enim fiſcales quaſi propriæ & privatæ principis ſunt.* concordant textus in *l. bene a Zenone* 3. *C. de quadriennii præſcriptione. l. ult. C. ne rei dominicæ vel templorum.* textus elegans in *l.* 3. §. *ſi in locis* 10. *de jure fiſci.* ubi diſtinguuntur loca fiſcalia a publicis & religioſis quaſi diverſi generis: notant Ræyardus *lib.* 4. *variar. cap.* 4. Cæſar Bulengerus *lib.* 3. *de Imperio Romano cap.* 23. *verſ. plura.* Amaya in *rubr. C. de jure fiſci num.* 10. maxime *num.* 20. non ergo curat Prætor de locis fiſcalibus in hoc Interdicto, rationem reddit etiam JCtus, *quia eorum Præfecti judices ſunt.* Briſſonius *lib.* 3. *ſelectar. cap.* 19. *prope finem* loco illius verbi *eorum* repoſuit *ærarii*, quem pro more ſequitur Gothoſredus in *d.* §. 4. & in *l. Arrianus* 42. *de jure fiſci.* ſed Mindanus *tomo* 2. *de interdictis tit.* 3. *num.* 13. nihil mutat; mihi vero elegans videtur emendatio, nec vulgaris lectio diſplicet, cum videam eundem ſenſum ex utraque poſſe elici; quoniam Præfecti ærarii Romæ de omnibus cauſſis fiſcalibus cognoſcebant. *l. ſenatus* 15. §. *tribus* 4. *l. Arrianus* 42. *de jur. fiſci. l. cum hi* 8. §. *transactiones* 19. *ff. de transactionibus.* Procuratores vero Cæſaris cognoſcebant in provinciis. *l. nec quidquam* 9. §. 1. *de officio Proconſulis. l.* 1. & *toto tit. de officio Procurat. Cæſaris.* cum aliis, quas ſedulo congerit Briſſonius *d. lib.* 3. *cap.* 18. & 19. quem videtur legiſſe, quamvis diſſimulet, Lipſius ad *Tacitum lib.* 13. *annalium annotatione* 89. addendi Goveanus *lib.* 2. *de juriſdictione num.* 49. Georgius Eberlinus *de origine juris cap.* 19. *ex num.* 7. & cum multis Hillig. ad Donell. *lib.* 17. *cap.* 10. *lit. A.*

§. XVI. Tota ratio hujus Interdicti extat in *d. l.* 2. §. *& tam publicis* 2. ubi docemur, cuicumque hoc Interdictum competere, quia tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet de populo ad prohibendum, cui ſententiæ varios intellectus aſſignat poſt Bulgarum Accurſius *verbo ad prohibendum:* mihi placet expoſitio Joannis, quam ſequitur Bartolus etiam; ut quemadmodum omnes ſumus pares ad obtinendum uſum publicarum rerum, ſic omnes habemus par jus ad prohibendum, ſi quis cum noſtro incommodo velit uti, quia in pari jure potior eſt conditio prohibentis. *l. an unus* 11. *ſi ſervitus vindicetur. l. Sabinus* 28. *communi divid. l.* 3. §. 1. *de novi oper. nunciat. cap. in pari* 56. *de regul. jur. in* 6. cui ſimile eſt aliud axioma: in pari cauſſa melior eſt conditio poſſidentis: docent Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 6. *num.* 3. Cujacius *lib.* 8. *quæſt. Papin.* & ibi omnes Claſſici in *d. l. Sabinus.* Pichardus *princip. inſtit. de interdictis num.* 209. & *ſeq.*

§. XVII. Quis cenſeatur facere contra prohibitionem hujus Interdicti, paucis explicabimus, ſi dixerimus, eum intelligi, qui in ſolo publico aliquid facit, ex quo damnum reſultet cauſſæ publicæ vel privatis: exempli gratia, ſi quis ex mæniano ſuo velis immiſſis habeat, quo vicinum luminibus officiat, quamvis in ſuo immittat, tamen quia obſcurat aërem, redditur utile Interdictum. *l.* 2. §. *cum quidam* 6. *ne quid in loc. publ.* mæniana, teſte Feſto, dicta ſunt a Mænio Cenſore, qui primus in foro Romano ultra columnas tigna projecit, quo ampliarentur ſuperiora ſpectacula: cum enim vendidiſſet domum, quam in foro habebat excepta columna, quam ad ſpectandum reſervavit, tigna inde projecit, atque tabulatum contruxit, ex quo ipſe & poſteri ſpectarent, ut poſt Aſconium Pedianum, & Porphyrionem notant Hieronymus Philander ad *Vitruvium de architectura lib.* 3. *cap.* 1. & Briſſonius *de verbis juris verbo mænianum*, omiſſis Accurſio in *d.* §. 6. &

Cæpolla *de ſervit. urb. præd. cap.* 61. *num.* 1. mænianum vero diſtat ab immiſſo; quod mænianum ſuſpenditur trabibus, nec in columnis requieſcit, nos dicimus *boladiſo*: immiſſum vero eſt, quod requieſcit in columnis, apud nos *ſoportal. l. malum* 242. §. 1. *de V. S.* ubi appellatur projectum, quod in noſtro textu mænianum. *l. penult. C. de ædificiis privatis.* Cæpolla *ubi proxime num.* 2. & 3. Franciſcus Morius Grapaldus *lib.* 2. *de partibus ædium cap.* 12. *pag. mihi* 353. mænianum totum eſt poſſeſſoris. *l. ſervitutes* 20. & ibi Albericus *de ſervit. urban. præd.* ſed licet aër ſurſum totus ſit poſſeſſoris, tamen qua ad terram vergit deorſum, publici juris eſt. *l.* 1. *l. cujus ædificium* 24. *eodem tit. l. ult.* §. *penult. quod vi aut clam.* Cæpolla *cap.* 61. *ex num.* 7. *usque ad finem.* velum in militia ſignificat tabernacula ex pellibus vel linteaminibus confecta; in urbe vero ſignificat umbellas ex lino, carbaſo, aut cannabi factas: late Lipſius in *lib. de amphitheatro cap.* 17. & 18. ex quibus patet ſenſus *noſtri* §. ut nemo poſſit umbellam ſuſpendere ex projecto ſuo, ſi obſcuret ædes vicini; quamvis enim ex ſuo ſuſpendat, obſcurat aërem, qui eſt publici uſus.

§. XVIII. Ex quo explicandus eſt textus difficilis in *l. ult.* §. 1. *de ſervit. urban. præd.* ſpecies eſt: Lucius Titius aperuit parietem domus ſuæ, & januam in publico aperuit, quatenus rigor ſtillicidii & tignorum protectus competebat: rigor ſtillicidii eſt ſpatium illud, quod canales in ſolum defluentes occupant, dicitur rigor a rectitudine, ut docet Azonis gloſſa ad *hunc text.* & poſt eam Cujacius *lib.* 10. *obſervat. cap.* 2. Duarenus *lib.* 1. *diſp. cap.* 32. protectus tignorum idem ſignificat, nempe illud ſpatium, quod continent tigna domus & tabulata: nos ita efferimus, *dentro de el ambito i pertenencia de ſu caſa.* ſed quamvis januam in publico aperuiſſet, non officiebat itineri publico, nec vicinorum luminibus, nec ſolito ſtillicidiorum curſui aut caſui, quæſitum fuit, utrum vicinus aliquam actionem habeat ad prohibendum? & negat Scævola habere; ratio eſt facilis, quia ita re ſua uſus fuit, ut nemini damnum inferret, & ita uſus fuit aëre publico, ut ex eo nullum damnum alii eveniret; quod vero adjiciunt de malitia aperientis januam Cæpolla *de ſervit. urban. prædior. cap.* 41. *num.* 8. & 9. & *cap.* 62. *num.* 4. & 5. noſter Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 2. *ſect.* 4. *num.* 32. ad rem facere non cenſeo; ſed merito dubitant interpretes, quænam potuiſſet eſſe ratio dubitandi in hoc textu, cum ex facultate naturali cuilibet permiſſum ſit in ſuo pariete januam aperire. Cujacius *lib.* 13. *obſervat. cap.* 27. & *lib.* 1. *reſponſorum Scævolæ* in *d. l. ult.* cenſet rationem dubitandi in eo conſiſtere, quod vicinus ex quadam invidentia nolebat pati, ut janua contra ſe vel ex regione domus ſuæ aperiretur, vel forſan, quia per repercuſſionem in pariete ſuo capiebat domus vicini lucem de cœlo, & aperto pariete ceſſabat repercuſſio: ſed hæc ratio dubitandi non ſatisfacit illis verbis, *neque itineri officeret &c.* quia apertus paries vel cæcus nihil ad iter pertinet: melius ergo Accurſius *verbo aperuit* interpretatur illa verba *januam in publico aperuit*, id eſt fores in viam publicam rejecit, nos dicimus *echo el batiente de las puertas aſi a fuera*, ut faciebant illa ætate Veronenſes, licet jam ætate Cæpollæ non ita obſervaretur, ut teſtatur ipſe *d. cap.* 42. *num.* 1. qui ſequitur Accurſii explicationem, ut & Baldus, Angelus, Fulgoſius, & Antonius Faber in *d. l. ult.* Duarenus *d. lib.* 1. *cap.* 32. qui ex Aſconio Pediano & Plinio *lib.* 36. *naturalis hiſtoriæ* probat, hunc morem Romæ etiam viguiſſe, & nonnullis præmii loco fuiſſe datum, ut in viam publicam fores rejicerent, quod immerito negat Cujacius *d. cap.* 27. ſenſus ergo patet; ſi quis aperto pariete januam ſive fores in publico aperiat, id eſt in vicum publicum rejiciat, ſed ita eas aptet ſuo parieti *a ſupertenentia*, ut nec tangat vicini januam, nec ejus lumina obſcuret, nec officiat publico itineri, nec vicinorum ſtillicidiis, optimo jure facere nec prohiberi poſſe; quia licet publico aëre utatur ad fores claudendas & aperiendas, utitur tamen ſine ullius damno, ſecus ac in *d. l.* 2. §. *cum quidam* 6. *ne quid in loc. publ.* & hunc ſenſum etiam cenſeo eſſe Harmenopuli *lib.* 2. *promptuarii tit.* 4. *cap. de apertione veſtibuli*, ubi ita interpretatur *d.* §. *ult. non recte quis vicinum prohibet januam in publico aperire intra ſuum ex tegulis ſtillicidium, dum ne viciat aut publico itineri officiat.* quam ad ſuum ſenſum fundandum hoc loco utatur Cujacius; ſed nec placet, quod ex hoc textu deducunt Baldus, Angelus, & Fulgoſius in eo, & Cæpolla *d. cap.* 42. *num.* 4. ſpatium exiſtens ſub ſtillicidiis meis, ad me proprietatis jure pertinere; quia contrarium ex hoc loco probatur; ſiquidem non aliter eo uti poſſum, quam ſine damno publico aut vicinorum, ut *ſuperiori* §. dixi.

§. XIX. Pertinet etiam ad hanc partem difficilis deciſio textus in *d. l.* 2. §. *ſi quis* 7. *ne quid in loc. publ.* ubi docemur, ſi voluit quis reficere, quod ædificatum habet publico in loco, poſſe per hoc Interdictum prohiberi; facere enim videtur qui reficit, ad quam ſententiam fundandam tanquam difficilem utitur Ariſtonis auctoritate: poſſet forſan quis contrarium reſpondere; quia ædificatione prohibita non cenſetur prohibita refectio. *l. ult.* §. *illud C. de Judæis. cap. conſuluit* 7. *extra eodem tit.* ubi Judæis prohibitum eſt novas ſynagogas conſtruere, non tamen veteres reparare: ex eadem ratione fructuarius, qui nova ædificia fabricare non poteſt. *l. uſufructuarius* 44. & 61. *de uſufructu.* non ſolum poteſt ſed tenetur vetera ædificia reficere. *l. uſufructu* 7. §. *ult. eodem tit.* idem judicibus circa opera publica non facienda, ſed tamen reficienda præcipitur in *l. nemo. l. intra urbem* 5. *l. ult. C. de operibus publicis.* atque in caſu refectionis veterum fortalitiorum, quæ permiſſa cenſetur, quamvis nova conſtructio inhibeatur: utitur Antonius Gomez. in *l.* 46. *Tauri num.* 15. & 16. addendus cum aliis Bovadilla *lib.* 3. *politicæ cap.* 5. *num.* 13. deinde quia in *d. l.* 2. §. *ſi quis nemine* 17. *ne quid in loco publ.* dicitur hoc Interdictum eſſe prohibitorium, non reſtitutorium, id eſt pertinere ad opera facienda in publico, ne fiant, non vero ad facta, ne ruinis urbs deformetur; & ideo in hac parte comparatur edicto de novi operis nunciatione. *l.* 1. §. *nunc videamus* 15. *cum* 2. *ſeqq. de novi oper. nunc.*

§. XX. Verum ut hunc textum exponamus, obſervandum eſt, hoc Interdictum diverſimode conſiderari, prout diverſum damnum eſt, quod reſultat ex opere facto in loco publico; quia ſi nocitum eſt privato, prohibitorium tantum eſt non reſtitutorium; quod ſi publicæ cauſſæ officiatur, & prohibitorium eſt & reſtitutorium: Donellus *lib.* 4. *comment. cap.* 4. quia opera facta etiam diruuntur, vel aliquando publicantur, ut factum recenſet olim Dionyſius Halicarnaſſæus *lib.* 10. *antiquit.* vel ædificatori conceduntur, impoſito ei vectigali pro ſolo, quod ærario publico penditur, & ſolarium appellatur. *d. l.* 2. §. *ſi quis nemine* 17. & *l. ult. ne quid in loco publ.* juncta *l. ſi legatum* 5. §. 1. *de operibus publicis. l.* 23. *tit.* 32. *Part.* 3. *l.* 7. *tit.* 7. *lib.* 7. *Compilationis.* Azevedus in *l.* 3. *ejuſdem tit. num.* 24. & 25. Bovadilla *d. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 30. aliquando etiam tributum illud dicitur *locarium. l. etiam* 15. *qui potiores in pignore habeantur. l. cum ſervus* 39. §. *heres* 5. *de legat.* 1. Cujacius *lib.* 14. *obſervat. cap.* 1. Gaſpar Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 2. *quæſt.* 9 *num.* 51. noſter Don Nicolaus de Caſtro in *l. ad reparationem C. de aquæductu num.* 14. merces loci eadem ratione appellantur in *l. ſane* 17. *de pignorat. act.* in ſumma quid de hoc opere, quod publico nocet, faciendum ſit, remittitur ei, qui de operibus publicis curat, ut dicitur in *d.* §. *ſi quis nemine*

mine 17. ideſt primis Reipublicæ temporibus Cenſori, ut ex Cicerone notat Gothofredus ad *fragmenta legum* ex illo libro detracta *tit. de cenſoribus.* Alexan. ab Alex. & Tiraquellus *lib.* 3. *dier. genial. cap.* 13. *pag.* 264. Roſinus *lib.* 7. *antiquitat. cap.* 29. deinde ædilibus, ut ex *l. lectos* 12. *de periculo & commodo rei vend.* docent Cujacius & Gothofredus in *l. unica de via publica.* idem Cujacius *lib.* 22. *obſervat. cap.* 37. Georgius Eberlinus *de origine juris cap.* 22. & 25. Mindanus *tomo* 2. *de interdictis tit.* 3. *num.* 19. Briſſonius *lib.* 4. *antiquitatum cap.* 12: Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 2. *ſect.* 8. vel operum publicorum curatoribus, quorum fit mentio in *l.* 1. *l.* 2. §. 1. *de operibus publicis.* quod munus geſſiſſe Vitellium tradit in ejus vita Suetonius *cap.* 5. ergo jam apparet ſenſus *d.* §. *ſi quis* 7. qui loquitur de damno dato Reipublicæ ex opere facto in ſolo publico, quod nec reficere licet, cum omnino diruendum ſit, ſi hoc prætulerit magiſtratus: alio modo expoſuit amicus meus vir doctiſſimus Don Laurentius Santos in *d.* §. 7. nempe de ædificio penitus collapſo, quod denuo reſtaurabatur, & ita acceptus utramque partem Interdicti complectitur, tam quæ privatorum damnum reſpicit, quam publicum, quod etiam poteſt ſuſtineri: noſtra tamen expoſitio ſuaderi & illuſtrari poteſt ex Martiali *lib.* 7. *epigram.* 60. in quo Domitianum laudat, quia diruerat tabernas, popinas, caſulas, quas in vicis ædificaverant propolæ, & veteri latitudini vicos & vias reſtituit.

§ XXI. Ex dictis colligitur, hoc Interdictum pertinere ad opera in publico facta; ergo ſi opus non fiat, non erit locus Interdicto, quamvis ex facto reſultet privato damnum; unde facile exponitur textus alioqui difficilis in *d. l.* 2. §. *ſi quis in mari* 9. *ne quid in loco publ.* ait Ulpianus, ſi quis prohibeatur in mari piſcari, non habere Interdictum, ſed actionem injuriarum. *l. injuriarum* 13. § *ult. l. ſane* 14. *de injuriis.* quia eſt concuſſio & ſpecies contumeliæ alterum prohibere uti illis rebus, quibus omnes homines poſſunt uti ex facultate naturali; ſed qui ita prohibet, nullum opus facit in publico, ſed vim adhibet, ergo non poteſt teneri noſtro Interdicto: ita eleganter Bartolus in *d.* §. 9. addendus eſt textus in *l.* 1. §. *hoc autem* 12. *de novi operis nunciatione.* cum noſtro Valent. *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 3. *per totum.* Proſequitur alia exempla, in quibus non Interdictum, ſed actio injuriarum, ex eadem ratione redditur. Primum eſt de eo, qui in campo ludere prohibetur: campus hic erat Martius, in quo juvenes exercebantur. Horatius *lib.* 1. *carm.* 8. ibi:

—— —— —— Cur apricum
Oderit campum, patiens pulveris atque ſolis.

Ubi vetus Scholiaſtes, Lambinus, Torrentius, & commentatores: conducit Virgilius *lib.* 5. *Æneidos v.* 127. de loco certaminis ab Ænea electo ex more, ut ſolet, Romano, ibi:

—— —— Immotaque tollitur unda
Campus, & apricis ſtatio gratiſſima mergis.

Exercitia hæc quinque fuerunt, jactus diſci, curſus, ſaltus, jaculatio, lucta: ideo a numero græca *πένταθλον*, latine *quinquercium*, ſive *quinque artes* dicebantur, de quibus fit mentio in *l.* 2. *de aleatoribus.* ubi late Petrus Pantoja Toletanus. *l.* 1. *C. eodem tit. l. qua actione* 7. §. *ſi quis in colluctatione ad leg. Aquil.* quam carptim illuſtrat Joannes Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 1. *cap.* 2. *ſect.* 3. hæc certamina inſtituit Æneas in honorem patris Anchiſæ, quæ eleganti penicillo depingit Virgilius *d. lib.* 5. *ex verſu* 114. ubi multus eſt pro more noſter Ludovicus de la Cerda *ibi:* de forma campi late Julius Cæſar Scaliger *lib.* 1. *poitices cap.* 22. & Panciról. cum Henrico Salmuth *lib.* 1. *memorabilium cap.* 26. qui alios laudat, ex quo ſequitur, contumeliam fuiſſe, juvenem ab hac exercitatione prohibere.

§. XXII. Secundum exemplum adducit de eo, qui prohibetur in publico balneo lavare: publicum dicit, quia apud Romanos fuerunt balnea publica & privata: privata, quæ quiſque habebat intra domum ſuam in prædiis propriis ſui juris & patrimonii, ut res cæteras, de quibus fit mentio in *l. athletas* 4. §. *ait Prætor* 2. *de his qui notantur infamia. l. is cujus* 13. alias *l. æquiſſimum* 14. §. *ult. de uſufructu. l. fiſtulam* 29. *de ſervit. urban. prædior.* quam illuſtrat Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 2. *ſect.* 4. *num.* 43. *l. inſulam* 58. §. *ult. ff. locati. l. qui balneum* 9. *ff. qui potiores in pig. habeantur.* ideo teſtatores hæc balnea ſolebant legare, ut proponuntur legata municipibus Tiburtibus in *l. patronus* 35. §. *ult. de legat.* 3. vel publici juris & promiſcui uſus ea facere, ut in *l. prædiis* 91. §. *balnea* 4. *eod. tit.* notat Rævardus *lib.* 2. *conject. cap.* 3. alia erant balnea publica, de quorum ſtructura & forma agitur in *l.* 1. *C. de ædificiis privatis*, ubi Cujacius; ſed magis ex profeſſo pro inſtituto Vitruvius Pollio *lib.* 5. *de architectura cap.* 10. & *lib.* 6. *cap. ult.* hæc nam ex græco forſan more communia erant viris fœminiſque; ſed Adrianus Imp. pudicitiæ cauſſa vetuit, ne viri cum fœminis promiſcue lavarentur, teſte Spartiano in *ejus vita*, quod expreſſius narrat Dio Caſſius in *excerptis de geſtis hujus Imperatoris*, qui mos cum iterum aſſueſceret, Antoninus Philoſophus Imp. iterum prohibuit, ut auctor eſt Capitolinus in *ejus vita*, & iterum Alexander Severus teſte Lampridio in *eo*, quod & notavit Alexan. ab Alexan. *lib.* 4. *dier. genial. cap.* 20. ex quo cœpit eſſe juſta cauſſa divortii, ſi mulier in virorum balneo lavaret. *l. jubemus penult.* §. *inter culpas* 2. *C. de repudiis. Novell.* 22. *cap. ſi vero* 16. & *Novella* 117. *cap. quia vero* 8. *circa finem.* quod etiam eccleſiaſticis ſanctionibus inhibitum fuit in canone 30. concilii Laodicenſis apud noſtrum Gratianum in *cap. non oportet* 28. 81. *diſt.* quo interdicitur maſculis, accedere ad balnea fœminarum; *hæc eſt enim*, inquit, *apud gentiles prima reprehenſio*; quæ verba alludunt ad prohibitiones Imperatorum, quorum ſupra memini, ut notavit pridem Iſaacus Caſaubonus ad *Spartianum in Adriano pag. mihi* 75. addendi ſunt cultiſſimus noſter Ramirez de Prado ad *Martialem lib.* 3. *epigram.* 51. Henricus Salmuth ad *memorabilia Pancirolii lib.* 1. *tit.* 27. balnea publica & gratuita duodecim Romæ fuiſſe ex Victore tradunt Alexander *d. cap.* 20. Lipſius *de magnitudine Romana lib.* 3. *cap.* 8. ad cujus urbis æmulationem totidem ſtructa fuerunt Conſtantinopuli octo viris, & quatuor Nymphæa fœminis, ut ex bonæ notæ auctoribus memorat noſter Don Nicolaus de Caſtro in *l. ad reparationem* 7. *num.* 11. *C. de aquæductu.* ſed quamvis publica & gratuita eſſent, tamen vel ob ſumptus balnei, vel in balneari mercedem ſinguli lavantes ſingulos quadrantes ſolvebant, ſive quartam aſſis partem; quare res balnearia *quadrantaria* appellatur a Seneca *Epiſtola* 86. ſic accipiendi Horatius *lib.* 1. *ſatyr.* 3.

—— —— Dum tu quadrante lavatum
Rex ibis.

Juvenalis *ſatyr.* 6.

Cedere Silvano porcum quadrante lavari.

Martialis *lib.* 1. *epigram.* 27. ubi commentatores, & Rævardus *d. cap.* 3. Itaque qui aliquem ab hoc communi lavacro vi arcebat, injuriarum tenebatur: cætera de utilitate balneorum, & eorum ornatu & priſco lavandi ritu proſequuntur noſter Bovadilla *lib.* 3. *politicæ cap.* 5. *num.* 55. Joannes Roſinus & Thomas Dempſterus cum multis *lib.* 1. *antiquitatum cap.* 14. Joannes Zavare

varo in *notis ad Sidonium lib.* 2. *epiſtola* 2.

§. XXIII. Tertium exemplum eſt in theatro ſpectare: pertinet ad ſedilia ordinum in ſpectaculis tam theatri, quam amphitheatri & circi, de quibus ex profeſſo egi *lib.* 1. *opuſcul. cap.* 23. eadem exempla extant, & eodem modo illuſtranda in *l. injuriarum* 13. *§. ult. cum l. ſeq. de injuriis.* in qua tamen ſit mentio alterius Interdicti, quod eſt de loco publico fruendo, in quo illos textus explicabimus.

§. XXIV. Nunc de damno diſpiciendum eſt, ex quo hoc Interdictum reſultat, ſive privato detur, ſive cauſſæ publicæ, ut dixi: extat elegans definitio in *d. l.* 2. *§. damnum* 11. *ne quid in loco publ.* illis verbis: *damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico conſequebatur, quale quale ſit:* exempla ſubjiciuntur in *§§. ſeqq.* veluti ſi ex ædificio in publico facto nocitum ſit luminibus vicini, vel proſpectui, vel aditui, aut alia ſimilis incommoditas afferatur, in quo diſtant opera in ſolo publico facta ab illis, quæ fiunt in proprio ſolo, ut Accurſius notavit; qui enim in proprio ſolo facit, poteſt intercipere illas commoditates vicino, quæ circa rem ſunt, modo in re damnum non det. *l.* 1. *§. ſicut* 21. *de aqua & aqua pluvia arcenda.* exempla extant in *l. ſi in meo* 21. juncta *l.* 1. *§. denique* 12. *eodem tit.* de eo qui in fundo proprio fontem aperit, quo venas aquæ decurrentis in fundum vicini præcidit: de puteo in *l. fluminum* 24. *§. ult. l. Proculus* 26. *de damno infecto.* in ſuo enim alii hactenus facere licet, dum vicino in re propria damnum non inferat. *l. ſicut* 8. *§. Ariſto* 5. *ſi ſervitus vindicetur.* damnum infertur, quando prædium vicini deterius in ſe ipſo redditur, non reſpectu utilitatis interceptæ. *l. quidam* 13. *de ſervit. urb. prædior. l. ſi opus* 21. *§. ult. ff. quod vi aut clam. l. domum* 61. *de R. J.* docet late Cæpolla *de ſervit. urb. prædior. cap.* 47. ideo juxta parietem communem non poſſum fabricare fumum, quia torretur paries. *l. ſi ſervus* 27. *§. ſi furnum ad leg. Aquil.* docet & illuſtrat Suarez *lib.* 2. *cap.* 2. *ſect.* 4. nec ponere balneum, quia ex crebro uſu & humore madeſcit paries. *l. fiſtulam* 19. *de ſervit. urban. prædior.* Cæpolla *eodem tract. cap.* 50. ex quo Pragmatici multas concluſiones deducunt, veluti poſſe quem in ſuo facere molendinum, vel furnum, vel ponere macellum, quamvis juxta ipſum alia poſita ſint, quibus lucrum adimatur. Felinus per textum ibi in *cap. ſignificante* 69. *de appellationibus.* latiſſime Bartolus, Jaſo, & Ripa in *l. quominus de fluminibus.* Cæpolla *ubi proxime cap.* 51. *& 2. ſeqq. & cap.* 64. & tandem illam, nemini facere injuriam, qui re ſua & ſuo jure utitur, de qua late Padilla in *l. manifeſti num.* 5. *C. de ſervitutibus.* Menochius *de arbitrariis caſu* 156. Petrus Barboſa in *l.* 2. *in principio parte* 2. *num.* 36. *ſoluto matrim.* Antonius Fab. *lib.* 19. *conject. cap.* 15. quæ regula duas limitationes habet. Prima eſt favore agriculturæ; non enim licet tollere ædes contra aream, in qua fructus triturantur, ſi ventus neceſſarius ad triturationem. *l. ult. §. ult. C. de ſervitutibus.* Harmenopulus in *promptuario juris lib.* 4. *tit.* 26. *in fine.* Secunda eſt, ſi opus in proprio ſolo factum inutile ſit domino, & vicino noceat, adeo ut ex ſola malitia fiat; poteſt enim eo in caſu impediri. *l.* 2. *§. item Varus de aqua & aqua pluv. arc.* cui adjungendus eſt Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 1. *princip.* 2. *illat.* 2. & pro tota hac doctrina illuſtranda faciunt ex noſtro jure *l.* 1. *tit.* 1. *& l.* 19. *tit.* 32. *Part.* 3. ubi Gregorius.

§. XXV. Ad hanc partem ſpectat elegans textus in *l. ſi per publicum* 5. *ne quid in loco publ.* ubi docemur, ſi privatus ducat per publicum locum rivum aquæ, ex quo nocebit privato, habiturum privatum actionem ex Lege XII. Tabb. quæ in hæc verba concepta erat, *rupitias farcito,* id eſt reſarci quod ruperis, de qua in *l.* 1. *ad leg. Aquil.* noto illud verbum *nocebit*, quod eſt de futuro, & ſignificat hanc actionem pro damno futuro competere, ut reſtauretur ſolum, antequam damnum detur ad inſtar actionis de aqua pluvia arcenda, quæ etiam in futurum concipitur, & pro damno nondum dato: textus elegans in *l. Labeo* 21. *de ſtatuliberis.* ut docent Accurſius & Bartolus in *d. l.* 5. & innuit Ant. Fab. *de erroribus Pragmaticor. decade* 93. *errore* 7. quod ſi damnum jam datum eſt, agitur utili Aquilia, vel in factum, ut notat Suarez in *apparatu ad leg. Aquil. cap.* 2. *num.* 45. & ut deinceps damnum non detur, propter jam datum competit noſtrum Interdictum, quia hæc pars non ad futura, ſed ad præterita damna pertinet, & per conſequentias futuris providet; cautionem etiam de damno infecto olim potuiſſe exigi propter damna, quæ timebantur evenire poſſe ex rivis fluentis, aut derivationibus aquarum, notavit noſter Don Nicolaus de Caſtro in *l. ad reparationem* 7. *C. de aquæductu num.* 9. *cum ſeqq.*

§. XXVI. Qui vero ex privato damno, quod ſentit, hoc Interdicto experitur, privatam utilitatem perſequitur, quamvis de loco publico interdicat, unde habet facultatem dandi procuratorem. *l. ei qui* 6. *ne quid in loco publ.* ut agenti Interdicto *de via publica* propter privatam utilitatem eadem facultas conceditur in *l. licet* 42. *de procuratoribus.* quando vero experitur quis hoc Interdicto propter publicam utilitatem, non poteſt dare procuratorem, niſi ad defendendum. *l. qui pupillari* 5. *de popularibus actionibus.* nonnumquam tamen ita agitur populari actione, ut actor privatam utilitatem ſui reſpiciat, & tunc procuratorem dare permittitur ei, non tamen indiſtincte, ſed cum cauſſæ cognitione, in qua de utilitate privata conſtet. *l. non cogendum* 45. *§. qui ita de procuratoribus.* docent in *d. l.* 42. Ant. Fab. Cujacius *lib.* 8. *Pauli ad Edictum.* Bartolus, & Accurſius, idem Cujacius *lib.* 43. *Digeſt. Juliani* in *d. l.* 6. *ne quid in loco publ.* Pichardus in *§. ſumma inſtit. de injuriis num.* 29. ubi alios allegat.

§. XXVII. Sequitur ut videamus de exceptionibus, ſive quando ceſſet noſtrum Interdictum. Prima extat in *l.* 2. *in principio ne quid in loco publ.* videlicet quando quis in publico ædificat ex permiſſione legis, SCti, Edicti Prætoris, aut decreti Principalis: *legem* exponunt Accurſius, & Bartolus de municipali, id eſt, ſtatuto civitatis, quod præbere ſolet poteſtatem ædificandi in loco publico, ut in *l. prohiberi* 3. *§. plane* 4. *quod vi aut clam.* apud nos decreta conciliorum poſſunt permittere, ut fiant opera publica, vel privatorum in ſolo publico, ſi valde utilia ſunt, vel cauſſæ publicæ, vel vicinis, & parum detrimenti afferant ipſi ſolo, vel communi utilitati, veluti extruere molendina in ripa fluminis, & ſimilia. *l.* 3. & ibi Gregorius *gloſſa* 1. *l.* 18. *tit.* 32. *Part.* 3. ſed quando grande afferunt detrimentum, vel ipſa opera magna ſunt, licentia Principis exigitur. Avendanno *de exequendis mandatis parte* 1. *cap.* 12. *num.* 22. *in fine.* Bovadilla *lib.* 3. *politicæ cap.* 8. *num.* 91. Edictum Prætoris quandoque permittit opus facere in publico, ut in *l.* 1. *§. ſunt qui putent* 16. *ne quid in flumine publico*, & de SCto idem dicitur in *l.* 2. *de fluminibus.* Decretum Principis eſt, quod magis frequenter exigitur ad ædificandum in his locis, ut nuper dixi, de qua conceſſione loquuntur textus in *l. ſervitutes* 14. *§. publico de ſervitutibus. l. ſi in publico* 18. *de aqua & aqua pluv. arc. l.* 1. *§. permittitur* 41. *cum ſeqq. de aqua quotid. & æſtiva. l.* 1. *§. penult. verſ. ſed ſi a Principe ff. quod vi aut clam. l.* 2. *§. merito* 10. *& §. ſi quis a Principe* 16. *ne quid in loco publ.* in hac tamen Principis conceſſione aliqua ſolent conſiderari. Primo quod generalis conceſſio ædificandi in loco publico non debet intelligi cum damno alicujus privati, nam hoc numquam intendit Princeps. *d. §. merito* 10. cujus beneficia non debent aliis eſſe nociva. *l.* 2. *C. de precibus Im-*

pe-

peratori afferendis. l. nec avus 4. *C. de emancipationibus liberorum. l. ex factis* 43. *de vulgari. l. ſed cum* 12. *ad S. C. Trebell. l.* 2. *& ult. de natalibus reſtituendis.* unde Principes ipſi permittunt, ut eorum reſcripta, quæ jus alterius lædunt, non mandentur executioni, ſed ab illis ſupplicetur, ut melius de veritate inſtructi præcipiant, quod rationabilius eſt. *l. reſcripta* 7. *C. de precibus Imperatori offerendis. l. ult. & toto tit. C. ſi contra jus vel utilitatem publicam.* quæ leges tranſcriptæ extant in decreto Gratiani 25. *quæſt.* 2. *l.* 29. *cum* 3. *ſeqq. tit.* 18. *Part.* 3. *l.* 1. *& ſeqq. tit.* 14. *lib.* 4. *Compilationis.* docent Rodericus Suarez, & ibi Valdes *num.* 44. *allegat.* 12. *fere per totam*, Covarruvias, & Uffelius *lib.* 1. *variar. cap. ult.* Salgado *parte* 1. *de retentione bullarum cap.* 3. *a princip. & cap.* 7. *per totum.* Dominus Solorzanus *tom.* 2. *de jure Indiarum lib.* 3. *cap.* 25. *num.* 42. Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 1. *princip.* 2. *conſutatione* 3. *& tit.* 2. *princ.* 8. *illat.* 4. Hillig. ad Donell. *lib.* 1. *cap.* 15. *lit. F.* & tamen ſi melius inſtructus & de jure tertii certioratus iterum concedit, principali conceſſioni ſtandum eſt. *d. l.* 2. *§. ſi quis a principe* 16. *ne quid in loco publ.* qui indiſtincte loquitur, quamvis de modico præjudicio accipere illum tentaverint Molina & addentes latiſſime *lib.* 2. *de primogeniis cap.* 7. *num.* 22. quod præjudicium, ſi parvum eſt, Principem in foro conſcientiæ excuſabit, vel quando majus commodum publicum in eo verſabitur, vel fiet ob majorem compenſationem debitorum, *argum. l. item ſi verberatum* 15. *§.* 1. *de rei vindicat. l. Lucius* 11. *de evictionibus. l.* 5. *tit.* 1. *lib.* 2. *del fuero judgo. l.* 2. *tit.* 1. *Part.* 2. quas illuſtrant Salgado *d. cap.* 7. *num.* 28. Dominus Solorzanus *lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 62. Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 1. maxime a *num.* 90. Hugo Grotius *lib.* 2. *de jure belli & pacis cap.* 14. *§.* 7. *&* 8. Petrus Fab. *lib.* 2. *ſemeſtrium cap.* 4. *pag.* 48. *& ſeqq.*

§. XXVIII. Secunda exceptio extat in *d. l.* 2. *§. idem ait* 15. *ne quid in loco publ.* veluti ſi quis ſine jure prius in publico ædificaverat, & poſtea alius in publico etiam ædificium ponit, quod nocet priori, non poteſt prior queri, cum ipſe eadem injuria prius ædificaverit. Hinc auctores deducunt axioma, neminem poſſe in aliis improbare vel accuſare, quod ipſe commiſit. *l. in arenam* 11. *C. de inoffic. teſtam.* & alia multa, quæ in exemplum adducit Accurſius in *præſenti*, quibus addenda ſunt, quæ notant Cujacius *lib.* 11. *quæſt. Papin.* in *l. ult. de condictione ſine cauſſa.* Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 12. *num.* 31. Petrus Barboſa in *l. viro* 40. *ſoluto matrim. num.* 16. noto denique, verba ſummarii in *d. §.* 15. *qui illicite facit, non poteſt alium arguere, qui ipſum impedit in ſimili actu, juxta quod dicit Juvenalis, nihil Judæus Judæo, nihil Catilina Cethego.* hic locus Juvenalis eſt ex *ſatyra* 2. *v.* 23. licet non fideliter referatur: verſus ſunt.

Loripedem rectus derideat, Æthiopem albus.
Quis tulerit Gracchos de ſeditione querenteis?
Quis cœlum terris non miſceat, & mare cœlo,
Si fur diſpliceat Verri? homicida Miloni?
Clodius accuſet mœchos? Catilina Cethegum?
In tabulam Sullæ ſi dicant diſcipuli tres?

§. XXIX. Secunda pars hujus Interdicti proponitur in *d. l.* 2. *§. ait Prætor* 20. *ne quid in loco publ.* ubi extant verba Prætoris probibentis, ne quid immittatur, vel fiat in via, itinereve publico, quo deteriora fiant. Hæc pars tota eſt propter damnum publicum, idcirco popularis eſt & perpetua. *d. l.* 2. *§. hoc interdictum* 34. *& §. interdictum* 44. quod eſt ſpeciale, ut notat Accurſius, quia regulariter populares actiones annales tantum ſolent eſſe. *l. ult. de popularibus actionibus.* nihil eſt, quod hic notemus, niſi terminos ipſos. *Viæ* vel *publicæ* ſunt, vel *vicinales*, vel *privatæ*: *publicæ* ſunt, quas Græci βασιλικὰς, nos *regias* vel *militares* appellamus, quarum ſolum publicum eſt. Ripa in *l.* 2. *de fluminibus num.* 92. de quarum uſu, utilitate, & ornatu veterum videndi ſunt Alexan. ab Alexandro *lib.* 2. *dierum genialium cap.* 18. Lipſius *lib.* 3. *de magnitudine Romana cap.* 10. Mindanus *tomo* 2. *de interdictis tit.* 4. *per totum.* Salmuth ad Pancirol. *lib.* 1. *rerum memorabilium tit.* 21. Annæus Robertus *lib.* 2. *rerum judicatarum cap.* 3. Roſinus *lib.* 8. *antiquitatum cap.* 31. & apud nos Bovadilla *lib.* 3. *politicæ cap.* 6. *Viæ vicinales* ſunt etiam publicæ. *l.* 3. *de locis & itineribus publicis*; dicuntur *vicinales*, quæ non ducunt ad mare, portus, vel nobiliſſimas urbes, ſed ad vicos minus nobiles, & inde etiam nomen ſortiuntur. Theophilus in *§. item ſi putator inſtit. de leg. Aquilia.* addendus Anton. Auguſtinus ad *Legg. XII. Tabb. num.* 14. earum ſolum aliquando privatum eſt, quando ex collatione & reparatione dominorum; qui prædia prope habent, factæ ſunt, ſed uſus ſemper publicus eſt. *d. l.* 2. *§. viarum* 22. *cum ſeq. ne quid in loco publ. Privatæ viæ* ſunt, quæ ex impoſitione ſervitutis privato debentur per privatum fundum, quæ etiam dicuntur *agrariæ*. *d. l.* 2. *§. viam* 21. *ne quid in loco publ. l. loci* 4. *ſi ſervitus vindicetur.* ad quas hoc Interdictum non pertinere palam eſt. Videamus modo, quid ſit *facere* vel *immittere*, quod exponit JCtus in *d. l.* 2. *§. ſi viæ* 25. *ne quid in loco publ.* inprimis, qui viam publicam arat, facit contra Interdictum, & priſtinæ formæ tenetur eam reſtituere. *l.* 3. *de via publica reficienda.* hactenus enim licet viam publicam purgare aut reficere, quatenus non immutetur priſtina ejus facies. *l.* 1. *per totam eodem tit.* denique qui aliquid ponit in via, per quod commeatus ejus exemptus & impeditus ſit. *d. §.* 25. *commeatus* ſignificat facilem & expeditum tranſitum per viam, ut recte explicat Mindanus *d. tit.* 3. *num.* 30. *immittere* ſignificat, quod uſum viæ impediat, vel reddat incommodiorem; veluti ſi immittatur immunditiеs, ex qua tranſeuntibus reſultet fœtor, vel quodcumque aliud impedimentum, nam & hoc continetur immiſſi appellatione, ut de fumo dicitur in *l. ſicut* 8. *§. Ariſto ff. ſi ſervitus vindicetur.* notant Gothofredus in *d. §.* 25. Cujacius *lib.* 16. *obſervat. cap.* 24. Guilielmus Fornerius *lib.* 3. *ſelectionum cap.* 9. unde nemo poteſt in ipſa via ſepulchrum ponere. *l.* 2. *de locis & itineribus publicis.* & ita accipiendum eſt, quod ſupponitur in *l. in teſtamento* 27. *de condit. & demonſtr.* ſepulchrum in via Salaria poſitum eſſe, nempe prope viam ad oram fundi; ſive ſoli privati, ut docuit Lipſius *d. lib.* 3. *cap.* 10.

§. XXX. Tertia pars proponitur in *d. l.* 2. *§. Prætor ait* 35. *ne quid in loco publ.* eſt reſtitutoria, id eſt continet, ut reſtituatur locus formæ priſtinæ, & diruatur vel tollatur, quod factum vel immiſſum in via eſt: utitur Prætor his verbis: *factum immiſſumve habes*, ex quo apparet, illum teneri reſtituere, qui poſſidet opus, vel dolo fecit, quominus poſſideret. *§. hoc interdictum* 42. unde adverſus eum, qui non poſſidet, ceſſat. *§. unde Ofilius* 39. niſi ædificaverit. *§. ſeq.* tunc enim tenetur ad expenſas faciendas in reſtauratione viæ, & demoliendo ædificio; idem eſt ſi mandavit, vel ratum habuit, cæterum ſi opus ab alio factum alius tenet, patientiam tantum præſtat, ſive ſucceſſor particularis ſit, ut emptor vel donatarius, ſive ſit heres. *l. penult. & ult. de novi oper. nuntiat.* Donell. & Hillig. *lib.* 15. *cap.* 46. *lit. M.* Pichardus *princ. inſtit. de interdictis num.* 207. Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 1. *cap. ult. num.* 13. idem prorſus dicendum eſt de actione aquæ pluviæ. *l. ſi cum quo* 7. *l. emptor* 12. *l. ſi venditor* 13. *l. ſi poſt venditionem* 16. *de aqua & aqua pluviæ arcenda*; & de Interdicto *quod vi aut clam. l. aut qui aliter* 5. *§. & cum interdictum* 13. *& §. ult. cum* 2. *ll. ſeqq. l. denique* 13. *§. ult. l. competit* 16. *§. in ſumma ff. quod vi aut clam. l.* 3. *§. item ſi*

locum 2. *ff. de alienatione judicii mutandi cauſſ. fact. l. ult. de interdictis.* niſi ſucceſſor ſciens ſine jure ædificatum fuiſſe, & cum participatione fraudis accepit ædificatum, nam tunc etiam tenetur ad reſtitutionem ſoli, & ut præſtet impenſas faciendas in dirutione ædificii. *d. l. poſt venditionem* 16. *de aqua & aqua pluv. arc.* Quid ſignificet in præſenti verbum *reſtituere*, exponitur in *d. l.* 2. *§. reſtituas* 43. id eſt formam loci reponere in illo ſtatu, in quo ante ædificationem erat, quæ eſt vulgaris hujus verbi ſignificatio, ut colligi poteſt ex *l. quod ſi minor* 24. *§. reſtitutio de minoribus. l.* 1. *C. de reputationibus. l.* 1. *C. de ſententiam paſſis.* docet ex aliis Ant. Fab. *de erroribus Pragmaticorum decade* 7. *errore* 6. hoc Interdictum primo & principaliter publicum eſt, ſed ſecundario ſolet venire intereſſe privati. *d. l.* 2. *§. interdictum* 4. ubi videndus eſt Bartolus.

§. XXXI. Quarta pars hujus Interdicti extat in *l.* 2. *§. ult. ne quid in loco publ.* in quo Prætor cavet, ut per viam publicam ire agereve liceat, vetatque vim fieri agenti vel eunti, de qua dixi ſupra §. 12. & 21. tandem in *l. ult. ne quid in loco publ.* duæ ſententiæ quaſi contrariæ ponuntur. Prima eſt, ædificium in publico loco factum non debere dirui, ne urbs ruinis deformetur. Secunda eſt, debere dirui, ne eluſorium ſit Edictum Prætoris. Accurſius accipit primam partem de ædificio perfecto, ſecundam de inchoato. Cujacius *lib.* 3. *quæſt. Papin.* in *l. ædibus* 18. *de novi operis nuntiatione. & lib.* 48. *Digeſt. Jul.* in *d. l. ult.* accipit de illo, qui ædificat contra denuntiationem novi operis & Interdictum Prætoris, quo in caſu opus etiam perfectum diruendum eſt. *l. Prætor ait* 20. *de novi oper. nunt.* ſed melius Bartolus accipit primam partem *legis* de eo, qui ædificat contra privati commodum; ſecundam vero contra publicam utilitatem, vel uſum viæ, itineris, aut loci publici juxta ea, quæ notavi ſupra §. 10. & 20.

VI. *De Interdicto*, DE LOCO PUBLICO FRUENDO.

§. XXXII. Per hoc Interdictum Prætor ſuccurrit ei, qui vectigalia vel aliquem locum publicum conduxit ab eo magiſtratu, qui habet locandi jus, ne vis fiat conducenti, id eſt publicano. *l* 1. *de loc. publ. fruend.* ubi notant Accurſius & Bartolus. Mindanus *tomo* 2. *de interdictis tit.* 5. *num.* 38. hujus Interdicti exceptio extat in *l.* 2. *de loco publ. fruend.* nempe quod concedi ſolet, ut imagines & ſtatuæ, quæ ornamenta Reipublicæ ſunt, in publico ponantur; poſſunt autem poni Principis aut Senatus decreto ſecundum Cujacium in *paratitlis.* quamvis Rævardus *lib.* 3. *conjectaneorum cap.* 16. cenſuerit poſſe poni ex permiſſu magiſtratus. An recte collocata ſit *hæc lex* in *hoc tit.* dubitavit Accurſius, & negavit Petrus Pithœus in *notis ad collationem legum Romanarum & Moſaicarum tit.* 2. *§. ult.* immerito tamen, quia ut dixi eſt exceptio: ſi enim publicanus impediat ponere ſtatuas, ne impedimento ſint uſui loci publici, non eſt audiendus, ſi legitima auctoritate collocentur: hæ ſtatuæ incipiunt eſſe poſtea publicæ, adeo ut cuilibet de populo competat actio contra revellentem, vel tollentem eas. *l. ſtatuas* 41. *de adquir. rer. dom.* immo & adverſus eum, cujus expenſis collocatæ ſunt in publico, ſi tollere velit, datur exceptio. *l. Paulus* 23. *de exceptionibus.* niſi, qui poſuit, in privato ſolo poſuit; tunc enim publici juris non fiunt, ſed ejus manent, cujus cauſſa, & in cujus honorem collocatæ ſunt; ita tamen ut nec judicialiter poſſint diſtrahi, nec emptorem bonorum ſequantur. *l. Fufidius* 29. *de rebus auctor. jud. poſſid.* neque enim proprie in patrimonio ſunt ſaltem reſpectu creditorum, quamvis privati juris maneant: notant Cujacius *lib.* 10. *obſervat. cap.* 27. *in fine.* Hotmanus *princ. inſtit. de ſucceſſionibus ſublatis enunciat.* 2. Cum ergo honor civitatis in ſtatuis repræſentetur, ut dicit noſter Azevedus in *l.* 3. *tit.* 1. *lib.* 1. *Compilationis num.* 5. conſequens eſt, ut civitas ipſa id eſt municipes pro ſtatua revulſa vel ſublata poſſint furti agere, & Interdicto *quod vi aut clam* experiri. *l. is qui* 11. *§.* 1. *quod vi aut clam.* ubi eleganter Accurſius verbo *ſtatua* & verbo *vera eſt*; cæterum ſi in monumento privato poſita ſit, dominus iiſdem actionibus agit. *§. ſeq.* inde etiam ſi ſtatua patris defuncti in ſepulcro poſita lapidibus cæſa ſit, filius propter memoriam patris, cujus fama per illam contumeliam læditur, injuriarum agere poteſt. *l. ſi ſtatua* 27. *de injuriis.* juncta *l. ſtatuas* 7. *C. de religioſis.* pro quibus illuſtrandis addendus eſt Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 2. *ſect.* 7. differentiam inter ſtatuas & imagines notavi *lib.* 2. *de interdictis & relegatis* ad *l. relegatus* 17. addendus eſt ultra ibi adductos Salmuth ad Pancirol. *lib.* 1. *memorabilium tit.* 37.

VII. *De Interdicto*, NE QUID IN LOCO SACRO FIAT.

§. XXXIII. Sacra, religioſa, & ſancta publici juris etiam ſunt. *l.* 1. *§. hujus ſtudii de juſt. & jure.* ideo poſt ſuperiora Interdicta aggredimur hæc, quæ ſunt juris ſacrorum. Primum occurrit, *ne quid in loco ſacro*, per quod Prætor cavet, ne in loco ſacro quid fiat vel immittatur, ut in ſuperiori interdicitur de loco publico; comprehendit res religioſas & ſanctas. *l.* 2. & 3. *ne quid in loc. ſacr. l. ſanctum* 8. *§. ult. de diviſ. rer.* Gajus *lib.* 2. *inſtit. tit.* 1. *§.* 2. non tamen comprehendit ſacraria, ſive ſacella privata. *l.* 1. *§.* 1. *ne quid in loc. ſacr.* quia non publici ſed privati juris manent. *l. ſacra* 9. *§. item notandum de diviſ. rerum.* Mindanus *tomo* 2. *tit.* 1. *num.* 3. pertinet & ad ea opera, quæ locis ſacris aut ſanctis afferunt deformitatem. *d. l.* 1. *§. quod ait.* non quæ fiunt decoris & ornatus cauſſa, veluti ſi in ſacro pingatur aut collocetur crux, aut crucifixus, ut docet ibi Bartolus: eſt etiam reſtitutorium ut ſuperius; quidquid enim in loco ſacro fit, diruendum eſt, & locus priſtinæ formæ debet reſtitui propter religionis favorem, id eſt quia publicæ cauſſæ nocitum eſt. *l.* 1. *§. locorum* 19. *ne quid in loco publica.* juncta *l.* 2. *§.* 1. *de interdictis.* Pichardus *princ. inſtit. eodem tit. num.* 140. ſic etiam qui ſtercora egerit, vel alia purgamenta comportat ad parietes vel aditus loci ſacri, hoc Interdicto tenatur, ut de loco publico docemur in *l. ſi quando* 11. *§. ult. ſi ſervitus vindicetur.* ergo cum in loco ſacro aliquid fieri prohibeatur, conſequens eſt, ut volenti facere poſſit novum opus nuntiari. *l.* 1. *§.* 1. *de novi operis nuntiat.* Pertinet etiam ad hoc Interdictum textus in *l. ſi cui* 9. *l. maniana* 11. *C. de ædificiis privatis. l.* 22. & 24. *tit.* 32. *Part.* 3. quibus prohibetur, ne intra quindecim pedes prope muros, vel prope eccleſias ædificia fiant, quod jam uſu non obſervatur, præcipue in civitatibus mediterraneis, ut de Peruſia notavit Bartolus in *l.* 2. *ne quid in loc. ſacr.* addendus eſt Pichardus in *d. princ. num.* 143. & licet ſacrorum cura, quatenus officium & miniſterium ſine juriſdictione eſt, ad æditnum pertineat. *d. l.* 1. *§. ult. ne quid in loc. ſacr.* tamen cum juriſdictione & imperio ea tuetur Magiſtratus, ut olim Prætor: notat Mindanus *d. tit.* 1. *num.* 12. immo non tantum ædituo, ſed cuilibet de populo competit hoc Interdictum, ut notarunt Bartolus in *d. l.* 1. Donellus *lib.* 4. *comment. cap.* 1. Pichardus in *d. princ. num.* 114. Weſembecius & Cujacius in *paratitlis ad hunc titulum.* videtur, quod is qui violat muros capite punitur. *l. ult. de diviſ. rer.* ſed illa violatio intelligitur de eo, qui hoſtili animo tranſcendit, ut patet ex Remi exemplo ibi adducto, junctis Livio *lib.* 1. Dionyſio Halicarn. *lib.* 2. *cap.* 9. notatumque Donellus *d. cap.*

1.

1. *in fine.* Rævardus *de auctoritate Prudentum cap* 1.

VIII. *De Interdicto*, DE MORTUO INFERENDO, ET SEPULCHRO ÆDIFICANDO.

§. XXXIV. Collocationem hujus Interdicti taxat Mindanus *tomo* 2. *tit.* 2. *in princ.* quaſi ſub *lib.* 43. debuiſſet collocari, quod non magni momenti eſt. Per illud vetat Prætor vim fieri ei, qui habet jus inferendi mortuum, ſive in ipſa illatione, ſive in itinere, per quod funus ducit. §. 1. *inſtit. de interdictis.* eſt etiam ad idem comparata actio in factum. *l. oſſa* 8. *de relig. & ſump. funer.* diverſis tamen reſpectibus, quia ſi in brevi poteſt expediri cognitio, agitur Interdicto; cæterum ſi longiori mora opus eſt, in factum agitur, & interim in alio loco cadaver commendatur, per quam actionem intereſſe perſequimur funeris perturbati, & omnes ſumptus. *d. l.* 8. §. *ult. cum l. ſeq.* ubi Ant. Fab. & in *l.* 43. *eodem tit.* Pichardus *princ. inſtit. de interdictis num.* 134. hoc tamen Interdictum continet cauſſam proprietatis. *l.* 2. §. *quædam de interdictis.* quia non præparat cauſſam, nec de quaſi poſſeſſione ſola agit, ſed controverſiam de funere faciendo finit, ut *argum. l.* 1. §. *ult. de aqua quotid. & æſtiva* docent Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 19. Pichardus *ubi proxime num.* 132. *& ſeq.* eſt ſavorabile & multa contra juris ſtricti diſciplinam continet, quia ſumma eſt ratio, quæ pro religione facit. *l. ſunt perſonæ* 43. *de religioſis.* quam illuſtrant breviter Guilielmus Fornerius *lib.* 3. *ſelectionum cap.* 11. *in fine.* Rævardus *lib.* 3. *variorum cap.* 3. Cujacius *lib.* 3. *obſerv. cap.* 22. *& lib.* 11. *cap.* 11. *& lib.* 24. *cap.* 23. aliqua criſi ſed parum neceſſaria Alvarus Valaſcus *conſultatione* 67. *num.* 7. ideo licet contingat aliquando, ut, qui infert cadaver, non faciat locum religioſum, neque juſtum ſepulchrum, nihilominus redditur Interdictum, ut de proprietario & ſocio dicitur in *d. l.* 43. juncta *l.* 2. §. 1. *eodem tit.* item de proprietario in *l. locum* 17. *de uſufructu.* juncta *l.* 2. §. *ſi uſumfructum* 7. *& l. ult. de religioſis.* qui etiam agit in factum & Interdicto ad commendandum corpus defuncti ſui, dum locus proprius praeſto eſt. *l. ſi quis* 6. §. *ſi quis* 6. *communi dividundo.* item de ſocio. *l. ſi fundus* 39. *pro ſocio.* denique ſi quis habet ſervitutem viæ in fundo, & in loco deſtinato ſervituti dominus fundi vult inferre cadaver, hoc Interdictum ſuperat illud *de itinere actuque privato* propter rationem religionis, ſi dominans poteſt alia pergere in fundum ſervientem. *d. l.* 2. §. *locum* 8. *de religioſis*, quæ omnia ſavorabiliter admiſſa ſunt ob cauſſam religionis. Mindanus *d. tit.* 2. Pichardus *ubi proxime num.* 135.

§. XXXV. Ad hoc Interdictum pertinet, quod ſancitur in *l. ult. C. de ſepulchro violato. Novella* 60. *cap.* 1. *l. ult. tit.* 13. *Part.* 1. *l.* 13. *tit.* 19. *Part.* 7. ne ob debita, qualiacumque ſint, cadaver debitoris arreſtetur, id eſt inſepultum detineatur, item & illud, ne admittatur appellatio a decreto de cadavere ſepeliendo, ſaltem quoad effectum ſuſpenſivum, fieret enim impedimentum ſepulturæ, quod jure non licet, ut a ſimili probant textus in *l. ult. de appellationibus recipiendis vel non. cap. qua fronte* 25. *extra de appellationibus*, & in terminis in *cap. ex parte* 5. *de ſepulturis.* ubi gloſſa *verbo poſt appellationem.* Mindanus *d. tit.* 2. *num.* 26. Pichardus in *d. princ. num.* 136. Stephanus Gratianus *deciſ.* 132. *num.* 1. ideo procceditur ſummariſſime levato velo ſine ſtrepitu & figura judicii. Salgado *de regia protectione parte* 2. *cap.* 9. *ferè per totum.* Judex competens in his controverſiis de tumulandis cadaveribus, & ordine procedendi in funeribus, & cæteris proceſſionibus, eſt ordinarius eccleſiaſticus etiam inter confraternitates laicorum. Sunt enim cauſſæ ſpirituales, a quibus judex laicus inhibitus eſt de jure. *cap. decernimus* 2. *de judiciis. cap. bene quidem* 96 *diſt.* docent in terminis Gratianus *deciſ.* 232. *num.* 2. Salgado *d. cap.* 9. *num.* 3. *&* 4. & fuit doctrina originalis Bartoli in *l. ult. de collegiis & illicitis corporibus num.* 15. *verſ. quære coram quibus.* quando tamen incidit quæſtio meri facti involucro juris, & tantum de uſu, obſervantia, & quaſi poſſeſſione quæritur, etiam laicus eſt competens, ſaltem ſi reus ſit laicus, ut ſupponitur in *cap. ult. de judiciis. cap. cauſſam quæ, qui filii ſint legitimi.* docent Covarruvias egregie *cap.* 35. *practicar. num.* 1. Gutierrez latiſſime *lib.* 1. *canonicarum cap.* 34. *num.* 16. Barboſa in *l. Titia* 35. *ſoluto matrim. num.* 20. Valaſcus *conſult.* 11. *num.* 2. Zevallos *de cognitione per viam violentiæ parte* 2. *quæſt.* 65. *per totam.* D. Solorzanus *tomo* 2. *de jure Indiarum lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 35. *&* 36. & in pulchra deciſione ſupremi concilii Hermoſilla in *prologo Partitæ* 5. *num.* 113.

§. XXXVI. Secunda pars eſt *de ſepulchro ædificando*, ut vis non fiat ei, qui vult ſepulchrum conſtruere, ubi cadaver ſepelivit. *l.* 1. §. *Prætor* 5. *de mort. infer.* eſt etiam propter cauſſam religionis. §. *interdictum* 6. pertinet ad ædificationem, refectionem, & inchoati perfectionem, ut conſtat ex §§. *ſeqq.* cætera, quæ non ſunt magni ponderis, proſequitur Mindanus *d. tit.* 2. *ex num.* 4.

IX. *De Interdicto*, DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO.

§. XXXVII. Competunt etiam Interdicta de rebus humanis extra commercium poſitis, quales ſunt homines liberi. *l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſacram de V. O.* non ſunt prohibitoria, ut præcedentia, ſed exhibitoria. Primum occurrit *de libero homine exhibendo*, cujus hæc ſunt verba propoſita in *l.* 1. *de hom. lib. exhib. quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* quæritur in eo non de poſſeſſione aut dominio, ſed de affectione. *l.* 2. §. 1. *de interdictis.* & propter publicam utilitatem comparatum eſt. *l.* 3. §. *hoc interdictum* 9. *de hom. lib. exhib.* quia intereſt hominis beneſacere homini, ut Papinianus dixit in *l. ſervus* 7. *in fine de ſervis exportandis.* cujus ſententiam illuſtrat Merillius *lib.* 1. *obſervat. cap.* 12. propter cognationem, quam inter nos natura conſtituit. *l. ut vim* 3. *de juſt. & jure.* datur ergo ad tuendam oppreſſorum naturalem libertatem. *d. l.* 1. §. 1. quia non multum diſtat a ſervitute, detineri invitum in loco, & illi denegari facultatem recedendi. *l.* 2. *de hom. lib. exhib.* facit textus in *l. Titio centum* 71. §. *Titio centum* 2. *de condit. & demonſt.* quam rationem illuſtrat Cujacius ibi *lib.* 17. *quæſt. Papin.* Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 3. *principio* 2. *illat.* 13. multi, quos congerunt Hillig. ad Donell. *lib.* 2. *cap.* 9. *lit. F.* Valentia *lib.* 2. *illuſt. tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 40. Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 6. *per totum.* frequentiorem caſum hujus Interdicti notavi *lib.* 8. *opuſcul. cap.* 7. fuiſſe propter prædones graſſatoresque, qui non contenti pecunia & ſupellectili viatorum, perſonas quoque detinebant, donec ſe pretio redimerent: nunc in eadem opinione perſiſto, eo maxime, quia hoc Interdictum concurrit cum lege Fabia de plagiariis contra illos lata, qui homines ſurripiunt vel intercipiunt. *l.* 3. *in princ. de hom. lib. exhib. l.* 4. *l. non ſtatim* 6. §. *ult. ff. l. ſi fratrem* 5. *C. ad leg. Fab. de plagiariis.* nec alterum judicium alterum conſumit, quod regulare eſt. *l. unica C. quando civilis actio criminali præjudicet.* Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 6. §. *adverſus* 14. & ibi Cujacius, & *lib.* 20. *obſervat. cap.* 26. Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 3. *cap.* 1. maxime *ſect.* 1. *num.* 22.

§. XXXVIII. Notanda ſunt illa verba *dolo malo*, quæ ſignificant, hoc Interdictum reddi tantum contra illum, qui fraudulenter hominem liberum detinet: ergo, ſi ex juſta cauſſa detineat, ceſſat Interdictum. *l. nullus* 55. ubi Petrus Fab. *de R. J.* Pichardus in §. *ita tamen num.* 27. *inſtit. de vi bonor. raptor.* ex quo Gaſpar Manzius in *diſſertatione de interdictis num.* 102. eleganter deducit, Prætorem in hoc Interdicto audire exceptionem a reo propoſitam; quia ſummariſſima cognitio & proceſſus tantum locum habet contra dolo detinentem. *l. ult.* §. *nullo tempore de hom. lib. exbib.* ex hac doctrina explicantur multa exempla, quæ jacent ſub *illo tit.* Primum in *l.* 3. §. *his tamen eod tit.* de eo, qui hominem liberum retinet, ſed tamquam pater & jure poteſtatis; immo licet ſit mater, vel filius emancipatus ſit, ceſſat Interdictum, ſi retineatur ratione pietatis naturalis, id eſt genuinæ, ut dicitur in §. *ſi eum* 4. quem poſt veteres explicat Pinellus in *rub. C. de bonis maternis parte* 2. *num.* 7. vel ſi retinet alumnum, aut noxæ deditum, ut ibidem dicitur. Alumnus eſt, quem quis domi ſuæ miſericordiæ cauſſa aluit, vel alumnatus eſt, ut de cupidine Venus loquitur apud Apulejum *lib.* 5. *mileſiarum.* multa adducit Carranza *de partu cap.* 4. *num.* 40. homo liber noxæ deditus erat filiusfamilias, qui ob damnum alteri datum noxæ dedi a patre olim potuit, ſed jam non poteſt. §. *ult. inſt. de noxalibus actionibus.* cujus veteris juris veſtigium in hoc textu odorantur Cujacius *lib.* 13. *obſervat. cap.* 9. & *lib.* 2. *definit. Papin.* in *l. ſanctio* 41. *de pœnis.* Pithœus in *notis ad collationem Licinii tit.* 2. Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 2. *ſect.* 3. *num.* 36. Tertium extat in §. *ſi quis eum* 3. *ejusdem legis.* de eo, qui redemit hominem liberum ab hoſtibus, & eum detinet ratione pignoris naturalis, quod conſequitur, donec ſe reluat, de quo jure ex profeſſo egi *lib.* 6. *opuſcul. cap.* 12. vel ſi quis detineat hominem, quantumvis liberum, a ſe tamen bona fide poſſeſſum. *l. ſi quis* 4. §. 1. *de hom. lib. exbib.* vel ſi de ejus ſtatu dubitatur, & ſe in libertatem petat. *d. l.* 3. §. *plane* 7. quia interim retinetur in quaſi poſſeſſione ultimi ſtatus. *l. ordinata* 24. *de liberali cauſſa.* & agendum eſt liberali judicio absque eo, quod fiat præjudicium alienæ cognitioni, ut dicitur in *d.* §. 7. *aliena cognitio* explicatur alia cognitio, diverſa cognitio, qualis eſt cognitio de libertate, quæ apud alium judicem peragebatur, cum Interdicta proponerentur coram Prætore, ut explicat Accurſius & poſt alios Manzius *ubi proxime num.* 96. nec placet nimium acumen Cujacii *lib.* 19. *obſervat. cap.* 17.

§. XXXIX. Sed obſtat textus in §. 1. *verſ. exhibitoria inſt. de interdictis*, ibi: *exhibitoria ſunt, per quæ jubet exhiberi, veluti eum, de cujus libertate agitur.* igitur mota cauſſa libertatis locus eſt Interdicto: facilis tamen eſt ſolutio, nam omiſſo Cujacio *ubi proxime* dicendum eſt, duas eſſe partes Interdicti, altera eſt ad exhibendum, altera ad ducendum ſecumque comportandum hominem: *exhibere* eſt palam facere, extra ſecretum ponere. *d. l.* 3. §. *exhibere. l.* 2. *ad exhibendum.* igitur ex prima parte Interdicti agitur ante judicium liberale, ut homo in loco tuto, aperto, & palam ponatur, ſed non ut ducatur, de quo loquitur textus in *d.* §. *plane.* addendi ſunt etiam textus in *l. de eo* 12. *cum ſeq. ad exhibendum.* & ibi Faber melius quam Cujacius, quem ſine judicio & improbat & ſequitur Genua in *conciliat. legum pag. mihi* 801.

§. XL. Secunda pars hujus Interdicti eſt *de liberto exhibendo*, cujus meminerunt Juſtinianus in *d.* §. 1. Ulpianus in *d. l.* 3. §. 1. competit patrono propter privatam utilitatem, ſi deſideret exhiberi ſibi libertum ad editionem operarum, nec alii competit, ut notavit Manzius in *prædicta diſſertatione num.* 103.

X. *De Interdicto*, DE LIBERIS EXHIBENDIS VEL DUCENDIS.

§. XLI. Hoc Interdictum eſt etiam exhibitorium, competit patri, qui filium habet in poteſtate, adverſus eum, qui dolo malo filium retinet. *l.* 1. *de lib. exbib.* §. 1. *inſtit. l.* 2. §. 1. *ff. de interdictis.* ergo nec matri redditur, nec patri pro filio emancipato, ut concludunt Pinellus *parte* 2. *rubricæ C. de bonis maternis num.* 5. & Manzius in *diſſertatione de interdictis num.* 107. concurritque cum vindicatione ex jure Quiritum, quæ patri datur. *l.* 1. §. *per hanc de rei vindicatione.* ex eadem ratione patri competit actio furti pro filio ſubrepto. *l. eum qui* 14. §. *ſi filius* 13. *l. ſi filius* 37. *de furtis.* §. *interdum* 9. *inſtit. de obligat. quæ ex delict. naſc.* propter intereſſe pecuniarium interceptum, quod reſultat ex adquiſitione filiorum, ut docet Cujacius *lib.* 21. *obſervat. cap.* 20. & *lib.* 23. *quæſt. Papin.* in *l. juſto* 44. *de uſucapionibus.* unde matri illa actio non poteſt competere. *l. matri* 38. *de furtis.* in ſumma hæc omnia proveniunt ex jure reali, quod pater habet ratione poteſtatis: docent Cujacius *ubi proxime*, & Manzius *num.* 11. Antonius Fab. *lib.* 19. *conject. cap.* 20. Coſta in *cap. ſi pater parte* 1. *verbo mereretur num.* 6. nam actio, quæ decernitur matri pro petendo filio in *l. ſed etſi* 55. §. 1. *de fideic. libertatibus.* non eſt vindicatio, ſed aſſertio pro libertate, ut docet Pinellus *ubi proxime num.* 6.

§. XLII. Ex Reſcripto Divi Pii hoc Interdictum extenſum fuit ad maritum petentem uxorem etiam contra patrem, qui eam detinet. Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 6. §. *bene* 15. *l.* 1. §. *ult. cum l. ſeq. de lib. exbib. l. ult. C. eodem.* ubi poſt Cujacium Gothofredus *l. ſi invita* 11. *C. de nuptiis.* ne bene concordantia matrimonia prætextu patriæ poteſtatis diſſolvantur aut turbentur. Paulus in *d.* §. 15. facit textus ejusdem JCti *lib.* 2. *ſent. tit.* 19. §. 2. illuſtrant hanc rationem Cujacius in *d.* §. 15. Briſſonius *lib.* 2. *de jure connubiorum pag.* 290. per hæc tamen Interdicta neque uxor invita, neque filius contra voluntatem petitur. *l. ult. de lib. exbib.* quod ſi receſſerunt a domo patris maritive, Interdicto *unde vi* petuntur, de quo dixi ſupra *parte* 3.

§. XLIII. Secunda pars Interdicti eſt *de ducendis liberis*, per quam patri licet filium ſecum ducere, ducentique vis fieri prohibetur. *l.* 3. in *princip. de lib. exbib.* Prima ergo pars eſt præparatoria poſterioris. §. 1. *ejusdem legis.* & quamvis regulariter non admittantur exceptiones in hoc Interdicto. *l.* 1. §. 2. *de lib. exbib.* tamen cum detur ratione poteſtatis, ſi de ejus defectu objiciatur, diſceptanda eſt. *l.* 1. §. *pari modo* 4. *de lib. exbib.* Weſembecius *hic num.* 5. deinde ſi periculum ſit in ductione, ſuſpenditur Interdictum, & apud honeſtam matronam vel perſonam virgo vel prætextatus deponitur. *d. l.* 1. §. *ſi vero* 3. *l.* 3. §. *hoc interdictum de lib. exbib. l.* 3. *de hom. lib. exbib.* prætextatus dicitur juvenis, qui ſumebat togam prætextam poſt decimum quartum annum usque ad decimum octavum, in quo ſumebat togam puram, ſeu virilem. Macrobius *lib.* 1. *ſaturnalium cap.* 6. Videndi de ætate inter ſe varie digladiantes Petrus Crinitus *de honeſta diſciplina lib.* 3. *cap.* 7. Wolfgangus Lazius *de Republica Romana lib.* 8. *cap.* 2. Lazarus Bayfius *de re veſtiaria cap.* 10. Thomas Dempſterus ad *Roſinum lib.* 5. *cap.* 32. Budæus ad *l. ult. de Senatoribus.* Antonius Auguſtinus *lib.* 3. *emendationum cap. ult.* Menochius *de arbitrariis caſu* 53. *num.* 35. Hillig. ad Donell. *lib.* 3. *cap.* 14. *lit. B.* Rævardus in §. 1. *de injuriis num.* 51. Mater vero familias in *noſtro textu* dicitur notæ auctoritatis & pudicitiæ fœmina. *l. probrum* 41. §. 1. *de ritu nuptiar.*

l. item

l. item apud Labeonem 15. §. *ſi quis virginem* 15. *de injuriis. l. pronunciatum* 46. §. *matremfamilias de V. S. l. quæ adulterium* 29. *C. ad leg. Jul. de adult.* notant Pichardus *ubi proxime num.* 50. Cujacius *lib.* 3. *obſervat. cap.* 18. Rævardus *lib.* 4. *varior. cap.* 12.

§. XLIV. Hæc pars Interdicti non competit contra filium, niſi ſit, qui eum defendat. *l.* 3. §. *hoc autem* 3. *de lib. exhib.* exceptio ponitur in *l. ſi eum* 4. nempe ſi incidit quæſtio ſimul de hereditate; veluti ſi dico filium meum eſſe, & ſimul juſſu meo adiiſſe hereditatem, quo in caſu etiam ſine defenſore de Interdicto quæritur apud judicem, qui de hereditate cognoſcit propter incidentiam. *l.* 1. *C. de lib. exhib.* junctis *l. quoties* 3. *C. de judiciis. l. liber* 8. *C. de petit. hereditatis. l.* 1. & 2. *C. de ordine judiciorum.* alius caſus incidentiæ proponitur in *l. ſi putas* 6. *C. de lib. exhib.* videlicet ſi tutores a Præſide dati ſint nepotibus tam ad perſonas, quam ad hereditatem paternam, & avus prætendat, male tutores datos fuiſſe, & nepotes in ſua poteſtate conſtitutos, hereditatemque filii ad ſe ſpectare, agitur coram judice hereditatis; ſed facilius decernitur Interdictum, cum ſint tutores, qui pupillum defendant: notandum ergo eſt cum Cujacio *lib.* 9. *obſervat. cap.* 13. inter patrem & filium in poteſtate conſtitutum litem eſſe poſſe, ſi de patria poteſtate controverſia ſit; cæterum ſi neque ſit quæſtio incidens, neque adſit, qui filium defendat, agit pater cognitione prætoria, vel præjudiciis, quæ ſunt actiones de ſtatu. *d.* §. *hoc autem. l.* 1. §. 1. *de rei vindicatione. l. ſi filius* 18. *de probationibus.* cognitio prætoria eſt, cui ipſe Prætor aſſiſtit non dato judice, de plano, extra ordinem, & ſine obſervatione judiciali, de qua in *l. in cauſæ* 13. *verſ. interdum. l. minor* 39. *de minoribus.* notant Cujacius in *d. l.* 18. Duarenus ad *tit. de probationibus. cap.* 3. *verſ. ſecundum genus.* Anton. Fab. *lib.* 19. *conject. cap.* 20. Scipio Gentilis *lib.* 2. *de juriſdict. cap.* 22. Rævardus *protribunalium cap.* 6. Hillig. ad Donell. *lib.* 17. *cap.* 8. *lit. LL.* & *cap.* 22. *lit. F.* & 3. *ſeqq.* denique ſive Interdicto agatur, ſive cognitione prætoria aut præjudicio, ſi pater, qui filium petit in poteſtatem, vilis perſona ſit & filius impubes, ſuſpenditur cognitio inſtar Carbonianæ uſque ad pubertatem filii. *l.* 3. §. *Julianus de lib. exhib.* quem explicat Cujacius *tract.* 4. *ad Africanum* in *l.* 4. *eodem.* & hæc de Interdictis dixiſſe ſufficiat.

F I N I S.

INDEX CONTENTORUM.

PRÆLUDIA.

Ad *L. naturaliter* 12. §. *nihil commune* 1. *L. ſi quis vi* 17. *L. exitus* 35. *L. permiſceri* 52. *D. de Adquir. vel Amitt. Poſſ.* - - - - - 495.

PARS PRIMA.

De Interdictis & Remediis Poſſeſſionis adipiſcendæ.
I. *De Remedio Poſſeſſorio Leg. ult. C. de Edict. D. Adr. toll.* - - - - - - 497.
II. *De Interdicto*, QUORUM BONORUM. - 500. a.
III. *De Interdicto*, QUOD LEGATORUM. . . 502. b.
IV. *De Interdicto*, DE TABULIS EXHIBENDIS. 503. b.
V. *De Interdicto Salviano.* 504. b.
VI. *De Interdicto*, DE MIGRANDO. - - 506. b.

PARS SECUNDA.

De Interdictis & Remediis retinendæ Poſſeſſionis.
I. *De Interdicto*, UTI POSSIDETIS. - - 507.
II. *De Interdicto*, UTRUBI. - - - 511. b.
III. *De Interdicto*, DE SUPERFICIEBUS. - - 512. a.
IV. *De Interdicto*, NE VIS FIAT EI, QUI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT. - - - 513. a.

PARS TERTIA.

De Interdictis & Remediis Poſſeſſoriis recuperandæ Poſſeſſionis.
I. *De Interdicto*, DE VI ET VI ARMATA. - 514.
II. *De Interdicto*, DE PRECARIO. - - 519. a.

PARS QUARTA.

De Interdictis & Remediis quaſi Poſſeſſoriis, quæ competunt pro Servitutibus Prædialibus. - - 520.
I. *De Interdicto*, DE ITINERE ACTUQUE PRIVATO. - - - - - - 521. b.
II. *De Interdicto*, DE AQUA QUOTIDIANA ET ÆSTIVA. - - - - - - 523. b.
III. *De Interdicto*, DE RIVIS. - - - 527. a.
IV. *De Interdicto*, DE FONTE. - - - *ibid.* b.

PARS QUINTA.

De Interdictis, quæ competunt pro tuitione uſus rerum, quæ extra commercium ſunt.
I. *De Interdicto*, DE FLUMINIBUS, NE QUID IN FLUMINE PUBLICO, RIPAVE EJUS FIAT, QUO PEJUS NAVIGETUR. - - - - - 528.
II. *De Interdicto*, NE QUID IN FLUMINE PUBLICO FIAT, QUO ALITER AQUA FLUAT, ATQUE UTI PRIORE ÆSTATE FLUXIT. 529. b.
III. *De Interdicto*, UT IN FLUMINE PUBLICO NAVIGARE LICEAT. - - - 530. b.
IV. *De Interdicto*, DE RIPA MUNIENDA. - *ibid.*
V. *De Interdicto*, NE QUID IN LOCO PUBLICO VEL ITINERE FIAT. - - - - 531. a.
VI. *De Interdicto*, DE LOCO PUBLICO FRUENDO. - - - - - 536. a.
VII. *De Interdicto*, NE QUID IN LOCO SACRO FIAT. - - - - - *ibid.* b.
VIII. *De Interdicto*, DE MORTUO INFERENDO, ET SEPULCHRO ÆDIFICANDO. - - 537. a.
IX. *De Interdicto*, DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO. - - - - - *ibid.* b.
X. *De Interdicto*, DE LIBERIS EXHIBENDIS VEL DUCENDIS. - - - - 538. b.

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI VESPERTINÆ LEGUM CATHEDRÆ ANTECESSORIS,

A D

TITULUM DIG. DE RE JUDICATA,

NOVI TRACTATUS ACADEMICI,

DICTATI ANNO MDCLX. ET MDCLXI.

TERTIUM aggredimur *hujus tituli* explicationem, totidem enim vicibus rediit ex Academiæ præſcripto, ex quo Veſpertinam Cathedram regimus, & cum nobiles aliquas leges in præcedentibus expoſuerimus, ne iterum repetamus, quod otilitatis veſtræ non eſt, nec moris noſtri, Clariſſimi & Chariſſimi Studioſi, libuit hoc ſemeſtri vobis dare univerſam de fructibus materiam, ſive quando judex peritus fructuum condemnationem facere debeat, ad *l. ſi homo* 8. *l. Neſennius* 41. *§. fundum* 1. *de re judic.* quæ per omnes juris articulos diſperſa eſt, & in multis actionibus, ſive realibus, ſive perſonalibus de ea quæritur: adeoque difficilis & utilis a noſtris interpretibus reputatur, ut inter eos invaluerit hoc brocardicon, *non eſt JCtus, qui neſcit materiam de fructibus*; de qua ex profeſſo ſcripſerunt Rutgerus Rulandus, Petrus Loriotos, Petrus Rebuffus, & Joannes Copus, quorum aliqui in manus meas non pervenerunt; incidenter vero ſcribunt tam multi, ut pleni ſint libri hujus tractatus; curabimus tamen omnia colligere, ſeligereque breviter & methodice, ut forſan ex juris principiis deſideretis nihil: erunt iſtæ fortunatorum inſulæ in Oceano, ideo appellatæ, ut Mamertinus ad Julianum cenſuit, *quod per eas non arato ſolo frumenta naſcuntur, fortuitis vitibus juga collium veſtiuntur, ſponte pomis arbor gravatur.* ſic vobis ſine ullo labore fructus noſtri uberrime provenient, qui mihi multo conſtiterunt; ſed jam ad rem.

TRACTATUS PRIMUS.

De Fructibus.

SECTIO I.

De Etymologia & Definitione Fructuum.

§. I. Marcus Varro Romanorum doctiſſimus *lib.* 4. *de lingua latina*, *fruges* & *fructus* a *fruendo* dictos fuiſſe docet: magis exquiſite Divus Iſidorus *lib.* 17. *originum cap.* 3. *in princ.* & *cap.* 6. *ad finem* cenſet *frumenta*, *fruges*, & *fructus* derivari a veteri verbo *frumere*, quod ſignificat veſci, vel a *frumine*, quæ eſt eminentior gutturis pars, qua veſcimur: a *ferendo* tamen denominant Servius & Donatus veteres Virgilii interpretes ſecuti Poëtam *lib.* 1. *Georgicorum.*

Et quid quæque ferat regio, quid quæque recuſet.
Hic ſegetes, illic veniunt felicius uvæ.

Et forſan Lucretium *lib.* 1. *de natura rerum*, qui de Venere loqueus ita canit.

Quæ mare navigerum, quæ terras frugiferenteis.
Concelebras. —— —— —— ——

Fructus ergo dicuntur, vel quia a terra feruntur, vel quia illis veſcimur, aut fruimur: notat Joannes Fungerus in *etymologico*, & alii, qui inter fruges & fructus ſubtilem quærunt differentiam, in qua non immoror.

§. II. Ex qua alluſione illud inprimis conſequimur: *omne, quod ex re provenit naturaliter quæ-*

ſtuo-

Digitized by Google

ſtuoſum, & ſine diſpendio rei principalis, in fructu eſſe; veluti ligna, poma, olera, flores, legumina, frumenta, & fruges, & cæteri, qui vulgo majores fructus ſolent appellari. *l. uſura* 121. *de V. S. l. plenum* 12. §. 1. *cum ſeqq. de uſu & habit.* ex grege aut animalibus fructus ſunt fœtus, lac, pilus, lana &c. *l. grege* 9. *de inſtructo vel inſtrumento legato. l. vetus* 68. §. 1. *de uſufructu. l. in pecudum* 28. *de uſuris. l. bonæ fidei emptor* 48. §. *penult. de adquir. rer. dom. l. qui vas* 48. §. *ex furtivis de furtis. l. vaccæ* 43. *de evictionibus.* §. *in pecudum inſt. de rer. diviſione.* quamvis occaſione rei proveniat, non immediate ex ipſa re: ideo venatio in fructu eſt, ſi emolumentum ſaltus ex venatione percipiatur. *l. venationem* 26. *de uſuris. l. quæſitum* 12. §. *ſi in agro* 12. *de inſtructo vel inſtrum. legato.* apparet ergo, JCtos magis generaliter aut abuſive nomen fructuum uſurpaſſe, quam Grammaticos, de quibus intelligendus eſt Divus Iſidorus *d. lib.* 17. *originum cap.* 6. ibi: *fructus proprie dicuntur agrorum & arborum, quibus unique utimur; in animalibus vero abuſive & tranſlative vocamus fructum:* nos enim fructum appellamus quæſtum naturalem ex pecore, non minus quam ex fundis aut vineis provenientem, ut conſtat ex præallegatis textibus, & docet omnium optime Joannes Garzia *de expenſis cap.* 23. *num.* 1. & 2. addendus eſt Alfonſus Carranza in *diſp. de partu cap.* 3. *num.* 18.

§. III. Unde exponendus eſt elegans Triphonini noſtri locus in *l. uſufructuarium* 62. *de uſufructu.* docet in *princ.* Conſultus, uſufructuarium, cui ſylvæ aut ſaltus uſusfructus legatus ſuit, poſſe in ſaltibus vel montibus poſſeſſionis venari, & ſibi adquirere animal, quod cepit, nec teneri illud reddere domino proprietatis; quia facit fructus ſuos jure civili vel gentium: idem de aucupio & piſcatione dicitur in *l. item ſi fundi* 9. §. *aucupiorum* 5. *eodem tit.* hoc principium componendum eſſe cenſeo cum *l. Divus Pius* 16. *de ſervit. ruſt. præd.* in qua refert JCtus Conſtitutionem Divi Pii ad aucupes emiſſam, qua ſanxit, ne quis aucupandi aut venandi gratia aliena prædia ingrederetur invitis dominis; cum enim interdicto *quod vi aut clam* non teneatur ea eo, quod nullum opus in fundo facit. *l. ult.* §. 3. *quod vi aut clam.* conſequens eſt, ut ad hoc prohibendum opus eſſet principali Conſtitutione: igitur ſi dominus non præviderit, aut non prohibuerit, poterit extraneus in fundo alieno venari aut aucupari, facietque ſuas aves, vel feras captas, ut docemur ex textu in *l.* 3. §. 1. *de adquir. rer. dom.* quia feræ, quæ in fundo meo ſunt, meæ non ſunt, ſed in libertate naturali morantur: docet Cujacius *lib.* 4. *obſervat. cap.* 2. ideo ſi aves in arbore mea nidum poſuerint, & alter ſurripiat, non tenetur mihi furti, quia nullum jus in illis habeo. *l. ſi apes* 26. *de furtis.* videamus tamen, quid dicendum ſit, ſi ingrediatur fundum alienum prohibitus a domino? propoſita eſt hæc quæſtio ſed non deciſa in §. *feræ* 12. in §. *apum* 14. *inſt. de rer. diviſ.* Accurſius tamen in *d. l. Divus* 16. cenſet & recte, etiam eum, qui prohibitus eſt ſuas facere aves vel feras; quia jure gentium occupat, quod nullius eſt, teneri tamen domino prædii actione in factum. *l. in laqueum* 55. *de adquir. rer. dom.* vel injuriarum. *l. injuriarum* 13. §. 1. *de injuriis.* propter damnum frugibus datum, vel ipſi glebæ.

§. IV. Hæc cum ita ſint, difficillimum eſt, quod docet Triphoninus, poſſe uſufructuarium venari vel aucupari in montibus poſſeſſionis, in qua uſumfructum habet: quid enim ſpeciale eſt in fructuario, cum feræ in fructu non ſint, ſed cuicumque extraneo pateant jure naturali, etiam prohibente domino? quemadmodum ut diſſolvamus, animadvertendum eſt ad illa verba JCti, *ſed fructus aut jure civili, aut gentium ſuos facit.* Primo enim docuit, in montibus poſſeſſionis fructuariæ venari poſſe, deinde de adquiſitione fructuum diſſerit: ſenſus ergo eſt, ſi venatio exercetur ab uſufructuario in montibus aut ſaltibus apertis jure gentium, per occupationem feras ſuas facit, non tamquam fructuarius, ſed ea communi jure libertatis venandi, ut cæteri venatores extranei; ſi vero fructus montium conſiſtit in venatione, ut in *d. l. venationem* 26. *de uſuris.* tunc jure civili jure ſervitutis, & tamquam uſufructuarius facit fructus ſuos; conſiſtunt vero fructus in venatione, quando ſaltus ſepti ſunt, vel piſces intra locum vel piſcinam privatam continentur; quo caſu & feras incluſas & piſces poſſidemus, & per poſſeſſionem naturale dominium retinemus. *l.* 3. §. *item feras* 14. *cum* 2. *ſeqq. de adquir. poſſeſſ. l. injuriarum* 13. §. *ult. de injuriis.* docent Cujacius *d. lib.* 4. *cap.* 2. Donell. & Hillig. *lib.* 4. *cap.* 8. *lit. C.* idem Donell. *lib.* 5. *cap.* 12. *verſ. feras.* & per conſequens nemo habet venandi jus, niſi dominus, vel qui vice domini eſt; extranei vero furtum faciunt, & ad reſtitutionem tenentur: & ita hunc locum exponunt Accurſius licet breviter, & fere iiſdem verbis Anton. Fab. in *Ration. ad eundem text.* Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 28. magis tamen proprie loquuntur Donellus & Hilligerus *lib.* 10. *cap.* 8. *lit. F.* unde facile percipitur deciſio §. 1. *ejusdem legis*, in quo Triphoninus loquens de vivariis & ſylvis ſeptis ad venationem docet, licere fructuario frui feris incluſis; dummodo ex fœtubus eundem numerum ſubmittat moraliter non arithmetice, id eſt ne venationem conſumat, ſed in eodem ſtatu relinquat: docent & ad varias quæſtiones praxis applicant Molina *de primogeniis lib.* 1. *cap.* 22. *num.* 8. Joannes Gutierrez *de tutelis parte* 3. *cap.* 27. *ex num.* 22. quam tamen diſtinctionem non videtur percepiſſe eximius alioqui Doctor Covarruvias in *regula peccatum parte* 2. §. 8. *num.* 9. *verſ.* 5. *& ſeq.*

§. V. Dixi: *ſine diſpendio rei principalis*; quia decerptiones, quæ rem principalem damno afficiunt, non ſunt fructus, ſed tantum illæ, quæ in eodem ſtatu rem principalem relinquunt: exempli gratia, ſi ſylva cædua eſt, id eſt quæ ſucciſa repullulat, poteſt ramos & ligna inde cædere is, ad quem fructus pertinent, quia in fructu ſunt; ſi vero non eſt cædua, ita debet uti fruique, ne ullatenus deteriorem fundum faciat; grandes itaque arbores non poteſt cædere, niſi carie aut vetuſtate inutiles. *l. ex ſylva* 10. *cum* 2. *ſeqq. de uſufructu.* juncta *l. ſylva* 30. *de V. S. l. fructus* 7. alias *l. divortio* 8. §. *ſi fundum* 12. *ſoluto matrim.* ubi in fructu a marito lucrando computantur arbores cæduæ, vel cremiales: hæc eſt florentina lectio, & ſignificat virgulta quædam, quæ in gremio ruſticorum portantur tam ad cremandum, quam excitandum ignem, ut poſt Ant. Auguſtinum *lib.* 3. *emendat. cap.* 7. Connanum *lib.* 4. *comment. cap.* 1. *num.* 7. explicant Duarenus & Petrus Barboſa in *d.* §. 12. *in princ.* hoc amplius requiritur ad hoc, ut ſylva cædua intelligatur, quod ad ſucciſionem arborum deſtinata ſit; alioquin ſi deſerviat paſtui, vel producendis glandibus, non eſt ſylva cædua, quam ſucciſa repullulet; quia ex ſucciſione damnum eveniret rei principali, ut ex *d. l. ſylva* 30. juncto §. *ult.* docent Alciarus, Albericus Gentilis, & Brechæus *ibidem.* Barboſa *ubi proxime num.* 2. Joannes Garzia in *tract. de expenſis cap.* 11. *num.* 35. ex quo facile exponitur textus in *l. qui fundum* 40. §. *cum fundum* 4. *de contrah. empt.* ubi ad eum, qui in venditione fundi fructum omnem ſibi excepit, vel reſervavit, pertinent arundo cædua & ſylva, quia in fructu ſunt: in quo tamen ita leviter muto, *arundinem & cæduam ſilvam*, ut cædua referatur ad ſylvam, non ad arundinem; quia arundo ſemper eſt cædua, cum renaſcatur ex ſtirpibus in brevi, ut de ſalicto, arundine, & vinea comperuit Plinius *lib.* 17. *naturalis hiſtoriæ cap.* 20. quare in arundine neceſſarium non videbatur id expreſſiſſe: exponitur etiam tex-

textus in *l. in fraudem* 45. §. *conductor* 13. *de jure fiſci.* ubi perpetuarius, id eſt conductor in perpetuum rerum fiſcalium non poteſt vendere materiam cupreſſi, vel olivæ, vel cædere cæteras arbores pomiferas; alioquin convenitur in quadruplum: cupreſſus eſt arbor, quæ ſuccifa nunquam renaſcitur, ideo olim mortualis feraliſque cenſebatur. Ovidius *lib.* 3. *triſtium elegia* 13.

Funeris ara mihi ferali inſtructa cupreſſu.

Plinius *lib.* 16. *naturalis hiſtoriæ cap.* 33. de eadem arbore loquens ait; *Diti ſacra, & ideo funebri ſigno ad domos poſita.* itaque ſi forte vi ventorum avulſa ſit cupreſſus, quia non eſt in fructu, cum non repullulet, materia ad fiſcum dominum proprietatis pertinet, idem de oliva dicendum eſt, quia licet repullulet, fructus gratia comparatur non ad ſuccifionem, & de cæteris arboribus pomiferis; at vero, quamvis ſylva fructus ferat, ſi ad ſuccifionem primo & principaliter parata ſit, cædua dicitur, ut ſupponitur in *l. cum manu ſata* 80. §. *ſylva* 2. *de contrah. empt.* notant ſupra laudati & Donellus *lib.* 10. *cap.* 8. ubi Hillig. *lit. D. & E.*

§. VI. Eodem modo philoſophandum eſt de marmore aliove lapide, aut metallis ex fundo cædendis; ſi enim renaſcuntur, in fructu ſunt; ſi ſunt mortua, non ſunt in fructu, de quibus videndus eſt Galvanus in *tract. de uſufructu cap.* 28. *num.* 1. difertus textus in *l. fructus* 7. §. *ſi vir* 13. *ſolut. matrim.* ibi: *quia nec in fructu eſt marmor, niſi tale ſit, ut lapis ibi renaſcatur, quales ſunt in Gallia, ſunt & in Aſia. l.* 27. *tit.* 11. *Part.* 4. quod procul dubio recipiendum eſt, ſi obventio fundi in lapidicina conſiſtat, ut in *l. ex lapidicinis* 32. *de jure dotium.* idem eſt in creta, auro, argento, & cæteris metallis, quæ cæduntur tamquam ex vena perenni. *d. l. fructus* 7. §. *ſed etſi* 14. *l. ſi fundus* 8. *ſoluto matr. l. item* 9. §. *ſed etſi* 2. *l. ſi cujus* 13. §. *inde* 5. *de uſufructu. l.* 3. §. *ult. cum* 2. *ll. ſeqq. de rebus eorum.* qui textus eo clariores ſunt, quod loquuntur de venis jam exciſis, & quando ſolitus erat dominus compendium facere ex lapidicinis jam inſtitutis, quo in caſu in fructu eſſe marmor vel metalla ſecure docent poſt Claſſicos veteres Molina *de primogeniis lib.* 1. *cap.* 23. *num.* 10. Garzia *de expenſis cap.* 22. *num.* 47. Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 1. *quæſt.* 3. *num.* 17. Carranza in *diſp. de partu cap.* 3. *num.* 18. Cujacius *lib.* 15. *obſervat. cap.* 21. & alii remiſſive apud Solorzanum *tomo* 2. *de jure Indiarum lib.* 5. *cap. unico num.* 27.

§. VII. Quando vero marmor non renaſcitur, ſed ſemel exciſum ceſſat, quia vena non eſt perennis, marmor non eſt in fructu, & per conſequens non pertinet ad eum, qui dumtaxat habet jus percipiendi fructus, *d.* §. *ſi vir* 13. ibi: *quia nec in fructu eſt marmor*, juncta exceptione, quæ ſtatim ſubjicitur, *niſi tale ſit, ut lapis ibi renaſcatur*; ex qua conſtat, præcedentem clauſulam loqui de marmore, quod non renaſcitur, aſſereque JCtum, in fructu non eſſe, ut in hoc recte ſenſerunt Cumanus & Caſtrenſis *num.* 1. Duarenus & Petrus Barboſa *num.* 2. unde per neceſſariam conſequentiam deducendum erat, marmor hoc exciſum ad maritum vel uſufructuarium non pertinere: nihilominus ex recta juris interpretandi ratione obtinuit, ut mariti lucro cederet, ſi excidendo illud redderet fundum fructuoſiorem. *d.* §. *ſi vi.* V. G. ſi marmor mortuum in ſuperficie ſive in ſummitate fundi erat, & ſubtus erat terra, quæ apta ferendis fructibus apparuit ſublato marmore: in hoc caſu maritus lucratur marmor, non vice fructuum, ſed in compenſationem utilitatis, quam fundo attulit illud excidendo: ita recte Molina & addentes *d. lib.* 1. *cap.* 23. *num.* 9. Garzia *d. cap.* 22. *num.* 48. & poſt antiquiores Barboſa *ubi proxime num.* 3. Permittitur enim cuicumque fructuario proprietatem rei meliorare. *l. ſi cujus* 13. §. *inde* 5. *de uſufructu.* & in compenſationem lucratur, quod ex fundo extraxit; dicitur vulgo ſpolium, ut docent Græci commentatores ad eundem textum, & hoc nomine lucratur maritus marmor mortuum, tamquam ſpolium, quia fundum melioravit, non tamen deducit impenſam, quia cum emolumento marmoris compenſatur, neque eſt perpetua cauſſa utilitatis fundi proveniens immediate ex inciſione lapidum, quamvis mediate fructuoſior fiat fundus; ita poſt Vincentium docuit Barboſa *num.* 4. *in fine.*

§. VIII. Alius diverſuſque caſus, qui proponitur in *l. ult. de fundo dotali*, in qua explicanda auctores noſtri multum pulveris movent immerito: agit JCtus de lapidicinis denuo inventis in fundo dotali; unde primo apparet differentia inter hunc textum & textum in *d.* §. *ſi vir.* qui loquitur de lapide renaſcente, quando eſt in fructu, ſed quando non eſt in fructu, de lapide qui non renaſcitur, & quærit, ſi vir lapidicinas aperuerit, cujus ſit marmor exciſum, quamvis in ipſo prædio permaneat, nec inde exportatum ſit? deinde quærit, quis debeat præſtare impenſas factas in inſtruenda lapidicina, ſive in aperienda vena marmoris? Primo quidem refert ſententiam Labeonis, qui cenſuit marmor viro adquiri, quia in fructu eſt, cum vena ſit perpetua & renaſcatur, negabat vero maritum poſſe imputare impenſas factas in aperienda lapidicina, ex duplici ratione. Prima, quia illa impenſa neceſſaria fuit colligendis fructibus, id eſt cædendo marmori, cum aliter cædi non poſſet: impenſas autem illas vir non imputat, quæ colligendis fructibus deſerviunt. *l.* 3. §. *nos generaliter de impenſ. in res dotal. factis. l. domus* 58. *l. ſumptus* 61. *de legat.* 1. Secunda, quia per aperturam lapidicinæ fundus deterior factus fuit. Javolenus vero in prima parte approbat ſententiam Labeonis, quatenus docuit, marmor ad virum pertinere; ſed de expenſis ab eo recedit, docetque, non tantum neceſſarias expenſas imputari poſſe, ſed etiam utiles, quæ venam magis ſtructam reddiderunt; ratio eſt, quia non eſt facta expenſa pro colligendis dumtaxat fructibus, ſed ad perpetuam utilitatem agri, ut inquit textus in *d.* §. *nos generaliter.* cum deinceps maneat perennis vena marmoris, in quo per conſequens differt hæc deciſio a ſupra expoſita in *d.* §. *ſi vir.* in quo marmor non renaſcebatur, nec exciſio lapidis afferebat fundo perpetuam utilitatem, ideo expenſa a viro non repetitur, quia ad præſentem commoditatem pertinet, deinde negat, quod ſupponebat Labeo, fundum deteriorem reddi per aperturam lapidicinæ; licet enim fruges non colligantur, majus emolumentum provenire poteſt ex lapide, ſi creſcat: denique in hoc ſtandum eſt boni patrisfamilias conſuetudini & providentiæ; ſi enim talis ob emolumentum inde percipiendum aperiret venam, poterit fructuarius aperire, ſin minus, non poterit. *d. l. ſi cujus* 13. §. *inde* 5. *de uſufructu.* itaque ſuppoſitio eſt meri facti, & non juris, de qua diſputat Javolenus cum Labeone; in facto enim conſiſtit perquirere, an deterior vel fructuoſior fundus reddatur ex apertura lapidicinæ, quem utriuſque textus verum intellectum eſſe cenſeo, ad quem præivit Pichardus, licet obſcure loquatur in §. 1. *de offic. judicis num.* 52. & 2. *ſeqq.* quamvis in illis explicandis infeliciter criſin exercuerint varie ſed temere eos emendantes Cujacius in *l.* 4. *verbo pupilli de uſucapionibus.* Ant. Fab. *lib.* 1. *conject. cap.* 8. Franciſcus Hotmanus *lib.* 1. *amicabilium cap.* 13. antinomiamque inplacabilem videatur cenſuiſſe Hieronymus Treutlerus *volum.* 2. *ſelect. diſp.* 20. *theſi* 6. omiſſiſque multis aliis, quos adducunt Nicolaus Genua in *lib. legum conciliatarum pag. mihi* 824. Barboſa in *d.* §. *ſi vir ex num.* 7. Joannes del Caſtillo *de uſufructu cap.* 37. *per totum.*

§. IX. His expoſitis proſequamur requiſita, quæ po-

Digitized by Google

poſita manent: ſupra §. 2. dixi *fructuoſum*; illud enim appellatione fructus proprie venit, quod ſupereſt deductis expenſis ſationis, conſervationis, perceptionis, & omnimodæ coactionis; alioquin ſi expenſæ non decnmputarentur, fructus non eſſent fructuoſi, quæ eſt in verbi ſignificatione repugnantia: ideo pro regula perpetuo tenendum eſt, expenſas de computatione fructuum eſſe deducendas, ubicumque per legem vel ſtatutum cavetur, ut fiat reſtitutio fructuum. *l. 1. C. de fructibus & litium expenſis. l. fundus* 51. *fam. erciſc.* ubi docemur, hanc regulam nullam pati exceptionem. *l. ſi a domino* 36. *§. ult. cum l. ſeq. de pet. hered.* in qua de prædone agitur. *l. videamus* 38. *§. item ſi* 14. *l. quod in fructus* 46. *de uſuris. l. fructus* 7. *in princ.* & in *§. impendia* 16. *ſolut. matrim. l. ult. tit.* 11. *Part.* 4. quod etiam in fructibus inpropriis retinendum eſt, quales ſunt operæ ſervorum. *l. fructus* 4. *de operis ſervor.* juncta *l. quod ſi artificem* 32. *de rei vindicat.* itaque qui lucratur fructus, non deducit impenſas, cum ratione percipiendorum fructuum illas faciat. *d. l.* 3. *§. nos generaliter de impenſis in res dot. factis.* ſed qui jubetur fructus alii reſtituere, ſemper expenſas deducit, & decomputat de fructibus: docent latiſſime Tiraquellus *de retractu lignagier* §. 15. *gloſſa* 1. Arius Pinellus in *l.* 2. *C. de reſcin. vendit. parte* 2. *num.* 62. Garzia *de expenſis cap.* 1. *ex num.* 12. Hillig. ad Donell. *lib.* 20. *cap.* 7. *lit. F.* Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 3. Eſcobar *de ratiociniis tomo* 2. *computat.* 13. & Barboſa in *d. l. fructus ex num.* 7.

§. X. Hanc propoſitionem multis limitationibus & regulis involvunt veteres, & auctores ſupra laudati, & Baeʒius *de decima tutoris cap.* 29. ego tamen omnino certam, & ſine ulla exceptione firmiſſimam ſtatuo, quoties fructus reſtituendi ſunt ab eo, qui illos percepit. *d. l. fundus* 51. *fam. erciſc.* non tamen poteſt adaptari multis caſibus, quos ipſi excogitant. Primo ſi quis vendat fundum plenum fructibus pendentibus, fructus etiam jam maturi pertinent ad emptorem. *l. Julianus* 13. *§. ſi fructibus* 10. *de action. empti.* quia non pertinent tamquam fructus, ſed tamquam pars & acceſſio rei. *d. l.* 13. *§. ſed etſi quid* 12. *cum* 2 *ſeqq.* & ideo fœtus pecorum, & partus ancillarum ad emptorem ſpectant. Paulus *lib.* 2. *ſent. tit.* 17. *§.* 7. *l. ult. de jure fiſci. l. pennlt. C. de action. empti.* docent Cujacius *lib.* 20. *quæſt. Papin.* in *l.* 3. *de uſuris.* Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 15. *num.* 1. 2. & 3. Eſcobar *d. tomo* 2. *comput.* 19. *num.* 4. & *comput. ult.* neſciunt etiam diſtinguere inter reditus fundi & fructus: reditus ſunt quantitates annuæ, quæ ex locatione percipiuntur, id eſt quod fundus reddit paciſcenti, ut poſt alios loquitur Gaſpar Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 1. *quæſt.* 1. *a princ.* Cujacius *lib.* 9. *obſervat. cap.* 15. fructus ſunt, qui naturaliter ex re feruntur deductis expenſis. Caſtillo *de uſufructu cap.* 29. *num.* 16. omiſſa generica ſignificatione apud Amayam *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. *§.* 1. *num.* 21. igitur ſi teſtator uxori legat reditus fundi, cenſetur legare penſiones conductionis, non fructus; & ut conductori commodius poſſit, ad refectionem heres compellitur. *l. fundi* 38 *de uſufructu legato.* ubi Bartolus *num.* 4. Cujacius *lib.* 3. *reſponſor. Scævolæ.* quinimo ſi heres non locet, ſed colat fundum, & mulier de fructibus agat, deducet heres expenſas, ut in hoc recte ſentit Barboſa in *d. l. fructus num.* 30. *verſ. unde infers*, licet principalem ejus regulam non amplectar.

§. XI. Aliqua tamen ſunt, quæ ſolent opponi ſuperiori doctrinæ. Primo opponitur textus in *l. quoties* 34. *§. ſi colono de uſufructu.* ſpecies eſt: Titius habebat conductum fundum, dominus fundi legavit ei uſumfructum, inquit Julianus, ex teſtamento poſſe agere, vel ex conducto cum herede; competit enim ſimul actio ex teſtamento cum actione ex contractu, ut in *l. cui res* 29. *de actionibus empti. l. hujusmodi* 84. *§. qui ſervum* 5. *de legat.* 1. *l. fundo* 4. *ad leg. Falcid.* notavi *lib.* 7. *opuſculorum cap. ult. ex num.* 14. per alterutram vero conſequitur, ut ſine ulla impenſa, ſine ſolutione mercedis fruatur fundo, definitque eſſe conductor, & incipit eſſe uſufructuarius ex cauſſa legati, ut in *l. ſi quis domum* 9 *§. ult. cum l. ſeq. ff. locati.* ſed tunc expendunt illa verba: *& impenſas, quas in culturam fecerat, recipiat.* ecce ubi fructuarius lucratur fructus, & conſequitur impenſas factas in collectione eorum: ergo falſum eſt, quod dicitur, impenſas factas circa fructus non poſſe imputari ab eo, qui illos percepit: ita expendunt, & accipiunt hunc textum nonnulli veteres apud Barboſam in *d. l. fructus ex num.* 22. ſed eorum opinionibus omiſſis verius dicendum eſt, impenſas in culturam factas intelligi de factis in culturam fundi perpetuæ utilitatis cauſſa, quas imputare domino poteſt colonus, & pro illis agere actione ex conducto. *l. dominus* 55. *§.* 1. *l. penult. ff. locati.* ut quicumque alius, ad quem jus fructus dumtaxat pertinet. *d. l.* 3. *§. nos generaliter.* quare in prædicto textu illas tantum conſequitur non annales, & hoc amplius mercedis remiſſionem: ita Accurſius *verbo in culturam verſ. dic ergo.* Albericus, Fulgoſius, Ant. Fab. in *Ration.* & Cujacius *lib* 37. *Dig. Juliani* in *d. §. ſi colono.*

§. XII. Secundo opponitur textus in *l. ſi ſervus* 27. *§. ſi olivam* 25. *ad leg. Aquil.* ubi ſi quis decerpſerit olivam immaturam alienam, tenetur lege Aquilia, quia damnum dedit, ut infra dicam: videndus interim eſt Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 3. *ſect.* 5. Quod ſi maturam decerpſerit, ceſſat lex Aquilia, quia nullum damnum dedit; ſed potius impenſas collectionis videtur donaſſe, *argum. §. ex diverſo inſt. de rerum diviſ.* ecce ubi, qui colligit fructus alienos, non deducit expenſas; ergo falſo hanc regulam de prædone intelligimus, omiſſa diſtinctione inter furem & prædonem, excogitata poſt veteres a Tiraquello *de retractu lignagier d. §.* 15. *gloſſa* 1. *num.* 21. Garzia *de expenſis cap.* 1. *num.* 13. Sarmiento *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 10. *num.* 15. Pichardo §. 1. *de offic. judic. num.* 62. *& ſeq.* dicendum eſt, noſtram regulam accipiendam eſſe de eo, qui vel bona vel mala fide retinebat rem, quam reſtituere jubetur cum fructibus, tunc fructus intelliguntur deductis expenſis, *argum. l.* 1. *C. de infantibus expoſitis.* Cæterum ſi rem non poſſidebat, ſed alienos fructus invaſerit, amittit impenſas, quas præſumptione juris donaſſe cenſetur; quia non fiunt circa fructus, ſed circa ipſorum furtum: docent Accurſius & Baldus in *d. §. ſi olivam.* Cujacius *lib.* 10. *obſervat. cap.* 1. Barboſa in *d. l. fructus num.* 9. *in fine.*

§. XIII. Opponitur etiam textus in *l. ſi quis domum* 9. *§.* 1. *verſ. idem quærit ff. locati.* docet Ulpianus in *princ. textus*, bonæ fidei poſſeſſorem, qui fundum locavit, teneri conductori, ut ei præſtet, quod poſſit frui, ſi a domino fundus evictus ſit, *poſſe frui* ſignificat ſatagere, ut dominus, qui fundum evicit, patiatur conductorem frui, vel ſi non patiatur, præbere alium æque idoneum fundum, vel ſolvere conductori intereſſe, ut in hoc recte docent Ant. Fab. *lib.* 4. *conject. cap.* 5. & in *C. Fabriano lib.* 4. *tit. de evictionibus definit.* 4. Connanus *lib.* 7. *comment. cap.* 11. *num.* 16. Donellus *lib.* 13. *cap.* 7. licet vulgo diſtinguatur inter locantem rem alienam ſcienter vel ignoranter, teſte Hilligero ibi *lit. F.* ut ille teneatur ad intereſſe; hic vero ad ſolam remiſſionem mercedis, utunturque quaſi diſertis teſtimoniis in *l. ſi fundus* 33. *cum* 2. *ſeqq. eodem tit.* quæ tamen in caſu fortuito loquuntur, non in caſu evictionis, in quo aliqua culpa eſt locantis, cum certus de jure ſuo debuiſſet locare, ut docuit Connanus *ubi proxime*; quamvis communem ſequatur Cujacius *tract.* 8. *ad Africanum* in *l. & hæc diſtinctio* 35. *eodem tit.* his præmiſſis quærit Ulpianus in *d. §.* 1. quid di-

cendum ſit in hoc caſu ſingulari? fructuarius, cujus jus perſonale eſt, & cum vita extinguitur. §. *finitur inſt. de uſufructu.* locavit prædium fructuarium alicui in quinquennium, quod erat tempus ſolemne locutionum, ut ſolet notari in *l. ſi in lege* 24. §. *ſi domus* 2. *eodem tit.* interim deceſſit fructuarius, & per conſequens reſolutum fuit jus conductoris; quia reſoluto jure dantis reſolvitur jus accipientis. *l. lex vectigali* 31. *de pignoribus.* in quo hæc ſpecies diſtat a *l. ſi domina* 10. *C. de uſufructu. l.* 3. *tit.* 8. *Part.* 5. ubi dominus proprietatis eſt, qui locat uſumfructum: notat ibi Gregorius *gloſſa* 2. quæritur ergo, utrum teneatur heres fructuarii, ut frui præſtet conductori? id eſt ut aliam habitationem æque idoneam præbeat, vel ſolvat intereſſe: negat JCtus ad id teneri, ſed tantum ut remiſſionem penſionis faciat pro rata temporis, per quod conductor fruitus non fuit, tamquam ex caſu fortuito; nec intereſt, quod fructuarius prævidere poſſet, quod jus ſuum non erat perpetuum; hoc enim potuit prævidere conductor, quare ex culpa ſua damnum ſenſit, quod ſibi debet imputare. *l. damnum* 204. *de R. J.* docent Barboſa in *d. l. fructus num.* 11. & 12. & in *l. divortio* §. *fin. parte* 1. *ex num.* 17. *ſoluto matrimonio.* Ant. Gomez. in *l.* 40. *Tauri num.* 84. Connanus *d. lib.* 7. *cap.* 11. *num.* 21. Ant. Fab. *de erroribus Pragmaticorum decade* 24. *errore* 4. & *ſeqq.* Cujacius *lib.* 23. *obſervat. cap.* 38. Caldas Pereira *de emptione & venditione cap.* 26. *num.* 49. & *ſeq.*

§. XIV. Deciſa hac quæſtione iterum quærit, an conductor recipere poſſit ſumptus, quos fecit in prædium tamquam per quinquennium fruiturus? reſpondetque non poſſe; ergo qui reſtituit fructus, non deducit impenſas, ſed hoc argumentum parum convincit; in primis quia loquitur de expenſis dumtaxat per quinquennium duraturis, non perpetuis, ut JCtus ipſe ait, & advertunt Cujacius & Connanus *ubi proxime*, & Barboſa *d. num.* 17. deinde quia Ulpianus tantum loquitur de herede fructuarii, aſſeritque non teneri refundere expenſas conductori; ſed non negat, conductorem ipſum poſſe illos retinere contra dominum proprietatis, quod acriter defendit Connanus, quia meliorem conditionem fundi fecit, & iniquum eſt, alterum cum alterius jactura locupletari. *l. nam hoc* 14. *de condict. indebiti.* quidquid neget Barboſa *ubi proxime.* tandem ſi pendentibus fructibus extincta fuiſſet locatio, & dominus proprietatis velit eos percipere ex §. *is vero ad quem inſt. de rer. diviſ.* non dubito, quin conductor poſſit deducere impenſas factas gratia fructuum, ratio eſt, quia heres fructuarii, ad quem fructus non pertinent, poſſet eas deducere ex veriori ſententia, quam poſt Baldum & Tiraquellum tenent Molina *lib.* 3. *de primogeniis cap.* 11. *num.* 11. Garzia *de expenſis cap.* 11. *num.* 60. Barboſa in *d. l. fructus num.* 10. ſed conductor vice fructuarii colebat; ergo habet jus retentionis, quod fructuario ipſi competit, *argum. l. in hoc judicium* 14. §. *impendia verſ. cæterum comm. dividundo.* quia nullus caſus eſt, qui hoc genus deductionis impediat. *l. fundus* 51. *famil. erciſc.* ut docet indiſtincte Garzia *ubi proxime.*

§. XV. Excipitur tamen caſus ſolutionis decimarum prædialium, in quo de omnibus fructibus ſolvuntur decimæ abſque deductione expenſarum. *cap. non eſt* 22. *verſ. volumus. cap. tua nobis* 26. *cap. paſtoralis* 28. *de decimis.* ubi extat differentia inter prædiales & perſonales, quam tamen inveſtigare non eſt noſtri inſtituti; conſuli poſſunt Petrus Barboſa in *d. l. fructus num.* 16. eleganter & cum multis Auguſtinus Barboſa *de jure eccleſiaſtico univerſo lib.* 3. *cap.* 26. §. 4. *a num.* 34. Solorzanus, qui alias quæſtiones nttexit, *tomo* 2. *de jure Indiarum lib.* 2. *cap.* 10. *per totum.*

§. XVI. Denique de ſubſtantia fructuum eſt, ut, quod percipitur, ſit gratia hominis inductum, ut dicitur in *l. in fructu* 42. *de uſufruct. legato.* ex quo primo deducitur, maturitatem in fructibus non eſſe inſpiciendam, niſi quatenus expedierit ei, qui fructus colligit. *l. ſi abſente* 48. §. 1. *de uſufructu. d. l. in fructu* 42. multoties enim plus lucri eſt in fructibus immaturis, quam cum ad maturitatem naturalem perveniunt, ut patet ex dictis textibus: ſed videntur obſtare textus in *l. ſi ſervus* 27. §. *ſi olivam* 25. *cum ſeq. ad legem Aquil.* ubi qui immaturos fructus decerpit, lege Aquilia tenetur, non vero qui decerpit maturos; quia in primo caſu damnum injuria datur, ſed non in ſecundo, & in *l. ſi immaturam* 18. *quod vi aut clam.* ubi docemur, ſub eadem diſtinctione teneri illo Interdicto, qui immaturam ſylvam cædit; ut tamen reſpondeamus, primo diſtinguenda eſt immaturitas; aliqua enim ad omnia naturaliter utilis eſt, aliqua inutilis, niſi ad aliquem ſpecialiſſimum effectum; veluti in olivis, immaturæ enim colligendæ ſunt, ut plus olei ex illis defluat; alia immaturitas eſt etiam olivarum nimium præpropera, antequam ad naturalem modum perveniant, de qua textus loquitur: deinde diſtinguendus eſt is, qui habet jus percipiendi fructus ab extraneo; ille enim fructibus ſuis frui poteſt pro arbitrio, *argum. l. ſed etſi lege* 25. §. *conſuluit de petit. hered.* juncta *l. in re mandata* 21. *C. mandati.* extraneus vero abutendo re aliena damnum injuria dat; igitur fructuarius, colonus, & ſimiles poſſunt decerpere fructus etiam immaturos, ut ſibi magis expediat; extraneus vero non poteſt, quinimo injuria facit; denique & circa tempus inciſionis diſtinguendum eſt; ſi enim colonus vel fructuarius eo tempore cædunt, quo finiendum erat jus percipiendi fructus, non faciunt fructus ſuos, quos immature decerpſerint, quia in fraudem domini faciunt. *l. ſed hæc* 35. §. 1. *locati.* poſſunt tamen ita decerpere durante jure & ex bona fide: docent ultra Claſſicos Cujacius ſic accipiendus *lib.* 24. *obſervat. cap.* 5. Valentia *lib.* 2. *illuſt. tract.* 1. *cap.* 3. *ex num.* 5. Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 2. *cap.* 3. *ſect.* 5. Rebuffus & Gentilis in *l. ſylva* 30. *de V. S.*

§. XVII. Secundo ex eadem ratione fit, partum ancillæ in fructu non eſſe: obtinuit enim Bruti ſententia exiſtimantis, hominem non poſſe eſſe fructum hominis, cum ejus cauſſa omnia comparata ſint. *l. vetus* 68. *de uſufructu. l. in pecudum* 28. *de uſuris.* §. *in pecudum inſtit. de rer. diviſ.* juncta *l. juſtiſſime* 44. *de Ædilitio Edicto.* Paulus *lib.* 3. *ſent. tit.* 6. §. *ancillæ. l.* 23. *tit.* 31. *Partit.* 3. igitur partus ancillæ non ſpectat ad eum, ad quem dumtaxat fructus pertinent: aliam rationem a conſuetudine hominum affert JCtus in *l. ancillarum* 27. *de petit. hered.* non comparari ancillas ut pariant, ſive hoc non eſſe potiſſime dominis propoſitum, ut quæſtum parent ex partubus ancillarum, quamvis per accidens, & quaſi præter intentionem id ſoleat accidere, ut explicat Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 2. ex hac ratione dicitur falſa opinione deceptus, qui exiſtimat, ad ſe tamquam fructuarium pertinere partum ancillæ. *l. poteſt* 36. §. 1. *de uſucapionibus.* Bruti vero rationem mirifice illuſtrant, ne immoremur, Alexander ab Alexandro *lib.* 1. *dier. genial. cap.* 10. Coraſius *lib.* 5. *miſcellaneorum cap.* 8. Connanus *lib.* 4. *comment. cap.* 2. Donellus *lib.* 4. *cap.* 25. & ibi Hillig. *lit. B.* & *lib.* 8. *cap.* 25. Menochius *de arbitrariis caſu* 49. *ex num.* 7. Nicolaus Genua in *conciliat. legum pag.* 288. & *ſeqq.* Gaſpar Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 1. *quæſt.* 1. *num.* 3. Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 1. *a principio*, & §. 2. *a num.* 62. Petrus de Velaſco in *concertationibus Sabini & Proculi pag.* 105. Carranza in *diſp. de partu cap.* 3. *in princ. a num.* 19. & ex profeſſo ſodalis olim meus ſtudiorum Don Martinus de Zaruvia in *diſp. de humanæ naturæ dignitate ad. d. l.* 68. *a princ.*

§. XVIII. Sed quamvis partus ancillæ in fructu non ſit, eſt tamen in cauſſa rei, id eſt ad eum pertinet,

tinet, ad quem emolumentum rei ſpectat jure dominii. *l. Julianus* 17. *verſ. idem Julianus. l. præterea* 20. *de rei vindicat. l. Julianus* 9. *§. pen. & ult. ad exhiben.* ubi agitur de domino, cui res reſtitui jubetur in judicio rei vindicationis in ea cauſſa, in qua eſſet, ſi a tempore litis conteſtatæ in ejus poteſtate maneret. *l. ſed & partus* 12. *de eo quod metus cauſſa. l. ſtipulatus* 4. *de uſuris.* qui textus intelligendus eſt, quando ancilla promittitur, ut fiat ſtipulatoris, ſi tamen in aliquo loco ſiſti promittatur, quod ad cauſſam dominii non pertinet, ſatisfit ſtipulationi, etſi promiſſor ſine partu illam ſiſtat. *l. inter ſtipulantem* 83. *§. ult. de V. O.* ſic etiam intelligendi ſunt textus in *l. equis* 8. *l. reſpondit* 14. juncta *l. partum* 10. *de uſuris.* In ſumma, qui omnem cauſſam rei tenetur domino præſtare, reſtituit etiam partus una cum fructibus, quia ea cauſſa dominii fit reſtitutio cum omni emolumento rei: notant Connanus *d. lib.* 4. *cap.* 2. Amaya *d. lib.* 3. *cap.* 1. *§.* 1. *num.* 11. Carranza *de partu cap.* 3. *§.* 2. *num.* 61. aliis laudatis.

§. XIX. E converſo, qui ratione dominii rem habet, lucratur partus ancillarum interim natos. *l. ult.* juxta verum intellectum, *de adquir. rer. dom.* unde qui rogatur reſtituere hereditatem poſt diem, partus interim natos non tenetur reſtituere. *l. reſpondit* 14. *§. heres de uſuris. l. uxori* 41. *§. ſorori de legat.* 3. *l. Falcidiæ* 24. *§ idem reſpondit* 1. *ad leg. Falcid.* quia ad diem reſtituere rogatus interim dominus eſt. *l. non idem* 66. *de rei vindicat.* docet poſt alios Marcus Antonius Peregrinus *de fideicommiſſis artic.* 49. *num.* 64. *& ſeq.* niſi mora fiat in præſtando fideicommiſſo, & poſt moram heredis edantur partus; tunc enim ad fideicommiſſarium ſpectant, quia cum cauſſa ſua reſtituenda res eſt. *d. § heres.* ergo multo magis heres lucrabitur partus, ſi rogetur poſt diem mortis ſuæ reſtituere hereditatem *ſine reditu*, ut ibidem dicitur; quia verba *ſine reditu* potius commodum heredis rogati reſpiciunt, quam gravamen aut delibationem fideicommiſſi, in cujus favorem diem fideicommiſſi teſtator protulit. Donellus *lib.* 7. *comment. cap.* 26. *verſ. quæ commoda.* nec operantur deminutionem, ſed augmentum. Connanus *d. cap.* 2. Menochius *d. caſu* 49. n *num.* 14. quaſi dixerit ſine incremento, ut in *l. ſi ita* 43. *§. Pegaſus de legat.* 2. *l. facta* 63. *ſi heres* 4. *ad S. C. Trebell.* non tam ex ſignificatione verbi *reditus*, ut aliud agens docet Carranza *d. cap.* 3. *§.* 2. *num.* 71. quam ex vi voluntatis teſtatoris, qui diem fideicommiſſi protulit. Rodriguez *d. cap.* 1. *num.* 5. Amaya *d. §.* 1. *ex num.* 11. omiſſis aliis rationibus auctorum, quos referunt Hillig. *d. cap.* 26. *lit. E.* Zaravia in *prædicta diſp. pag.* 15. neque obſtat textus in *l. deducta* 58. *§. hereditatem* 4. *ad S. C. Trebell.* in qua Papinianus ait, rogatum reſtituere hereditatem *exceptis reditibus*, teneri reſtituere partus & fœtus illos, qui ſubmiſſi gregem retinent, id eſt, qui faciunt ut grex permaneat in eodem numero: tanta eſt difficulas hujus textus, ut Genua multis ſolutionibus relatis rejectisque ſuper ea cogitari jubeat, Cujacius vero *lib.* 6. *reſponſor. Papin.* in *d. §. hereditatem*, & in aliis locis. Broëus in *§. in pecudum inſtit. de rer. diviſ.* Carranza *d. cap.* 3. *§.* 2. *num.* 56. agnoverint implacabilem antinomiam, & hic poſtremus auctor ſe invehat in nos, qui nullam in jure agnoſcere volumus: ego tamen inter utrumque textum differentiam video; quia in altero dicitur *ſine reditu*, in altero *exceptis reditibus*, quam viderunt Amaya *num.* 21. & ante eum Alexander in *d. l. mulier* 22. *§. ſi heres ad S. C. Trebell.* Rodriguez *d. quæſt.* 1. *num.* 6. Galvanus *de uſufructu cap.* 29. *num.* 6. *&* 7. licet differentiæ rationem aliunde deducam, ad quam prænoto, heredem, qui aliqua re deducta & ſibi præcepta rogatur reſtituere hereditatem, inſtar legatarii eſſe; quia in reſtituenda hereditate eſt nudus miniſter, & tantum retinet rem titulo particulari legati. *l.* 3. *§. cum Pollidius de uſuris. l. ſi legatus.* 30. *§. multum intereſt ad S. C. Trebell. §. ſi quis una* 9. *inſtit. de fideicom. hered.* igitur qui rogatur reſtituere hereditatem exceptis reditibus, reditus ſolos capit titulo legati, nec in hereditate interim ullum jus habet; quare non percipit reditus tamquam rerum hereditariarum dominus, ſed tamquam legatarius uſusfructus; & per conſequens nec partus ancillarum lucratur; qui vero jubetur poſt mortem ſine reditu reſtituere hereditatem, verba *ſine reditu* non inducunt diſpoſitionem, ſed declarationem voluntatis defuncti; quare interim non eſt legatarius uſusfructus, ſed dominus totius hereditatis, donec reſtituat: igitur jure dominii retinebit partus ancillarum.

§. XX. Ex quibus facile cenſeri poteſt de aliis textibus, qui in hac ſpecie viſi ſunt difficiles noſtris interpretibus. Primo heres pure rogatus reſtituere hereditatem ante interpellationem fidei commiſſarii, bonæ fidei poſſeſſor eſt, quia neſcit, an alter agniturus ſit fideicommiſſum; unde tamquam bonæ fidei poſſeſſor interim lucratur fructus, igitur non lucrabitur partus, quia appellatione fructuum non continentur. *l. mulier* 22. *§. ſed enim verſ. præterea ad S. C. Trebell.* docens Amaya *d. §.* 1. *num.* 13. Carranza *d. §.* 2. *num.* 46. Connanus *d. cap.* 2. *num.* 4. Secundo in *l. filium* 21. *de optione legata* proponitur teſtator, qui filiam exheredavit, uxorem & filium æquis partibus heredes ſcripſit, filiæ legavit, cum nuberet in familia, decem mancipia, quæ mater optaret & retineret, donec filia nuberet, optavit mater, pepereruntque interim: quæritur, utrum partus ad filiam ſpectarent? reſpondet Scævola, non pertinere; quia numerus præfinitus decem mancipiorum, non pauciorum nec plurium relictus fuit, quam exiſtimo veram eſſe rationem, conſtareque ex textu ibi; *dum ad eam plenus numerus perveniat.* ergo non retinet partus mater ratione dominii aut legati: immo cenſeo, matrem fuiſſe nudam miniſtram reſtitutionis mancipiorum, & interim etiam poſt optionem dominium eorum in hereditate permanere, ſive apud utrumque heredem ex eo, quod interim uſus mancipiorum & partuum non ad ſolam uxorem, ſed ad utrumque heredem ſpectat: prævíderunt, licet non ita doceant, Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 16. *num.* 33. Don Martinus Larreategui *lib.* 5. *ſelectar. cap.* 3. In præſenti agendum eſſet de partubus ancillarum in dotem æſtimatarum; ſed abſtineo, quia magis propria ſedes erit *Sectione* 3. *conſectario de merito.*

Ex his facile, quid ſit fructus, definiri poteſt: omiſſis potius quam exploſis aliorum definitionibus ego ſic definio: *eſt compendium, quod naturaliter ex re in tempore venit, & renaſcitur ſine deminutione rei principalis gratia hominis inductum.* quæ definitio in ſuperioribus explicata manet, & lucem dabit *ſequenti Sectioni.*

SECTIO II.

Quotuplex ſit fructus, ſive *De ejus Diviſione.*

XXI. Antequam ad veram diviſionem perveniamus, notanda eſt quædam fructuum acceptio valde impropria, in qua hoc verbum abuſive, & figurate ponitur; nec convertitur cum noſtra definitione, veluti quando in *l.* 2. *ff. de operibus publicis* legimus, qui opus publicum fieri curavit, & nomen ſuum memoriæ cauſſa inſcripſit, fructum ex inſcriptione conſequi, id eſt utilitatem memoriæ conſervatæ: ſic in *l. ult. de uſurir. l. fructus* 72. *de R. J.* dicitur, eſſe fructum rei, poſſe illam pignori obligare, id eſt utilitatem: non aliter in *l. loci* 4. *§. in conſiſtoria* 2. *l. etſi forte* 6. *§. item veniunt* 6. *ſi ſervitus vindicetur. l. u-*

deamus 19. §. *alt. de uſuris.* docemur in confeſſoriam actionem pro vindiesnda ſervitute venire fructus, id eſt intereſſe, quod potuit lncrifacere dominans, & amiſit ex eo, quod ipſi ſervitus denegata fuit: de uſufructu idem dicitur in *l. uti frui* 5. §. *ult. ſi uſusfructus petatur.* Magis accedunt ad naturam fructuum uſuræ & penſiones ex eo, quod in tempore redeunt ſine deminutione rei principalis, non ſunt tamen fructus proprie, quia non feruntur naturaliter ex re. *l. uſura* 121. *de V. S.* ſive ut dixit Papinianus in *l. ſi navis* 62. *de rei vindic.* quia penſiones & uſuræ non proveniunt naturaliter ex re, ſed ex lege; ſunt enim quæſtus ex conventione partium inducti lege approbante. Merillius *lib.* 1. *priorum obſervationum cap.* 13. itaque abuſive locutus fuit Africanus in *l. qui quadringenta* 88. §. *ult. ad leg. Falcid.* quando appellavit uſuras fructum pecuniæ, in qua appellatione intelligendi ſunt textus in *l.* 4. *de operis ſervor. l. in venditionem* 8. §. *de cæterarum* 2. *de rebus auctor. jud. poſſid.* ubi mercedes hominum, ſervorum, & jumentorum appellantur fructus; quæ omnes locutiones impropriæ ſunt, ut notant auctores infra referendi.

§. XXII. Per contrarium in *l. unica* §. *cum autem* 7. *verſ. ſin autem C. de rei uxoriæ actione.* proprie locutus Juſtinianus diſtinxit uſuras a fructibus, mercedibus, vecturis navium, & cæteris penſionibus, & Ulpianus in *l. uſuræ* 34. *l. prædiorum* 36. *de uſuris* docuit, uſuras & penſiones domuum vice fructuum haberi: Paulus vero minus proprie locutus eas appellavit fructus in *l. videamus* 38. §. *eadem* 13. *eodem tit.* ſic etiam in *l. in ædibus* 9. §. 1. *l. cum de modo* 11. *de donationibus* inquit Cajus, in valorem rei non computari fructus, & uſuras & penſiones, cum de modo donationum quæritur, quoad legem Cinciam, ut explicant Cujacius *lib.* 29. *quæſt. Papin.* in *l. Atilius* 27. *eod. tit.* noſter Valentia *lib.* 3. *illuſt. tract.* 1. *de legatis cap.* 2. *num.* 9. ex quo conſtat, fructus a cæteris obventionibus diſtingui, ut in *l. cum ſervus* 39. §. *fructus* 1. *de legat.* 1. & hæc ſunt, quæ vice fructuum eſſe dicuntur in *l. quod bis verbis* 83. *de legat.* 3. verum tamen eſt, nonnumquam idem jus eſſe quoad reſtitutionem & retentionem fructuum, & prædictarum omnium obventionum; veluti in judicio univerſali petitionis hereditatis, de quo loquitur textus in *d. l. uſuræ* 34. *de uſuris.* juncta *l. mercedem* 29. *de petit. hered.* ut notant Cujacius *lib.* 18. *obſervat. cap.* 3. Merillius *lib.* 1. *variantium ex Cujacio cap.* 33. & in judiciis bonæ fidei, ut notat idem Cujacius ad *tit. C. de uſuris & fructibus legatorum.* ſed neque id eſt perpetuum, nec facit, ut iſta dicantur fructus, niſi large & abuſive: docent omnes Claſſici in *d. l. navis* 62. *de rei vindicat.* & in *d. l. uſura* 121. *de V. S.* noſter Pichardus in §. *ſi quis a non domino num.* 7. *de rer. diviſ.* & in §. 1. *de offic. judicis num.* 8. ubi appellavit fructus civiles. Gaſpar Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 1. *quæſt.* 1. *num.* 2. *& num.* 9. Joannes Garzia *de expenſis cap.* 23. *num.* 7. Joannes del Caſtillo *de uſufructu cap.* 36. *&* 77. Galvanus *eod. tract. cap.* 28. uterque *a princ.* idem Galvanus *cap.* 1. *num.* 4. Donellus *lib.* 20. *comment. cap.* 5. ubi Hill. *lit. H.*

XXIII. Ergo ut eos, qui proprie fructus ſunt, dividamus, & de quibus noſter futurus eſt ſermo, fructus alii ſunt, qui ſponte & ſua natura proveniunt, alii qui indigent cultura & cura hominis: præbet hanc diſtinctionem Pomponius in *l. fructus* 45. *de uſuris.* & ſecundum vulgarem explicationem Imperator in §. *ſi quis a non domino inſt. de rer. diviſ.* ibi: *pro cultura & cura.* Alphonſus noſter in *l.* 39. *tit.* 28. *Part.* 3. Primi generis fructus dicuntur *naturales*, poſterioris vero communiter appellantur *induſtriales*; quæ eſt prima & potiſſima diviſio fructuum ſecundum præcitatos doctores, & alios, qui inferius laudandi ſunt: naturales igitur in primis ſunt, qui ſine ullo hominis labore, nullave induſtria proveniunt, ut fœnum, glandes, omneſque fructus ſilveſtres, quos provida natura hominibus cæteriſque animantibus larga manu ſuppeditat, tales omnes fructus fuiſſe prima hominum ætate, ſive aureo ſæculo Poëtæ fabulati ſunt, libet tamen eos ciere, non ut verum inde addiſcamus, ſed ut videamus, quales ſint fructus, qui ſua ſponte proveniunt. Lucretius *lib.* 5. *de natura rerum* ſic canit:

Terra cibum puteis, veſtem vapor, herba cubile
Præbebat, multa & molli lanugine abundans.

Virgilius *lib.* 1. *Georgicorum verſu* 125.

Ante Jovem nulli ſubigebant arva coloni.
Nec ſignare quidem, aut partiri limite campum
Fas erat, in medium quærebant: ipſaque tellus
Omnia liberius nullo poſcente ferebat.

Ad hunc locum multa adducit, a quibus pro more abſtineo, eximius Ludovicus de la Cerda in *notis num.* 5. 7. *&* 8. addo locum Mamertini in *panegyrico ad Julianum*, ubi in re ſimili ſive de fortunatorum inſulis ſic ſcribit: *habitari a juſtis viris terras in Oceano ferunt, quas fortunatorum inſulos vocant, quod per eas non arato ſolo frumenta naſcuntur, fortuitis vitibus juga collium veſtiuntur, ſponte pomis arbor gravatur.* ſi qui ergo ſint tales fructus, propriiſſime naturales debent appellari.

§. XXIV. Sed quia natura non ita prodiga eſt, ut operam hominis non deſideret rebus perficiendis, videmus noſtro merito ſilveſtres fructus aſperos, amaros, & inſipidos eſſe, niſi cultura hominis accedat illis maturandis, quod egregie conſideravit Virgilius *lib.* 2. *Georgicorum verſu* 10. loquens de arboribus, ſed præcipue *verſu* 47.

Sponte ſua, quæ ſe tollunt in luminis auras
Infœcunda quidem, ſed læta & fortia ſurgunt,
Quippe ſolo natura ſubeſt; tamen hæc quoque ſi quis
Inſerat, aut ſcrobibus mandet mutata ſubactis
Exuerint ſilveſtrem animum, —— ——

Conſentiunt Theophraſtus *lib.* 3. *de cauſſis cap.* 26. Plutarchus in *libello de vitioſo pudore*, & alii apud Cerdam *ex num.* 4. *in notis*, ſed præcipue Xenophon *lib.* 2. *de Republica* ibi: *nihil Dii, quod ſpecioſum & pulchrum eſt, hominibus dant abſque ipſorum labore & cura.* rationem affert Claudianus *lib.* 3. *de raptu Proſerpinæ*, inducens Jovem loquentem.

Provocet ut ſegnes animos, rerumque remotas
Ingenioſa vias paulatim exploret egeſtas.

Ex his apparet, naturales fructus dici, quamvis aliqua cura hominis indigeant; tales enim ſunt rami & ligna ex ſylva cædua, poma, nuces, & ſimilia. *d. l. fructus* 45. *de uſuris. l.* 39. *tit.* 28. *Part.* 3. in qua quod ſcriptum eſt, naturaliter arbores hos fructus reddere, & ſine labore hominis, non eſt accipiendum præciſe ſine ullo prorſus hominis labore aut cultura: indigent enim ea in plantando & rigando, ut manifeſtum eſt; ſed ſufficit, ut proprie naturales appellentur, quod benignitas naturæ, & ſpontanea ipſius liberalitas prævaleat culturæ & labori hominis, licet aliter hæc verba accipiat Garzia *d. cap.* 22. *num.* 8. Per contrarium induſtriales fructus ſunt, quorum principalior cauſſa eſt induſtria hominis, ſine qua nihil ferret natura per ſe, quamvis ex re proveniant, ut cenſet cum judicio Donellus in *tract. de fructibus cap.* 4. *& lib.* 4. *comment. cap.* 25. & poſt veteres, quos laudant Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 6. Pinellus in *l.* 2. *C. de reſcin. vendit. parte* 2. *cap.* 4. *num.* 52. Garzia *de expenſis cap.* 23. *num.* 7. *verſ. docteres vero.* eleganter Menochius *de arbitrariis caſu* 210. *a princ.* Weſembecius

tius in §. *ſi quis a non domino verbo fructus inſtit. de rer. diviſ.*

§. XXV. Videamus nunc de cæteris fructibus naturalibus; tales ſunt in pecoribus lac, pilus, & lana. *l. ſequitur* 4. §. *lana* 19. *de uſucapionibus.* ubi dicitur, lanam detonſam ſtatim bonæ fidei poſſeſſoris fieri; ſubjiciturque, idem in agnis dicendum eſſe, ſi conſumpti ſunt: per contrarium in *l. qui vas* 48. §. *ex furtivis* 6. *de furtis* docemur, fœtus pecorum ſtatim ad bonæ fidei emptorem pertinere, quod de lana dicitur in *d.* §. 19. omiſſa vel potius intermiſſa antinomia, quam reſervamus *Sectioni* 5. Donellus *d. cap.* 25. cenſuit, prædictos eſſe fructus induſtriales, quia multa induſtria hominis indigent, ut pecora ſuo tempore ad paſtum agantur, ducantur, reducantur, mundi ſtabulentur &c. quam opinionem habet etiam Auguſt. Barboſa *de jure eccleſiaſtico univerſo lib.* 3. *cap.* 26. §. 2. *num.* 37. poſt Menochium, quem non fideliter citat *d. caſu* 210. *num.* 25. & 26. laudatque Covarruviam *d. cap.* 3. *num.* 6. qui tamen de his fructibus non loquitur: in contraria ſententia eſt Arius Pinellus *d. cap.* 4. *num.* 52. *verſ. ſpecifice*, qui cenſet, eſſe fructus naturales, poſt Baldum in *l. ancillæ num.* 13. *C. de furtis.* & Curtium *lib.* 2. *conjecturarum ad fratrem cap.* 44. quem ſequuntur Hillig. *d. cap.* 25. *lit. F.* & Carranza *d. cap.* 3. §. 1. *num.* 7. *verſ. cum enim.* maſcula quidem ratione; quia etiam poma & cæteri fructus ſuaves indigent irrigatione, amputatione, & magna cura contra intemperiem temporis & vermium luem, ſed tales fructus propter hanc curam non deſinunt eſſe naturales, ergo nec illi: expendit Pinellus Triphonini textum in *l. ſi filius* 57. §. *ult. de peculio.* ubi peculio legato legatario cedit, quod ex ancillis vel pecoribus peculiaribus naſcitur poſt mortem teſtatoris, non tamen ſi donatum aliquid ſervo ſit, vel adquiſierit ex operis ſuis: dicitque adquiſitum ex operis eſſe fructus induſtriales vel induſtrialiſſimos, ut barbare loquitur Baldus apud Menochium *ubi proxime num. pen. & ult.* ergo fœtura naturalis fructus eſt, ſed non recte expendit; quia ibi non fit oppoſitio a fructibus naturalibus ad induſtriales; ſed ab augmento extrinſeco ad intrinſecum; quod enim provenit ex ipſis rebus, auget peculium; ſed non quod ab ipſo ſervo provenit extrinſecus, quando alii peculium legatur. *l. denique* 8. §. *ult. de pecul. legato.* §. *ſi peculium inſtit. de legat.* docent Accurſius breviter, & latius Anton. Fab. in *d.* §. *ult.* ſed quamvis auctoritas me non adigat, movet tamen ratio, ut ſequar Baldi & Pinelli ſententiam.

§. XXVI. Olivas eſſe fructus naturales merito cenſent poſt Donellum & Cisnerum Hilligerus *d. cap.* 25. *lit. E.* Galvanus *d. cap.* 28. *de uſufructu num.* 1. extat enim diſertum teſtimonium Virgilii rei ruſticæ peritiſſimi *lib.* 2. *Georgic.* quod etiam ipſi afferunt, ibi: *contra non ulla eſt oleis cultura &c.* Oleum tamen inde expreſſum induſtrialem fructum eſſe merito cenſent Baldus in *d. l. ancillæ num.* 14. & poſt alios veteres Menochius *ubi proxime num.* 25. novam enim formam nanciſcitur ex hominum induſtria, ut ipſe ait *num.* 22. & 23. ideo exiſtimo eſſe preli mendum in Pinello *ubi proxime*, & quod dixit de oleo, de olea accipiendum eſſe: eodem modo philoſophandum eſt de uvis & vino; uvæ enim comeſtibiles appellatione pomi continentur, ſive fructuum naturalium. *l. qui fundum* 205. *de V. S.* ubi illuſtrat Gothofredus & Henricus Salmuth ad *memorabilia Pancirolli lib.* 1. *tit.* 17. vinum tamen fructus induſtrialis eſt, ut docent nuper laudati non male ex *l. ſi ejus* 78. *de rei vindicat.*

§. XXVII. Aperte etiam conſtat, frumentum, hordeum, & cæteras fruges, quæ ex hominis cura proveniunt, induſtriales fructus eſſe. *d. l. fructus* 45. *de uſuris.* quia non aliter venirent, quam ex induſtria hominis; unde improprii fructus, quales ſunt mercedes operarum, penſiones domuum, uſuræ, & ſimiles, ſi ad hanc claſſem referendi ſunt, inter induſtriales deberent computari; quia ex re naturaliter non feruntur, ſed toti ex induſtria hominis proveniunt, ut poſt Bartolum in *l. ult. in fine de jure fiſci* docent Pinellus *d. num.* 52. *verſ. ego autem.* Covarruvias *d. lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 6. & cum aliis Menochius *d. caſu* 210. *ex num.* 27. ſi tamen de aliis fructibus quæramus, quales ſunt lapidicinæ & cæterorum metallorum obventiones, ex jure nihil certum ſtatui poteſt circa eorum naturam, ſed arbitrio judicis relinquitur, qui, ſi videat in his percipiendis prævalere induſtriam, induſtriales; ſin vero cernat induſtriæ prævalere benignitatem naturæ; naturales merito judicabit, ut cum judicio docent Covarruvias & Menochius *ubi proxime*, melius quam Garzia nimis abſolute loquens *d. cap.* 22. *num.* 8.

§. XXVIII. Alia fructuum diviſio non ad qualitatem, ſed ad eorum ſtatum pertinet; alii enim dicuntur pendentes, alii extantes, alii conſumpti. *pendentes fructus* appellantur, qui adhuc radici hærent, & a terra vel arbore maturitatem accipiunt, vel, ut Labeo dixit, in *l. ſi ejus* 78. *de rei vindicat.* qui terra adhuc continentur. *pendentes* vero *fructus* fundi pars eſſe cenſentur. *l. fructus* 44. *eodem tit.* partem integralem reſpectivam appellavit cum Covarruvia Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 22. *lit. B.* ego inferius *Sectione* 5. appello partem accidentalem; ideo in vindicationem veniunt fructus pendentes cum ipſo fundo. *l. fructus* 44. *eod. tit.* & in legato uſusfructus vel rei cedunt fructus pendentes. *l. ſi pendentes* 27. *de uſufructu. l. in lege Falcidia* 9. juncta *l. in quantitate* 73. *ad leg. Falcid.* & vendito fundo debentur emptori. *l. Julianus* 13. §. *ſi fructibus* 10. *de actionibus empti. l.* 11. *tit.* 5. *Part.* 5. & per conſequens alienata re in fraudem creditorum plena fructibus, revocatoria etiam pro fructibus competit. *l. ult.* §. *non ſolum*, & §. *Proculus ff. quæ in fraudem creditor.* quæ omnia inferius ex profeſſo examinanda ſunt.

§. XXIX. Sed prout JCti noſtri valde ſunt proprietatis verborum amatores, invenio, fructus pendentes appellaſſe etiam ſtantes cum hac forſan differentia, ut pendentes dicerent ex arboribus aut vinetis, ſtantes vero ex fundis ſativis, in quod inducit me auctoritas Quinti Mucii Scævolæ in *l. Quintus Mucius* 40. *de actionibus empti.* ubi ſupponitur, dominum ſylvæ arbores in ea ſtantes, id eſt terræ cohærentes vendidiſſe, & pretium accepiſſe, poſteaque nolle arbores tradere: quæritur, an emptor vindicare eas poſſit? & negat JCtus, tantumque concedit actionem ex empto; quia fructus terræ cohærentes pars fundi ſunt, & dominium ejus ſequuntur: notat noſter Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 1. *num.* 4. ecce arbores terræ cohærentes appellavit ſtantes; ſic etiam mulier recipere dicitur fundum cum fructibus ſtantibus in *l. fructus* 7. §. *interdum* 15. *ſoluto matrim.* unde facili opera exponi poteſt comparatio, quæ extat in *d. l. ſi pendentes* 27. *de uſufructu.* ubi JCtus ait, pendentes fructus die uſusfructus legati cedente ad uſufructuarium pertinere, quia & ſtantes pertinent; ſic legitur in Lib. Florentino, & in vulgatis; pendentes enim referuntur ad poma, ſtantes ad ſativos, qui in fundis terraque ſtant, ut vidit Accurſius. Faber vero in *Ration.* & Galvanus *d. cap.* 28. *de uſufructu num.* 2. quamvis pro eodem accipiant ſtantes & pendentes fructus, (in quo conſentit Cujacius *tract.* 8. *ad African.* in *l. ſi ſervus* 61. §. *locavi* 8. *de furtis*) cenſent ſtantes ſignificare immaturos, pendentes vero maturos; ſed neſcio qua auctoritate; quia ſi id verbum *pendentes* ſignificaret, non adjiceret JCtus in *d. l.* 27. illa verba *jam maturos*; ſed ad rem: inde agitari ſolet quæſtio, furto ſubtractis fructibus pendentibus, cuinam competat actio furti? & quidem ſi a colono ipſo ſine voluntate domini ſubtrahantur, quamvis in vitium furtivitatis non incidant, furti actione tenetur. *d.* §. *locavi.* quem expoſui in *ſelectione de lege Atinia ſect.* 3. ſi ab ex-

traneo, competit actio furti tam domino quam colono; domino ratione dominii, & per conſequens condictio furtiva; colono, quia ejus intereſt. *l. arboribus* 12. §. *Julianus* 5. alias *l. ſi fur* 13. *de uſufructu. l. ſi apes* 26. §. 1. *l. fullo* 82. §. 1. *de furtis.*

§. XXX. Nunc de fructibus extantibus diſquirendum eſt; non aliter melius definire poſſum, quam ſi dixero, fructus extantes eſſe, qui conſumpti non ſunt: hi ab interpretibus ita ſubdividuntur: alii ſunt *ſeparati*, alii *percepti*, alii *collecti*. de ſeparatis non perceptis extat clara mentio in *l. ſi fructuarius* 13. *quib. mod. uſusfructus amittatur. l. qui ſcit* 25. §. 1. *verſ. præterea de uſuris.* ubi extat differentia inter fructuarium, qui tantum facit ſuos fructus perceptos, & bonæ fidei poſſeſſorem, vectigalemque, qui faciunt ſuos fructus ſeparatos, ut & in *l. bonæ fidei* 48. *de adquir. rer. dom.* videamus nunc, quando percepti, & quando ſeparati dicantur? gloſſæ, & communiter antiquiores non antea perceptos dicebant, quam perfecte eſſent collecti, & in horrea deportati; ſed poſtmodum frequentius obtinuit tunc percipi, quando a fundo tranſlati ſunt in aream cauſſa triturationis, vel in alium locum, quam opinionem ſequuntur Tiraquellus *de retractu conventionali* §. 5. *gloſſa* 4. *in princ.* Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 15. *num.* 12. ſed utraque ſententia juris fundamento deſtituitur; verius ergo eſt, inter ſeparationem & perceptionem nullam eſſe realem differentiam ſed intentionalem; ſi enim fructuarius vel colonus metit, vel ſecat fructus, & a terra ſeparat ſuo nomine, ut fructus adquirat, dicuntur fructus percepti, ſimulac a terra ſeparati ſunt, quod ſi olea per ſe decidit, vel extraneus citra voluntatem domini fructuum ſecat, dicuntur ſimpliciter ſeparati, non percepti, ut probatur ex præcitatis textibus, maxime ex *d. l. ſi fructuarius* 13. docent Donellus *d. lib.* 4. *cap.* 25. & ibi Hillig. *lit. L.* Galvanus *d. cap.* 28. *num.* 2. collecti ſive coacti dicuntur, quando jam vindemia expreſſa eſt, vel ſegetes trituratæ, ventilatæ, & in horreis repoſitæ, ut poteſt colligi ex *d. l.* 13. juncta *l. certum* 22. *C. de rei vindicat.* ubi extantes per antitheſin opponuntur conſumptis, ut valeat conſequentia; omnes fructus, qui conſumpti non ſunt, dicuntur extantes.

§. XXXI. Reſtat videre de fructibus conſumptis, qui dicuntur, quando non extant: igitur ſive utiliter conſumpſit in alimentis familiæ, vel vendidit, & locupletior factus fuit, ſive inutiliter abſumantur carie, vermibus, incendio, aut alio quovis caſu, modo apud ipſum non extent, conſumpti cenſentur: leges enim, quæ de fructibus conſumptis agunt, eos ſimpliciter opponunt extantibus, nec inter modum conſumptionis diſtinguunt, ut conſtat ex proxime citatis, & ex *l. ſed & loci* 4. §. *poſt litem* 2. *ff. fin. regundor. l. ſequitur* 4. §. *lana* 19. *verſ. idem in agnis de uſucapionibus. l. quæſitum* 40. *in fine de adquir. rer. dom.* eleganter Pinellus in *d. l.* 2. *parte* 2. *cap.* 4. *num.* 60. ubi de praxi teſtatur, Galvanus *ubi proxime*, Scipio Gentilis *de donat. inter vir. & ux. lib.* 2. *cap.* 17. *verſ. jam vero.* nec obſtat textus in *l. illud* 40. §. 1. *de petit. heredit.* ubi diſtinguitur bonæ fidei poſſeſſor a prædone, ut hic omnes fructus reſtituat etiam inutiliter conſumptos; ille vero tantum utiliter conſumptos, ex quibus locupletior factus eſt, juncta *l. in pupillo* 47. *de ſolutionibus.* eſt enim ſpeciale in judicio univerſali petitionis hereditatis, ut fructus augeant hereditatem, tamquam acceſſiones & obventiones quælibet ex rebus provenientes; nec inde ad cæteros articulos argumentum ſumi debet, ut notabimus *Sect.* 5. interim docent Pinellus *ubi proxime num.* 61. Amaya aliis relatis *lib.* 3. *obſervat. cap.* 2. *num.* 47. Donellus *lib.* 19. *comment. cap.* 14. *verſ. intellectum.*

SECTIO III.

De prima, & potiſſima ratione adquirendi fructus, quod eſt dominium.

§. XXXII. Potiſſima ratio adquirendi fructus eſt dominium rei, nam quælibet res naturaliter domino ſuo fructificat. *l. ſi quis* 11. *C. de rei vindicat.* quomodocumque natum vel ſatum ſit, quod ex fundo fertur. *l. ſolum* 49. §. 1. *de rei vindic. l. adeo* 7. §. *ult. cum* 2. *ll. ſeqq. de adquir. rer. dom.* §. *præterea* 20. *Inſt. de rer. diviſ.* unde reſpectu domini non diſtinguimus, utrum res ex re proveniens in fructu ſit vel non ſit, nam & partus ancillæ ad ipſum ſpectant. §. *ſervi inſt. de jure perſon.* §. *item ea quæ ex animalibus inſtit. de rer. diviſ. l. partum* 7. *C. de rei vindic. l. idem Pomponius* 5. §. *idem* 2. *cum ſeq. ff. eod. tit. l. ult. de adquir. rer. dom.* & hoc eſt, quod dicimus fructus percipi jure ſoli, id eſt cedere ei, qui in ſolo jus habet. *l. qui ſcit* 25. §. 1. *de uſuris.* quod a jure gentium provenire & ex ipſa natura rei, recte docent Donellus *lib.* 4. *comment. cap.* 23. Galvanus *de uſufructu cap.* 2. *num.* 1.

§. XXXIII. Sed cum dominii pleni duæ ſint partes, altera, quæ ſpectat ad omnimodam diſpoſitionem, de qua in *l. in re mandata* 21. *C. mandati. l. ſed etſi lege* 25. §. *conſuluit de hered. petit.* altera ad fruitionem, ſcire debetis noſtrum tractatum de fructibus non verſari circa emolumenta, quæ percipit dominus, qui pleniſſimum, liberum, & abſolutum dominium rei habet; nam hic utitur re, ut ſibi libet; poteſt enim arbores exſtirpare, fundum, arvum, prata proſcindere, gregem extinguere, ut in propoſito eleganter dixit Joannes Baptiſta Coſta *de ratione ratæ quæſt.* 78. *num.* 7. ſed tantum de illo, qui cum dominus rei ſcit habet fruitionem, ſed non diſpoſitionem, ad quem pertinet emolumentum rei tamquam fructus; quia ipſi non licet formam rei immutare, ut de uſufructuario docemur in *l. ſed ſi* 15. §. 1. *cum* 2. *ll. ſeqq. de uſufructu.* late Donell. & Hillig. *lib.* 10. *cap.* 11. *& ſeqq.*

§. XXXIV. Ex quo primum conſequimur, maritum conſtante matrimonio fructus ſuos facere, quos perceperit ex re dotali. *l. dotis* 7. *l. plerumque* 10. §. *ſed fœtus* 3. *l. cum in fundo* 78. *de jure dotium. l. pro oneribus* 20. *l. ult.* §. *præterea* 2. *C. eodem tit. l. fructus* 7. *per totam.* (ſecundum ſeriem Pandectarum florentinorum) *l. ſi fundus* 8. *l. in inſulam* 42. §. *fructus. l. uſufructu* 57. *l. ult. ff. ſoluto matr. l. unica* §. *cumque ex ſtipulatu* 9. *C. de rei uxoriæ actione.* & in eleganti deciſione textus in *cap. ſalubriter* 16. *de uſuris. l.* 26. *& ſeqq. tit.* 11. *Part.* 4. requiritur tamen primo, quod res in dotem tradita ſit, nec ſufficit, quod ſit promiſſa. *l. de diviſione* 5. *ſoluto matr. d. l.* 26. *Partitæ.* quod ſi dos tradita non ſit, ſed marito pro ſecuritate dotis prædia, vel quid aliud frugiferum in pignus tradatur, fructus, quos ex pignore percipit, ſibi lucrifacit. *d. cap. ſalubriter* 16. licet alioquin creditor ſoleat in ſortem principalem imputare fructus pignoris. *l.* 1. quæ eſt græca, *C. de pignorat. actione. l. ex prædiis* 11. *C. de uſuris.* ratio eſt, quia cedunt ex vi tacitæ conventionis in recompenſationem fructuum dotis pro damno emergenti ſuſtentationis onerum matrimonii. Covarruvias *lib.* 3. *var. cap.* 1. *num.* 3. & poſt multos relatos a Barboſa in *d. cap.* 16. addendi ſunt Fontanella *de pactis nuptialibus clauſula* 6. *gloſſa* 2. *parte* 6. ubi ad alia loca ſe refert, Petrus Barboſa in *d. l. de diviſione* 5. *a princ.* Noguerol *allegat.* 17. *artic.* 1. qui deciſionem dicti textus extendit ad uxorem, quæ ſoluto matrimonio pignora accipit pro reſtitutione ſuæ dotis, quam tamen extenſionem non audet admittere Illuſtr. Tapia *tomo* 2. *catenæ moralis quæſt.* 17. *art.* 10.

§. XXXV. Secundo etiam requiritur ad lucrifaciendos fructus, ut matrimonium jam ſecutum ſit, alio-

alioquin præcedens rerum traditio non ſufficit. *l. dotis* 7. *§. ult. cum l. ſeq. de jure dotium. l. ſi ante* 6. *ſoluto matrim. l.* 1. *§. & primum* 2. *pro dote*: quare fructus ante percepti non cedunt lucro mariti ſed uxoris, & augent dotem. *l. videamus* 38. *§. ante* 12. *de uſuris.* Tertio requiritur, quod maritus ſuſtineat onera matrimonii, & propriis ſumptibus alat familiam. *l. in inſulam* 42. *§. uſuras* 2. *ſoluto matr.* juncta *l. ſi quis* 21. *§. ult. de donat. inter vir. & ux.* textus elegans in *l. ult. in princ. de doli mali exceptione.* ideoque ſi uſuræ a ſocero promiſſæ ſint genero, donec dos ei ſolvatur; & mulierem non aluerit vir, ſed ipſius pater improbe uſuras petit. *l. cum poſt* 69. *§. in domum* 3. *de jure dotium.* quia fructus & uſuræ, quæ pro fructibus promittuntur, cedunt pro oneribus matrimonii. *l. ſi maritus* 46. *ff. fam. erciſcun. l. dotis* 7. *l. pro oneribus* 20. *C. eod. tit.* docent Donell. & Hillig. *lib.* 19. *comment. cap.* 7. Cujacius ad *tit. C. de jure dot. in princ.* & in *l. unica §. cumque ex ſtipulatu C. de rei uxoriæ actione.* Joannes Campegius *de dote part.* 2. *quæſt.* 12. *& ſeqq.* Conſtantius Rogerius *eod. tract. quæſt.* 16. Franciſcus Hotmanus in *diſp. de dotibus* paulo poſt medium, inde *expoſitis omnibus quæſtionibus* usque ad finem. Fontanella *de pactis nuptialibus clauſula* 6. *gloſſa* 2. *per totam*, ubi late de hac materia tractat, latius Petrus Barboſa in *d. l. de diviſione* 5. *& ſeqq.* Galvanus *de uſufructu cap.* 22.

§. XXXVI. Hujus adquiſitionis ratio eſt dominium, quod maritus habet in re dotali, quamvis aliter ſentiat Fontanella *d. gloſſa* 2. *part.* 1. *ex num.* 5. & ratio rationis eſt ſuſtentatio onerum matrimonii: videndum tamen breviter eſt, quale ſit hoc dominium? hac de re diſputatum eſt inter primores Juriſprudentiæ interpretes, nos paucis ſic rem comprehendimus; & in primis dominum eſſe maritum generaliter docemur in *princ. inſt. quibus alien. lic. vel non. l. doce ancillam* 9. *C. de rei vindic. l. ſi prædium* 23. *l. in rebus* 30. *C. de jure dotium. l. dotale* 13. *§. dotale de fundo dotali. l. de diviſione* 5. *in fine ff. ſolut. matr.* Olim vero res ita erat; ſi per coëmptionem imaginariamque venditionem matrimonium celebrabatur; quia uxor filiæ loco erat marito, omnia bona ſua & familiam transferebat in poteſtatem viri, de qua adquiſitione ex profeſſo egi *lib.* 1. *opuſcul. cap.* 4. *ex num.* 10. ergo retinebat nihil in jure aut dominio ſuo mulier, cum omnia transferret in poteſtatem viri, adeo quidem ut ſi aliqua ad uſum reſervare vellet, debuiſſet facere per impetrationem peculii, ut filiafamilias, & ad uſum tantum, ut etiam dixi *lib.* 5. *cap.* 1. *ex num.* 6. ergo bona dotalia per hoc matrimonii genus fiebant mariti ex jure quiritum, ſive in ejus dominio quiritario erant; dotis tamen nomine, ut inquit Cicero in *topicis loco ab effectu*, id eſt ita, ut diſſoluto matrimonio recurrerent ad mulierem; defuncta vero uxore in matrimonio familiaque viri remanebat penes maritum, ut teſtis eſt ibi Boëthius. Ex hac cauſſa maritus ſervum dotalem manumittere potuit, & plenam ei libertatem dabat. *l. dotalem* 62. *cum ſeqq. ſoluto matrim. l. inteſtato* 3. *§. ſi dotalem de ſuis & legit. hered.* præferebaturque uxori in vindicatione rei dotalis. *d. l.* 9. quia dominus erat quiritarius. *l.* 1. *§. per hanc de rei vindic.*

§. XXXVII. Quod ſi uſu matrimonium celebrabatur, dominium quidem quiritarium penes uxorem remanebat, & bonitarium tranſibat in maritum ex cauſſa dotis, quamdiu durabat matrimonium. *l. quamvis* 75. *de jure dotium. l. hujus* 21. *§. idem reſpondit* 4. *ad municipalem.* ut hactenus recte docuit noſter Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 1. *cap.* 5. *ſect.* 3. ſed quia in utroque caſu uxor per rei uxoriæ actionem diſſoluto matrimonio res ſuas recuperabat, ut inquit Boëthius, nec alienatio permiſſa erat marito fundi dotalis ex lege Julia, maritus cenſebatur olim, & hodie cenſetur dominus adumbratus, vera & legitima domina uxor.

d. l. in rebus 30. ideo quidquid adquirit ſervus dotalis; uxori adquirit. *l.* 3. *de fundo dotali. l. ſervus* 58. *ſoluto matr. l. aditio* 45. *§.* 1. *de adquir. hered.* igitur diverſis reſpectibus ambo domini exiſtimantur. *l. de die* 8. *§.* 1. *l. ſciendum* 15. *§. ſi fundus ff. qui ſatisdare cogantur.* maritus ad fruitionem & defenſionem rerum dotalium, uxor ad ſuperiorem cauſſam, ſive ad conceptum pleni dominii: in ſumma fruitio & adminiſtratio mariti eſt jure dominii, ut optime docet Cujacius in *l. unica §. cumque ex ſtipulatu C. de rei uxoriæ actione.* uxor vero habet reliquam dominii partem quaſi ſopiti; eſt enim domina ſine adminiſtratione, maritus eſt dominus cum ea, ſed ſine diſpoſitione; maritus revocabiliter, uxor naturaliter & irrevocabiliter, ut expreſſit Galvanus *cap.* 22. *de uſufructu num.* 10. melius quam alii, quos recenſet Hillig. ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 4. *lit. F.*

§. XXXVIII. Igitur cum maritus dominium habeat limitatum ad fruitionem, conſequens eſt, ut ſolum fructus lucretur, & per conſequens, quæ in fructu non ſunt, uxori ipſi reſerventur, veluti ſi pars per alluvionem fundo accreſcat. *l. ſi proprietas* 4. *l. plerumque* 10. *§ ſi prædiis de jure dotium.* partus ancillarum. *d. l.* 10. *§. ſi ſervi* 2. *l. unica §. cumque ex ſtipulatu C. de rei uxoriæ actione.* theſaurus. *l. fructus* 7. *§. ſi fundum* 12. *ſolut. matr.* cujus dimidia pars cedit inventori, quicumque ſit, altera dimidia uxori ratione ſoli. *§. theſauros inſtit. de rer. diviſ.* ut ex interlineali græcorum notat ibi Gothofredus, & cæteræ res, quæ in fructu non ſunt, de quibus diſputatur in *d. §. & ſeqq.* & notavimus ſupra ex §. 5. addendi Antonius Gomez. in *l.* 50. *Tauri num.* 33. Joannes Copus *de fructibus lib.* 3. *tit.* 2. *per totum.*

§. XXXIX. Unde apparet, ſi maritus ſit plene perfecteque rerum dotalium dominus, non tantum fructus, ſed omnia emolumenta ad eum ſpectare: hoc contingit, quando dos æſtimata data eſt, quam partem varie tractant Pet. Barboſa in *l. æſtimatis* 50. *ſolut. matr.* Covarruvias in *practicis cap.* 28. Menochius *de præſumpt. lib.* 3. *præſumpt.* 64. *ex num.* 14. Scipio Gentil. in *libello de æſtimat. rer. dotal.* Donell. & Hillig. *lib.* 14. *cap.* 7. Cujac. in *d. l. unica §. cumque ex ſtipulatu.* Galvanus *d. cap.* 22. *num.* 7. Hotman. in *prædicta diſp. de dotibus.* ego tamen ſic breviter comprehendo; ſi res in dotem æſtimatæ ſimpliciter ſive abſolute datæ ſint, per traditionem plenum dominium in maritum transfertur; quia æſtimatio rerum ſimilis eſt emptioni. *l.* 3. *pro emptore. l. ſi ut certo* 5. *§. etſi forte* 3. *commodati. l. ex conventione* 11. *C. de pactis.* ideo & omne periculum præſtat, & omne emolumentum adquirit. *l.* 1. *l. quoties* 5. *l. cum dotem* 10. *C. de jure dotium. l. plerumque* 10. *in princ. & §. ſi ante* 10. *cum ſeq. l. cum poſt* 69. *§. ult. ff. eod. tit. l. æſtimatis* 50. *ſolut. matr. l. unica §. cumque ex ſtipulatu C. de rei uxoriæ actione.* in quo cæteræ cauſſæ non differunt a dote; ſi enim res æſtimata datur, ut illam vendas, & ad me pretium perferas, in te omne periculum transfertur. *l.* 1. *§. ult. de æſtimat. actione.* vel ſi ita locetur. *l. cum fundus* 3. *l. quæro* 54. *§. ult. locati.* ſi vero datur in dotem æſtimata non abſolute, ſed favore mulieris, pacto in æſtimatione interpoſito, ut ſi extarent res non deterioratæ, redderentur iiſdem pretiis, quibus æſtimatæ fuerant; ſin minus, æſtimatio pro illis præſtaretur; hæc æſtimatio tota eſt favore uxoris, nec ſtatim facit venditionem, ſed cum placuerit viro ſoluto matrimonio potius pretium quam res tradere, vel uxori, in cujus electione eſt, utrum malit petere, cujus electioni arbitrium reſervatur.

§. XL. Ad hanc ſpeciem pertinent textus in *d. l. æſtimatis* 50. & in *l. ſi inter* 21. *C. de jure dotium.* ex quo primum conſequimur, maritum vendere non poſſe fundum ſic æſtimatum; quia æſtimatio effectum non ſortitur, donec mulier præferat petere æſtimationem; unde ſi accepit

fundum æſtimatum centum numis, & maritus vendidit ducentis, poteſt mulier petere fundum, vel pretium ducentorum; quia ſi mulier petit fundum, maritus numquam habuit jus vendendi, & per conſequens nec poteſt retinere pretium, quod pro eo accepit. *l. ult.* ſic a me intellecta, *ff. de pactis dotalibus. l. quod ſi fundus* 11. *de fundo dotali.* omiſſis emendationibus Fabri *lib.* 3. *conject. cap. ult.* & Cujacii *tract.* 9. *ad African.* in *l. ſi marito* 9. *de fundo dotali.* & variis intellectibus Barboſæ in *d. l. æſtimatis.* Conſequimur ſecundo, etiam in hac æſtimatione olim totum rerum dotalium periculum ad maritum ſpectare, quamvis fato res dotales perierint; unde licet dominium per hanc æſtimationem in ipſum non transferretur, tamen optimæ fidei congruebat, ut partum ancillæ lucraretur; ſic arguit Pomponius in *l. ſi mancipia* 18. *de jure dotium.* & ante eum Javolenus in *l. pen.* §. *mancipia* 3. *ſolut. matr.* quamvis in pacto æſtimationis nihil conventum ſit de lucrandis partubus: totum hoc provenit ex bona fide; igitur olim procedere non poterat, quando actione ex ſtipulatu pro dote agebatur, quæ erat ſtricti juris, ut inquit Juſtin. in *d.* §. *cum autem* 9. ſed tantum in actione rei uxoriæ, quæ erat optimæ fidei. §. *fuerat antea* 29. *inſtit. de actionibus.* quæ erat inter utramque actionem elegans differentia, ex qua proveniebat hic diverſus effectus, ut ſi ſtipulatio non interveniſſet, ſed rei uxoriæ actione agendum eſſet, maritus lucraretur partum ancillæ ſic æſtimatæ; ſi vero interpoſita erat ſtipulatio, nulla ratio æquitatis habebatur; quare partus ſpectabat ad uxorem, quæ erat domina ancillæ: ejus rei veſtigium extat in *l.* 1. *C. ſolut. matr.* ibi: *ancillas cum partu ex ſtipulatu judicio reſtitui oportet.* aliud enim Cæſares judicarent, quando ſtipulatio non eſſet interpoſita, ut præeunte Cujacio in *d. l.* 1. quem non percepit, vel non ſatis expreſſit Carranza *de partu cap.* 3. §. 2. *num.* 9. & 10. obſervavit cum judicio magnus Præceptor meus Dominus Ramos in *l. juris gentium* 7. §. *quinimo* 4. *num.* 15. *& ſeqq. de pact.* & pridem in *l. unica* §. *ſed etſi* 2. *num.* 5. *C. de rei uxoriæ actione.* quæ differentia hodie abolita eſt, confuſa transfuſaque actione rei uxoriæ in actionem ex ſtipulatu, eaque facta bonæ fidei. *d.* §. *fuerat autem.* igitur in compenſationem periculi ſemper partus ſpectabunt ad maritum.

§. XLI. Tertia ſpecies æſtimationis eſt, quando fit ſavore mariti, videlicet ut poſſit maritus reddere rem æſtimatam, vel ejus æſtimationem, utrum ipſe malit; hoc pactum prodeſt marito, numquam vero nocet; ideo ſi vult, poteſt tradere rem ipſam etiam deteriorem factam, quod ſi res ſic æſtimata omnino intereat, præciſe maritus præſtabit æſtimationem: ratio eſt prompta, quia debet alternative pretium vel rem; in alternativis vero deficiente uno alterum præciſe præſtandum. *l. cum res* 47. §. *ſed ſi Stichus de legat.* 1. *l. ſi Stichum* 16. *de V. O. l. Stichum* 95. *de ſolutionibus.* non tamen deficit, ſi alterum deterius factum ſit, modo extet: & hic eſt ſenſus textus in *l. plerumque* 10. §. *ult. cum l. ſeq. de jure dotium.* quam audacter & contra juris rationem emendavit Ant. Fab. *lib.* 7. *conject. cap.* 5. reponens *nec* pro dictione *&*, quæ in omnibus libris invenitur.

§. XLII. Quod ſi pendentibus fructibus moriatur maritus, qui rem æſtimatam accepit in dotem, vel aliter diſſolutum ſit matrimonium; vel ſi fundum pendentibus fructibus accepit, vel cultum ad ſationem, in primis pro rata anni fructus dividuntur; ut, niſi contrarium pactum fiat. *l. ſi inter* 31. *de pactis dotalibus.* portio ad maritum ſpectet, vel ejus heredes, portio etiam ad eum, ad quem dos redit; ita tamen fit computatio, ut ſi fundus ſatus in dotem datus ſit, & poſtea fruges conſtante matrimonio colligantur, prius hinc inde deducuntur impenſæ a dotatore, & a marito factæ, & quod ſupereſt, dividitur pro rata anni inter maritum uxoremque, vel eorum heredes: idem de penſionibus, reditibus, & cæteris, quæ vice fructuum ſunt, dicitur. *l. de diviſione* 5. *l. ſi ante* 6. *l. fructus* 7. *a princ. usque ad* §. *de penſionibus* 11. *ſolut. matr.* facit textus in *l. per hoc judicium* 4. §. *ſicut* 3. *pro ſocio. l.* 26. *tit.* 11. *Part.* 4. *l.* 10. *tit.* 4. *lib.* 3. *Fori.* in qua re nihil aliud difficultatis eſt, niſi computatio & contributio penſionum cum fructibus vindemiæ facta in *d. l. fructus* 7. §. *Papinianus*, alias *l. divortio* 8. *ſoluto matr.* quæ eſt ingeniorum crux: mihi placet expoſitio Hillig. ad Donell. *lib.* 14. *cap.* 7. *lit. E.* ultra innumeros, quos adducit, lateque explicat Barboſa *ibidem.* addendi etiam ſunt Eſcobar *de ratiociniis, tom.* 2. *computat.* 19. Alvarus Valaſcus in *praxi partitionum cap.* 29. Benedictus Pinell. *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 2. ratio, ob quam maritus lucretur fructus extantes adhuc pro rata, controverſa eſt apud noſtros; ego ſequor Cujacium in *d. l. unica* §. *cumque ex ſtipulatu C. de rei uxoriæ actione.* quia percipit fructus jure dominii, non ut extraneus, qualis eſt fructuarius, qui in ipſa re nullum jus habet præter ſervitutem uſusfructus; cum autem fructus quotidie naſcantur, & per ſingula momenta adquirantur. *l.* 1. §. *interdum de uſufructu accreſc. l. quæſitum* 40. *de adquir. rer. dom.* Donell. & Hillig. *lib.* 4. *comment. cap.* 24. *lit. D.* conſequens eſt, ut lucrifaciat pro tempore, quo conſiſtit matrimonium, licet ante perceptionem diſſolatum ſit, quod proderit ad dicenda.

§. XLIII. Primo ſupponendum eſt, poſſeſſorem majoratus eſſe dominum rerum, in quibus majoratus conſiſtit, ut eſt ille, a quo legata res eſt ſub conditione, vel heres, quando ſervus ſub conditione liber eſſe juſſus eſt, quamvis enim a nobis abire dominium poſſit, tamen interim domini ſumus. *l. non ideo* 66. *de rei vindicat. l. & poſt litem* 12. §. *res quæ* 2. *fam. erciſc. l.* 1. §. *ſervi* 4. *ad S. C. Silanianum. l. generaliter* 29. §. *ſub conditione ff. qui & a quibus.* igitur non eſt de ratione dominii; quod perpetuum ſit, & ſine metu amiſſionis, aut revocationis, in quam rem eſt elegans textus in *l. ſpecies* 15. *de auro & arg. legato.* ubi teſtator Sejæ legavit ſpecies quasdam auri & argenti, quoad viveret, & poſtea rogavit, ut reſtitueret libertis, & hæc verba adjecit: *quarum rerum uſusfructus tibi ſufficiet dum vives.* quæſitum fuit, an ſolus uſusfructus Sejæ legatus fuiſſet? reſpondit Scævola, proprietatem legatam eſſe cum onere reſtitutionis, quia quando legavit ſpecies, legavit earum proprietatem, ut dixit Accurſius, & poſt eum Faber *lib.* 1. *conjectur. cap.* 11. poſtrema autem verba, *uſusfructus tibi ſufficiet*, non ſunt diſpoſitionis, ſed enunciativa; ergo dum vivit, domina eſt, & habere proprietatem recte dicitur, quamvis poſt mortem ſuam aliis ſit reſtitutura. Probatur etiam a ratione; quia dominium in pendenti eſſe non poteſt, ſed alicui perſonæ adhærere debet. *l. ubi* 4. alias *l. ſi ex duobus* 6. §. *ſed & Marcellus de in diem addictione.* atqui nullus eſt, qui dominium poſſit habere, niſi actualis poſſeſſor majoratus; ergo iſte eſt dominus: eſt itaque dominium plenum in fruitione, ſed limitatum, quia denegata eſt diſpoſitio plena & perfecta. *l. ult.* §. *ſed quia C. com. de legatis.* ita forſan primus ex regnicolis docuit Rodericus Suarez *allegat.* 9. deinde Gregorius Lopez & alii apud Molinam *de primogeniis lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 4. quam dicunt receptiſſimam ſententiam addentes ibi Neotericis laudatis. Ex quo apparet, poſſeſſorem majoratus facere fructus ſuos jure dominii, ut recte docent Pinellus in *l.* 1. *C. de bonis maternis parte* 2. *num.* 5. Valaſcus *de partitionibus cap.* 31. *ex num.* 9. Carranza *de partu cap.* 3. §. 2. *num.* 15. & 16. non quidem abſoluti, ſed limitati: igitur non poterit facere deteriorem rei conditionem, ſed æque bonam debet reſervare ſucceſſori, in quo comparatur marito, immo & fructuario, percipitque emolumenta ea, quæ proprie nomine fructuum veniunt juxta ea, quæ dixi ſu-

ſupra in *Sectione* 1. modo utar ex conſuetudine boni patrisfamilias, & ex bona fide, ut per argumentum ex *l. Titius* 54. *ad S. C. Trebellian.* notat Molina *d. lib.* 1. *cap.* 22. *num.* 4. de quibus emolumentis diſputavi *d. Sect.* videndi tamen ſunt Molina *d. cap.* 22. & *ſeq.* Gutierrez in *tract. de tutelis parte* 3. *cap.* 26. & 27. Garzia *de expenſis cap.* 22. & *num.* 47. Petrus Barboſa in *l. divortio* 8. §. *ſi fundum ex num.* 23. Joannes del Caſtillo *de uſufructu cap.* 37.

§. XLIV. Fit inde, ut etiam inter heredes patrimonii liberi, & ſucceſſorem majoratus dividantur fructus pendentes pro rata anni: hæc ſententia, quamvis non nitatur aliqua lege Regni, tamen in praxi ſecura & receptiſſima eſt, eamque defendunt Palacios Rubios in *repet. rubricæ de donat. inter vir. & ux.* §. 62. *num.* 10. Nunnes de Avendanno *reſponſo* 5. *num.* 6. magiſtraliter Molina *lib.* 3. *de primogeniis cap.* 11. *per totum.* ubi multos pro more adducunt addentes, quos otioſum eſſet recenſere: de ratione anxie controvertunt regnicolæ noſtri, & eximius præſes Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 15. *num.* 4. quem ſequuntur Molina, & ibi ab addentibus laudati, *d. cap.* 11. *num.* 11. & 12. exiſtimat, poſſeſſorem majoratus marito comparari, quia ut hic lucriſacit fructus etiam pendentes pro rata propter onera matrimonii, quæ ſuſtinet. *l. pro oneribus* 20. *C. de jure dot.* ita & majoratus poſſeſſor, quia ſuſtinet onera poſſeſſionis, quæ non levia ſunt, nempe in alenda familia, dotandis ſororibus, & in conſervando generis ſplendore: ſed hanc rationem ſtrenue confutavit ſubtiliſſimus noſter Coſta in *quæſt. de patruo & nepote pag.* 144. & poſt eum Valaſcus *de partitionibus cap.* 31. *ex num.* 9. hæc enim onera ſunt per accidens, quæ poſſunt adeſſe vel abeſſe; in matrimonio autem ſunt per ſe, cum ſint ab eo inſeparabilia; deinde quia hæc doctrina æqualiter procedit in amplo majoratu, ac in tenui vinculo, per quod ſplendor familiæ non conſervatur; quare Coſtæ non fecit ſatis Molina, quamvis tentaverit *num.* 13. & ego etiam contra rationem ſic arguo: cauſſa onerum matrimonialium non eſt ratio in marito lucriſaciendi fructus, ergo neque poteſt eſſe in poſſeſſore majoratus: probatur antecedens per hæc media: maritus lucratur fructus dotis, ſive minima ſit, & quæ non ſufficiat uxoris funeri, ut ſupponitur in *l. Neratius* 20. *de relig. & ſumpt. funer.* ſive ſit ampliſſima, ut in *l. mulier* 72. *ff. l. nulla* 4. *C. de jure dot.* & in his poſitionibus non fit diſtinctio onerum, ſive maxima ſint, ſive minima: ergo onera non referuntur ad fructus dotis: deinde poteſt ita dos conſtitui a patre, ut poſt ipſius mortem exigatur, & non antea, adeo ut ſi vivo patre matrimonium diſſolvatur, maritus, qui ſuſtinuit onera, nullum ferat fructuum emolumentum, quamvis expreſſe conſtitui non poſſit ſolvenda poſt diſſolutum matrimonium; quia illa dilatio eſt velata, hæc expreſſe & directo opponitur fini dotis; expreſſa autem nocent, non expreſſa non nocent, ut decidunt Triphoninus noſter in *l. ſi pater* 76. *de jure dot.* & Ulpianus in *l. cum pater* 11. *de pactis dotalibus.* pacta enim, quæ prorſus & expreſſe ſterilem marito reddunt dotem, non ſuſtinentur. *l. ſi convenit* 4. *l. quærit* 28. *eod. tit.* cæterum ſi velate differant exactionem dotis, non conſtitutionem obligationis, ſuſtinentur; veluti ſi pactum ſit, ne ab uxore, quamdiu vivit, exigatur, ut in *l. Julianus* 20. *de jure dot.* utilitas enim eſt, ut maritus partem lucretur, vel propter liberos, vel ex pacto: addendi ſunt Cujacius *lib.* 11. *obſervat. cap.* 29. & *lib.* 5. *quæſt. Pauli* in *d. l. quæris* 28. Ant. Fab. non male de re differens, niſi pro more textum in *d. l.* 4. fruſtra emendaret, *lib.* 6. *conject. cap.* 20. & in *Codice deciſionum Sabaudiæ lib.* 5. *tit.* 9. *definit.* 2. late & cum multis Fontanella *de pactis nuptialibus clauſula* 6. *gloſſa* 2. *parte* 2. *num.* 29. ut faceſſat audacia Galvani *de uſufructu cap.* 22. *num.* 5. & 6. qui ſe invehit in noſtrum Triphoninum; ergo onera matrimonii non ſunt potiſſima cauſſa, ob quam maritus fructus lucretur: hac itaque ratione rejecta, mihi placet, quam præſtiti; nempe dominio poſſeſſoris majoratus cedere, ut pro rata temporis, quo vixit, adquirat fructus etiam pendentes, heredibusque relinquat, ad quos pertinet matrimonium liberum, tam in minimo vinculo, quam in maximo majoratu.

§. XLV. *Feudum eſt* (ut definivit Obertus de Orto libri feudorum compilator in *cap. unico in quibus cauſſis feudum amittatur*) *beneficium quod alicui ex benevolentia ita datur, ut proprietas quidem rei immobilis beneficiatæ penes dantem remaneat, commodum in accipientem tranſeat pro aliquo ſervitio, aut recognitione perſonali.* diſſentiunt feudaliſtæ ab hac definitione, ſed noſtro inſtituto ſufficit, ex qua apparet, directum dominium penes dantem manere, utile tranſire in accipientem. *cap.* 1. §. *fin. de inveſtitura de re aliena facienda, in uſibus feudorum.* quæ doctrina & textualis eſt, & veriſſima, eamque recipiunt poſt veteres Alvarus Valaſcus *de jure emphyteutico quæſt.* 38. *num.* 1. & cum multis Henr. Roſenthal *de feudis cap.* 1. *concluſ.* 6. Franciſcus Hotmanus *de feudis cap.* 23. & quamvis de verbo diſputet, in re tamen conſentit Cujacius in *feuda lib.* 2. *tit.* 9. Stephanus Forcatulus *de feudis cap.* 2. *num.* 4. Julius Clarus *receptar. ſent. verbo feudum.* fit etiam ex ea, poſſeſſorem feudi habere utile dominium reſtrictum & limitatum, nec poſſe feudum alienare irrequiſito domino; non tantum reſpectu dominii directi, quod non habet; ſed nec ſui dominii utilis. *d. cap.* 1. §. *fin. de inveſtitura de re aliena facienda. cap.* 1. *de prohibita alienatione feudi*: alias ipſo jure feudum amittitur. *cap.* 1. §. *ſi vaſallus, quæ fuerint principales cauſſæ beneficii amittendi, in uſibus feudorum.* Clarus *d.* §. *feudum quæſt.* 31. noſter Petrus Duenas *regula* 40. *per totam.* ubi late agit de hac materia. Valaſcus *d. quæſt.* 38. *num.* 1. *verſ.* 4. & *ſeqq.* latiſſime & pro cunctis Roſenthal *de feudis cap.* 9. *a princ.* ubi ſigillatim tractat de omnibus contractibus & negotiis, quæ permiſſa ſunt, vel prohibita feudatario ex prohibitione alienationis.

§. XLVI. Cum ergo dominium feudatarii ſit, conſequens eſt, ut ad ipſum fructus ſpectent ratione utilis dominii, quia ad fruitionem dominium utile præſtat directo: eſt enim dominium utile cum effectu præſenti; directum eſt nudum, niſi ad effectum recognitionis. Ulpianus in *fragm. tit.* 19. §. *ſi ſervus* 20. juncta *l. unica C. de nudo jure quirit. tollen.* notavit Suarez de Mendoza ad *leg. Aquil. lib.* 1. *cap.* 5. *ſect.* 3. *num.* 19. itaque præſtantius jus in feudatario conſideratur, quam in fructuario, ut docet Alexander in *l. divortio* 8. *num.* 3. *ſolut. matr.* & poſt antiquiores feudariſtas Roſenthal *de feudis cap.* 10. *concluſ.* 42. *num.* 58. & 59. in quo lapſi fuerunt Cujacius *lib.* 4. *tit.* 30. *de fructibus feudi*, & Forcatulus *de feudis cap.* 8. *num.* 13. qui feudatarium in dividendis fructibus non comparant marito, ſed fructuario: igitur ſi pendentibus fructibus feudatarius decedat, & feudum tranſeat ad ſequentem in gradu, ſecundum judicis poſitionem hic caſus determinandus erit; quia non eſt diſpoſitio feudalis, & per conſequens dividendi erunt fructus pro rata temporis. Alexander *d. num.* 3. *in fine*, & ibi Jaſo *num.* 6. & cum multis Roſenthal *ubi proxime lit. NN.* Molina *lib.* 3. *cap.* 11. *num.* 11. *verſ. quod autem.* quamquam ipſe Roſenthal cum multis ex *num.* 45. & Fachinæus *lib.* 7. *controverſ. cap.* 95. contrarium teneant, moti auctoritate textus in *cap.* 1. §. *his conſequenter hic ſtatuit lex in uſibus feudorum.* qui non obſtat, nam expreſſe loquitur, quando deficiente agnato feudum revertitur ad dominum, quo caſu ſi decedat feudatarius ex Kalendis martiis, usque ad Kalendas ſeptembris heredes lucrantur fructus; ſi vero decedat ex

Kalendis ſeptembribus, usque ad martias pertinent ad dominum, quæ conſtitutio aliæque feudales exorbitant a recta juris ratione, ut agnoſcunt ipſe Roſenthal *num.* 41. & præter laudatos Valaſcus *de partitionibus cap.* 30. *num.* 3. Dominus Solorzanus *tomo* 2. *de jure Indiarum lib.* 2 *cap.* 2. *num.* 41. ergo tantum retinenda eſt in caſu expreſſe deciſo, ut omiſſus remaneat in diſpoſitione juris communis. *l. commodiſſime* 10. *de liber. & poſthum.* ita Baldus, Martinus Laudenſis, Eguinarius Baro, & alii in *d. §. his conſequenter.* quæ in re apud nos non uſitata dixiſſe ſit ſatis.

§. XLVII. Si aliqua tamen ſunt, quæ feudis aliquomodo poſſint comparari, ſunt beneficia, quæ de ſe bene meritis reges noſtri concedere ſolent, dicimusque *commendas Indorum*, quarum directum dominium ad principem ſpectat, utile ad commendatarium tranſit; cujus virtute & præſtat regi obſequia, & ſuſtinet onera commendæ, & lucratur fructus, & obventiones, ut docet ex profeſſo Dominus Solorzanus *d. tomo* 2. *lib.* 2. *cap.* 2. *per totum*, maxime a *num.* 37. & quamvis hic egregius Doctor non deciderit ſpecialiter quæſtionem de diviſione fructuum, quando fructibus nondum perceptis deceſſit commendatarius, ſed remiſſive tetigerit. *d. lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 73. exiſtimo non ex lege feudorum, ſed ex jure communi decidendam eſſe; ita ut pro rata anni diviſio fructuum fiat, ſive ad ſucceſſorem deferatur, ſive ad principem recurrat, finito tempore commendæ.

§. XLVIII. Idem etiam in emphyteuſi tractari poteſt, per quam utile dominium in emphyteuticarium transfertur, directo penes dantem remanente, ut eſt de mente omnium, quos ſequuntur, & lato calamo referunt Alvarus Valaſcus *de jure emphyteutico quæſt.* 13. *per totam.* Caldas Pereira *de renovatione emphyteuſis lib.* 1. *quæſt.* 10. Julius Clarus *lib.* 4. *receptar. ſent. verbo emphyteuſis quæſt.* 1. *num.* 2. Hieronymus Iranzo in ſuo utili tract. *de proteſtationibus cap.* 15. eleganter Pichardus noſter in §. *adeo inſtit. de locat. & conduct. ex num.* 31. ut ſit ſupervacuus quorundam labor de verbo potius, quam de re diſputantium apud Donell. & Hill. *lib.* 9. *cap.* 13. *cum* 2. *ſeqq.* ergo emphyteuticarius jure proprio fructus percipit, & ratione dominii ſaltem utilis, quod in re habet, ut feudatarius & commendatarius; quamvis non ut poſſeſſor majoratus, qui plenam habet proprietatem, ſive directum dominium, ut obſervavit Dominus Solorzanus *d. lib.* 2. *cap.* 2. *ex num.* 6. igitur ſi deceſſerit, extinctaque ſit emphyteuſis fructibus pendentibus, fiet diviſio pro rata anni, quæ videtur fuiſſe mens Molinæ *d. lib.* 3. *cap.* 11. *num.* 7. ut illum accepit Valaſcus *de partitionibus cap.* 30. *num.* 1. verum tamen eſt, Alexandrum in *l. divortio* 8. *num.* 4. *ſolut. matr.* quem laudat Molina, nihil tale dicere, immo emphyteutam in hoc comparat uſufructuario: magis tamen in hanc propendet Socinus, & poſt eum Tiraquellus *de retractu lib.* 2. §. 5. *gloſſa* 4. *num.* 2. quam & ego ſequor, quia eadem prorſus militat ratio, ac in feudatario; unus tamen caſus eſt, in quo omnes fructus pendentes pertinent ad dominum; nempe ſi in commiſſum incidat emphyteuta ob non ſolutum canonem; tunc enim perdit omnes meliorationes, quas in re fecerat. *l.* 2. *C. de jure emphyteutico.* ergo multo melius perdet ratam partem fructuum, ne exſpectare audeat commodum illud ex malitia, vel omiſſione ſua, ut docent Socinus & alii ſupra laudati: ex quo non placet doctrina Valaſci *d. cap.* 30. *ex num.* 7. qui cenſuit, pendentes fructus ad ſucceſſorem vel dominum pertinere, ut in caſu fructuarii: non placet etiam diſtinctio Franciſci Caldas Pereira *lib.* 4. *de extinctione emphyteuſis cap.* 14. *num.* 31. *& ſeq.* inter penſiones, quæ in mercede conductionis conſiſtunt, & fructus, qui naturaliter ex re percipiuntur; ut illæ dividantur pro rata, hi vero pendentes pertineant ad ſucceſſorem; quia dato dominio utili nulla differentia eſt inter hos & illas: magis verò diſplicet ratio ab ipſu excogitata, ſcilicet quia videtur emphyteuta finito tempore retrovendere prædium domino, vel ſucceſſori, qui ut emptores dominium fructuum conſequuntur; hæc enim quam remota ſint nemo non videt, nec poſſunt applicari textui in *l. Julianus* 13. §. *ſi fructibus* 10. *de actionibus empti.* quam affert & illuſtrat.

§. XLIX. Hac in re aliter veteres cenſuerunt, ac ſervat praxis: gloſſa enim in *cap. præſenti de off. ordinarii*, quam ut magiſtram ſequuntur multi, quos refert Alexander in *d. l. divortio num.* 5. *ſoluto matr.* diſtinguebat inter beneficia, quæ habebant adminiſtrationem, & quæ non habebant: fructus illorum exiſtimabat dividendos eſſe pro rata inter heredes prædeceſſoris & ſucceſſorem: cæterorum vero, quæ adminiſtrationem non habent, omnino pertinere ad ſucceſſorem, ſi nondum eſſent percepti: poſtea ſequuta fuit ſententia doctiſſimi Navarri in *apologia de reditibus eccleſiaſticis quæſt.* 2. *monito* 13. qui poſt nonnullos antiquos præſertim legiſtas comparans beneficiarium fructuario, exiſtimavit omnes fructus pendentes ad ſucceſſorem ſpectare, quam ſecuti fuerunt, quos refert Gutierrez *lib.* 1. *canonicarum cap.* 33. *a princ.* illique adhæret tamquam magis communi Barboſa *de poteſtate epiſcopi allegat.* 117. *num.* 6. ſucceſſit tandem verior ſententia, nempe pro rata anni omnes fructus pendentes cujuſcumque beneficii dividendos eſſe inter heredes defuncti, & ſucceſſorem beneficii: docent Sarmiento *de reditibus eccleſiaſticis parte* 4. *cap.* 6. Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 15. *num.* 12. Gutierrez *d. cap.* 33. *a num.* 9. Nunnes de Avendaño *reſponſo* 5. *num.* 1. Molina *lib.* 3. *de primogeniis cap.* 11. *num.* 4. Valaſcus *de partitionibus cap.* 36. *ex num.* 9. Caſtillo *de uſufructu cap.* 79. *a princ.* Eſcobar *de ratiociniis tomo* 2. *cap.* 20. *num.* 23. Molina *tomo* 3. *de juſt. & jur. diſp.* 635. Garzia *de beneficiis parte* 2. *cap.* 1. *num.* 94. Parladorius *tomo* 3. *differ.* 120. §. 1. Joannes Baptiſta Coſta *de ratione ratæ quæſt.* 29. eleganter Annæus Robertus *lib.* 3. *rerum judicatarum cap.* 4. quod procedit ſive per obitum, ſive per reſignationem, ſive alio quovis modo vacet beneficium, ut docent plerique ex ſupra laudatis, quo in ſenſu accipiendum eſt, quod dicitur, fructus obvenientes tempore vacantis reſervandos eſſe futuris ſucceſſoribus, vel impendendos in eccleſiarum utilitatem. *cap. quia ſæpe* 40. *de electione in* 6. *d. cap. præſenti de off. ordinarii. clem. ſtatutum de electione juxta diverſas eccleſiæ conſuetudines.* nempe ut non tantum fructus poſtea nati reſerventur, ſed rata eorum, quos non lucriſecit anteceſſor. Solorzanus *d. tom.* 2. *de jure Indiarum lib.* 3. *cap.* 5. *ex num.* 45. Noguerol *allegat.* 26. *artic.* 1. ratio eſt, quia beneficiarius vel epiſcopus non eſt fructuarius, ut volebat Navarrus, ſed verus fructuum dominus, quos adquirit ratione dominii. *cap. fraternitatem* 2. *de donat.* Garzia *d. cap.* 1. *ex num.* 5. Robertus *ubi proxime.* ergo idem in eo dici debet, quod dictum fuit in cæteris, qui ratione dominii fructus adquirunt, quæ doctrina vera eſt in beneficiis tam reſpectu anteceſſoris, quam ſucceſſoris; ſed in epiſcopatibus fallit in ſucceſſoribus, quia camera apoſtolica præſumit fructus vacantium, & dividit fructus cum creditoribus defuncti, vel heredibus patrimonialium bonorum, ſi quæ habebat defunctus, quando ad epiſcopatum aſſumptus fuit; donec novo epiſcopo fiat Romæ gratia, ut de ſtilo Hiſpaniæ, qui ſatis notus eſt, teſtatur Garzia *d. cap.* 1. *num.* 91. in regnis tamen Indiarum, & in aliis Chriſtiani Orbis provinciis cedunt cameræ regiæ, ut cum cura docent dominus Solorzanus *d. tomo* 2. *lib.* 3. *cap.* 11. & 12. Michaël Rouſſelius *de hiſtoria pontificiæ juriſdictionis lib.* 5. *cap.* 3. *ex num.* 27. denique cum præcitatis Doctoribus admonendi eſtis, plerumque ſynodales Conſtitutiones novam formam

mam

mam date huic diviſioni, quæ in ſingulia epiſcopatibus ad unguem obſervandæ erunt, ut monent præcipue Garzia & Valaſcus ſupra laudati.

S E C T I O IV.

De ſecunda ratione adquirendi fructus, quod eſt jus ad rem.

§. L. Jus ad rem appello actionem aliquam perſonalem ex contractu, quaſi contractu, negotio, aut teſtamento provenientem, per quam actor intendat conſequi dominium rei nondum ſuæ, ſed ſibi debitæ, ad differentiam ejus, qui habet præſens jus in re, qui ſi ex aliquo caſu a poſſeſſione dominii deciderit, petitur per actionem in rem, quæ deſcriptio eleganter deſumitur ex *l. 1. de liber. legata.* juncta *l. 2. de uſuris.* cum itaque in *præcedenti lectione* egerim de fructibus, qui quæruntur ratione dominii jam adquiſiti, ſive juris præſentis in re, ſequitur, ut videamus de fructibus adquirendis ratione dominii nondum adquiſiti, ſed adquirendi media actione perſonali, per quam id agimus, ut, quod noſtrum non eſt, nobis detur, id eſt ad noſtrum dominium denuo transferatur, ut Juſtinianus ait in §. *ſic itaque diſcretis inſt. de action. l. actionum 25. l. nihil eſt aliud 51. de O & A.* veluti ſi tibi vendidi ſundum, vel per ſtipulationem promiſi, vel illum debeo ex aliquo contractu incerto, vel ex cauſſa legati, aut fideicommiſſi, cum heres ſim ejus, qui fundum in teſtamento reliquit: has omnes fere quæſtiones verſat Paulus in *l. videamus 38. per totam ff. de uſuris.* nosque ejus veſtigiis inhærentes proſequemur, diverſo tamen ſtilo; quia certa regula tractatus hic comprehendi non poteſt, & multis variisque principiis & diſtinctionibus indiget.

CONSECTARIUM I.

De Actionibus ſtricti juris.

§. LI. Omnia judicia, quæ non recenſentur ut bonæ fidei in §. *actionum 28. & ſeq. inſt. de action.* ſunt ſtricti juris a ſufficienti partium enumeratione, ut ibi communiter notatur: talis eſt actio proveniens ex ſtipulatione, quæ per ſe ſtricti juris eſt. *l. quidquid* 94. (juxta vulgarem allegationem) *de V. O.* textus diſertus in *l. unica* §. *ſed etſi 2. C. de rei uxoriæ actione.* ut ergo de hac actione primum diſputemus, regula ſtatuenda eſt cum Paulo in *l. videamus* 34. §. *ſi actionem 7. de uſuris.* fructus venire a die litis conteſtationis, & non antea, etiamſi mora in tradendo fundo per ſtipulationem promiſſo facta ſit: unde idem Paulus in *l. ſi filius* 78. §. 1. *de V. O.* deducit, ſi fundum ſtipulatus ſim mihi dari, qui erat plenus fructibus tempore ſtipulationis celebratæ, non venire fructus, id eſt non deberi mihi ſtipulatori, qui ſtipulationis interpoſitæ tempore in fundo pendebant: idem etiam docemur cum differentia contractuum ſtricti juris & bonæ fidei in *l.* 3. §. 1. *de action. empti.* ratio eſt; quia ſtipulatio tantum continet illud, de quo nominatim & expreſſe inter contrahentea dictum fuit. *d. l. quidquid. l. quia tantundem 6. de negotiis geſtis.* ſed de fructibus pendentibus nihil dictum fuit, ergo non veniunt in hanc ſtipulationem, ut contra gloſſam, & Bartolum recte ſentiunt Baldus, Angelus, Imola, & Jaſo *num. 3. verſ. ult.* Alciatus in *princ.* Donellus *num.* 10. Gipbanius *num.* 15. in *d. l.* 78. §. 2. noſter Pichardus in §. *actionum 28. quæſt. 7. per totam inſt. de action.* poſt litem vero conteſtatam percepti ideo veniunt, quia talis debet dari res, qualis eſſet apud actorem, ſi cum petita fuit reſtitueretur, ſed tunc fructus illi cederent; ergo poſt litem conteſtatam ſemper veniunt fructus. *l. præterea 20. de rei vindicat. l. cum fundus 31. de rebus creditis. l. 2. l. 3. §. 1. de uſuris.* quamvis enim in judicium venire non ſoleant, quæ accidunt, vel accedunt extrinſecus poſt litis conteſtationem. *l. non poteſt 23. de judiciis.* tamen fructus & cauſſa rei comprehenditur ſub prima actione principali tamquam quid acceſſorium, non tamquam extrinſecum, & æque principale, ut docent Donellus in *d. l. cum fundus num.* 6. Antonius Fab. *de error. Pragm. decade 11. errore 1.*

§. LII. Ex his duabus definitionibus oritur in hac quæſtione dubium maximum: quid dicendum ſit, quando per ſtipulationem fundus ſimpliciter prumiſſus eſt, qui tunc erat plenus fructibus, & poſtea judicialiter petitur iiſdem fructibus adhuc pendentibus; an per litis conteſtationem fructus veniant, qui ex ipſo contractu non venirent? Bartolus, Angelus, Cumanus, Alexander, & Jaſo *num.* 2. Donellus *num.* 11. in *d. l.* 78. §. 1. cenſent, non poſſe peti tamquam fructus, ſed poſſe peti tamquam cauſſam, quia talis dari debet fundus, qualis eſt tempore petitionis; & primam regulam accipiunt de fructibus pendentibus tempore contractus, & perceptis ante litis conteſtationem, ſi forte ſtipulator tarde egit, vel promiſſor cito fructus a fundo ſeparavit: ſed ipſi auctores ſua doctrina confunduntur, cum aſſerant in *princ. textus*, promiſſo fundo fructus pendentes exceptos cenſeri, niſi nominatim promiſſi ſint; quia tantundem ſilentium in contractu ſtricti juris, ac in venditione expreſſa exceptio fructuum; ſed qui petit fundum promiſſum exceptis fructibus, contra legem contractus ſperat acceſſionem fructuum: ergo hujus acceſſionis non debet haberi ratio in ſententia: deinde quia eſt differentia verbalis non realis, quod non petantur fructus ut tales, & petantur ut cauſſa, quæ differentia abhorret a juris principiis. *l. 2. C. comm. de legatis.* & quod directo non licet, nec licet per obliquum. *l. ult. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* quo fundamento a prædicta opinione diſcedunt Imola & Caſtrenſis in *d.* §. 1. & poſt alios Alciatus in *d. l. cum fundus num. 6. & 7.* ergo utriusque regulæ ſenſus eſt: qui promiſit fundum, percipit fructus pendentes tempore ſtipulationis; fructus vero, qui naſcuntur & percipiuntur poſt promiſſionem, ſpectant ad ſtipulatorem, ſi ante perceptionem litem conteſtetur; quia hi non cenſentur excepti, ut docent Caſtrenſis, Jaſo, Giphanius in *d.* §. 1. Fab. in *d. l.* 3. §. 1. *de action. empti.* tunc vero deducit expenſas, quia nullus caſus eſt, qui hoc genus deductionis impediat. *l. fundus 51. fam. erciscundæ*, ut dixit Alciatus *ubi proxime num. ult.*

§. LIII. Sed adverſus hanc partem acriter obſtat textus in *l. ſi ſtipulatus 4. de uſuris.* ubi Papinianus quærit de hac ſtipulatione: *promittis fundum dari, vacuamque poſſeſſionem tradi?* decidit procul dubio inferiora verba, *vacuamque poſſeſſionem tradi*, fructus poſtea captos actione ex ſtipulatu peti poſſe, qui textus eo difficilior eſt, quia Pomponius in *l.* 3. §. 1. *de action. empti.* contrarium reſpondit, nempe fructus tantum venire in illa ſtipulatione ex die litis conteſtatæ, non ex die contractus, ad differentiam emptionis: hanc antinomiam explicui octo abhinc annis in *ſelectione feriata*, ſed iterum nunc in ea inſiſtendum eſt: inprimis obſervo, illam ſtipulationem *fundum dari* ſignificare obligationem ex parte promittentis transferendi dominium in ſtipulatorem; quia proprietas verbi *dandi* ſignificat translationem dominii. §. *ſic itaque diſcretis inſtit. de actionibus.* illa vero ſtipulatio, *vacuam poſſeſſionem tradi*, ſignificat cauſſam bonorum. *l. in conventionibus 52. §. 1. de V. O.* cauſſa bonorum eſt, ſive cauſſa rei, totum illud, quod venit ex natura negotii, quod contrahitur; nempe rem tradere vacuam omni poſſeſſore, & ſtipulanti præbere dominium, ſi reſideat penes promiſſorem, vel ſaltem cauſſam dominii, id eſt uſucapiendi conditionem, ut in *l. clavibus 74. de contrah.*

emptione. ita gloſſa & veteres apud Jaſonem, Donellus, & Giphanius in *d. l.* 52. quamvis non recte Cujacius in *l. rem tradi* 28. *de V. O.* & Valentia *lib. 2. illuſt. tract.* 4. *cap.* 6. *num.* 27. cenſuerint, *vacuam poſſeſſionem tradi*, ſignificare tradere rem cum fructibus; quæ explicatio nec verbis convenit, nec juris teſtimonio ſuffulta eſt: igitur plus continet prima ſtipulatio *fundum dari*, quam ſecunda; quia prima continet tranſlationem dominii, ſecunda vero tantum cauſſam bonorum, ut dixi; ponit vero Papinianus, ſimul utramque ſtipulationem adjunctam fuiſſe, primam, quæ plenior eſt, & ſecundam, quæ eſt minus plena, & quærit, an veniant fructus poſtea capti a die contractus, cum utraque ſimul jungitur, cum ex neutra ſigillatim veniant? & diſerte reſpondet, propter ſecundam adjunctam venire fructus; ratio eſt, quia verba contrahentium non debent eſſe ſuperflua. *l. ſi quando* 109. *de legat.* 1. ſed ſuperfluum eſſet adjicere minus plenam poſt pleniorem; ergo geminatio illa operatur, ut veniant fructus, *argum. l. baliſta* 32. *ad S. C. Trebell.* quamvis ſingulæ per ſe non ſufficerent. *d. l.* 3. §. 1. ſic intelligendo: his abſolutis tamquam minoris operæ, quærit in *verſ. an idem* de partu ancillæ, an debeatur propter geminatam clauſulam ſtipulationis prædictæ? in qua quæſtione duplicem movet rationem dubitandi. Prima continetur illis verbis: *nam quod ad verba ſuperiora pertinet, ſive factum rei promittendi, ſive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continentur.* ſenſus eſt, verba ſuperiora hujus duplicis clauſulæ vel dominii tranſlationem ſignificant vel factum tradendi rem; neutra tamen continet partus, imo nec fructus. *d. l.* 3. §. 1. ſecunda extat ibi: *verum ſi emptor a venditore novandi animo ita ſtipulatus eſt, factum tradendi ſtipulatus intelligitur.* ſenſus eſt, ſi venditor ex cauſſa venditionis *rem dari* promittat, non cenſetur promiſiſſe transferre dominium, & degenerat verbum *dari*, ut tantum tradere ſignificet, ſicut etiam in *l. ſi dominus* 8. *de præſcrip. verbis.* quia non eſt veroſimile, voluiſſe venditorem in plus obligari per ſtipulationem, quam obligatus erat actione ex empto, videlicet rem venditam tradere, & de evictione cavere, ut dixi *lib. 2. opuſculor. ſect.* 1. *cap.* 3. *num.* 3. igitur nec virtute ſtipulationis novantis in plus tenebitur, quia ſtipulationes ſemper referuntur ad cauſſas, quæ præcedunt. *l. ſtipulationum* 5. *verſ. conventionales de V. O.* notat Baldus in *d. l.* 4. in his rationibus dubitandi non agit Papinianus de actione ex empto, ſed de actione ex ſtipulatu: & hæc ultima ratio dubitandi eo propoſita eſt, ut evincat, *rem dari* minus ſignificare in propoſita ſtipulatione, quam ex terminis ſignificat: itaque qui ſic deducunt, ſtipulatio imitatur naturam contractus emptionis & venditionis; ergo debet continere eoſdem fructus, faciunt pro libitu contraria, & ſubtiliores ſunt Papiniano, qui in hac ſecunda ratione dubitandi nihil locutus fuit de fructibus, ſed tantum de effectu traditionis.

§. LIV. Igitur Papinianus ita format dubitandi rationes: prima clauſula tantum continet dominii tranſlationem; ſecunda vero ſolum continet cauſſam bonorum, imo prima clauſula *rem dari*, ſi adjiciatur ſuper contractu emptionis, non operatur dominii tranſlationem; ergo partus non veniunt, imo nec fructus; in dubium enim revocat, quod prius procul dubio deciderat: his tamen non obſtantibus in *verſ. ſed tamen* decidit, partus etiam venire propter illa verba, *vacuamque poſſeſſionem tradi*; non quidem propter illa ſola, ſed quia adjuncta ſunt ſuperioribus, *fundum dari*, quod denotat copula *que*, ut in principio dixerat: itaque ex utriusque clauſulæ conjunctione ingenioſe conjecturavit Papinianus, promiſſorem obligatum eſſe ad tradendum fundum ſtatim, & per conſequens cum fructibus & omni cauſſa, quam habiturus erat, ſi illico ſibi res tradita fuiſſet: igitur tota decidendi ratio conſiſtit in geminatione clauſulæ, ut in hoc recte ſenſerunt Accurſius, & Donellus in *d. l.* 52. §. *ult.* Bartolus in *d. l.* 3. §. 1. Jaſo in *d. l.* 78. §. 1. *num.* 2. Alciatus in *d. l. cum fundus* 31. *num.* 4. *de rebus creditis.* omiſſis aliis apud Genuam in *lib. leg. conciliatar.* neminem tamen invenire potui, qui literaliter textum exponeret: reliqua legenda ſunt infra §. 58.

§. LV. Opponi etiam ſolet textus in *l. ſi fundum* 114. *de V. O.* ſpecies eſt: Titius ſtipulatus eſt fundum ſibi dari certo die, veluti Kalendis Januariis, promiſſor die præſtituta fundum non dedit, quo moram fecit. *l. trajectitiæ* 22. *de obligat. & action. l. vinum* 22. *de rebus creditis. l. ult. de condict. triticaria.* quæritur, quid ſtipulator debeat conſequi? reſpondet Ulpianus, conſecuturum eſſe quanti ejus interfuit, fundum præſtituta die datum non fuiſſe: nunc ſic expendunt, ſtipulator conſequitur, quanti ſua intereſt fundum ſibi datum non fuiſſe ex die moræ; ſed in eo, quod intereſt, continentur fructus poſt illum diem percepti, cum illos lucraturus eſſet, ſi in tempore ſibi fundus traderetur; igitur ſive per directum, ſive per indirectum veniunt fructus a die moræ in judiciis ſtricti juris, & non a die litis conteſtatæ: ſed reſpondent, hunc textum loqui non de obligatione dandi, ſed tradendi, quæ eſt meri facti. *l. rem tradi* 28. *de V. O.* in qua fundo non tradito ſuccedit obligatio ad intereſſe, ut in omnibus faciendi obligationibus. *l. ſtipulationes* 72. *verſ. Celſus eod. tit. l. ſi ab alio* 15. §. *ult. de re judicata.* ideo appellatione ejus quod intereſt veniunt fructus, non ut fructus, ſed ut intereſſe, & quales percipiendi eſſent ab ſtipulatore, ſive majores, ſive minores, quam eos percepit promiſſor: ita Accurſius *gloſſa* 1. in *d. l.* 78. §. 1. ubi Bartolus & Jaſo *num.* 2. & in *d. l. ſi fundum* 114. fundant prædictam ſolutionem ex eo, quod textus loquitur de præſtando fundo; *præſtandi* autem verbum tam ad tradendum quam ad dandum refertur. *l. ex empto* 11. *de actionibus empti.* ſed quidquid dicant, nulla ratio eſt, cur ſtipulatio dandi fundum non contineat fructus, cum majoris efficaciæ ſit, & contineat illos ſtipulatio præſtandi aut tradendi: quare Alciatus in *d. l. cum fundus* 31. *num.* 4. *de rebus creditis.* Donellus in *d. l.* 78. §. 1. *num.* 13. exiſtimant, in mora, quæ contrahitur per adjectionem diei, venire fructus; quia ex die venit omne intereſſe. *d. l. videamus* 38. § *ſi actionem* 7. *de uſuris.* itaque præfero intellectum Cujacii in *d. l. rem tradi*, Duareni, & Giphanii in *d. l.* 114. videlicet id quod intereſt continere verum pretium, reique ipſius æſtimationem, quam haberet promiſſor, ſi ſua die fundus præſtitus eſſet, exceptis tamen fructibus, qui non computantur, quia adveniente die pendentes non debentur, donec lis ſit conteſtata.

CONSECTARIUM II.

De fructibus rei debitæ ex contractu bonæ fidei.

§. LVI. Quando res debetur ex contractu bonæ fidei, veniunt fructus ex tempore moræ: mora contrahitur per extrajudicialem petitionem factam congruo tempore & loco, vel per adventum diei contractui adjecti, vel per litis conteſtationem. *l. mora* 32. *de uſuris. l. trajectitiæ* 22. *de obligat. & action. l. ſi ſervus* 98. §. *ſequitur de V. O. l. magnam* 13. *C. de contrahen. & committ. ſtipulat.* igitur quocumque ex his caſibus incipiunt fructus deberi, & pertinere ad creditorem: hæc concluſio diſerte probatur ex *l. in fideicommiſſi* 3. §. 1. *de uſuris.* ubi loquens Papinianus de fructibus & acceſſionibus rei petitæ docet, præſtandos eſſe a litis conteſtatione in bis judiciis, quæ nec ſunt bonæ fidei, nec arbitraria, id eſt, quæ ſunt ſtricti juris: ergo in illis ante litem conteſtatam præſtantur fructus & acceſſiones, & ſic a tempore moræ; deinde quia inter fru-

ctus

ctus & uſuras debitas officio judicis in ratione debendi nulla differentia conſiderari poteſt, ſed uſuræ ex contractibus bonæ fidei veniunt a tempore moræ propter æquitatem contractus. *l. mora* 32. *§. in bonæ fidei ff. de uſuris. l. in bonæ fidei* 13. *C. eodem tit. l. initio* 5. *C. de pactis inter emptor. & venditor. l. Lucius* 24. *l. die* 25. *§.* 1. *ff. de poſiti. l.* 2. *C. eodem tit. l. quæro* 54. *ff. locati.* cum aliis: ergo & fructus veniunt. Hæc doctrina communis eſt, ut patet ex Pichardo noſtro, & ab eo laudatis in *§. actionum* 28. *quæſt.* 8. *inſtit. de actionibus.* quamvis illam futili ratione differentiæ inducta inter fructus & uſuras agnoſcere nolit Ant. Faber *de erroribus Pragm. decade* 11. *errore* 1.

§. LVII. Aliquando tamen mora contrahitur re ipſa, id eſt ex tempore contractus ſine ulla interpellatione, veluti ſi fundum vendidi, illumque ſtatim tradidi ſpe recipiendi pretium illico: mora ſtatim contrahitur, & uſuræ recompenſativæ incipiunt currere. *l. curavit* 5. *C. de action. empti.* iniquum enim eſt, ut emptor fruatur fructibus rei, & ſimul intereſſe pretii. *l. Julianus* 13. *§. veniunt* 20. *de action. empti. l. liberalitatis* 16. *§.* 1. *de uſuris.* item ſi pupillo tutorem habenti pecunia debita non ſolvatur, ſtatim mora irregularis contrahitur, ut a contrario ſenſu probat textus in *l. cum quidam* 17. *§. ſi pupillo* 3. *de uſuris.* igitur etiam in his ſpeciebus moræ veniunt fructus in contractibus bonæ fidei.

§. LVIII. Ex quo ſequitur, in contractu emptionis & venditionis a die contractus celebrati fructus venire. *l. ratio* 3. *§.* 1. *de action. empti. l. ſi ſtipulatus* 4. *de uſuris.* ubi Papinianus auſus fuit afferere, poſt interpoſitam quoque ſtipulationem novandi animo ſuper contractu venditionis fructus poſſe peti a die contractus, non actione ex ſtipulatu, quæ ſtricti juris eſt, ut ſupra dixi, ſed actione ex empto; quia novatio tantum tollit, quod transfundit in ſequentem obligationem; ſed non transfundit cauſſam fructuum: ergo pro illis ſupereſt actio ex empto. *d. l.* 3. *§.* 1. Accurſius & Cujacius *lib.* 27. *quæſt. Papin.* in *d. l.* 4. *& lib.* 18. *obſervat. cap.* 3. Ant. Fab. in *d. l.* 3. *§.* 1. probatur etiam ex *l. fructus* 13. *C. de action. empti.* juncta *l.* 1. *C. de periculo & comm. rei venditæ.* ubi extat ratio; quia cum periculum perfecta emptione ſtatim ad emptorem ſpectet. *§. cum autem inſtit. de empt. & vendit.* æquum eſt, ut commoda rei ad ipſum pertineant. *l. ſecundum naturam* 10. *de R. J.* quam rationem illuſtrat multis relatis dominus Tapia *tomo* 2. *catenæ moralis lib:* 5. *quæſt.* 16. *artic.* 15. *l. poſt perfectam* 16. *C. de action. empti.* ubi extat regulæ explicatio, nempe ut venditor deducat expenſas; itaque fructus antea percepti non poſſunt ad emptorem ſpectare. *l.* 2. *in fine C. eod. tit. l. cum te* 6. *C. de pactis inter emptor. & venditor. l. neceſſario* 8. *ff. de peric. & commod. rei venditæ.* docet Jaſo in *l. ſi filius* 78. *§. alt. num.* 3. *de V. O.* ex quibus apparet facilis explicatio textus in *l. videamus* 38. *§. ex cauſſa* 8. *de uſuris.* ubi docet Paulus, ex cauſſa emptionis fructus præſtandos eſſe, nempe a tempore perfecti contractus, ut in *l. venditor* 21. *verſ. quemadmodum de hered. vel action. vendita.* igitur ex prædicta æquitate, qui pretium rei non ſolvit, fructus interim perceptos non lucratur; vel qui partem pretii ſolvit, ratam partem fructuum lucrabitur: Paulus & ibi Cujacius *lib.* 2. *ſent. tit.* 17. *§.* 7. vel niſi venditor fidem de pretio habuerit, quo interim ſibi ſatisfactum eſt. *§. venditæ inſt. de rer. diviſ.* docent Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 15. *num.* 2. Præceptor noſter D. Nicolaus de Caſtro *prælect.* 3. *Salmanticenſi num.* 8. notanda eſt ergo cauſſa moræ irregularis, propter quam fructus veniunt a tempore contractus in emptione.

§. LIX. Veniunt etiam pendentes contractus tempore. *l. Julianus* 13. *§. ſi fructibus* 10. *de action. empti.* niſi nominatim excepti ſint. *l. qui fundum* 40. *§. cum fundum* 4. *de contrah. empt.* alia quidem ratione, nempe quia cum fundo ipſi venditi cenſentur; & peræquati pretio cum pretio rei principalis: docent Joannes de Imola, Caſtrenſis, Alexander, & Jaſo *num.* 3. *in princ.* Donellus *num.* 10. in *d. l.* 78. *§. alt. de V. O.* Cujacius, & Fab. in *d. §. ſi fructibus.* Covarruvias, quamvis utramque rationem conjungat, *d. cap.* 15. *a princ.* Tiraquellus *de retractu conventionali §.* 5. *gloſſa* 4. Caldas Pereira *de empt. & vendit. cap.* 22. *num.* 18. *l.* 11. *tit.* 5. *Part.* 5. & ibi late Hermoſilla: quid vero ſi fundus venditus ſit, qui locatus erat, & a colono ſatus, num quid penſiones pertinebunt ad emptorem? hujus rei extat expreſſa deciſio in *d. l. Julianus* 13. *§. ſi a locatus* 11. ubi docet JCtus, per contrarium penſiones ad venditorem pertinere, niſi expreſſe dictum ſit, ut ad emptorem ſpectent: & tamen Accurſius ibi exiſtimat, teneri venditorem cedere actioni in favorem emptoris, ut eas ſibi exigat pro fructibus, quos lucraturus erat, quod ita temperant Caſtrenſis, & Salicetus, & alii veteres apud Covarruviam *d. cap.* 15. *num.* 3. *verſ. ſed hoc.* ut in diſtributione penſionis conſideretur tempus, quo fructus percipiuntur; ut ſi venditio facta ſit poſt fructus perceptos, nec dum dies penſionis venerit, penſio integra ſpectet ad venditorem: cæterum ſi fructibus pendentibus fundus diſtractus fuit, penſio, quæ poſtea cedat, ad emptorem ſpectet, quamvis a venditore ante diem exacta ſit, *argum. l. defuncta* 58. *de uſufructu.* in penſionibus tamen domuum, quæ quotidie cedunt, nec ſpectant maturitatem, cenſent dividi pro rata, *argum. l. ſi operas* 26. *eod. tit.* & cum videant in *l. ult. in fine de jure fiſci.* poſt perceptos fructus aridos penſionem ad emptorem pertinere, reſpondent, in venditione facta a fiſco generaliter retinendum eſſe, penſionem ad emptorem ſpectare, ſive ante ſive poſt fructus perceptos venditio facta ſit; quia emptor tenetur ſtare locationi in illo caſu contra generalem deciſionem textus in *l. emptorem* 9. *C. de locato.* ut hoc incommodum per illud commodum emptori repenſetur: ita cum Bartolo & veteribus cenſuerunt Covarruvias *ubi proxime.* Caldas *d. num.* 18. Ant. Faber in *d. l.* 13. *§. ſi a locatus* 11.

§. LX. Verum hæc doctrina non poteſt applicari textui in *d. §.* 11. ubi abſolute docemur, diverſum eſſe in penſionibus prædiorum ruſticorum & ædium, ac in fructibus, quæ non ſpectant ad emptorem, niſi ita nominatim convenerit, ut ſupponitur in *l. ſi cum fundum* 68. *de contrahen. empt. l. ſi mercedem* 53. *de action. empti.* quam differentiam in praxi receptam eſſe teſtantur Theſaurus *deciſ.* 55. Peregrinus *de fideicommiſſis art.* 49. *num.* 92. Quare ut hanc rem comprehendamus, in primis noto, emptorem poſſe expellere conductorem a fundo conducto, quia conductio reſolvitur per emptionem. *l. emptorem* 9. *de locato.* ergo per hanc viam emptor percipiet ſibi fructus tamquam ex re ſua natos, & colonus habebit regreſſum contra venditorem pro ſuo intereſſe, ut probat textus in *d. l. ult. de jure fiſci.* deinde noto, inter contrahentes ad hoc damnum evitandum ſolere caveri, ut penſiones pertineant ad emptorem, quo pacto interpoſito conſentit emptor locationi, & colonum expellere non poteſt; ſed quia actio ex locato pro penſionibus perſonalis eſt, & adhæret ipſi venditori, non aliter poteſt emptor contra conductorem agere, quam ceſſis ſibi actionibus a venditore, ut docet pro multis unus doctiſſimus Olea *de ceſſione jurium & actionum tit.* 4. *quæſt.* 7. *per totam.* itaque ſi hoc pactum non interponatur, nec emptor expellat conductorem, tunc penſiones ad venditorem ſpectant, quia non proveniunt immediate ex domo, ſed ex induſtria locatoris, ut docuit Cujacius *lib.* 25. *obſervat. cap.* 3. in cauſſa tamen venditionis fiſcalis vera eſt doctrina, & ratio antiquorum, ut idem Cujacius

cenſet, ne periculo fiſcus maneat objectus, ſi emptor conductorem poſſet expellere: ergo idem erit dicendum in quacumque venditione judiciali, quia nec emptor expellere poteſt colonum, ut docent ex multis Gutierrez *lib. 2. canonicar. cap. 8. num.* 48. & 49. Olea io *prædicto tract. tit.* 4. *quæſt.* 3. *num.* 10.

§. LXI. Ex hac occaſione quærunt Doctores, quid dicendum ſit, ſi res vendatur ſub pacto de retrovendendo, quod quale ſit, exponitur in *l.* 2. *C. de pact. inter emptor. & venditor. l.* 44. *tit.* 5. *Part.* 5. nihil eſt tam facile quam quæſtionem disſolvere; cum enim revenditio ſit ſecunda venditio. *l. ab emptione* 58. *de pactis.* conſequens eſt, ut fructus, qui eo tempore pendent, pertineant ad ſecundum emptorem. *d. §. ſi fructibus* 10. quod diſerte probant textus in *d. l.* 2. *l. cum te* 6. *C. d. tit.* ubi redemptori ſit reſtitutio cum fructibus; nihilominus cum antiquioribus Tiraquellus *lib.* 2. *de retractu §.* 5. *gloſſa* 4. Covarruvias *d. lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 6. & 7. Aot. Theſautus *deciſ.* 56. Eſcobar de *ratiociniis comput. alt.* exiſtimant, ſine ullo juris teſtimonio æquius eſſe, ut pro rata temporis inter utrumque fructus dividantur, ne ſecundus ſperet tempus maturationis fructuum, & tunc ad redemptionem accedat, fruaturque fructibus, & ſimul pretio, quod usque ad eum diem reſtituit, quæ praxis per conſequens recipienda erit, ſi dies redemptionis in initio contractus appoſita non fuit; alioquin omnes pertinebunt ad redemptorem, cum ab initio contrahentes viderint, quo tempore diſſolvenda ſit venditio; nec intereſt, quod nullum locrum adquiſiſſet emptor, nam hoc ex voluntaria conventiooe provenit: eo maxime, quod hi contractus minori pretio celebrantur ob incommodum retrovenditionis.

§. LXII. Si vero fundus ſub lege commiſſoria venditus ſit, ut niſi tali die pretium ſolvatur, fundus inemptus fiat; & emptor pretium non intulerit, fructus quidem interim adquirit, ſed revocabiliter; teneturque eos venditori reſtituere: quia reſoluto contractu cauſſa reducitur ad non cauſſam, quare ſine titulo manerent fructus apud emptorem. *l. lege* 5. juncta *l.* 1. *de leg. commiſſ.* niſi aliquam partem pretii dedit emptor in numerato, quam perdidit, quia reſiduam partem non ſolvit: hoc in caſu obtinuit Neratii ſententia, ut in compenſationem damni accepti fructus interim percepti pertineant ad emptorem. *l. ſi fundus* 4. *in princ. & §.* 1. *eod. tit.* Adeo ut ſi venditor retinere vellit partem pretii, & ſimul fructus petat, audiendus noo ſit contra æquitatem contractus, quamvis tale pactum appoſitum eſſet. *l. ſed Celſus* 6. §. 1. *de contrah. empt.* idem dicendum eſt, ſi fundus vendatur ſub pacto addictionis in diem, ut ſi melior eonditio allata ſit, a priori emptione recedatur: allata quippe meliori conditione fructus jam percepti ad venditorem ſpectant, pendentes ad novum emptorem, quia primus emptor tantum eſt dominus revocabiliter. *l.* 2. §. 1. *l. item* 6. *l. Imperator* 16. *ff. de in diem addict. l. ſi qui* 11. *§. ſi fundus* 10. *quod vi aut clam.* cæterum ſi emptio incepit a conditione, ut in *l.* 2. *princ. de in diem addict.* tunc nec lucratur emptor fructus dominio revocabili, ſed ſemper domini fuerunt, & per conſequens poterunt vindicari, ſi melior afferatur conditio. *l. ubi autem* 4. *eod. tit.* quia pendente conditione fructus ad emptorem non ſpectant. *l. neceſſarium* 8. §. 1. *de peric. & commod. rei venditæ.*

§. LXIII. Hæc dicta ſunt de dnabns reſolutionibus, quæ accidunt ex prævia voluntate contrahentium. Videamus modo de redhibitione, quæ ex nova cauſſa plerumque evenit: habemus certam definitionem in *l. cum autem* 23. *§. cum redhibeatur* 9. *de Ædilitio Edicto.* fructus perceptos & omnem cauſſam emptori reſtitoendam eſſe; quia voluntate ſna reſcindit venditionem, neqoe ex ea poteſt commodum captare. *l. illud ſciendum* 19. *§. condemnatis* 2. *eod. tit.* Arius Pinellus in *l.* 2. *C. de reſcind. vendit. parte* 2. *cap.* 4. *num.* 63. ex eadem ratione ſi venditio reſcindatur propter reſtitutionem in integrum, fructus etiam reſtituendi ſunt. *l. quod ſi minor* 24. *§. reſtitutio. l. ſi patri* 27. §. 1. *de minoribus. l.* 1. *C. de reputationibus.* Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *per totum.* Caldas Pereira in *l. ſi curatorem habens verbo implorandum ex num.* 13. quid ergo dicendum erit, ſi ob læſionem ultra dimidium juſti pretii venditio reſcindatur per textum in *l.* 2. *C. de reſcind. venditione. cap. cum cauſſam de empt. & vendit. l.* 56. *tit.* 5. *Part.* 5. in qua quæſtione non habemus deciſionem juris, ideo variant interpretes: ego ſic diſtinguerem, ſi emptor eſt, qui petit reſciſſionem, ut in *l.* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *Compilationis.* dicerem reſtituturum eſſe fructus, quia ipſe eſt, qui intentat reſciſſionem; quod ſi venditor reſcindi contractum poſtulet, fructus reſtituendi non ſunt; quia emptor ſuos fecit perceptos ex dominio præſenti & perfecto; pendentes tamen ad venditorem ſpectabunt exſolutis expenſis, *argum. d. §. ſi fructibus* 10. & ita in concordiam poſſent reduci contrariæ ſententiæ auctorum; negativam enim tenent Pinellus *ubi proxime num.* 2. & ibi Padilla *num.* 50. Ant. Gomez. *tomo* 2. *variar. cap.* 2. *num.* 24. Pet. Barboſa in *l. divortio* 8. *§. ult. num.* 45. *ſolut. matr.* Affirmativam tenent Coſta in *§. & quid ſi tantum part.* 2. *num.* 72. Covarruvias *lib.* 2. *variar. cap.* 3. *num.* 9. Navarrus in *cap. novit de judiciis in fine.* Morla *in emporio juris tit.* 9. *quæſt.* 21. pro quibus opinionibus defenſandis in varias claſſes diviſos plus quam ſexaginta auctores referunt Hermoſilla in *d. l.* 56. *gloſſa* 8. Laines ad *Ant. Gomez. d. num.* 24. quando vero propter enormiſſimam venditio reſcinditur, jam communiter placet, fructus eſſe reſtituendos. Olea *de ceſſione jur. & action. tit.* 2. *quæſt.* 1. *num.* 52.

§. LXIV. Abſoluto tractatu de fructibus, qoi veniunt in contractu emptionis & venditionis, ſequitur ut de aliis cootractibus bonæ fidei diſpiciamus: inprimis in contractu ſocietatis omnes fructus pendentes, & deinceps percepti communicantur, quia & res ipſæ communes utrique ſocio efficiuntur. *l.* 4. *§. ſicut* 3. *commun. divid. l. pro ſocio* 38. §. 1. *pro ſocio.* idem inter heredes obſervatur in fructibus jacente hereditate pendentibus vel perceptis. *l.* 2. *C. de pet. hered. l. non eſt ambiguum* 9. *C. fam. erciſcundæ. l. non ſolum* 56. *ff. eod. tit.* juncta *l. videamus* 38. *§. ſed in ſocietatibus, & §. item ſi* 14. *de uſuris.* niſi unus ex heredibus fundum hereditarium bona fide tamquam proprium coluerit, nam tunc ipſi cedunt, ut bonæ fidei poſſeſſori. *l. inter* 44. *§. fructus* 3. *fam. erciſc.*

§. LXV. Aliæ actiones bonæ fidei ſunt perſonales, per quas petimus rem noſtram nobis reſtitui, quæ numquam fuit tenentis, & nudam tantum detentationem avocant; in his omnes fructus veniunt, veluti ſi repetant depoſitum, vel commodatum, palam eſt omnes fructus mihi reſtituendos eſſe; nulla enim cauſſa eſt, propter quam eos lucrentur depoſitarius vel commodatarius, quibus fruitio non conceditur. *d. l. videamus* 38. *§. ſi poſſeſſionem* 10. *l.* 1. *§. hanc actionem* 23. *cum ſeq. ff. depoſiti.* facit textus in *l. ſi ut certo* 5. *§. usque adeo* 9. *ff. commodati.* in quibus ſpeciebus de mora diſputari non poteſt, quia ſemper fructus domino cedunt, qui ex re ejus percipiuntur.

§. LXVI. Sic ſimiliter quando ita tradidi rem, ut in aliquem eventum transferretur dominium, alioquin ſemper apud me maneret, vel ad me reverteretur, ſi eventus non accidiſſet, fructus medio tempore percepti cum re ipſa mihi debent reſtitui, ut de lege commiſſoria, & addictiooe in diem ſupra dixi: alia exempla adducit Paulus in *d. l. videamus* 38. quæ breviter luſtrabo. Primum extat in §. 1. dedi tibi fundum, ut aliquid mihi dares, vel cauſſa dotis, poſtea non adimpleviſti,

vel

vel pœnituit me fundum dediſſe, quia antequam facias ex tua parte, licet mihi a contractu recedere. *l. ſi pecuniam* 5. *de condict. cauſſ. data.* vel repudium intervenit ex alterutra parte, in his omnibus caſibus reſpondet Conſultus, fundum cum fructibus eſſe reſtituendum, omnibus ſcilicet tam ante quam poſt diſſolutam cauſſam perceptis, ſi ſtatim non reſtituit is, qui accepit; quod ſignificat verbum *mora*, ut forſan in *l.* 3. § *ſi per venditorem de action. empti.* quod hic dicitur de fructibus, dicitur etiam de partu ancillæ in *l. qui ſe debere* 7. §. *ult. de condict. cauſſa data.* quia ut fructus ad dominum ſpectant, ita & partus, neque apud extraneum remanere poſſunt: hæc eſt propria ratio, aliam etiam præſtat Paulus in *d.* §. 1. ne alioquin ſponſus fundum negligat, exiſtimans ad ſuum periculum non ſpectare fructus, neque obligatum eſſe ad reſtitutionem, quam immerito carpit Faber in *d.* §. *ult.* licet enim non ſit a priori, nihil abſurdi continet: idem dicendum eſt, ſi quis mortis cauſſa donaverit, & tradiderit fundum juxta terminos *legis* 2. *de mortis cauſſa donat.* & poſtea vel convaluerit, vel donationem revocaverit, quibus modis donatio reſolvitur §. 1. *inſt. de donation.* res enim cum fructibus reſtituenda eſt, quia cauſſa ad non cauſſam reducitur, & dominium recedit a donatario, tamquam ſi apud eum non reſideret. *d. l. videamus* 38. §. *idemque* 3. *l. cum quis* 12. *ff. de condict. cauſſ. data.* multis laudatis in propoſito docet Noguerol *allegat.* 29. *num.* 245. Dominus Larrea *deciſ. granatenſi* 76. *num.* 34. *& ſeq.* Arius Pinellus in *l.* 2. *C. de reſcin. vendit. parte* 2. *cap.* 4. *num.* 63. expenſo eleganti textu in *l. quoties* 15. *C. de rei vindic.* aliquando, tamen fructus extantes vindicabit; nempe ſi ſtatim non tranſtulit dominium, ſed in caſum mortis, ut in *l. ſi mortis* 29. *l. ſenatus* 35. §. *ergo* 3. *de mort. cauſſ. don.* quia ſi donatarius non conſequitur dominium, nullo modo poterit facere fructus ſuos, ut ſupra dixi, de qua differentia latius agunt Duarenus ad *tit. de condict. cauſſ. data cap. ult.* Caſtrenſis & Giphanius in *d. l.* 29. Cujacius *tract.* 2. *ad African.* in *l. ſi filio* 23. *de mortis cauſſ. donat.* Ant. Fab. *de erroribus Pragm. decade* 44. *errore* 10. Donell. & Hillig. *lib.* 14. *cap.* 33. & nos aliqua diximus *lib.* 2. *opuſcul. ſect.* 2. *cap.* 5 idem dicendum eſt, ſi cauſſa, propter quam ſimiliter datum fuit, pronuncietur injuſta; ita quidem, ut nec ab initio conſtitiſſet, res data reſtituenda eſt cum fructibus in omni caſu: exempla extant in *l. uxori* 27. *de uſufructu legato. l.* 2. *l. eum qui* 18. *de his quib. ut indig. l.* 1. *C. eod. tit.* vel ſi eſt nulla ab initio ex defectu ſolemnitatis vel alio. *l.* 1. *C. de jure & fide haſtæ fiſcalis.* ubi Amaya *num.* 13. vel ſi judicialiter reſciſſa ſit ex defectu, qui ab initio inerat, ut in *l. filio* 16. §. 1. *de inoff. teſt.* Noguerol *ubi proxime.* unde etiam, ſi cauſſa fuit erronea, veluti quia indebite fundus ſolutus fuit, cum fructibus eſt reſtituendus. *l. indebiti* 15. *l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus* 12. *l. in ſumma* 65. §. *ei qui* 5. *de condict. indeb. d. l. videamus* 38. §. *item ſi* 2. *de uſuris.* itaque omnia hæc remedia ſunt perſonalia; ſed quia naturali æquitate ſuſtinentur, ut res in ſuum ſtatum integre reponatur, fructus reſtituuntur domino, vel quia numquam ab eo dominium receſſit, vel quia ſic receſſit, ut reſoluta cauſſa non videatur receſſiſſe. *l. eum filius* 76. §. *qui Mucianam de legat.* 2.

§. LXVII. Denique aliam regulam proponit, ut ſciamus, quando res cum fructibus reſtituenda ſit; nempe cum lege, ſtatuto, vel edicto Prætoris jubetur, ut res reſtituatur; nam tunc ex ſignificatione verbi *reſtituo* veniunt etiam fructus. *l. in condemnatione* 173. §. 1. *de R. J.* & explicationis gratia quædam exempla ſubjicit. Primum extat in *d. l. videamus* 38. §. *in fabiana* 4. ſi res alienata in fraudem creditorum revocetur, fructus reſtituuntur, & quidem fructus, qui pendebant alienationis tempore, omnimodo reſtituendi ſunt, quia cum ſint pars rei. *l. fructus* 44. *de rei vindicat.* in illis etiam fraus commiſſa fuit, per conſequens reſtituuntur, qui pendent tempore reſtitutionis, quia rem comitantur: item omnes percepti poſt judicium acceptum, quia res cum ſua cauſſa reſtituenda eſt. *l. ait Prætor* 10. §. *per hanc* 19. *cum ſeqq. quæ in fraud. creditor.* percepti vero medio tempore non reſtituuntur. *l. ult.* §. *non ſolum* 4. *eod. tit.* ratio eſt, quia fraudator fuit dominus, nec reſcinditur titulus tamquam ab initio invalidus, ſed potius, quia valuit; & quamvis particeps ſit fraudis, non eſt malæ fidei poſſeſſor, ſed dominus quantumvis fraudulentus: quare de fructibus perceptis non tenetur. *l.* 11. *tit.* 5. *Part.* 5. Pinellus *d. cap.* 4. *num.* 63. nec obſtat textus in *d. l.* 10. §. *præterea* 22. ubi ſi in fraudem creditorum debitor alicui debitori ſuo acceptam tulerit obligationem, etiam hæc alienatio revocatur, & reſtauratur vetus obligatio. *l. hac in factum* 14. *eod. tit.* adeo quidem, ut in reſtitutionem veniat commodum, quod medio tempore ſenſit debitor liberatus; nam reſpondetur, ſublata acceptilatione, qui eſt reſtaurationis effectus, neceſſe eſſe, ut perinde omnia agantur, ac ſi ſemper debuiſſet: in hoc enim eſt, in quo fraudantur creditores, videlicet in uſuris, quas medio tempore non intulit debitor liberatus: quamvis enim earum dies non venerat, jam debebantur, & quaſi pendebant, ex quo fuerunt promiſſæ. *l.* 3. *C. de uſuris.* quare tamquam fructus pendentes tempore alienationis revocantur: præiverunt licet non ita Pichardus in §. 1. *inſt. de offic. judicis ex num.* 72. Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 2. *ex num.* 49. Secundum exemplum ponit in Interdicto *unde vi*, quod conceptum eſt per verbum *reſtituas. l.* 1. *de vi & vi armata.* ideo fructus veniunt, ex quo die quis dejectus eſt; quia dejector nullum umquam jus habuit, propter quod fructus lucraretur. *l.* 1. §. *ex die* 40. *l. in interdicto* 6. *eod. tit. l. ſi de poſſeſſione* 4. *C. eod. tit.* ubi reſtituit non tantum perceptos, ſed quos percipere poſſet dejectus. *d. l. videamus* 38. §. *& ideo* 5. *cap. conquerente* 7. *cap. gravis* 11. *de reſt. ſpoliat. l. domum* 5. *C. de rei vindicat.* quia violentus poſſeſſor eſt plus quam prædo, aut malæ fidei poſſeſſor. *l. merito* 19. *de vi & vi armata.* de quo dixi in *Relectione de Interdictis parte* 3. §. 20. idem militat, quando quis clandeſtine rem alienam uſurpavit. *d. l.* 38. §. *in interdicto* 11. *l. ſemper* 15. §. *ult. cum ll. ſeqq. l. ſi vitem* 22. *ff. quod vi aut clam.* & in edicto de eo, quod metus cauſſa. *d. l.* 38. §. *item* 6. *l. ſed & partus* 12. *de eo quod met. cauſſ. cap. Abbas* 2. *de his quæ vi.* ibi: *cum integritate reſtituas univerſa.* ubi docent Claſſici: addendus eſt Noguerol *allegat.* 29. *num.* 210. *&* 223.

CONSECTARIUM III.

De fructibus legatorum & fideicommiſſorum.

§ LXVIII. Hic articulus multis diſtinctionibus auctorum involutus eſt, ideo majoris explicationis cauſſa per concluſiones procedam; & prima ſit circa fideicommiſſa univerſalia: fructus ex hereditate percepti ab herede fiduciario reſtituendi ſunt fideicommiſſario, ſi id expreſſe teſtator juſſerit: veluti ſi jubeat, ut cum incremento reſtituat. *l. ſi ita* 43. §. *Pegaſus* 2. *de legat.* 2. *l. in fideicommiſſaria* 18. *l. facta* 63. §. *ſi heres* 4. *ad S. C. Trebell.* cui adjungendus eſt Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 1. *cap.* 5. *ſect.* 2. deducit ergo quartam & quartæ fructus, & reliquum incrementum reſtituit ex voluntate expreſſa teſtatoris, ut docuit Marcus Ant. Peregrinus *de fideicommiſſis artic.* 49. *num.* 9. idem dicendum eſt, quoties ſufficienter apparet ex conjecturis, voluiſſe teſtatorem, ut incrementum fructuum reſtitueretur. Prima conjectura eſt, quando in dilatione temporis voluit teſtator conſulere honorato & non gravato, ut in *l. Sejus* 46.

ad S. C. Trebell. tunc deducta Falcidia & ejus ſructibus reliquum cum fructibus perceptis reſtituendum eſt. *l. liberto* 21. §. *filium* 2. *verſ. idem quæſiit de annuis legatis.* ubi gravavit novercam de reſtituendo fideicommiſſo filio, ut infirmitatem filii commendatam haberet: ſic in *l.* 3. §. *cum Pollidius* 3. *de uſuris* eadem conjectura inducitur, quia teſtatrix Pollidium heredem ſcripſit, ut lubrico ætatis filiorum conſuleret, & evitarent periculum tutelæ, ideo bona poſt legitimam ætatem eis reſtitui juſſit. Secunda conjectura eſt, ſi enixe teſtator deſideravit, ut tota hereditas reſtitueretur; veluti ſi dixit, *quidquid ex bonis meis ad te pervenerit, rogo reſtituas*, ut in *d. l.* 3. §. *nonnunquam* 2. tunc enim, quæ bona fide deminuta ſunt a gravato ante diem fideicommiſſi cedentem, non reſtituuntur, ſed ſupplent patrimonium fructus interim percepti. *l. mulier* 22. §. *cum proponeretur* 4. *l. Titius* 54. *ad S. C. Trebell.* vel ſi geminato præcepto reſtitui juſſit quantamcumque pecuniam eamque omnem. *l. balliſta* 33. *eod. tit.* quinimo ſi teſtator dixit, *quantam pecuniam ad te ex hereditate mea pervenerit reſtituas*, fructus veniunt, quia illud relativum *quantam* inducit deminutionem, & per conſequens debet inducere augmentum fructuum. *l. ſcribit* 33. *eod. tit.* quod in legatario rogato per fideicommiſſum reſtituere, quidquid ex teſtamento ad eum pervenit, docemur in *l.* 2. §. *mulier in fine de dote prælegata.*

§. LXIX. Sed huic parti obſtant textus in *l. quod is verbis* 83. *de legat.* 3. *l. heredes* 57. *l. deducta* 58. §. *hereditatem* 7. *ad S. C. Trebell.* ubi docemur, non teneri ſructus interim perceptos reſtituere eum, qui rogatus eſt reſtituere, quidquid ex hereditate boniſve teſtatoris ad eum pervenerit, ſed ut reſpondeam, noto differentiam eſſe inter hæc verba, *quidquid pervenerit*, & hæc, *quidquid ſuperfuerit*: quia hæc poſtrema augmentum & deminutionem ſignificant; & per conſequens ſructus etiam continent: deinde noto, aliud eſſe hereditatem, aliud bona: bona naturaliter ſignificant res in hereditate contentas; hereditas vero ſignificat ſucceſſionem ipſam, quæ deſinit eſſe talis, & incipit eſſe patrimonium heredis, poſtquam ſemel adita fuit. *l.* 1. §. *veteres de acquir. poſſeſſ.* idcirco rogatus reſtituere, quidquid ſuperfuerit ex hereditate, non cenſetur rogatus de fructibus; rogatus vero reſtituere, quidquid ſuperfuerit de bonis, tenetur fructus reſtituere. *l.* 3. §. *nonnunquam de uſuris.* quia fructus non hereditati, ſed ipſis rebus accepti feruntur: igitur rogatus reſtituere omne, quidquid ex hereditate ſuperfuerit, tenetur reſtituere, quod ſupereſt de corporibus hereditariis, non quod deminutum fuit ſine culpa, & non tenetur reſtituere fructus; quia prædicta verba inportant deminutionem, non augmentum. *d.* §. *quod ex hereditate* 7. quem ſic eleganter explicat, & ab emendatione Cujacii defendit Merillius *lib.* 3. *variantium cap.* 32. cujus doctrina videtur eſſe veterum, quos refert Peregrinus *d. art.* 49. *ex num.* 23. nec multum diſtat intellectus, quem præbet noſter Amaya aliis laudatis *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 1. *num.* 13. Poſtrema conjectura eſt, ſi teſtator minus reliquit, quam juſſit reſtitui; cenſetur enim voluiſſe, ſuppleri ex fructibus, quod deficiebat rei, ut omnimoda & plena reſtitutio fieret: textus ſic intelligendi in *l. Imperator* 70. §. *cum quidam* 2. *l. cum pater* 77. §. *Titio* 31. *de legat.* 2. *l. quod bonis* 15. §. *quod avus* 3. *ad leg. Falcid.* & hoc non tantum procedit in herede gravato reſtituere aliquam quantitatem ſubſtantia hereditaria majorem, ſed etiam in legatario, qui plus jubetur poſt tempus reſtituere, quam accepit. *l. filiusfamilias* 114. §. *apud Marcellum* 3. *de legat.* 1. quam expoſitionem agnoverunt Cujacius & Goveanus in prædictis textibus, ſed melius expreſſerunt veteres, & poſt eos Peregrinus *d. art.* 49. *num.* 34. & multis pro more laudatis Vincentius Fuſarius *de ſubſtitutionibus quæſt.* 626. *num.* 23. Pinellus *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 7. *per totum* maxime *num.* 18.

§. LXX. Secunda concluſio ſit: fructus collecti vel percepti a teſtatore, etſi adhuc extent, computantur inter bona defuncti, & ejus patrimonium augent, quare de illis idem dicitur, quod de cæteris bonis, *argum. l. item veniunt* 20. §. *non ſolum de petit. hered.* docet cum multis Fuſarius *ubi proxime num.* 1. idem dicendum eſt de extantibus in ipſo fundo, maxime ſi maturi ſint; imo licet non ſint maturi, modo manſerint ſeminati a teſtatore; quia propter illos fundus pluris æſtimatur, & ideo augent hereditatem tempore mortis: caſus extat in *l. centuriis* 15. *de vulgari.* in qua fructus inventi in hereditate, id eſt pendentes tempore, quo dies reſtitutionis venit, reſtituendi ſunt: igitur quod Papinianus ait in *l. in lege* 9. *ad leg. Falcid.* fructus poſtea perceptos, qui maturi erant tempore mortis, augere patrimonium defuncti, non eſt præciſe accipiendum de maturis, & non aliis, ut volebant Cujacius & Goveanus; ſed per modum explicationis & facilioris comprehenſionis, maxime ſi maturi erant tempore mortis, ut cenſent gloſſa, & communiter Doctores apud Peregrinum *d. art.* 49. *ex num.* 16. Simon de Prætis *de interpret. ultim. voluntat. fol. mihi* 347. *num.* 3. Mantica *de conjecturis lib.* 7. *tit.* 10. *num.* 14. Fuſarius *d. quæſt.* 626. *num.* 4. quod non procedit in partu ancillæ prægnantis tempore mortis poſtea edito; quia licet augeat matris valorem. *l. ſi quod ex Pamphila* 73. *de legat.* 2. nondum tamen eſt. *d. l. in lege* 9. *l.* 2. *de mortuo inferendo.* juncto Merillio *lib.* 1. *priorum obſervationum cap.* 16. & quia nulla expenſa aut cura hominis ex parte domini in his fructibus eſt, unde & ad fœtus pecorum hanc deciſionem cum judicio extendunt Alexander & Angelus *in eadem l.* 9. quos adverſus Caſtrenſem ſequitur Peregrinus *num.* 1.

§. LXXI. Tertia concluſio ſit: fructus percepti poſt mortem teſtatoris, & ante aditam hereditatem, qui non manſerunt ſeminati a teſtatore, non computantur in valore hereditatis, nec augent patrimonium defuncti; id dicendum eſt de induſtrialibus ſatis poſt mortem defuncti, & collectis ante aditam hereditatem; quia ad computandum valorem bonorum præciſe inſpicitur tempus mortis. *l. in ratione* 30. *l. in quantitate* 73. *ad leg. Falcid.* eos tamen non lucratur heres, ſed imputat in quartam, quam deducturus eſt per legem Falcidiam, ut, ſi fructus exæquent quartam, nihil deducat, ſin minus, tantum minus deducat; ſed quamvis aliquid ſuperſit de fructibus, nihil reſtituit; quia fructus non hereditati, ſed ipſis rebus feruntur accepti. *l. in fideicommiſſaria* 18. §. 1. *ad S. C. Trebell.* ratio vero, propter quam hos fructus imputat, eſt, quia ex judicio defuncti eos percepiſſe cenſetur, & ſic inde ſatisfacit deductioni. *l. mulier* 22. §. *ſi heres* 2. *in fine eod. tit.* quæ concluſio communis eſt ex auctoribus ſupra laudatis, & habet locum propter eandem rationem etiam in fructibus perceptis ante diem vel adventum conditionis, ſub qua datum fuit fideicommiſſum. *l. Licinius* 48. *l. Imperator* 70. §. 1. *de legat.* 2. *l. quod de bonis* 15. §. *fructus* 6. *l. filiusfam.* 18. §. 1. *l. qui quadringenta* 88. §. 1. *ad leg. Falcid. l. deducta* 58. §. *ante diem* 5. *ad S. C. Trebell.* ſed advertendum eſt, quartam Falcidiam vel Pegaſianam ipſo jure induci a die mortis teſtatoris, id eſt ipſo jure ſegregari a reliquo patrimonio defuncti. *l. lineam* 26. *ad leg. Falcid.* quare fructus, qui correſpondent Falcidiæ, ipſo jure ad heredem pertinent; reliquos fructus imputat in Falcidiam. *l. Papinianus* 8. §. *unde ſi quis* 11. *de inoffic. teſtam. l. mulier* 22. §. *heres* 2. *verſ. alia. l. ita tamen* 27. §. *heres ex aſſe ad S. C. Trebell. l. ult. tit.* 11. *Part.* 6. Peregrinus *d. art.* 49. *num.* 53. Faber *de erroribus Pragmat. decade* 11. *errore* 4. & 5. Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 1. *num.* 13. fallit tamen ex Conſtitutione Zenonis, de qua in *l.* jube-

jubemus 6. *C. ad S. C. Trebell.* in liberis primi gradus, quorum ſi aliquis rogetur partem ſuam hereditatis poſt mortem alii reſtituere, deducit quartam, nec imputat in eam fructus, de cujus intellectu poſt Claſſicos videndus eſt late Peregrinus *ubi proxime num.* 15. *&* 55.

§. LXXII. Quarta concluſio eſt: poſtquam adita eſt hereditas, & dies fideicommiſſi ceſſit, & paratus eſt heres fideicommiſſum reſtituere, quod ideo non reſtituit, quia fideicommiſſarius eſt in mora illud agnoſcendi & petendi, fructus interim percepti heredis fiunt taliter, ut nec in quartam imputet: quia non ex judicio teſtatoris, ſed ex negligentia fideicommiſſarii illos percipit. *l. in fideicommiſſaria* 18. §. *quoties. l. mulier* 22. §. *heres* 2. *l. ita tamen* 27. §. 1. *l. ſi poſtulante* 44. §. *ſed in hujusmodi. l. deducta* 58. §. *qui poſt tempus* 2. *ad S. C. Trebell.* quæ regula limitatur, ſi fideicommiſſarius pupillus ſit, aut valde abſens erit, propterea nulla negligentia imputari poſſit, ut cum judicio & æquitate docent Caſtrenſis in *d.* §. *ſi heres.* Simon de Prætis *d. fol.* 347. *num.* 11. Coſta in *cap. ſi pater verbo obliqua num.* 56. Fuſarius *ubi proxime ex num.* 73.

§. LXXIII. Poſtrema concluſio eſt, poſtquam fideicommiſſarius adquiſivit dominium bonitarium fideicommiſſi per reſtitutionem & traditionem heredis, omnes fructus ad eum ſpectant. *l. Herennius* 42. *de uſuris.* quam ſic recte accepit Ant. Fab. *lib.* 7. *conject. cap.* 4. cujus doctrinam in fideicommiſſis univerſalibus libenter extendo ad caſum, in quo facta fuit reſtitutio etiam verbalis; quia reſtituta hereditate omne jus ejus tranſit in fideicommiſſarium. *l. reſtituta* 37. *ad S. C. Trebell.* & ita ſentiunt communiter poſt veteres Ant. Gomez. *lib.* 1. *variar. cap.* 5. *num.* 5. Peregrinus *d. art.* 49. *num.* 89. Fuſarius *d. quæſt.* 626. *num.* 63. male tamen accipiunt vulgo *d. l.* 42. de die fideicommiſſi cedente Peregrinus *num.* 91. Fuſarius *num* 67. Molina *d. lib.* 3. *de primogenitis cap.* 11. in multis locis, quia non loquitur niſi de adquiſito dominio per reſtitutionem, ut optime docet Faber *d. cap.* 4.

§. LXXIV. Sequitur, ut videamus de fructibus legatorum & fideicommiſſorum particularium; eſt autem inter omnes conſtitutiſſimum, fructus naturales vel induſtriales pendentes tempore legati cedentis ad legatarium ſpectare una cum re legata. *l. ſi pendentes* 27. *ff. de uſufructu. l. prædia* 27. §. 1. *&* 2. *ff. de inſtruct. vel inſtrum.* vel qui pro pendentibus habentur ex ſpeciali voluntate teſtatoris, ut in *l. cum pater* 77. §. *filia* 19. *de legat.* 2. docent Goveanus in *l. centurio* 15. *ff. de vulgari.* Cujacius *lib.* 19. *quæſt. Papin.* in *l. in lege* 9. *ff. ad l. Falcidiam.* Faber *d. lib.* 7. *cap.* 3. Peregrinus *d. art.* 49. *num.* 19. Fuſarius *d. quæſt.* 626. *num.* 67. conſtat etiam inter omnes, a die litis conteſtationis venire fructus legatorum tam perceptos, quam qui poſſunt percipi a legatario. *l.* 1. 2. *&* 4. *C. de uſuris & fructibus legatorum. l. quæſitum* 91. §. *ult.* juncta *l. cum ſervus* 39. §. 1. *de legatis* 1. eſt etiam certiſſimum, ex die moræ fructus & uſuras legatorum præſtandas eſſe legatario. *l. æquius* 8. *l. Paulus* 14. *l. æquius* 39. *de uſuris. l. qui ſolidum* 78. *in princ.* & in §. *etiam. l. ſi quis* 84. *l. Titia* 87. §. 1. *de legat.* 2. *l. is qui* 26. *l. patronus* 35. *de legat.* 3. *l. cum unus* 10. §. 1. *de alimentis & cibar. legatis. l. in fideicommiſſa* 18. *l. ſi poſtulante* 44. §. 1. *ad S. C. Trebell. l. generaliter* 44. §. *plane* 14. *ff. de fideicomm. libertat.* itaque in legatis eadem ratio eſt fructuum & uſurarum, ut debeantur poſt moram. *l. uſuræ* 34. *de uſuris.* quam etiam huic tractatui applicant Merillius poſt Cujacium *l.* 1. *variantium cap.* 33. unde, quod dicitur poſt litem conteſtatam fructus deberi, accipiendum eſt affirmative, non tamen ut excludantur cæteri modi, per quos mora contrahitur, ut docuerunt Baldus in *l.* 1. *C. de uſuris & fructibus legat.* & poſt eum Peregrinus *d. art.* 49. *num.* 86. Cujacius in *recitationibus ad tit. C. de uſuris & fructibus legator.* & *lib.* 10. *quæſt. Papin.* in *l.* 3. *de uſuris.* Faber *lib.* 7. *conjectur. cap.* 3. Donellus & Hilligerus *lib.* 8. *cap. ult. lit. C.*

§. LXXV. Inſignis tamen differentia eſt inter utramque moram, quod ſi per extrajudicialem petitionem & adventum diei mora prius facta fuit, & poſtea ad judicium deveniatur, & fiat condemnatio, heres præſtat fructus & uſuras a die moræ usque ad traditionem rei, & executionem ſententiæ abſque eo, quod deducantur induciæ, quæ olim dabantur condemnatis, niſi habuit juſtam cauſſam litigandi, ut in *l. qui ſolidum* 78. *de legat.* 2. juncta *l. ſi quis ſolutioni* 24. *de uſuris.* cæterum ſi mora non præceſſit, & incipit a litis conteſtatione, & condemnatus fuit, præſtat fructus & uſuras ex die litis usque ad diem ſententiæ, & poſtea fruitur quadrimeſtri dato judicatis ad judicatum faciendum, & eo elapſo incipiunt iterum currere fructus & uſuræ. *l. in fideicommiſſi* 3. *de uſuris.* quam ſic recte explicatunt Faber *d. lib.* 7. *cap.* 1. *&* 2. Merillius *d. lib.* 1. *cap.* 32. melius quam Accurſius, Cujacius, & alii Claſſici *ibi.*

§. LXXVI. Ex quo ſubtiliter infert Ant. Faber *d. cap.* 3. *&* 4. fructus non adquiri legatario ratione dominii, quod in re legata habet a tempore mortis teſtatoris, ſi legata fuit per vindicationem. *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. a Titio* 64. *de furtis* cum ſimilibus, de quibus late noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 1. *de legatis cap. ult. num.* 3. Suarez *ad leg. Aquil. lib.* 1. *cap.* 5. *ſect.* 1. & cum plurimis Dominus Salgado in *labyrintho creditorum parte* 2. *cap.* 14. *ex num.* 10. qui docet hoc dominium non eſſe ſufficiens ad adquiſitionem fructuum, cum ſit revocabile, & pendeat ab agnitione legati, adeo quidem ut, ſi repudiet, legatarium numquam dominum fuiſſe cenſeatur. *l. proinde* 8. *de rebus creditis. l. ei qui* 13. *de condit. inſt. l. legatum* 7. *l. legatarius* 33. §. 1. *l. ſervum filii* 44. §. 1. *l. ſi tibi homo* 86. §. *cum ſervus de legatis* 1. igitur cum interim plus ſit quam poſſeſſor bonæ fidei heres, donec moram contrahat, conſequens eſt, ut lucretur fructus rei legatæ, ut agnoſcunt veteres apud Peregrinum *d. art.* 49. *num.* 11. *verſ. appoſitum.* nec obſtat textus in *l. nihil proponi* 120. §. *ult. de legat.* 1. ubi proponitur, fructus ad legatarium pertinere ex die aditæ hereditatis: reſpondetur enim, hanc ſuppoſitionem ex facto eſſe, & per conſequens, ſupponendos eſſe terminos habiles, nempe rem legatam ſtatim traditam fuiſſe legatario, ut locus fiat quæſtioni, de qua ibi principaliter tractatur, ſcilicet de regreſſu coloni contra heredem, ut vidit Faber *d. cap.* 3. *in fine.* nec obſtat textus quantumvis difficilior in *l. quæſitum* 40. *de adquir. rer. dom.* in qua Conſultus docet, heredem non facere fructus ſuos perceptos ex re legata, poſtquam ſcivit, fundum legatum eſſe; igitur ſufficit ſcientia legati, ut in mala fide heres conſtituatur: reſpondet tamen Faber *ubi proxime,* & alii veteres apud Peregrinum *d. art.* 49. *num.* 109. legatum tunc poſſe vere dici, quod perfecte & irrevocabiliter legatario adquiſitum eſt per agnitionem, & quando eam intimavit heredi, ſive judicialiter ſive extrajudicialiter, & eo usque non poteſt videri heres habere ſcientiam rei alienæ, cum ignoret, an legatarius agniturus ſit, vel repudiaturus legatum: igitur in legatis non prius mora contrahitur, quam agnita ſint, & intimetur agnitio per legatarium heredi, quæ eſt hujus materiæ elegans diſpoſitio.

§. LXXVII. Unde conſequimur, erraſſe Accurſium, Baldum, & Salicetum in *d. l.* 1. *C. de uſuris & fructibus legatorum.* & alios veteres, quos ſequuntur Peregrinus *d. artic.* 49. *a num.* 10. Ant. Gomez. *lib.* 1. *variar. cap.* 11. *num.* 22. ubi alios adjecit Lainez *& num.* 6. qui docuerunt, a tempore mortis deberi fructus legatario, ex quo in ipſum tranſit legati dominium, niſi res aliena

eſſet legata, vel pars bonorum. *l. ſi quis* 23. *de legat.* 1. in quibus tamen caſibus cenſebant ex die morte deberi, ſed vim faciunt tot textibus, quot in ſuperioribus retulimus, quibus hæc limitatio citra divinationem adaptari non poteſt; errarunt etiam, qui ex male intellecto textu in *d. l. nihil proponi* 120. §. *ult. de legat.* 1. cenſuerunt, deberi fructus a die aditæ hereditatis, quos ſequuntur Covarruvias in *cap. Rainaldus de teſtamentis* §. 1. *a princ.* Burgos de Paz in *l.* 3. *Tauri num* 956. Pet. Barboſ. in *l. divortio* 8. *num* 82. *ſolut. matr.* aliique, cum hoc privilegium jure tantum receptum fuiſſet in legatis piis. *l. ſancimus* 46. (quæ eſt græca) §. *ſupra* 4. *C. de epiſcop. & clericis. Novel.* 131. *cap.* 11. & 12. ſed in cæteris legatis hæc tamen poſtrema ſententia apud nos tenenda eſt propter auctoritatem textus in *l.* 37. *tit.* 9. *Part.* 6. quinimo cum hodie heredis aditio neceſſaria non ſit ad confirmationem teſtamenti ex *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Compilationis.* apud nos communiter in praxi receptum eſt, fructus rei legatæ deberi legatario a morte teſtatoris. Burgos de Paz *ubi proxime.* Matienzo in *d. l.* 1. *gloſſa* 14. *ex num.* 22. ubi Azevedus *ex num.* 122. & prius *ex num.* 9 a qua opinione in judicando & conſulendo numquam recedo.

SECTIO V.

De adquiſitione fructuum ex bona fide.

§. LXXVIII. Hactenus egimus de jure ad rem, ſive de fructibus, qui veniunt in actiones perſonales tam ſtricti juris, quam bonæ fidei, pro explicatione textus in *l. videamus* 38. *de uſuris.* poteſtque percipi ex noſtris diſtinctionibus, qualiter accipiendum ſit, quod dicitur in §. *in cæteris* 15. *ejusdem legis.* in bonæ fidei judiciis fructus omnimodo præſtari, nempe aliquando a die contractus, aliquando mora interveniente ſecundum principia ſupra expoſita: reſtat modo pro laboris noſtri complemento, ut inquiramus, quando fructus propter ſolam bonam fidem cedant poſſeſſori, quæ inveſtigatio anceps eſt, & multorum interpretum diſſenſionibus intricata; eam tamen Deo duce extricabimus, propoſitis & expoſitis certis quibusdam regulis. Prima regula eſt, fructus, qui percipiuntur poſt litem a domino conteſtatam ſuper vindicatione rei, debent reſtitui petitori, ſi obtineat in judicio vindicationis; hoc enim eſt reſtituere, reddere totum id, quod habiturus eſſet actor, ſi reus ſtatim illi rem ſuam reſtituiſſet. *l. plus eſt* 22. *cum ſeq. l. reſtituere* 35. & 75. *de V. S.* quod præcipue in judiciis in rem viget, per quæ res ab alio poſſeſſa vero domino reſtituitur. *l.* 1. *l. in rem actio* 23. *de rei vindicat.* §. *omnium* 1. *inſtit. de actionibus.* cum enim ſententiæ tempus retrotrahatur ad tempus litis conteſtatæ. *l. cum fundus* 31. *de rebus creditis. l.* 2. *de uſuris.* conſequens eſt, ut, quidquid inter moras judicii ex re proveniat, reſtituendum ſit poſſeſſori una cum ipſa re, quæ definitio extat in *l.* 2. *C. de fructibus & litium expenſis.* §. *ſi in rem inſtit. de offic. judicis.* & in eleganti textu in *l. fiſcus* 38. *de jure fiſci.* pro cujus explicatione videndus eſt Schiſordegherus ad *Ant. Fabrum lib.* 2. *tract.* 21. *quæſt.* 4. & 5. aliquibus tamen exemplis explicanda eſt, ne in ignotis procedamus: primum extat in *l. Julianus* 17. §. *idem Julianus de rei vindic.* ubi docemur, ſi homo petitus poſt moram mortuus ſit, habendam eſſe æſtimationem, non tantum corporis perempti, quod planum eſt. *l. quod te mihi* 5. *de rebus creditis. l. ex legati* 23. *de V. O.* ſed etiam fructuum usque ad tempus rei judicatæ, & mercedes, quæ vice fructuum. *l.* 4. *de oper. ſervor. l. in venditionem* 8. §. *de cæterarum* 2. *ff. de rebus auctor. jud. poſſid.* & partus, quia cauſſa rei ſunt. *l.* 3. §. 1. *de action. empt. l. ſtipulatus* 4. *de uſuris.* unde infert, ſi ſervus vulneratus ſit poſt litem conteſtatam, quo caſu poſſeſſor pœnam exegit ex lege Aquilia, quidquid pœnæ nomine accepit, reſtituere cogendum petitori. *l. evicta* 55. *de evictionibus.* ſciendum tamen eſt, quod diximus, putativo domino actionem legis Aquiliæ competere, ut illam reddat petitori vero domino, ita accipiendum eſſe, ſi inter moras judicii ſervum uſucepit, quod potuit jure Digeſtorum, ut ſupponunt JCti in *d. l.* 17. *in fine cum l. ſeq.* & notant Donellus *lib.* 5. *comment. cap.* 21. Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 10.

§. LXXIX. Præterea debet poſſeſſor reſtituere petitori, quidquid poſt acceptum judicium per ſervum petitum adquiſivit, modo non fuiſſet ſtipulatus ex re poſſeſſoris. *l. per ſervum* 32. *cum ſeq. ff. de petit. hered. l. præterea* 20. *de rei vindicat.* veluti hereditates & legata, ut dicitur in *d. l.* 20. Notant Cujacius *tract.* 4. *ad African.* in *l. cum hereditas* 56. *de petit. hered.* noſter Pichardus in §. 1. *de offic. judic. ex num.* 16. debetque præſtare *rem recte*, quod ſignificat, ut petitori illam habere liceat ſine ulla moleſtia nec impedimento, & cavere de dolo; nempe in reſtitutione omnem dolum malum abeſſe, quod res non ſit poſt uſucapionem poſſeſſoris pignori obligata, vel quod ſervus non ſit manumiſſus. *l. ſi poſt acceptum* 18. *l. ſi a bonæ fidei* 21. *de rei vindic.* Donellus *d. lib.* 5. *cap.* 21. Cujacius *lib.* 27. *obſervat. cap.* 28. quæ cautio hodie ſupervacua eſt, quia ex *l.* 1. & 2. *C. de annali exceptione* uſucapio jam reſcinditur per litis conteſtationem; quare pignoratio inter moras judicii facta nullius momenti eſt. *l.* 1. *C. ſi aliena res pignori data ſit*, & manumiſſio. *l.* 1. *C. de his qui a non domino manum. ſunt. l.* 2. *C. qui manumittere non poſſunt.* hæc eſt igitur reſtitutio rei cum fructibus & omni cauſſa, quæ in executione judicati facienda eſt per judicem manu militari, ſi opus eſt, ut dicitur in *l. qui reſtituere* 68. *de rei vindic.* nam prius judex curare debet, ut ipſi in reſtitutione rei præciſe pareatur, capto poſſeſſore ejusque pignoribus, & perquiſita re & tradita victori per miniſtros, quod ſi id omni adhibita diligentia conſequi non potuerit, ſuccedit ſuccedaneum remedium juramenti in litem. *l. ejus* 46. *eod. tit. l.* 1. & 2. *l. in actionibus* 5. *de in litem jurando.* ita deciſionem *d. l.* 68. contra calumnias Fabri *lib.* 16. *conjectur. cap.* 17. & in aliis locis defendunt Hilligerus ad Donellum *lib.* 20. *cap.* 6. *lit. G.* Pichardus in §. *ita tamen* 27. *num.* 46. *inſt. de action.* Valentia *lib.* 2. *illuſt. tract.* 2. *cap.* 4. *ex num.* 24. & pro hac praxi addendus eſt poſt multos Carleval *de judiciis tomo* 2. *tit.* 3. *diſp.* 1. *num.* 4. & *diſp.* 2. *num.* 5.

§. LXXX. Nec tantum veniunt illi, qui proprie fructus ſunt, ſed etiam improprii, veluti mercedes ſervorum, & cæterarum rerum, quæ ſolent locari. *l. cæterum* 31. *cum* 4. *ſeqq. l. cum in rem* 64. *de rei vindic.* veluti intereſſe actus prohibiti, ſi petii ſervitutem, & obtinui in actione confeſſoria contra negantem, refundit mihi, quidquid amiſi, vel lucrari deſii propter negatam ſervitutem. *l. loci* 4. §. *in confeſſoria* 2. *l. ſi forte* 6. §. *veniunt* 6. *ſi ſervitus vindicetur. l. videamus* 19. §. *ſi iter de uſuris.* & in uſufructu probat textus in *l. uti frui* 5. §. *ult. ſi uſusfruct. petatur.* Quod ſi res non ſit ſolita locari, nec in eum uſum promiſſa vel relicta fuit, ſed ut in uſu quotidiano haberetur, uſuræ aut mercedes injuſte petuntur, ut exemplo ſcyphorum docuit Papinianus in *l. in fideicommiſſi* 3. §. *ult. de uſuris.* quæ ſic debet concordari cum *l. ſi navis* 62. *de rei vindic.* ut utrobique vidit Cujacius *d. lib.* 20. *quæſt. Papin.* in *d. l.* 64.

§. LXXXI. Quod autem diximus, fructus perceptos poſt litem conteſtatam reſtituendos eſſe petitori, adhuc majori explanatione indiget; quam ut præſtemus, ſciendum eſt perceptos de facto reſtituendos eſſe, quamvis ex inhoneſto quæſtu percepti ſint, quæ petitor non exerceret, vel non

deberet exercere! textns ſunt diſerti in *l. & ancillarum* 27. §. 1. *cum* 3. *ll. ſeqq. l. poſſeſſor* 52. *l. cum hereditas* 56. *de petit. heredit.* quia licet poſſeſſor eos inhoneſte perceperit, jam perceptos de facto petitor honeſte petit; injuſtum enim eſſet, ut honeſta interpretatio ex parte petitoris faceret locum inhoneſto quæſtui ex parte poſſeſſoris. *d. l.* 52. Hilligerus ad Donellum *lib.* 19. *cap.* 14. *lit. E.* tenetur etiam de fructibus, qui licet de facto percepti non ſint, tamen a petitore percipi poſſunt, ſi ſibi fundus ſtatim traditus eſſet ex regula textus in *l. ſi navis* 62. *§. generaliter de rei vindicat. l.* 1. *verſ. poſt litem C. de petit. hereditat.* quare illud inprimis retinendum eſt, non poſſe peti fructus, qui inhoneſte percipi poſſunt; quia hæc eſſet deteſtabilis avaritia. *l. quod autem* 53. *cum* a. *ſeqq. pro ſocio. l. generalis* 5. *de uſuris.* Et ſic retinetur vulgaris lectio, quæ præſtat in *l. fructus* 33. *de rei vindic.* ibi: *ſed & qui percipi honeſte potuerunt.* Rurſus ſi percepti non ſint ex illo artificio, quod proprio labore aut ſumptibus ſervum docuit poſſeſſor, qui non debentur; eſſet enim improbum deſiderium velle locupletari ex alienis ſumptibus. *l. cæterum* 31. *l. quod ſi artificem* 34. *eodem tit.* Notant Covarruv. *lib.* 1. *var. cap.* 8. *num.* 4. & laudati a Pichardo in §. 1. *de offic. judicis num.* 68. *& ſeq.*

§. LXXXII. Supereſt, ut reddamus rationem, propter quam poſſeſſor condemnatus debeat reſtituere fructus, quos percepit, vel percipere potuit ex die litis conteſtatæ; quæ etiam militat in novo poſſeſſore, qui tenetur fructus reſtituere, ex quo poſt judicium poſſidere incepit. *l. ſive autem* 27. §. 1. *de rei vindicat.* ratio eſt, quia poſt judicium acceptum omnes poſſeſſores cenſentur malæ fidei, & veluti prædones reputantur: expreſſus textus in *l. ſed etſi lege* 25. *§. ſi ante* 7. *cum ſequenti ff. de petit. hered.* inter quos bonæ fidei poſſeſſor poſt litem conteſtatam connumeratur. *l. ſi homo* 45. *de rei vindic. l. ſi domum* 5. *l. certum* 22. *C. eod. tit. l.* a. *C. de fructibus & litium expenſis.* Notant Cujacius *lib.* 20. *Pauli ad Edictum* in *l. illud* 40. *de petit. hered.* & cum aliis noſter Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 5. Carranza *de partu cap.* 3. §. 1. *num.* 7. & quamvis aliquando poſſit quis habere probabilem cauſſam litigandi, quæ excludat dolum, ut ſupponitur in *l. ſi quis ſolutioni* 24. *in princ. de uſuris. l. qui ſine dolo* 63. *de R. J.* tamen ſi ſuccumbat, videtur doloſe litigaſſe in hoc, ut præſtet fructus, quæ eſt juris præſumptio; nec illam elidere valet, niſi obtineat, ut in ſpecie textus ſupra expoſiti in *l. in fideicommiſſi* 3. *in princ. de uſuris.* hanc rationem præbent omnes interpretes infra referendi: eſt etiam alia, quia talis dari debet fundus, qualis erat, cum petitus fuit. *l.* 2. *eod. tit.* id eſt cum omni incremento & acceſſionibus, quæ ex eo obvenerunt poſt diem accepti judicii: hæc cum veriſſima ſint, non gravabor aliam rationem adjicere ex jure veteri petitam; nam ex Leg. XII. Tabb. hæc pœna temere litiganti impoſita fuit apud Feſtum *verbo vindiciæ*: *ſi vindiciam falſam tulit, rei ſive litis arbitros tres dato: eorum arbitrium reus fructus duplione decidito.* ex qua omnes poſſeſſores, qui ſucumbebant, duplis fructibus tenebantur. *l. unica C. Theodoſ. de uſuris rei judicatæ.* Paulus *lib.* 5. *ſent. tit.* 9. §. 2. Notant Cujacius *lib.* 5. *obſervat. cap.* 21. Hilligerus ad Donellum *lib.* 20. *cap.* 5. *lit. K.* Rævardus ad *Leges XII. Tabb. cap.* 6. Jacobus Gothofredus ad *eaſdem tabula* 3. & in *notis.* quæ pœna fructuum duplorum tacite ſublata fuit a Juſtiniano ex eo, quod in libros ſui juris eam non retulit, ut obſervavit Cujacius in *notis ad Paulum d.* §. 2. & ego obſervo ex *l.* 2.. *C. de fructibus & lit. expen.* ubi mentio duplorum fructuum ſublata fuit a compoſitoribus, cum in textu originali inveniatur, qui extat in *l.* 1. *C. Theodoſ. eod. tit.* nihilominus iſtius priſci juris veſtigia animadverſa a præcitatis Doctoribus inveniuntur in *l. Julianus* 9. *§. proinde* 6. *ad exhibendum. l. ſi remunerandi* 6. *§. ult. mandati. l. reſcriptum* 12. §. 1. *de diſtract. pignor.* & forſan ut exiſtimo in *l. ſive autem* 8. §. 1. *de negot. geſt.* igitur ex vetere jure præſtandi fructus duplos in pœnam, manſit ſaltem, ut poſſeſſor teneretur præſtare actori fructus, & omnem cauſſam a die litis conteſtatæ, ſi ſuccumberet.

§. LXXXIII. Ex quo etiam fluxit praxis hodierna, quæ a jure communi nihil recedit, ut condemnatus in judicio petitionis rei particularis beneficii, aut præbendæ, hereditatis, vel majoratus condemnetur in fructibus perceptis, & qui juſte percipi potuerunt a petitore poſt litis conteſtationem, ut apud nos ſancitur in *l.* 39. *tit.* 28. *Part.* 3. *l.* 11. *tit.* 15. *Part.* 9. de qua praxi multos adducunt Arius Pinellus in *l.* 2. *C. de bon. mater. parte* 2. *cap.* 4. *num.* 48. Joannes Garzia *de expenſis cap.* 23. *num.* 45. *& ſeq.* noſter Pichardus in §. 1. *de offic. judicis num.* 76. Carranza *de partu cap.* 3. §. 1. *num.* 7. *verſ. denique non obſtat.* Dominus Solorzanus *tomo* 2. *de jure Indiar. lib.* 2. *cap.* 29. *a num.* 23. qui videndus erit pro illa quæſtione, an qui obtinuit in poſſeſſorio, & poſtea ſuccumbit in petitorio, debeat fructus reſtituere a die litis ſuper primo poſſeſſorio conteſtatæ, quam reſolvit negative: addendus eſt noviſſime dominus Fermoſinus in *cap. gravis* 11. *de reſtit. ſpoliator. quæſt.* 3.

§. LXXXIV. Poſtquam diximus de fructibus poſt conteſtationem perceptis, ſequitur ſecunda regula de pendentibus, ſive ſtantibus tempore, quo lis inchoatur, & planum eſt hos fructus venire in judicium, una cum ipſa re, cujus pars ſunt. *l. fructus* 44. *de rei vindic. l. certum* 22. *C. eod. tit. l. ult. §. fructus ff. quæ in fraud. crediter. l. ſi ſervus* 61. *§. locavi de furtis.* auctores noſtri valde ſe torquent in perquirendo, qualiter fructus pendentes ſint pars fundi, variiſque modis explicant, ut videre licet apud Covarruviam *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 1. *&* 2. Hilligerus ad Donellum *lib.* 4. *cap.* 22. *lit. B.* exiſtimo eſſe partem accidentalem, quæ ſine diſpendio ſubjecti, id eſt rei principalis poteſt adeſſe, vel abeſſe, ut albedo reſpectu parietis, & in aliis hujuſmodi accidentibus: ita olim expoſui in feriata ſelectione ad *leg. Atiniam ſect. ult.* igitur eadem actione & æque principali petuntur ac res ipſa, quod eſt notandum ad ea, quæ poſtea diſputabimus: fructus autem percepti poſt litem conteſtatam, qui non pendebant tempore inchoati judicii, non petuntur jure actionis, ſed veniunt ex officio judicis, ut diſerte probat textus in *§. ſi in rem* 1. *inſt. de offic. judicis.* igitur fructus pendentes tempore litis conteſtatæ procul dubio reſtituendi ſunt: docent ultra prælaudatos Ant. Gomez. *l.* 40. *Tauri num.* 7. Petrus Barboſa in *l. divortio* 8. *ſolut. mat. in princ. parte* 2. *a num.* 80. Valaſcus *de partitionibus cap.* 32. *a num.* 7. *& cap.* 33. *& ſeqq.* noſter Arias de Meſa *lib.* 3. *variar. cap.* 15. *num.* 11. *&* 18.

§. LXXXV. Supereſt, ut agamus de fructibus jam perceptis, quando inchoatur lis vindicationis ſuper re ſingulari, in quo articulo tertia regula ſit: prædo aut quicumque malæ fidei poſſeſſor tenetur reſtituere omnes fructus, quos percepit ex re aliena, quamvis conſumpti ſint, & qui percipi potuerunt a domino rei; non enim quatenus fruitus ſit malæ fidei poſſeſſor, ſed quatenus petitor poſſet frui. *l ſi navis* 62. *§. generaliter de rei vindic.* nam contra prædonem venit omnis utilitas intercepta, id eſt domino ablata. *l.* 1. *§. non ſolum* 41. *l. merito* 19. *de vi & vi armata.* probatur hæc concluſio ex *l. ſed & partus* 12. *de eo quod met. cauſſ. l. ſed etſi lege* 25. *§. ſed & fructus* 4. *de pet. hered. l.* 1. *verſ. poſt litem C. eod. tit. l. fructus* 33. *de rei vindic. l. domum* 5. *l. certum* 22. *C. eod tit. l. ſed & loci* 4. *§. poſt litem ff. fin. regundor. l. cum ſervus* 39. *§. fructus*

1. de legat. 1. l. ait Prætor 10. §. fructus 20. quæ in fraud. creditor. l. generaliter 78. de R. J. l. 2. C. de fruct. & lit. expenſis. l. ſi de poſſeſſione C. unde vi. cap. gravis 11. de reſtit. ſpoliator. cap. bonæ memoriæ 51. de appellationibus. l. 39. & 40. tit. 28. Part. 3. docent multi, quos referunt Donellus & Hilligerus *lib. 4. cap. 24. & lib. 20. cap. 5.* Peregrinus *de fideicommiſſis art. 49. ex num. 130.* Petrus Barboſa in *l. de diviſione 5. ex num. 58. ſolut. mat.* Garzia *de expenſis cap. 23. ex num. 42. & 50.* Pichardus in *§. 2. de offic. judicis num. 67.* Amaya *lib. 3. obſervat. cap. 2. num. 10.* Carranza *d. cap. 3. §. 1. num. 7.* Scipio Gentilis *lib. 2. de donat. inter vir. & ux. cap. 17.* Dominus Solorzanus *tomo 2. de jure Indiarum lib. 2. cap. 29. num. 16. & 2. ſeqq.* noviſſime cum Præceptoribus noſtris Salmantinis Dominus Fermoſinus in *d. cap. gravis quæſt. 2. per totam.*

§. LXXXVI. Et quamvis proprie mala fides ſit ſcire, ad ſe rem non pertinere, & retinere eam ſub conſcientia alieni, ut dixi ad *tit. de uſucapionibus parte 2. ſect. de bona fide.* tamen in hoc tractatu latius patet mala fides, ut & in illo dixi; qui enim habet titulum, licet a domino, reprobatum tamen in jure, præſumitur juris præſumptione malam fidem habere. *cap. qui contra jura 82. de R. J. in 6.* igitur reputabitur malæ fidei poſſeſſor, & per conſequens de fructibus eodem modo tenebitur. *d. l. 40. Partitæ.* tam de extantibus quam conſumptis, perceptis & percipiendis: exempla extant in *l. jubemus 14. §. ſaac 1. in fine C. de ſacroſanctis eccleſiis. cap. ſi quis presbyterorum 6. de rebus eccleſiæ alienandis, vel non.* & in *l. prædium 16. C. de prædiis minorum.* juncta *l. 1. C. de prædiis decurionum.* & in *l. 1. C. ſi de vendito pignore agatur.* & in *l. 1. C. de jure & fide haſtæ fiſcalis.* & in *l. quemadmodum 7. C. de agricolis & cenſitis.* & in *l. heredem 17. ff. de his quæ ut indig. aufer.* docent Solorzanus *num. 15.* Carranza *d. num. 7. verſ. neque obſtat* loco proxime relato. Covarruvias *lib. 1. variar. cap. 3. num. 8.* Pinellus in *l. 2. C. de reſcin. vendit. parte 2. cap. 4. ex num. 30.* Amaya in *d. l. 1. C. de jure & fide haſtæ fiſcalis num. 15. 16.* late Menochius omnino videndus *de præſumpt. lib. 13. præſumpt. 130. & 2. ſeqq.* Peregrinus *d. art. 49. num. 130.* niſi error facti ſit non juris, veluti ſi quis a furioſo emat, quem ſanæ mentis eſſe putabat, vel majorem eſſe, cum eſſet minor. *l. poteſt 36. in princ. & §. 1. l. juſto 44. de uſucapionibus. l. 2. §. ſi a pupillo & ſeq. pro emptore. l. bonæ fidei 110. de V. S.* juxta quos terminos accipiendus eſt textus in *l. 2. C. ſi quis ignorans rem minoris emerit.* ut docet Pinellus *ubi proxime num. 38.* immo in jure errans, quamvis a reſtitutione fructuum omnino non excuſetur, quia juris error non præſtat bonam fidem. *d. l. poteſt 36. §. 1.* cum ſimilibus; tamen ſi probabilem cauſſam erroris adducat, mitius cum eo agendum eſt, quia non reputatur prædo. *l. ſed etſi lege 25. §. ſcire 6. de petit. hered.* Donellus *lib. 1. comment. cap. 21.* Schifordegherus ad *Ant. Fab. lib. 2. tract. 28. quæſt. 7.* Pichardus in *§. ita tamen inſt. de vi bonor. raptor.* igitur de perceptis tenebitur, non de percipiendis, ut cum judicio monent Covarruvias *lib. 1. variar. cap. 3. num. 8.* Pinellus *ubi proxime num. 35. & ſeqq.* Carranza *d. cap. 3. §. 1. num. 7.*

§. LXXXVII. Ex his facile decidi poteſt, quid tenendum ſit in foro conſcientiæ circa obligationem malæ fidei poſſeſſoris de reſtituendis fructibus; quoniam ſi formaliter eſt in mala fide, cum habeat conſcientiam læſam, ſciatque rem ad ſe non pertinere, tenetur reſtituere omnes fructus, quos percepit, licet conſumpti ſint inutiliter; quia detinendo rem & fructus etiam fructuum furtum committit. *l. ſequitur 4. §. lana 19. l. ſi aliena 10. §. Scævola de uſucapionibus. l. qui vas 48. §. ſi ancilla 5. de furtis.* quare nullus caſus relevat cum ab obligatione reſtituendi. *l. in re 8. §. ult. cum ſimilibus de condict. furtiva.* imo & tenetur reſtituere omnes illos, quos poſſet percipere dominus, ſi utilius potuit re ſua uti, quam uſus fuit malæ fidei poſſeſſor; quia reſarcire ei debet non tantum omne damnum datum, ſed omne lucrum interceptum, quod immediate ex re ipſa poſſet provenire juxta regulam textus elegantis, quem exponemus in ſequenti tractatu in *l. ſi ſterilis 21. §. ſi per venditorem de action. empti.* deinde partuum partus reſtituet, & quidquid ex ipſis fructibus naturaliter augeri potuit, non tamen uſuras pretii fructuum, quia non eſt quæſtus naturalis, nec provenit niſi ex peculiari induſtria poſſeſſoris. *l. neque 15. de uſuris.* tota hæc doctrina eſt Divi Thomæ magni ſapientiæ Antiſtitis *opuſculo 73. de uſuris parte 2. cap. 20.* loquentis de eo, qui formaliter eſt in mala fide, cum ſciat ſe injuſte rem poſſidere: cæterum ſi non habeat conſcientiam læſam, ſed præſumptive ſit malæ fidei poſſeſſor ex eo, quod emit rem minoris, vel eccleſiæ ſine debita ſolemnitate per ignorantiam juris, vel ex tempore litis conteſtatæ, cum ipſe poſſeſſor bona cauſſa fretus ſine dolo litigavit juxta textum in *l. qui ſine dolo 73. de R. J.* (quidquid reclamet Schifordegherus *lib. 2. ad Fabrum tract. 21. quæſt. 4.*) & in reliquis caſibus malæ fidei præſumptivæ, fructus quidem ſuos non facit, quia non quævis ignorantia ſufficit ad lucrandos fructus, ſed ea, quæ a jure approbata eſt, cum ex diſpoſitione legum proveniat, ut bonæ fidei poſſeſſor fructus lucrifaciat, qui naturali ratione ad dominum rei ſpectant. *l. qui ſcit 25. in princ. & §. 1. de uſuris. l. 2. pro ſuo.* ergo tenebitur reſtituere, quos percepit, ſive extent, ſive utiliter conſumpti ſint, quia nullam juſtam cauſſam habet illos retinendi, niſi cum bona fide illos uſuceperit per triennium, ut in *l. ſequitur 4. §. fructus de uſucapionibus.* non tamen tenetur de percipiendis, neque de damno dato rei aut domino ipſius; quia ipſe non intendit alii damnum dare, ſed uti re, quam ſuam eſſe putabat, ut dixi in *fine ſuperioris §.* addendi ſunt, licet non ita expreſſe rem explicent, Covarruvias in *regula peccatum parte 2. § 6. num. 4.* Leſſius *de juſt. & jure lib. 2. cap. 12. dubio 14.* Sanchez in *præcepta decalogi lib. 2. cap. 23. num. 105. & 123.*

§. LXXXVIII. Bona fides tantum durat, in quantum juſta ignorantia perſeverat; ideo ſtatim ac poſſeſſor incipit certo ſcire, ſe alienam rem poſſidere, incipit per conſequens habere malam fidem, & ex tunc non facit fructus ſuos; quia quotidie & per ſingula momenta bonam fidem deſideramus. *l. quæſitum 40. de adquir. rer. dom.* in quo adquiſitio fructuum diſtat ab uſucapione, ad quam jure civili initium bonæ fidei tantum deſideratur. *l. bonæ fidei 48. verſ. per contrarium eod. tit.* ut notavi in academicis *de uſucapionibus ſect. de bona fide.* dixi ſi certo ſcit, ad ſe rem non pertinere; quia ſi probabiliter dubitat, facto ſufficienti examine, ut in neutram partem propendeat, debet ſcrupulum deponere; cum in pari & dubia cauſſa melior ſit conditio poſſidentis. *cap. in pari de regul. jur. in 6.* ut ad rem docet Sanchez *de matrim. lib. 2. diſp. 41. num. 12.* ubi pro more multos refert: igitur ex quo tempore in malam fidem incidit, tenebitur reſtituere fructus extantes, id eſt non conſumptos. *l. certum 22. C. de rei vindic.* hæc principia proveniunt ex ipſa natura juſtitiæ commutativæ, in quibus omnes debent convenire; per conſequens nec potuit ignoraſſe Julianus in *l. qui ſcit 25. §. ult. de uſuris.* ubi eandem ſpeciem ponit de eo, qui, cum bona fide fundum poſſideret, poſtea cognovit alienum eſſe, & quærens, an exinde faciat fructus ſuos, docet intelligi bonæ fidei poſſeſſorem, quamdiu fundus per ſententiam evictus non eſt; & idem procedere in adquiſitione facienda per hominem liberum, vel ſervum bona fide poſſeſſum. Ulpianus tamen

in

in *l. qui bona* 23. §. *tamdiu* 1. *de adquir. rer. dom.* contrarium docet, nempe ſingula momenta ſpectanda eſſe, ut, ex quo ſcit ad ſe non pertinere, non procedat adquiſitio.

§. LXXXIX. Hæc antinomia multum torſit multos, quos refert Nicolaus Genua in *lib. leg. concil. pag. mihi* 441. & alios, quos referunt noſtrates Pichard. in §. *ſi quis a non domino num.* 9. *inſt. de rer. diviſ.* Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 2. *num.* 40. Carranza *de partu cap.* 3. §. 1. *num.* 7. videndus etiam Hilligerus ad Donellum *lib.* 4. *cap.* 24. *lit. H.* ſed ut verum fatear, mihi etiam ab adoleſcentia nulla antinomia in his textibus viſa eſt; Paulus enim in *d. l.* 48. & Ulpianus in *d. l.* 23. docent, non adquiri fructus poſſeſſori, ex quo inſtanti in malam fidem incidit, quod per ſe verum eſt, ſi intueamur diſpoſitionem juris, & obligationem reſtituendi ex parte poſſeſſoris; nam ex eo inſtanti tenetur fructus reſtituere tamquam malæ fidei poſſeſſor; Julianus vero de proceſſu judiciali agit, & de jure actoris, docetque poſſeſſorem, quamdiu durat controverſia, etiamſi intra ſe ſciat, rem alienam eſſe, debere percipere fructus, & adquirere per hominem, quem poſſidet; quia ſi interna obligatione adactus non vult ſua ſponte fructus reſtituere, actor non prius de fructibus tractare poterit, quam evincat ſibi rem; immo non plures poterit extorquere, quam a die litis conteſtatæ, ſi malam fidem anteriorem probare non poſſit, quæ eſt difficillimæ probationis, cum in conſcientia interna conſiſtat, ut dixi in *d. ſect. de bona fide.* igitur hæc adquiſitio fructuum ex principiis intrinſecis naturæ injuſta eſt; nec dicit Julianus, eſſe perfectam, ſed procedere, dum litis exitus ignoratur: evicto ergo fundo finitaque lite, fructus reſtituendi ſunt, ex quo tempore conſtat de mala fide, vel per litis conteſtationem, vel antea, ſi antea poteſt probari mala fides, ut recte agnoſcunt, quamvis non ita ſe expediant Hillig. ad Donell. *lib.* 19. *cap.* 14. *lit. O.* Garzia *de expenſis cap.* 23. *ex num.* 15. Amaya & Carranza nuper laudati, & quod magis eſt, Accurſius in *d. l.* 15. §. *ult.* ſatis indicavit hunc intellectum, cui inſtiterunt prius Salicetus, & Raphaël Fulgoſius *ibi.* Pet. Gilkenius in §. *ſi quis a non domino cap.* 7. *ex num.* 43. *inſtit. de rer. diviſ.*

§. XC. Fructus, quos non facit ſuos malæ fidei poſſeſſor, ſi extant, id eſt conſumpti non ſunt, æque principaliter vindicantur, ac res ipſa, quia domini ſunt; ſi vero dolo deſiit poſſidere, vindicantur etiam vindicatione Prætoria, de qua in *l. ſi is qui dolo cum ſeqq. de rei vind.* ſi conſumpti ſunt a prædone, fure, vel notorio malæ fidei poſſeſſore, condicuntur condictione furtiva, quia & ipſorum furtum admiſit, ut probavi; ſi ab eo, qui malæ fidei poſſeſſor reputatur præſumptione juris, conſumpti ſunt, condicuntur condictione ſine cauſſa, ut diſerte probant textus in *l. loci* 4. §. *poſt litem* 2. *fin. regund. l.* 3. *C. de condict. ex lege.* ubi docent Claſſici, Donellus, & Hilligerus *lib.* 4. *cap.* 25. & veteribus laudatis Fermoſinus in *d. cap. gravis quæſt.* 4. *princ. de reſt. ſpoliat.*

§. XCI. Reſtat ut breviter ſatisfaciamus quibusdam objectionibus, quæ ſolent opponi huic doctrinæ. Primo opponitur textus in *l. ſi pignore* 22. §. *ſi prædo* 2. *de pign. act.* ubi prædo rem pignori dedit, creditor fructus percepit bona fide, exiſtimans prædonem dominum eſſe rei pigneratæ. Primo docet Ulpianus, prædonem pro fructibus poſſe agere pigneratitia contra creditorem, ut poſſet verus rei dominus. *l.* 1. *C. de pign. act.* juncta *l. commodati* 15. *cum ſeq. commodati.* & *l. bona fides* 31. §. 1. *depoſiti.* quia cum dominus verus poſſit rem ſuam a prædone repetere, & adverſus eum non reſtituentem jurare in litem, æquum eſt, ut ipſe prædo actionem habeat ad recuperandam rem, quam commodavit, depoſuit, vel pigneravit. *l. non a judice* 64. *de judiciis.* deinde docet eosdem fructus, quos prædo recepit a creditore, teneri etiam conſumptos reſtituere vero domino, vel extantes vindicat, aut condictione furtiva, juxta ſuperiorem diſtinctionem: unde deducit, prodeſſe prædoni bonam fidem creditoris, quæ concluſio inepta videtur Antonio Fabro *lib.* 7. *conject. cap.* 19. quem ſequitur & fere tranſcribit noſter Pichard. in §. *actionum* 28. *quæſt.* 24. *ex num.* 15. *de actionibus.* quia ſi extantes & conſumptos reſtituit, quid prodeſt ei bona fides creditoris? Reſpondeo prodeſſe, ne de percipiendis teneatur, quia bona fides præciſe regulatur ex perſona percipientis fructus; ideo ſi creditor in culpa ſaltim levi non fuit circa perceptionem fructuum, nec ipſe tenebitur prædoni, nec per conſequens prædo domino, niſi de perceptis. *l.* 2. *C. eod. tit. l.* 2. *C. de diſtract. pignor.* docent Ant. Neguſantius *de pignoribus parte* 5. *membro* 5. *a princ.* Pater Molina *de juſt. & jure tract.* 2. *diſput.* 535. *num.* 7. ergo ex hoc textu minime colligi poteſt, prædonem lucrifacere fructus propter bonam fidem creditoris, quod videntur voluiſſe Accurſius & Bart. *ad eundem*, & Cujacius *lib.* 6. *quæſt. Papin.* in *l. urbana* 55. *de condict. indebiti.* ſed in hoc recte eos rejiciunt duo Antonii ſupra laudati: opponunt etiam textum in *l. ſi fundum* 17. *C. de rei vindic.* ubi conſtitutus in mala fide per denunciationem adverſarii, (de qua videndus Arius Pinellus in *authentica niſi triennale tempus ex num.* 14. *C. de bonis maternis*) tenetur de illis fructibus, quos percepiſſe probatum ſit; ergo non tenetur de percipiendis: hæc tamen conſecutio eſt peſſima; quia ab affirmativis ad negativa non fit illatio; ideo textus de perceptis loquitur, quia Imperatores in textibus Codicis plerumque decidunt hypotheſin in terminis tantum propoſitis; deinde quia & Conſulti ipſi ſub nomine fructuum perceptorum percipiendos etiam comprehendunt, ut probari poteſt ex *l. quæſitum* 90. §. *ult.* juncta *l. cum ſervus* 39. §. *fructus* 1. *de legat.* 1. quomodo gloſſa & Panormitanus accipiunt textus in *cap. conquerente* 7. *de reſt. ſpoliat.* & in *cap. cum cauſſa* 22. *de off. & poteſt. jud. delegati.* ubi prædo teneri dicitur de fructibus & penſionibus perceptis, quo verbo fructus etiam percipiendi ſignificantur. *d. cap. gravis* 11. *de reſt. ſpoliat.* ita Cujacius in *l.* 1. *C. de jure & fide haſtæ fiſcalis.* Pet. Fab. in *l. non fraudantur* 18. *de regul. jur. pag. mihi* 360. Donellus *lib.* 20. *comment. cap.* 5. noſter Pichard. in §. 1. *de offic. jud. num.* 66. & noviſſime Dominus Fermoſinus in *d. cap. gravis* 11. *quæſt.* 1. *ex num.* 35.

§. XCII. Poſtquam de malæ fidei poſſeſſore egi, ſupereſt, ut agamus de fructibus perceptis a bonæ fidei poſſeſſore ante litem conteſtatam, quæ eſt extrema pars noſtræ curæ: bonæ fidei poſſeſſor eſt, *qui juſto errore ductus opinione domini rem alienam poſſidet:* ut deducitur ex *l. qui a quolibet* 27. *de contrah. empt.* de quo dixi in *prædicta ſect. de bona fide ad tit. de uſucapionibus.* itaque non ſufficit, quod bona fide poſſideat, ſed requiritur, quod poſſideat opinione domini: creditor quippe, qui pignus poſſidet, item is, qui precario rogavit poſſeſſionem, juſte poſſident. *l. quæcumque* 13. §. 1. *de Publiciana in rem act.* ut dixi in *tract. de adquir. poſſ. cap.* 3. *ex* §. 9. & ex §. 14. & tamen non lucrantur fructus, ut de creditore dixi ſuperiore §. quia non poſſident opinione domini, ſive pro ſuo: in precario forſan evenire poteſt, ut lucretur fructus is, qui rogavit, ſi id actum eſt; quando vero lucratur, tenetur reſtituere tantum ex die mutatæ voluntatis, id eſt rupti precarii. *l. quæſitum* 8. §. *ex hoc* 4. *verſ. ergo de precario.* cæteros lucratur ex voluntate domini; non vero partum ancillæ, quia in fructu non eſt, & ad ſummum permiſſus cenſetur dumtaxat ad uſum ut mater. *l. quamvis* 10. *eod. tit.* cui addendus eſt noſter Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 2. *num.* 32.

§. XCIII. Ergo antequam ſententiam noſtram

 dica-

dicamns in hoc ancipiti articulo, prius docendi eſtis, qoid in ſoro, quid in conſcientia tenendum ſit, a quo in judicando & conſulendo non recedatis, & nos quidem habemus legem patriam, quæ eſt *l.* 39. *tit.* 28. *Part.* 3. quæ diſponit, ut bonæ fidei poſſeſſor lucretur fructus induſtriales conſumptos, quomodocumque ſint, ſive utiliter, ſive inutiliter; reſtituat vero naturales tam extantes quam conſumptos, niſi inutiliter conſumpti ſint, veluti carie, incendio, aut furto; non ſi vendidit, vel in paſcenda familia conſumpſit utiliter: ita ibi notat Gregorius *gloſſa* 5. & in *l.* 4. *tit.* 14. *gloſſa* 6. Part. 6. quæ doctrina originalis fuit Azonis in *ſumma tit. C. de rei vindic.* §. *fructus quoque columua* 13. *num.* 10. & eam ut lege patria qualificatam (quamvis juri Romano non multum conformem, quod nos ſequi non tenemur) admittunt cum judicio Covarruviss *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 6. *ad finem.* Joannes Garzia *de expenſis cap.* 23. *num.* 28. quod etiam videtur voluiſſe Spino in *ſpeculo teſtamentorum gloſſa* 13. *num.* 51. quorum omnium dicta in hunc ſenſum accipit & caſtigat ſapientiſſimus Pater Sanchez *lib.* 2. *in præcepta decologi cap.* 28. *num.* 80. *usque ad* 86. licet nimis contendat jos Regium ad commune reducere, quod non eſt poſſibile, ut ex infra dicendis apparebit; eandemque differentiam agnoſcit Carranza *d. cap.* 3. §. 1. *num.* 7. *verſ. cum enim.* Dominus Solorzanus, quamvis ex cenſura aliorum potius quam ex propria, *tomo* 2. *de jure Indiar. lib.* 6. *cap.* 29. *num.* 22. noſter Præceptor Dominus Granna in *cap. gravis* 11. *de reſt. ſpoliat. num.* 14. & 15. ubi Dominus Fermoſinus *quæſt.* 1. *num.* 21. Peregrinus *de fideicommiſſis quæſt.* 49. *ex num.* 109.

§. XCIV. Ex quo praxis fluxit, ut, qui petit fundum, petat ipſum cum fructibus, qui ex co percepti ſunt, deductis expenſis: modus autem probandi quantitatem fructuum ſingulis annis perceptorum valde difficilis eſt, quare probari ſolet a ſolitis, qoos ſolitus eſt fundus ſerre plus minusve ſingulis annis, decomputatis decimis, & expenſis, tributisque, quæ ejus ratione inferuntur, & aliis adminiculis, quæ adducit Maſcardus *de probationibus concluſ.* 817. Poſſeſſor vero, qui excipit de conſumptione fructuum, debet eam probare, quia eſt ſuæ intentionis ſundamentum. *l. ei qui dicit de probation.* juncta *l.* 1. *de exceptionibus.* ut aeriter & poſt multos evincit Arius Pinellus in *l.* 2. *C. de reſcin. vendit. parte* 2. *cap.* 4. *ex num.* 64. conſentiuntque Peregrinus *d. art.* 49. *num.* 116. & *ſeq.* Petr. Barboſa in *l. divortio* 8. §. *interdum num.* 43. *ſolut. matr.* Sanchez *d. cap.* 23. *num.* 74. qoamvis pro contraria opinione acriter etiam depngnet contra Pinellum & aſſeclas Gaſpar Schifordegherus ad *Ant. Fab. lib.* 2. *tract.* 29. *quæſt.* 1. & 2. ſupervacua enim eſſet, ut mihi videtur, obligatio reſtituendi fructus non conſumptos, ſi domino rei incumberet probare, utiliter conſumpſiſſe poſſeſſorem, cum hoc vix probari poſſit in judicio, niſi familiaribus poſſeſſoris, qui numquam contra eum volent deponere. Alia & facilior deſenſio poſſeſſoris bonæ fidei eſt, objicere uſucapionem fructuum, quoniam ſi per triennium inquietatus non fuit, & toto illo tempore bonam fidem habuit, non tenetur reſtituere fructus, etiam naturales extantes, quia poſſidens pro ſuo (*l.* 2. *in fine pro ſuo.*) illos uſucepit, & irrevocabili dominio adquiſivit. *l. ſequitur* 4. §. *fructus de uſucapion.* Tiraquellus *de retractu conventionali* §. 2. *gloſſa* 1. *num.* 13. Peregrinus *ubi proxime num.* 124. & multis relatis Pater Sanchez *d. cap.* 23. *num.* 87.

§. XCV. Hæc principia, quæ apud nos in praxi recipi debent in foro externo, procedunt etiam in foro conſcientiæ abſque aliqua immutatione. Ratio eſt, quia fundantur in legibus optima ratione nitentibus propter rationem publicam, & ut poſſeſſores bonæ fidei, omnesque, quibus moveri poteſt controverſia ſuper re, ſecurius labori & curæ incumbant, nec trepident ſuper ejus fructibus; eadem enim ratio eſt adquiſitionis fructuum ex bona fide, ac inducendæ uſucapionis, ut recte cenſuit Galvanus in *tract. de uſufructu cap.* 28. *num.* 8. Quare ad jus naturæ non eſt reducenda hæc quæſtio moralis, ſed ad jus poſitivum, quod viget in unaquaque provincia, quod etiam in foro conſcientiæ tenet, ut cum judicio docent Covarruvias in *regula peccatum parte* 3. *in princ. num.* 1. *verſ. ſed tamen.* Pater Vasquez & cum eo Pater Sanchez *d. cap.* 23. *num.* 40. & 72. ubi rejicit moraliſtas, qui in hoc ſtandum putant juri naturali, quod plerique faciunt, ut videri poteſt apud ibi relatos; cumque penſiones domuum in fructu non ſint, ut dixi *ſect.* 2. *in princ.* quod ſi ſunt fructus induſtrialiſſimi conſiſtentes in pecunia, quæ ſimulac exigitur a debitore, & cum aliis nummis commiſcetur, conſumitur, conſequens eſt, ut bonæ fidei poſſeſſor non teneatur reſtituere hujusmodi fructus inproprios perceptos ante litem conteſtatam, ut cum aliis docent Menochius *de recuperanda remedio* 15. *num.* 624. Pater Sanchez *d. cap.* 23. *num.* 71.

§. XCVI. His pro utroque foro ex jure noſtri regni expoſitis ſequitur ad uſum ſcholæ, ut ex jure Romano quæſtionem hanc decidamus. Primoque cenſeo, fructus pecudum ſtatim pleno jure bonæ fidei poſſeſſori adquiri, id eſt irrevocabiliter, & ſine neceſſitate uſucapionis, adeo quidem, ut quamvis grex, vel animal evincatur, non teneatur poſſeſſor bonæ fidei reſtituere lac, lanam, nec ſœtus, qui in fructu ſunt, ut diſerte probant textus in *l. in pecudum* 28. *de uſuris.* ibi: *ſtatim pleno jure.* §. *in pecudum Inſt. de rer. diviſ.* qui ex *illo* §. extractus eſt ibi: *ſtatim naturali jure*, quæ verba imputare Triboniano, & novum jus velle inducere, quod fecit Galvanus *d. cap.* 28. *num.* 4. ſomnium eſt ægrotantis, nec alia rejectione indiget; ratio eſt, quia ex cura poſſeſſoris pendet conſervatio totius gregis; durat enim ex eo, quod illud paſcit, ſuis ſumptibus mundat, tondet: quare major ratio eſt adquirendi fructus in his caſibus, quam in aliis; nihil enim dominus haberet quod vindicaret, niſi poſſeſſor gregem curaſſet: igitur propter alimenta gregis cedunt fructus poſſeſſori bonæ fidei, quod procedere in ſœtubus docemur diſerte in *l. qui vas* 48. §. *ex furtivis* 6. *de furtis.* ubi poſtquam JCtus comparaverat, quoad vitium ſurtivitatis, partum ancillæ & fœtum pecorum, ſtatim quaſi ſe corrigens docet, in ſœtu non eſſe neceſſariam uſucapionem; quia protinus ad bonæ fidei poſſeſſorem ſpectat, ut recte docet Carranza *d. cap.* 3. §. 1. *num.* 11. qui tamen ſuperfluo adjecit principio textus hæc verba, *niſi quod*, ſubtilis tamen differentia eſt in hac parte inter lac, lanamque, & inter ſœtus, quam agnoverunt, licet hoc modo non ſentiant, Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 1. *num.* 81. Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 1. *ex num.* 39. lana quippe etſi creſcere cœpit apud furem, modo detonſa ſit apud bonæ fidei poſſeſſorem, ſtatim illi cedit, idem de lacte dicitur: cæterum in agnis non idem placuit; ſi enim prægnantes oves venierint, agni cedunt poſſeſſori propter bonam fidem; ſed quia in ejus poteſtate non conceperunt, neque prorſus ipſius curæ debentur, ſed curæ venditoris, etiam acceptus ſerendus eſt, hæc adquiſitio pro tunc revocabilis eſt, donec agni conſumpti ſint, ut expreſſe probatur ex *l.* 4. §. *lana* 19. *de uſucapionibus. l. bonæ fidei emptor* 48. §. *ult. de adquir. rer. dom.* cui conjungendus eſt Amaya *ubi proxime num.* 38. igitur perperam Donellus *de fructibus cap.* 4. & *lib.* 4. *comment. cap.* 26. exponens *d.* §. *lana* 19. adjecit verbum *maxime*, qoia verum eſt, in propoſita ſpecie agnos non adquiri bonæ fidei poſſeſſori, niſi conſumpti ſint, vel per triennium uſucapti, juxta quam hypotheſin accipiendus eſt textus in *d. l.* 4. §. *fructus* 5. ut accipiunt Pinellus

d. cap.

d. cap. 1. *num.* 75. Carranza *d.* §. 1. *num.* 8. & nos in *ſelectione ad leg. Atiniam* §. 4. *per totum.* quæ noſtra doctrina eo libentius amplectenda erit, quod prius eam præſtitit Baldus in *l. ancillæ* 12. *num.* 16. *C. de furtis.* & tamquam a jure noſtro omiſſam, & in utroque foro tenendam ſuſtinet Gregorius Lopez in *l.* 39. *gloſſa* 1. *tit.* 28. *Part.* 3.

§. XCVII. Sequuntur fructus ſive naturales, ſive induſtriales, qui feruntur ex prædiis: in his abſque diſtinctione ulla hæc regula conſtituenda eſt cum Pinello *d. cap.* 4. *num.* 54. Antonio Fabro *lib.* 4. *conjectur. cap.* 17. Galvano *de uſufructu cap.* 28. *num.* 7. Carranza *d. cap.* 3. §. 1. *num.* 7. perceptio ſola inchoat adquiſitionem, conſumptio illam perficit; probatur ex *l. certum* 22. *C. de rei vindic.* ubi bonæ fidei poſſeſſor indiſtincte vindicat omnes fructus extantes, id eſt non conſumptos abſque diſtinctione induſtrialium & naturalium, & ex §. *ſi quis a non domino inſt. de rer. diviſione.* qui eodem modo expenditur, & ex *l. ſed & loci* 4. §. *poſt litem* 2. *fin. regundor.* ubi JCtus docet, bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos *lucrari*, quod verbum denotat perfectam adquiſitionem, quæ affert proprie lucrum, ut notat poſt alios Schifordegherus *lib.* 2. *ad Fabrum tract.* 28. *quæſt.* 2. & ex *l. bonæ fidei* 48. *de adquir. rer. dom.* ubi bonæ fidei emptor, ſive quicumque bonæ fidei poſſeſſor, percipiens fructus ex re aliena *non dubie*, id eſt procul dubio ſuos facit *interim*, id eſt dum dominus non vindicat rem, ut expoſuit Cujacius *tract.* 7. *ad African.* in *l. quæſitum* 40. *eod. tit.* quæ eſt imperfecta adquiſitio, ut docent Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 6. Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 2. *num.* 48. *& ſeq.* non tantum induſtriales, ſed *omnes*, quæ eſt propria expoſitio hujus vocis, ut fiat contrapoſitio de fructibus induſtrialibus ad naturales, non de diligentia propria poſſeſſoris ad diligentiam alienam, ut docent Pinellus *d. cap.* 4. *num.* 54. Pater Sanchez *d. lib.* 2. *cap.* 23. *num.* 68. contra veteres, & Donellum *lib.* 4. *cap.* 25. & Scipionem Gentilem *de donationibus inter vir. & ux. lib.* 2. *cap.* 17. *pag.* 215. a quibus etiam diſſentit Curtius apud Hilligerum *d. cap.* 25. *lit. F.* Poſtea diſtinguit bonæ fidei poſſeſſorem ab uſufructuario, quoniam hic perceptione fructus ſuos facit, ille vero ſola ſeparatione, ut dixi ſupra ex §. 29. reddit rationem, quia loco domini *pene* eſt, quæ etiam ratio extat in *l. qui ſcit* 25. §. 1. *de uſuris.* in quæſtione, utrum frumentum ſatum ab alio in fundo, quem bona fide poſſideo, meum ſit? affirmative reſpondet Conſultus; quia bonæ fidei poſſeſſor in percipiendis fructibus idem jus habet, quod dominus prædii: hæc ratio non eſt abſoluta aut generalis, ad quod pauci animadvertunt, ſed reſtricta ad quæſtionem propoſitam; nempe bonæ fidei poſſeſſori idem jus tributum eſſe reſpectu extranei, quod ipſi domino competit; quamvis reſpectu domini vindicantis fundum non habeat jus plenum perfectumque, niſi fructus conſumpſerit. *l. quæſitum* 40. *in fine de adquir. rer. dom. l.* 1. §. *cum prædium* 2. *de pignoribus.* ſimili modo accipiendum eſt, quod dicitur in *l. bona fides* 136. *de regul. jur.* bonam fidem tantum præſtare poſſidenti, quantum veritas dominii tribuit vero domino juxta diſtinctionem propoſitam.

§. XCVIII. Ex his infertur interpretatio ad textum in *l. fructus* 45. *de uſuris.* ubi docemur, maritum percipientem fructus induſtriales ex re ſibi ab uxore donata ſuos facere, & quidem irrevocabiliter; quia ex induſtria ſua proveniunt: igitur hic maritus plus eſt quam bonæ fidei poſſeſſor reſpectu fructuum; quia & poſſidet voluntate uxoris, & ex donatione non prohibita, quibus concurrentibus ceſſat mala fides. *l. ſi vir* 31. §. *ſi vir* 4. *l. ſi extraneus* 44. *de donat. inter vir. & ux.* ut dixi in *ſelect. ad leg. Atin. num.* 12. *&* 13. dixi poſſidere ex non prohibita donatione; quia quemadmodum valeret donatio fructuum induſtrialium. *l. ex annuo* 15. §. 1. *cum* 2. *ll. ſeqq.* & naturalium non valeret, quatenus locupletior donatarius factus fuiſſet. *l. ſi id quod* 28. *ff. l. ſi fructus* 8. *C. eod. tit.* ita donatio fundi ipſius improbatur quoad ipſam rem principalem, & quoad fructus naturales, ſed non improbatur quoad fructus induſtriales, cum mera illorum donatio valeret: ita in effectu conſentientes docent Pinellus in *l.* 2. *parte* 2. *cap.* 4. *num.* 50. *&* 51. *C. de reſcindenda vend.* Scipio Gentilis *d. lib.* 2. *cap.* 17. Ant. Fab. *lib.* 1. *conjectur. cap.* 17. Schifordegherus ad eundem *lib.* 2. *tract.* 28. *per totum.* Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 16. *a princ.* Carranza *d. cap.* 3. §. 1. *num.* 7. *verſ. quod vero.* Fermoſinus in *d. cap gravis quæſt.* 1. *num:* 22. itaque reſpectu fructuum naturalium donatarius injuſtus poſſeſſor eſt, cum rem detineat ex titulo jure improbato. *l.* 1. §. *ſi vir uxori de adquir. poſſ.* quare fructus naturales ſuos non facit, quamtumvis bona fide poſſideat ex ipſius juris ignorantia, ex quo interpretanda ſunt illa verba *d. l.* 45. *ſicuti neque cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris.* nempe poſſeſſoris bonæ fidei ex propria conſcientia, ex titulo tamen jure improbato, qualis eſt maritus, & ſunt alii multi, quos recenſui ſupra §. 86. & ita quadrat comparatio, quæ fit per adverbium *ſicuti*, ut non referatur ad omnem bonæ fidei poſſeſſorem, ſed ad illos tantum, qui in bona fide ſimiles ſunt marito, ut docent Pinellus, Amaya, Carranza, & Fermoſinus *ubi proxime.* Joannes Garzia *de expenſis cap.* 23. *num.* 37. Galvanus *de uſufructu cap.* 28. *num.* 14. Sanchez *d. lib.* 2. *cap.* 23. *num.* 68.

§. XCIX. Ita etiam exponendus eſt textus in *noſtra l. Neſennius* 41. §. *fundum* 1. *de re judicata.* ſpecies eſt: quidam donavit fundum, & ſolenniter tradidit, juxta terminos textus in *l.* 4. *C. Theodoſ. de donationibus. l.* 2. *l. ſenatus* 35. §. *donatio ff. eod. tit.* ut ſupponunt merito Accurſius, Bartolus, Cumanus, Caſtrenſis, Alexander, Jaſo, & Donellus ad *hunc textum* ſub *lib.* 27. *comment.* ſed poſt traditionem manſit in poſſeſſione fundi: quæſitum fuit, ſi nolit fundum reſtituere donatario, qui jam dominus eſt, an habeat privilegium, ne conveniatur, niſi in quantum facere poteſt, de quo in *princ. & in fine* ejuſdem textus agitur, & in *l. inter eos* 19. *l. cum ex cauſſa* 30. *de re judic. l. maritus* 54. *ſolut. mat. l. Divus Pius* 28. *de R. J.* & in aliis, quas adducunt & explicant Pet. Barboſa in *l. maritus* 13. *num.* 100. & in *l. alia* 15. §. *eleganter a num.* 16. & in *l. ſi conſtante* 25. *num.* 5. *&* 6. *ſolut. mat.* Gutierrez *de juramento confirmatorio parte* 3. *cap.* 15. *a num.* 19. Hilligerus ad Donellum *lib.* 27. *cap.* 9. *lit. JJ. & ſeqq.* magnus Præceptor meus Dominus Ramos in *l. ſunt perſonæ de re judic. num.* 26. *&* 27. reſpondet Paulus, conveniendum eſſe, ut quilibet extraneus poſſeſſor conveniretur, quia non convenitur actione perſonali tamquam debitor, ſed actione reali ut poſſeſſor, & privilegium tantum habet locum in debitore ex cauſſa donationis, qui tenetur rem facere accipientis; non in poſſeſſore rei jam donatæ, & a ſe alienatæ; & ita Claſſici ſupra laudati accipiunt hunc textum, & concordant cum *l. in ædibus* 9. §. 1. *l. qui id quod de donationibus.* ſed ponamus, reſtituiſſe fundum, ſed non fructus, quos percepit, & conſumpſit utiliter, vel inutiliter, non malo animo defraudandi donatarium, ſed forſan propter inopiam; non poteſt quidem fructus lucrifacere, cum eos perceperit ex re a ſemet ipſo alienata, & per conſequens aliena, cujus non poteſt non eſſe malæ fidei poſſeſſor; ideoque tenetur illos reſtituere donatario condictione ſine cauſſa. *l.* 3. *C. de condict. ex lege.* ergo debet hos fructus actione in perſonam, qualis eſt omnis condictio. §. *appellamus inſt. de action.* gaudebit igitur, ſi deficiat in conſumptione dolus, privilegio ne conveniatur pro fructibus, niſi in quantum facere poſſit, quem bu-

hujus textus intellectum eſſe cenſeo, neque aliam materiam continere.

§. C. Reſtat ad totius tractatus concluſionem inveſtigare, quando agi poſſit pro fructibus propria & ſpeciali actione; quando veniant incidenter ad officium judicis, quod in forenſibus magnæ utilitatis eſt, quidquid paradoxe inficietur Schifordegherus *lib.* 2. *ad Fabrum tract.* 21. *quæſt. ult.* ullos unquam fructus officio judicis venire: hæc quæſtio ſic breviter reſolvenda eſt: ſi agitur ſpeciali actione, quamvis judex in petitione rei principalis ejuſque condemnatione nullam mentionem faciat de fructibus, peti iterum poterunt, ſi pro ipſis competit diverſa & ſeparata vindicatio; quod ſi tantum veniant officio judicis, poſt ſententiam peti non poſſunt. *l.* 4. *C. depoſiti. l. qui per colluſionem* 49. *§. pretii ſorte de action. empti.* quia judex, poſteaquam ſententiam dixit, functus eſt officio ſuo. *l. judex* 55. *de re judicata.* & quidem omnes, qui percipiuntur poſt rem in judicium deductam, veniunt in officium judicis. *§. etſi rem* 2. *inſt. de offic. jud.* de quibus dixi ex §. 78. ante judicium percepti ex re propria petitoris, ſive extent, ſive conſumpti ſint, petuntur diverſis actionibus, ut ibi etiam notavi, & *§. ſeqq.* percepti vero ex re legata, promiſſa, vel debita ex quocumque contractu diverſo jure petuntur, aliquando ut res æque principalis, aliquando ut cauſſa rei, & ex officio judicis, juxta notata ſupra *ſect.* 4. *per totam.* in judicium autem univerſale petitionis hereditatis quamvis veniant officio judicis. *d. §. etſi in rem verſ. ſed ſi hereditas.* tamen inſeparabiliter veniunt cum ipſa hereditate, quia fructus augent eam, ut dixi ſupra §. 31. *l. item veniunt* 20. *§. non ſolum* 3. *verſ. fructus*, *&* *§. præter* 6. *l. ſed etſi* 25. *§. ſed utrum* 9. *&* *§. ult. cum* 3. *ll. ſeqq. l. illud* 40. *§.* 1. *l. ult. ff. de pet. hered. l.* 1. *&* 2. *C. eod. tit.* ideo veniunt in judicium familiæ erciſcundæ, ut res ipſæ hereditariæ. *l. non eſt ambiguum* 9. *C. fam. erciſcun. l. & puto* 16. *§. id quod* 3. *l. inter* 44. *§. fructus* 3. *l. non ſolum* 56. *ff. eod. tit.* quam ſententiam veriſſimam cenſeo, eamque in petitione majoratus, quod eſt jus univerſale, tenent Molina & addentes *lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 18. *&* 22. *in tenuta.* Don Chriſtophorus de Paz *de tenuta cap.* 8. *num.* 36. *&* 37. & ad *l. penult. ſtili num.* 38. & in aliis judiciis univerſalibus Solorzanus *d. lib.* 2. *cap.* 29. *ex num.* 33. Salgadus *de protect. regia parte* 4. *cap.* 9. *num.* 114. *& ſeq.* ergo qui ex ſolo judicis officio veniunt, denegati cenſentur, ſi in ſententia non fiat eorum mentio. *l. ex diverſo* 35. *§.* 1. *de rei vindic.* quare exceptio rei judicatæ competit pro fructibus ei, qui ſuper re principali abſolutus fuit. *l. ſi quis* 7. *§. de fructibus* 3. *de except. rei judic.* quod ſi jure diverſæ actionis petantur, exceptio non competit. *d. l.* 7. *§. fructus.* juncto §. 1. quos ſic componit Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. *§.* 2. *a num.* 29. hæc eſt ratio dubitandi ad noſtrum textum in *l. ſi homo* 8. *de re judicata.* & in *l. ſi ſervus* 11. *ff. judicatum ſolvi.* ubi proponitur homo promiſſus per ſtipulationem mortuus poſt litem conteſtatam, id eſt poſt moram; moram quippe contrahit, qui mavult litigare quam ſolvere. *l. nemo* 82. *§.* 1. *de V. O.* ſi fieret abſolutio propter mortem ſervi petiti, non poſſet haberi ratio mercedum. *d. l.* 4. *C. depoſiti.* quia fructus poſt litem conteſtatam percepti veniunt tanquam acceſſorii rei principalis; ſed quia per moram perpetuatur obligatio circa rem ipſam. *l. quod te mihi* 5. *de rebus creditis. l. ex legati* 23. *l. ſi ſervum* 91. *§. ſequitur de V. O.* debet etiam haberi ratio fructuum & acceſſionum. *l. utique* 16. *l. ſi hominem* 79. *de rei vindic.* nbi extat exceptio: addendi ſunt Ant. Fab. *lib.* 2. *conject. cap.* 6. & alii remiſſive apud Genuam in *lib. leg. conciliat. pag.* 806. & Anteceſſores noſtri Pichardus in §. 1. *de offic. judicis num.* 77. Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 3. *ex num.* 17. Solorzanus latiſſime *d. cap.* 29. *ex num.* 55.

TRACTATUS SECUNDUS.

Ad *L. Paulus* 42. *Dig. de Re Judicata*,

BREVIS COMMENTATIO.

§. I. Ne otiemur per hos paucos dies, qui ſuperſunt, inſtitui aliquam brevem relectionem vobis dare, Chariſſimi & Clariſſimi Auditores: ſelegi vero *hanc legem*, quia opportune conjungitur fini præcedentis Tractatus de fructibus, ubi dicebam, judicem non pronuntiantem ſuper fructibus, qui ex ejus officio tantum debentur, amplius de illis pronuntiare non poſſe; quia poſtquam ſententiam tulit, functus fuit officio ſuo: hujus regulæ aut concluſionis ſive explicatio, ſive exceptio eſt noſter textus, in quo ita ponit & excipit Julius Paulus *lib.* 3. *reſponſor.* Prætor non poteſt reſcindere præcedentem ſententiam a ſe latam, poteſt tamen ſupplere, quæ deſunt ſententiæ jam prolatæ circa condemnandum reum, vel abſolvendum, ſi non attingat directo ipſam ſententiam, ſed verſetur ſupplementum vel declaratio circa conſequentiam eorum, quæ ſtatuta & deminuta ſunt a Prætore, modo hoc ſupplementum vel declaratio fiat eodem die, quo ipſa ſententia prolata fuit, quod ita accipiendum eſt, ne detrahat aliquid de eo, quod decrevit, ſed circa acceſſoria ſuppleat, ut poſt Cinum & gloſſam hic, & in *l. ſi arbiter ff. de receptis arbitris* notarunt communi calculo Bartolus, Alexander, Donellus *lib.* 27. *comment.* Cujacius *lib.* 3. *reſponſorum Pauli ad hanc legem.* Baldus & Salicetus in *l. terminato* 3. *C. de fructibus & litium expenſis.* itaque duæ partes ſunt hujus textus. Prima eſt, judicem Prætoremve non poſſe mutare ſententiam definitivam, poſtquam illam tulit, quia ſive bene ſive male judicaverit, functus fuit officio ſuo, de qua agitur in *l. judex* 55. *de re judicata.* & nos legimus in academicis in *l. a Divo Pio* 15. *num.* 26. *&* 27. *de re judic.* poteſt tamen mutare & corrigere decreta interlocutoria. *l. qui juſſit* 49. *de re judic.* quam etiam juſte exornavi duodecim abhinc annis; quapropter de hac parte ſuperſedemus agere. Secunda eſt de poteſtate, quam habet judex declarandi ſententiam circa acceſſoria.

§. II. Quam partem ut breviter comprehendamus, primo notandum eſt, declarationem verſari circa rem occultam, quæ detegitur ſine nova adjectione aut immutatione; nihil enim declaratur, niſi quod virtualiter ineſt, indiget tamen majori expoſitione, veluti ſi judex condemnavit reum, ut ſervum Stichum reſtitueret, cum multos hujus nominis haberet, nec poſſet ex actis liquido apparere, de quo ſenſerit; declaratio nihil denuo decernit, ſed quod jam decretum eſt, manifeſtat. *argum. l. heredes* 21. *§.* 1. *qui teſtam. fac. poſſ. l. adeo* 7. *§. cum quis verſ. videntur de adquir. rer.*

Digitized by Google

ver. dom. notat ad rem Bovadilla *lib.* 3. *politicæ cap.* 8. *num.* 263. Secundo notandum eſt, non dici proprie declarationem, quando judex, prout quotidie fit, reſervat in ſe facere taxationem expenſarum, vel liquidationem fructuum, in quibus reum condemnavit: tunc enim non pronunciat definitive in re reſervata, cum nondum liqueat ſibi, nec certam poſſit ferre ſententiam, ut debet facere. §. *curare inſt. de actionibus.* quare iterum poteſt definitive pronuntiare, ut ex facto ſupponitur tractatum in *l. ult.* §. *Lucius Titius* 4. *de condict. indebiti.* docent Alexander in *præſenti num.* 6. Baldus & Salicetus *num.* 3. & 4. in *l. terminato* 3. *C. de fructibus & lit. expenſis.* Bartolus in *d.* §. *Lucius Titius*, & alii, quos refert Dominus Solorzanus *tomo* 2. *de jure Indiarum lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 41. *& ſeqq.* multo magis id procedit, quando fructus debentur æque principaliter ac res petita; tunc enim etſi de re definitive terminatum ſit, nihilominus de fructibus denuo ferri ſententia poteſt; caſus diſertus extat in *l. marito* 31. §. *ult. ſolut. mat.* ut dixi §. *ult.* ſuperioris tractatus de fructibus, & in ſpecie docent Salicetus *num.* 6. & Alexander *num.* 8. *ubi proxime.* quo in loco extat copioſa additio, & ad praxim commendanda *lit. A.* addendus Noguerol pro explicatione prædicti textus ejusque extenſione *allegat.* 17. *ex num.* 33.

§. III. Rurſus notandum eſt, tunc dici ſententiam definitivam, quando prolata eſt; nos vulgari lingua dicimus, *deſpues del pronunciamento ante eſcrivano*; nam antea nondum eſt ſententia, & poteſt in re principali ſuppleri, emendari, imo corrigi, ut probat diſertus textus, qui loquitur in Auditoribus cancellariarum, ſed perinde viget in omnibus judicibus ordinariis in *l.* 51. *tit.* 5. *lib.* 2. *Compilationis.* ex quo etiam notandum eſt, deciſionem *noſtræ legis* ad omnes judicea, & ad omnia tribunalia pertinere; non tamen ad ſupremum concilium, quod ex gratia poteſt emendare judicatum, ſi viderit ita expedire, ut probat decretorie textus in *l.* 3. *tit.* 22. *Part.* 3.

§. IV. His prælibatis ſenſus *noſtræ legis* eſt, ſi verba ſententiæ ambigua ſint, & parum expreſſa, poteſt judex eam declarare, modo fiat in eodem die. *l. cum quærebatur* 62. *de re judic. l.* 3. *tit.* 33. *Part.* 3. exemplum ponunt antiquiores, & *noſtra l.* 3. *tit.* 22. *Part.* 3. circa acceſſoria in fructibus & litis expenſis; veluti ſi cum fructus petiti eſſent, qui debebantur ex officio judicia, & nihil de illis, nec de expenſis judex pronuntiavit, poteſt peti declaratio, & facienda eſt eodem die parte citata: docent Bovadilla *d. lib.* 3. *politicæ cap.* 8. *ex num.* 263. *uſque ad num.* 262. Pelaez a Meris *de majoratibus parte* 1. *quæſt.* 44. *num.* 3. in qua tota quæſtione ubertim tractat de his, qui poteſtatem habent declarandi. Ant. Gama *deciſ.* 110. *ex num.* 36. maxime *num.* 38. ubi de poteſtate Principis, cui nedum interpretari, ſed & mutare ſententiam licet, videndaque eſt ibi additio Menæ, Joannes Gratian. *regula* 421. *num.* 1. & 2. & 6. qui loquitur, quando in continenti judex vult ſuam ſententiam reformare ſine ullo intervallo, & ſine petitione partis; docetqne poſſe, quia quæ ſtatim fiunt, in ipſo actu geſta cenſentur: noſter Pichardus in *manuductionibus ad praxim parte* 2. §. 3. *ex num.* 11. & remiſſive Carleval *tomo* 1. *de judiciis diſp.* 16. additque Alexander *d. num.* 6. non ſolum poſſe judicem facere condemnatinnem, dicendo ſe in animo habuiſſe illum in fructibus & expenſis condemnare & ita declarare; ſed etiam reſervaſſe ſibi, & a ſe faciendam taxationem; alioquin declaratio illa rei vagæ & incertæ nullius foret effectus, ex quo apparet, declarationem ſententiæ ejusdem ordinis & effectus eſſe ac ipſa ſententia: quare ſi poteſt ab ea interponi appellatio, poteſt etiam interponi ab ejus declaratione; textus eſt expreſſus in *l. ab executore* 4. §. 1. *de appellationibus.* & ibi Bartolus *num.* 12. & apud nos *l.* 15. *tit.* 23. *Part.* 3. ſi vero non poteſt ab ipſa ſententia appellari, nec poterit a declaratione ejus; veluti ſi ſit ultima inſtantia judicum conſiſtorialium, vel in via executiva, vel in cæteris cauſſis, quæ per appellationem non ſuſpenduntur: docuit Bovadilla *ubi proxime num.* 268. & breviter Salgado *parte* 2. *de protect. regia cap.* 3. *ex num.* 84. juncta *parte* 1. *cap.* 1. *num.* 24.

§. V. Videamus nunc, quibus judicibus conceſſa ſit hæc poteſtas ſententias ſuas interpretandi? nam aliquibus fuiſſe conceſſam, aliquibus denegatam probat manifeſte textus, & ibi Bartolus in *d. l. ab executore* 4. §. 1. *de appellationibus.* Inprimis ibi docemur, exempli gratia facultatem interpretandi ſuam ſententiam habuiſſe Præſides provinciarum, & Procuratores Cæſaris: idem dicitur in noſtro textu de Prætore, ex quo apparet, id jus fuiſſe indultum poteſtatibus, magiſtratibusque majoribus ratione imperii; non vero duumviris municipiorum & aliis minoribus magiſtratibus, qui quamvis juriſdictione in cauſſis minoribus gaudebant, carebant tamen imperio, *argum. l. ea quæ* 29. *ad municipalem.* judicis per conſequens dati, qui juriſdictionem non habuerunt, ſed tantum ſimplicem notionem, ſententias ſuas non potuerunt interpretari; de quibus ex more vetere præciſe accipiendus eſt textus in *l. judex* 55. *de re judic.* ut notavi ad *l. a Divo Pio* 15. *eod. tit. in princ.* §. 26. & 27. unde ortum habuit *noſtra lex* 3. *tit.* 33. *Part.* 7. quæ diſponit, ut ordinarii judices majores poſſint eodem die ſententiam interpretari; non vero minores, ut ſunt Vicarii foranei, Duumviri municipiorum, vulgo *Alcaldes de Aldeas*, & ſimiles, de quibus accipienda eſt doctrina Tapiæ *tomo* 1. *catenæ moralis lib.* 4. *quæſt* 10. *art.* 15. *num.* 7. ne alioquin, ſi generaliter accipiatur, falſa ſit, & contra juris teſtimonia proxime relata: utrum vero decuriones civitatum, qui de cauſſa appellationis cognoſcunt in minoribus ſummis, poſſint etiam eodem die ſuam interpretari ſententiam, dubitat nec audet decidere Bovadilla *d. cap.* 8. *num.* 269. ego tamen confidenter exiſtimo, & in praxi receptum vidi, poſſe eodem jure uti ac cæteri ordinarii magiſtratus; quia in illis cauſſis majus imperium habent, quam ordinarii; ergo non debent privari æquali poteſtate; & quamvis hic actus exigat, & ſupponat imperium in declarante ſententiam, non eſt tamen actus juriſdictionis, ſed expreſſivus præcedentis voluntatis: quare ſucceſſor in officio non poteſt declarare ſententiam prædeceſſoris ſui, cum animi ipſius ignarus ſit; ſed ipſe, qui ſententiam tulit, debet eam declarare, qnamvis jam depoſuerit officium, vel tranaacti ſint dies ad inſtantiam finiendam præſtituti, ut evenit in judicibus conſiſtorialibus, & ita ſemel de facto obtinui cum quodam judice ordinario hujus civitatis, qui propriam ſententiam declaravit finito jam officio, & exercente ſucceſſore, docetque in terminis Bovadilla *ubi proxime ex num.* 263. denique noto, *eodem die* intelligi etiam in die ſequenti intra 24. horas a prolatione ſententiæ, ut uſus obſervat, & docuit Cumanus in *præſenti num.* 2. quamvis contrarium docuerint Baldus & Salicetus *num.* 2. in *d. l. terminato C. de fructibus & lit. expenſis.* quibus videtur aſſentiri Gregorius in *d. l.* 3. *tit.* 22. *Part.* 3. *gloſſa* 6. quæ ad *hanc legem* notaſſe pro temporis penuria ſufficiat.

F I N I S.

INDEX

INDEX CONTENTORUM.

TRACTATUS PRIMUS.

D*e Fructibus.*
SECT. I. *De Etymologia & Definitione Fructuum.* - - - - - - - 540.
SECT. II. *Quotuplex ſit Fructus*, ſive *de ejus Diviſione.* - - - - - 545. b.
SECT. III. *De prima & potiſſima ratione adquirendi fructus, quod eſt dominium.* - - 548. b.
SECT. IV. *De ſecunda ratione adquirendi fructus, quod eſt jus ad rem.* - - - - 553. a.
SECT. IV. CONSECT. I. *De Actionibus ſtricti juris.* - - - - 553. a.
CONSECT. II. *De Fructibus rei debitæ ex contractu bonæ fidei.* 554. b.
CONSECT. III. *De Fructibus legatorum & fideicommiſſorum.* 557. b.
SECT. V. *De adquiſitione fructuum ex bona fide.* 560. a.

TRACTATUS SECUNDUS.

Ad *L. Paulus* 42. *D. de Re Judic.* - - - 566.

JOSE-

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI PRIMARIÆ CATHEDRÆ MODERATORIS,

SUBCISIVA SELECTIO,

AD

LEGEM UT HEREDIBUS L. DIG. DE LEG. II.

RECITATA ANNO MDCLXV.

§. I. QUI de ſubſtitutione agunt, quamvis proprie de ſubſtitutione heredis hæc vox intelligatur, ſolent inſerere tractatum de ſubſtitutione in legatis, fideicommiſſis, & mortis cauſſa donationibus propter connexitatem materiæ; quamvis agnoſcant cum judicio, ſolum in genere generaliſſimo utramque ſubſtitutionem convenire, prout dicit ſubrogationem rei aut perſonæ in locum gradumque præcedentis, ut docent Lancel. Polit. *de ſubſt. in proœmio num.* 3. 5. & 6. a quo, cum idem ſentiant, non debuit recedere Goveanus in *rubr. de vulg. num.* 3. ubi Pet. Barboſ. *num.* 21. noſter Pichard. in *rubr. inſtitut. eod. tit. num.* 4. *& ex num.* 41. & in *lectur. ad eund. tit. cap.* 1. *num.* 13. & 14. Hilligerus ad Donellum *lib.* 6. *cap.* 23. *lit. H.* nos vero, ne tempus, quod dandum eſt principali tractatui, in quæstionibus annexis conteramus, in ſubciſivam chartam hunc rejecimus; ut his diebus, quibus magna Mater Academia feriatur, ut magno noſtro Philippo in cœlum evocato ampliſſimas inferias procuret, & quibus citra piaculum poſſemus feriari, agamus hoc, & tractatum adornemus, quem ſcholaſticis noſtris diſputationibus profuturum vovemus ſpondemusque. Interciſum ergo tractatum id eſt a principali materia avulſum interciſis his diebus vobis dabo, Chariſſimi & Clariſſimi Auditores ut materies conveniat tempeſtati: interciſi quippe dies apud Romanos dicebantur, qui neque feſti erant neque profeſti: ſed audiamus JCtum noſtrum Sext. Pompej. Feſtum in libris de verborum quæ ad jus pertinent ſignificatione: *feſti, profeſti, interciſi, vel quod idem eſt endotercisi. profeſti, id eſt profani procul a feſtis. Interciſi* (in quibus ſic ſuppleo) *cæſa & porrecta fari licebat & apud judicem agere, vel apud populum: rurſus eum adolendum erat oportebat ceſſari.* Tales erant dies, in quibus victimæ mactabantur, dum cædebatur victima, agere non licebat; poſt cæſam locus erat juris actionibus; poſtea vero dum porrigeretur adoleretur que ſacrificium, erat ceſſandum, ut explicatius docet Macrobius *lib.* 1. *ſaturnal. cap.* 16. qui adjicit, dies interciſos fuiſſe tam in honorem Deorum, quam hominum. *Inter cæſa* ergo & *porrecta*, ut totum hoc agendi tempus appellabant veteres, teſtibus Eraſmo & Manutio *pag.* 143. *in adag.* excurret noſtra ſelectio: mox cum dolenter adolenda ſint pia thura pro noſtro Rege piiſſimo ceſſabimus, ut redeat ordinaria relectio ſtatis profeſtisque diebus; ſed jam rem aſſumamus.

§. II. Ut ſcholaſtica methodo procedam, libet concluſionem ex noſtro textu deducere, quæ talis eſt: *legatariis, fideicommiſſariis particularibus, & donatariis cauſſa mortis non minus licet ſubſtituere, quam heredibus.* Quæ concluſio probatur ex *l.* 2. *quib. mod. uſusfr. amit. l. ſi ſponſus* 5. §. *ſimili* 14. *de donat. inter vir. & ux. l. cum pater* 77. §. *a te peto* 32. *de leg.* 2. *l. Sextiam* 32. *in fine*, per argumentum a contraria ſuppoſitione, *de leg.* 3. *l. Publius* 36. §. 1. *l. avia* 77. *de cond. & dem. l. ei cui* 10. *de mort. cauſ. don. l. legata* 6. *C. de legat. l. unic.* §. *ſin autem* 7. *C. de cad. tol.* facit textus in *l. quoties* 3. *C. de donat. quæ ſub mod.* juncta *l.* 1. *C. de donat. cauſſ. mor.* eamque illuſtrant ultra relatos *ſuperiori* §. qui per tranſennam tractant uno excepto Pichard. qui exactius diſputat, omnes Claſſici in *noſtra l. ut heredibus* 50. & in *d. l.* 6. *C. de legat.* ubi eſt propria materiæ ſedes, maxime Donell. Giphanius & Gilkenius Nicol. Intrigliol. *de ſubſt. cent.* 1. *quæſt.* 8. Vincentius Fuſarius ſub *eod. tract. quæſt.* 13. Peregrinus *de fideicomm. art.* 1. *num.* 11. *& ſeqq. & artic.* 15. *num.* 2. Ant. Gomez. licet aliud agens *tom.* 1. *var. cap.* 3. *num.* 10. Cujac. *lib.* 20. *obſerv. cap.* 6. & in *d. l. unica* §. *ſin autem* 7. *C. de cad. toll.* magnus & illuſtris Præceptor meus Dom. Ramos in Academico tract. *de vulg. & pup. ſubſt. cap.* 1. *ex num.* 1. usque ad *num.* 5.

§. III. Sed contra concluſionem pro ratione dubitandi primo ſic argumentor: ſi aliqua ſubſtitutio poteſt in legatis conſiderari, maxime quæ hoc modo fit: *Titio fundum do lego, ſi Titius ex legato fundum non adquiſierit, eundem fundum Sejo do lego:* ſed hæc non dicitur ſubſtitutio in conceptu juris. Igitur nulla ſubſtitutio conſiderari poteſt in legatis: probatur minor, in qua eſt aſſumptum, ex *l. pater Severianam* 101. *de cond. & dem.* ſpecies

eſt. Pater Severianam filiam Ælio Philippo cognato nuptiis deſtinavit, id eſt voluit, ut matrimonium cum cognato contraheret, cui prædium per fideicommiſſum reliquit, ſi nuberet ei, ſi non nupſiſſet, idem prædium Philippo dari voluit: obiit filia, antequam ad annos diſcretionis perveniret; quæſitum fuit a Papiniano, utrum prædium ad filiæ heredes, an ad Philippum pertineret? reſponditque non pertinere ad Philippum; quia defecit conditio, ſub qua illi relictum fuit fideicommiſſum; nunc ſic argumentor: ſi conditio extitiſſet, id eſt impleretur illa negativa, *ſi Severiana noluerit nubere*, nunquam legataria potuit videri filia defecta conditione, quia non accidit negativa, id eſt quia deceſſit Severiana ante nubiles annos, numquam cenſetur fideicommiſſum datum Philippo. Igitur legatum ita relictum, *ſi primus ad legatum non pervenerit*, præciſe proprieque cenſetur conditionale, neque formam ullam ſubſtitutionis continet.

§. IV. Secundo ſic argumentor: aliud eſt translatio legati de perſona in perſonam, aliud ſubſtitutio; quia ſi idem eſſent, diverſis nominibus non appellarentur. *l. ſi idem* 7. *C. de codic.* ſed forma, quam præſtituimus noſtræ ſubſtitutioni, convenit per omnia tranſlationi conditionali; ergo translatio eſt non ſubſtitutio: ſuppono interim, quod poſtea exponam, diverſam eſſe tranſlationem a ſubſtitutione, & probo minorem ex *l. quod ſi* 7. juncta *l. ſeq. de adim. legat.* ubi docemur, legatum uni datum jure poſſe in alium transferri ſub conditione duplici effectu, diſparique eventu. Primo ſi quod dedit Sejo, in Titium transferat ſub quacunque conditione ea mente, ut omnino recedat a priori datione, licet conditio tranſlationis deficiat. Secundo ſi non aliter receſſerit, quam ſi exiſtat ſubſtitutionis conditio, hic poſtremus eventus ſeu modus convenit per omnia ſubſtitutioni; quia non aliter dat teſtator ſecundo legatum, quam ſi primus ad id non pervenerit, quo caſu illud in ſecundum transfert. Igitur tranſlatio debet dici non ſubſtitutio in legatis.

§. V. Tertio ſic argumentor: nemo poteſt facere, nec potuit olim, ut leges teſtamentariæ in ſuo teſtamento locum non habeant. *l. nemo* 55. *de legat.* 1. ſed per ſubſtitutionem in legatis efficeret, ne leges Papiæ caducariæ locum haberent. Igitur ſaltem, cum illæ leges valebant, ſuſtineri non debuit ſubſtitutio in legatis. Probatur minor ſequenti ratiocinatione: per ſubſtitutionem id agitur, ut legatum, quod quomodolibet ad primum legatarium ſpectare non potuit, perveniat ad ſecundum; atqui legatum in cauſſam caduci in fiſcum cogendum erat, ſi legatarius vel fideicommiſſarius ante mortem teſtatoris obiiſſet, vel caducum fiebat, ſi poſt mortem & ante aperturam tabularum decedebat, vel efficiebatur peregrinus, id eſt deportatus. *l. unica* §. *& cum triplici C. de cad. toll.* Ulp. in *fragm. tit.* 17. *l. intercidit* 59. *de cond. & dem.* ſic intelligenda ex ſæculo JCtorum, ut dixi *lib.* 3. *analect. de inter. & releg. ex num.* 73. Igitur ſubſtitutio in legatis ſuſtineri non debuit tanquam in fraudem Legis Papiæ de caducis.

§. VI. Quarto & acrius contra caſum noſtræ ſubſtitutionis ſic argumentor. Ejus caſus proponitur in *d. l. ſi legata* 6. *C. de legat.* his verbis: *ſi legata relicta primus legatarius agnovit, ſubſtitutio eorum evanuit:* qui eſt ſimilis caſui ſubſtitutionis vulgaris in hereditatibus, qui proponitur in *l. poſt aditam* 15. *C. de imp. & aliis ſubſt.* nempe evaneſcere ſubſtitutionem vulgarem adita ab inſtituto hereditate: pari itaque paſſu ambulant ambæ ſubſtitutiones, nunc ſic argumentor: licet dominium, quod adquirit legatarius in qualitate, idem ſit cum dominio ab herede adquiſito; utrumque enim dominium civile eſt, & utrumque adquiritur per modos a lege inventos. *l. legatum* 80. *de leg.* 2. juncta *l.* 1. §. *ult. cum ll. ſeqq. de Publ. in rem act.* tamen valde differunt in modo ſpeciali adquirendi dominii; heres quippe adquirit dominium rerum hereditariarum, ſi adiit hereditatem. *l. more* 8. *de adq. her. l. cum heredes* 23. *de adq. poſſ.* quod ſi decedat ante aditam hereditatem, nec adquiſivit hereditatem, nec eam in heredes transmittit. *l. unica* §. *in noviſſimo* 5. *C. de cad. toll.* legatarius vero etiam ignorans ante agnitionem adquirit dominium rei legatæ. *l. cum pater* 77. §. *ſurdo* 3. *de legat.* 2. & poſtquam dies legati ſemel ceſſit, transmittit ad heredes illud. *l. ſi poſt diem legati cedentem* 5. *quando dies leg. ced. l. unic.* §. *cum igitur* 1. & §. *libertatibus* 6. *C. de cad. toll.* Itaque hereditas nondum adita adquiſita non eſt; quapropter expectare poteſt ſubſtitutus, donec adeatur: legatum vero nondum agnitum (modo repudiatum non ſit, ut optime exponit Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 3. *princ.* 2. *illat.* 8.) adquiſitum eſt, & transmiſſibile ad heredes: igitur ſubſtitutio in legatis ſtatim ceſſare debet a die, quo cedunt & adquiruntur, neque expectari debet agnitio, ut evaneſcat.

§. VII. Quinto ab oppoſitione contrariæ deciſionis ſic argumentor ex textu in *l. ſi quis ſervum* 8. §. *certam* 4. *de leg.* 2. in quo ſupponit expreſſe Paulus, certæ pecuniæ legatarium eſſe & ſubſtitutos legatarii, id eſt certam ſummam fuiſſe primo legatam, mox ordine ſubſtitutis relictam, ſi ille ad legatum non pervenerit, concurrit uterque ad petendum legatum, amboque obtulerunt heredi indemnitatem. Reſpondit in prima parte Paulus, poſſe heredem gratificari, cui voluerit, id eſt poſſe eligere, cui velit præſtare legatum: ergo fruſtranea eſt in legatis ſubſtitutio, cum pendeat a nutu & electione heredis præferre in præſtatione legati ſubſtitutum primo legatario.

§. VIII. Sed his & aliis, quæ opponi poterunt contra noſtram concluſionem, minime refragantibus, ut vera & juri conſona defendenda eſt, pro cujus clariori expoſitione quædam præmittenda ſunt, & primo præmittenda eſt utilitas, & cauſſa faciendæ ſubſtitutionis in legatis: cauſſa præcipua, adæquata, & quæ in univerſum concludit, eſt, comprehendere una diſpoſitione multos caſus circa idem legatum, & circa eandem rem; qui enim facit teſtamentum, non ſemper ſperat, ſe poſſe illud mutare alio teſtamento facto, vel adjicere factis codicillis, ut Juſt. conſiderat in ſimili *tit. inſtitut. de codic.* nec certo ſcit, an primus legatarius agniturus ſit legatum, quibus caſibus occurrit ſubrogando alium, alioſve in locum prioris, cui ſubrogato non aliter legat, quam ſi legatum primi ad effectum non perducatur. *d. l. ſi legata* 6. *C. de legat.* dicamus ſic commodioris explicationis cauſſa, mavult teſtator, ut ad primum legatarium perveniat tota res legata; quod ſi non accidat, vult ut perveniat tota res ad ſecundum legatarium: ex quo primo apparet differentia inter ſubſtitutum in legato, & conjunctum re, aut re & verbis, qui habet jus accreſcendi; verum quippe eſt, ſi detur in legato conjunctus, partem deficientis ad eum recurrere. *l. ſi conjunctim* 80. *l. re conjuncti* 89. *de leg.* 3. *l. triplici* 142. *de V. S.* §. *ſi eadem res inſt. de legat.* in quo conjunctio eundem effectum habet cum ſubſtitutione; ſed tamen conjunctus, ſi ambo agnoſcant, ſcindit legatum cum collegatario; mens vero teſtatoris ſubſtituentis alia omnino eſt; videlicet præferre primum ſecundo, & ut ſecundus non admittatur, ſi primus legatum agnoſcat, quæ eſt inter utramque diſpoſitionem ſpecifica differentia. Succedebat in præſenti differere de fine particulari, quem habuit jus Romanum in admittendis ſubſtitutionibus in legatis ad evitandam caducitatem legatariorum deficientium; ſed de eo infra dicendum erit in ſolutione ad tertium argumentum.

§. IX. Secundo & operoſius præmittenda eſt inter ademptionem, tranſlationem, & ſubſtitutionem in legatis differentia. *Ademptio* eſt, quando circa legatum teſtator mutavit voluntatem, & quod de-

dedit ademit. Ita, *quod Titio legavi, non do non lego.* poteſt fieri tam in codicillis quam in eodem teſtamento. *princ. inſt. de adempt. legat. l.* 3. *§. ult. cum l. ſeq. de adim. legat.* de qua ademptione nihil eſt quod agamus; nullam enim convenientiam habet eum ſubſtitutione, cum ademptio tantum ſupponat privationem legati in perſona ejus, cui adimitur; non vero ſecundam dationem vel translationem in alium factam. *Tranſlatio* vero eſt, quando id, quod primo datum ſuit, illi adimitur, ut in ſecundum transferatur: ſic ſimpliciter explicuit Juſt. in §. 1. *inſt. eod. tit.* formula extat in *l. ſicut* 5. *de adim. legat.* talis eſt: *Quod Titio legavi Sejo do lego.* quatuor modis fit, qui explicantur in *l. tranſlatio* 6. *eod. tit.* ſed nos tantum agemus de uno modo, ſcilicet de tranſlatione rei legatæ de perſona in perſonam, quia reliquæ nihil habent commune cum noſtro tractatu; & quidem pura & ſimplex tranſlatio, qualem expoſui, in nullo convenit cum ſubſtitutione, quia qui ſubſtituit in legato, non vult legatum primo adimere; ſed tantum ſecundum invitare in ejus defectum. Poteſt vero prædicta tranſlatio fieri etiam ſub conditione hoc modo: *Quod Titio legavi, Sejo do lego, ſi navis ex Aſia venerit.* in qua ſpecie ſi nihil certi ſtatui poſſit de mente teſtatoris præter id, quod colligitur ex verbis, tunc facta cenſetur, quando impleta conditio fuerit, ademptumque Titio erit legatum impleta conditione; eaque defecta non cenſebitur tranſlatio interveniſſe: cæterum ſi perſpici poteſt vel colligi ex probabilibus conjecturis, per dationem ſecundam conditionalem voluiſſe teſtatorem omnimodo a prima recedere; quamvis deficiat conditio, non poterit primus legatarius legatum petere; quemadmodum ſi vivo teſtatore ſecundus legatarius moriatur, vel poſt mortem teſtatoris repudiet legatum ſibi datum; neque enim in his caſibus primus legatarius legatum petere poterit; quia reſpectu ejus prorſus fuit mutata voluntas teſtatoris. *l. ſi cui* 7. *cum ſeq. de adim. legat.* ut enim tranſlatio in ſecundum operetur ademptionem circa primum, neceſſe non eſt, ut in primo conſiſtat legatum. *l. licet* 20. *eod. tit. l. plane* 34. *de leg.* 1. quia voluntas, quæ non eſt ſufficiens ad dandum transferendumque, præbet ſufficiens indicium ad adimendum, de quo dixi *lib.* 4. *opuſc.* in *l. ult. §.* 1. *de his quæ ut ind. auf.* & agunt communiter Claſſici usque ad Pet. Barboſ. in *d. l. plane* 34. exemplum extat in *l. ſi filio* 31. *§. matri* 1. *de adim. leg.* pro cujus explicatione adeundi ſunt contra emendationem Ant. Fabri Cujacius *lib.* 22. *obſervat. cap.* 1. Hilligerus ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 17. *lit. B.* noſter Arias de Meſa *lib.* 2. *var. cap.* 5. *num.* 27. & 28.

§. X. Tranſlatio autem, quod eſt notandum, non tantum poteſt fieri adimendo legatum primo legatario, antequam illud adquirat, ſed etiam, poſtquam adquiſivit, transferendo illud in ſecundum in aliquem eventum vel conditionem; ut patet in exemplo de tranſlatione conditionali nuper propoſito; ſi enim primo legatum datum ſit pure, & in ſecundum ſub conditione tranſlatum, non dubito, quin mortuo teſtatore, dum conditio pendet, interim ad primum legatarium pertineat legatum, mox exiſtente conditione transferatur ad ſecundum, eaque defecta remaneat penes primum juxta caſum ſupra propoſitum: hæc doctrina mihi perſuaſiſſima eſt; ſed quia difficilis videri poteſt, cum cura illam fundabo ſub doctrina eruditiorum. In primis agnoſco, ſi legatum pure datum ſit, & ſub conditione adimatur, cenſeri ſub contraria conditione expreſſe datum, in tantum ut ſi pendente conditione ademptionis legatarius decedat, non transmittat illud ad heredes. *l. ſi mihi & tibi* 12. *§. ult. l. ſi poſt mortem* 68. *§. pure* 1. *de leg.* 1. *l. legatum* 10. *l. legata* 14. *de adim. leg. l. ſi quando* 107. *de cond. & dem.* non tamen idem cenſeo de tranſlatione in alterum facta ſub conditione; ita enim tranſlatio operatur ademptionem in caſu propoſito, ſi effectum ſortiatur in tranſlatarium, niſi omnimodo per tranſlationem etiam non effectivam voluerit recedere teſtator a prima voluntate, ut dixi: igitur dum pendet eventus tranſlationis, non ſuſpenditur effectus primi legati. Ratio differentiæ eſt perſpicua; quia qui legatum adimit ſub conditione illi ipſi, cui dedit, non poteſt habere alium animum quam dandi ſub contraria conditione; ineptum quippe foret dicere, ademptum ſub conditione, *ſi navis ex Aſia venerit*, datum remanere defecta conditione, & effectum habere ea pendente: fruſtranea enim eſſet voluntas teſtatoris circa eandem perſonam; niſi conditio adjecta conditioni per contrarium influeret in dationem, non ſic tamen circa diverſas; quia primo non aliter voluit teſtator adimere commodum legati, quam transferendo illud in ſubſtitutum: igitur ut gaudet legato, deficiente conditione tranſlationis, ſic illo gaudere debet pendente conditione.

§. XI. Ad quam doctrinam fundandam nondum inveni textum ab ſpecie, ſed per argumenta a ſimili multiſariam probare illam poſſum. Primo ex *l. cum quo* 56. *§. is qui* 3. *ad leg. Falc.* in quo ſi uſumfructum ſervi teſtator Titio legavit, quem ſervum poſt triennium liberum eſſe juſſit, non poteſt negari tranſlatum eſſe legatum in cauſſam libertatis, cujus dies pro conditione eſt. *l. unica §. libertatibus C. de cad. tol.* neque enim umquam competit, ſi ante triennium ſervus moriatur, & tamen medio illo tempore legatarius utitur fruitur ſervo: igitur quia tranſlatio non privat primum legatarium commodo medii temporis, ut nec privat ſpe deficiente conditione tranſlationis. Argumentum hoc fortius adſtringit, ſuppoſita eleganti certaque doctrina Cumani & Caſtr. in *d. l. ſi poſt mortem* 68. *§.* 1. *de leg.* 1. quando ſervus legatus eſt, & eidem ſervo legato libertas a domino directo relicta eſt ſub conditione, primum legatum ſervi ſub contraria conditione datum cenſetur. *d. §.* 1. rationem eleganter reddunt, quia ſi ſtatim cederet dies legati poſt mortem teſtatoris, & dominium ſervi legati a legatario adquireretur, inciperet eſſe alienus, & per hoc non poſſet directa libertas ei competere. *l. Stichus* 39. *de man. teſt.* quod cum metui non poſſit in legato uſusfructus, per quod proprietas ſervi non exit de familia teſtatoris, valet interim. *d. §. is qui* 3. notemus ſpeciem hanc tranſlationis, quæ fit per dationem directæ libertatis, comparari ademptioni, & efficere primum legatum conditionale ſpecialiſſima quadam ratione; videlicet ne interim exeat de dominio teſtatoris & heredis, qui eum repræſentat; ſed hoc inconveniens non militat in tranſlatione rei legatæ, quæ de primo ad ſecundum per exiſtentiam conditionis tranſire poteſt. *l. non ideo* 66. *de rei vindic. l. & poſt litem* 12. *§. res quæ* 2. *fam. erciſc. l.* 1. *§. ſervi* 4. *ad S. C. Syllan.* igitur tranſlatio ſub conditione facta interim non debet ſuſpendere primum legatum: probari etiam poteſt ex *l. ſi ſervus* 18. *§. ult. de vulg.* ubi proponitur ſervus teſtatoris Titio legatus, idem ſervus cum libertate filio impuberi pupillariter ſubſtitutus; reſpondetque JCtus, evaneſcere legatum exiſtente caſu ſubſtitutionis, id eſt filio decedente ante decimum quartum annum; cenſetur quippe alienatus cum ſua cauſſa, id eſt cum ſpe libertatis. *l.* 2. *de man. teſt. l.* 2. *de ſtatulib.* ut dixi *lib.* 3. *opuſc.* in *l. ult. de vulg.* quia legatum Titio datum ſervo legato non obeſt, qui eveniente caſu ſubſtitutionis a ſemet ipſo conſecuturus eſt libertatem: quare hæc tranſlatio non impedit adquiſitionem dominii ſervi legati. Ecce textum fere diſertum, ubi non obſtante tranſlatione facta ſub conditione legatum interim effectum ſortitur; igitur idem dicendum eſt generaliter, quam ſententiam ſuſtineo, quamvis Goffredus in *l. quod ſi alii* 7. *de adim. leg.* & egregius Cujac. *lib.* 37. *Dig. Juliani* in *l. legatum* 10. *eod. tit.* confuderint tranſlationem conditionalem cum ademptiona conditionali.

§. XII. Ex qua doctrina elucidari poſſunt multa JCtorum fragmenta, in quibus intervenit eadem tranſlatio adeo ſimilis tractationis & ſpeciei, ut vir ſupra invidiam maximus, a quo ego numquam diſſentio, vocaverit eam ſubſtitutionem in ſecundum caſum, id eſt in caſum jam adquiſiti legati: primum extat in *l. ſi fundum* 81. *§. Stichum* 2. *de leg.* 1. verba legati ſunt: *Stichum Sempronio do lego, ſi Sempronius Stichum intra annum non manumiſerit, eundem Stichum Titio do lego*, Sempronius fit dominus Stichi ex cauſſa legati, & poteſt illo frui per totum annum, & in fine anni illum manumittere; quod ſi eveniat conditio translationis, Sempronio non manumittente Stichum, ipſo jure ſervus transfertur in Titium: igitur translatio conditionalis non operatur ademptionem, niſi impleta conditione. Obſervo, Titium translatarium non fuiſſe rogatum manumittere Stichum; quapropter per tranſlationem legati adempta fuit ſpes libertatis, quæ Sticho competere poterat, manumittente eum primo legatario; quare dum ad ſecundum pervenit, in totum ſervus manet; ſi vero a ſecundo etiam liber eſſe juſſus eſſet, continuo elapſo anno liber efficeretur; quia non cenſeretur facta tranſlatio ad adimendam libertatem, ſed potius ad eam maturandam, ut Sabinus reſpondit in textu notando in *l. invitus* 34. *§. ult. de fid. lib.* qui ſic cum ſuperiori componendus eſt.

§. XIII. Extant etiam alia in *l. Stichum* 15. *de manum. teſt.* & in *l. ſi quis ita* 13. *de ſtatulib.* in primo proponitur Stichus legatus Sempronio ſub conditione, ſi intra annum eum manumiſerit, docemurque, anno elapſo confeſtim Stichum liberum fore, & nihil juris in eo ſervo Sempronium habiturum; in ſecundo idem dicitur de libertate ita ſervo data, *ſi hæres Stichum non manumiſerit, Stichus liber eſto*: quippe ſi heres vindicta aut teſtamento Stichum non manumittat, poſtremo inſtanti vitæ heredis ſervus ex priori voluntate directam libertatem conſequitur: in hoc poſtremo caſu tantum eſt datio libertatis ſub conditione, ſi heres non manumittat; quia non dicitur fieri translatio ab herede, ſed datio; cum ſit heres perſona, cum qua loquitur teſtator de ſupremis. *l. quidam referunt* 14. *de jur. codic.* & qui adeundo hereditatem ex quaſi contractu obligatur ad præſtationem legatorum. *l. qui abſentis* 5. *§. heres de obl. & act. §. heres quoque inſt. de obl. quæ ex quaſ. contr.* in primo vero caſu transfertur legatum in cauſſam libertatis, & ſervus pure legatus ſub conditione jubetur eſſe liber, ſi illum legatarius non manumiſerit, & antequam eveniat conditio, legatarii eſt, ea vero eveniente rapitur in libertatem: igitur translatio ſub conditione facta non impedit effectum legati, dum conditio pendet: non poſſumus negare dationem illam manere objectam ſubjectamque conditioni, videlicet reſolutivæ; illud tamen negamus, ſuſpendi pendereque dationem a contraria conditione adjecta ademtioni: aliud quippe eſt reſolvi ipſo jure ſub conditione dominium, quod pure incepit, aliud incipere & pendere a conditione, pendentia impedit adquiſitionem. *l. neceſſario* 8. *de per. & com. rei vend.* Reſolutio non impedit adquiſitionem, ſed jam factam & præcedentem reſcindit. *l. ſi quis hac lege* 41. *de rei vind. l. ſi ſub conditione* 16. *quib. mod. uſusfr. amitt. l. ſi fundum* 81. *in principio de leg.* 1. *l. ſi fundum* 105. *de condit. & dem.* juncta *l.* 1. *de leg. com.* cum ſimilibus: idcirco adveniente conditione translationis legati confeſtim reſolvitur datio legati, & fit translatio ipſo jure in eum, in quem translatum fuit.

§. XIV. Sed contra hanc partem opponitur textus in *l.* 3. *§. ſi quis ita* 4. *de adim. leg.* ſpecies eſt. Teſtator ita legavit: *heres meus Titio fundum dato, ſi Titius eum alienaverit, heres meus eundem fundum Sejo dato.* In primis tacite innuit aut ſupponit JCtus, in caſum alienationis fundi translatum fuiſſe legatum de Titio in Sejum; quærit tamen, a qua perſona, ex quo termino fiat translatio? an a legatario in legatarium, an per onerationem heredis? Quærit etiam utrum fideicommiſſum induci poſſit, per quod Titius rogatus cenſeatur fundum Sejo reſtituere caſu, quo illum alienaverit? & plane negat poſſe fideicommiſſum induci; quia in id tempus excurrit, quo jam a legatario fundus præſtari non poſſet, nempe poſt alienationem. *l. Lucius* 78. *§. rogatus* 15. *ad S. C. Treb.* ubi notatur; deinde docet, translationem fieri non poſſe ipſo jure a primo legatario in ſecundum; quia poſtquam fundus Titii factus fuit, & ab eo alienatus fuit, non poteſt ipſo jure ad ſecundum ſpectare, nec reſolvi dominium adquiſitum legatario, & ei, in quem alienavit: unde concludit, heredem oneratum eſſe, ut Sejo fundum det, quo caſu illum Titius alienet contra voluntatem teſtatoris: quare heredi conſulit, ut ſibi caveat contra primum legatarium, exacta cautione de fundo non alienando, vel ſi alienaverit, de inſerendo id, quod heredis interſit fundum alienatum non eſſe, ne oneretur duplici præſtatione: itaque voluntas teſtatoris eſt, ut quo caſu primus legatarius non obtemperet ſuæ voluntati, fundus pertineat ad ſecundum abſque eo, quod duplici præſtatione prægravetur heres, quidquid contrarium cenſuerit noſter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 2. *de leg. cap.* 1. *num.* 24. & 25. alioquin ſi teſtator primo & deinde ſecundo voluiſſet fundum relinquere in caſum alienationis, non poſſet contra voluntatem teſtatoris cautionem exigere heres, ex qua hypotheſi ſic argumentor: fundus primo legatus in ſecundum translatus fuit ſub conditione, ſi primus fundum alienaverit, & impleta conditione non recedit dominium a primo legatario in ipſo actu alienandi; quin potius tranfertur in eum, in quem alienatus fuit: igitur conditio translationis eveniens non auſert dominium rei primo legatario.

§. XV. Cui difficultati ut ſatisfaciam, obſervo voluntatem teſtatoris nonnunquam ita legatum transferre, ut non ſinat dominium irrevocabiliter nec revocabiliter radicari in primo legatario; nonnunquam vero ita transferre, ut dominium ſaltem revocabile radicetur in eo: utrumque effectum admittit conditio reſolutiva ex voluntate diſponentis, ut perſpici poteſt ex his, quæ notavi de donatione cauſſa mortis agens *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 2. *cap.* 5. ſic ergo inveſtiganda eſt teſtatoris voluntas, ut ſolerter colligamus, quando hoc vel quando illud voluit in *d. §. ſi quis ita* 4. conſtanter aſſeverandum eſt, conditionem legati non potuiſſe impedire translationem dominii in primum legatarium; quia eo caſu proſpexit ſecundo, ſi primus legatum alienaverit: alienatio vero eſt res inepta circa eum, qui dominus non eſt, argumentor ex *l. traditis* 20. *de adq. rer. dom.* igitur teſtator jubens, ut legatarius rem non alienaret, ſupponit in eo ſtatu eſſe, ut poſſet, & per conſequens ſupponit in eum jam eſſe translatum dominium ex cauſſa legati, in tantum, ut ſecundum legatum valeat tanquam de re aliena, & tanquam redimendum præſtandumque ab herede, qui oneratus fuit per verbum *dato*, ne legatarius ſecundus recurſum habeat contra primum legatarium, nec contra rem, quemadmodum ſi teſtator jubeat directis verbis, Stichum ſervum ſuum liberum eſſe, ſi heres eum alienaverit, vel cum heredis eſſe deſierit; quia hæc datio libertatis ſupponit potius quam tollit facultatem alienandi, nec utilem continet libertatis dationem, cum referatur ad tempus, quo ſervus alienus eſt, nec directam poteſt conſequi libertatem. *l. Stichus* 39. *de man. teſt.* notant Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 5. *princ.* 1. *illat.* 1. & noſter Valentia cum aliis *dicto tract.* 2. *de legat. cap.* 1. *ex num.* 12. ſecus eſt, ſi teſtator non ſuppoſita facultate alienandi in legatario primo vel in herede in defectum conditionis tranſtulerit in alium legatum, vel ſervo legato libertatem dederit; tunc enim ipſo jure ſervus fit liber, vel in ſecun-

cundum transfertur legatum, quia conditio, licet reſolutiva ſit & non ſuſpenſiva, impedit irrevocabilem dominii translationem, & operatur retro, ut in ſpeciebus nuper propoſitis, ad quam differentiam aperte reſpexit, licet alio diſputandi modo, ampliſſimus Præceptor meus D. Ramos in *manuſc. ad tit. de vulgari cap. 1. num. 4.*

§. XVI. Notemus denique, legata relinqui poſſe ſub conditione reſolutiva, & ſub eadem transferri poſſe de primo ad ſecundum legatarium. *d. l. ſi fundum 105. de cond. & dem.* quo in ſenſu temporalia rectiſſime dici poſſunt; quia temporalia dicuntur legata fideicommiſſave, quæ ſub aliquo caſu deſinunt, poſtquam valere incepiſſent. *l. ſi patroni 55. §. ult. ad S. C. Treb.* Potuit etiam legatarius fideicommiſſo gravari, ut poſt triennium vel poſt aliquod tempus rem legatam alii reſtitueret. *l. filiusfamilias 114. §. Marcellus 3. cum ſeqq. de leg. 1.* & aliis. Potuit etiam ad certum diem relinqui legatum, veluti in diem Sancti Joannis, cujus dies ſtatim cedit. *l. ſi poſt diem 5. §. 1. quando dies leg. ced.* Non potuerunt tamen relinqui legata usque ad diem certum, veluti usque ad decimum annum vel aliud tempus præſtitutum. In quo differebat legatum a donatione, quæ, ſi fieret usque ad certum tempus, valebat, eoque elapſo actio pro repetenda re competebat donatori, vel ſecundo donatario, ut hodie competit. *l. 2. l. quoties 3. C. de don. quæ ſub mod.* legata vero relicta usque ad certum tempus valebant, quia dominium ſtatim legatario adquiſitum non poterat deinde ipſo jure, nec admitti a legatario; quia tempus non eſt modus tollendi dominii, ut non eſt modus tollendæ obligationis. *l. ſervitutibus 4. de ſervit. l. obligationum 44. verſ. placet de obl. & act. l. eum qui 56. §. qui ita de V. O.* lapſus enim temporis præſtat contra petentem vel vindicantem exceptionem, ut conſtat ex legibus nuper citatis; ſed qui exceptionem habet; petitionem non habet; quare heres poſt tempus elapſum remedium contra legatarium non habebat; exceptio enim non eſt efficax remedium ad petendum. *l. ſi in area 33. cum ſimilib. de cond. ind.* Quod immutavit Juſtinianus in *l. ult. C. de legat.* conſtituens, ut usque ad tempus relicta legata valerent, quo elapſo dedit heredi actionem, ut ea a legatario repetere poſſet, qua de re dico in relectione *de donat. cap. 14. & 15.* Notemus ergo differentiam inter diem certum & conditionem reſolutivam: conditio efficit dominium adquiſitum a legatario revocabile, & eo reſoluto manet jus heredi, vel translatario ad petendam rem; dies vero certus non efficit dominium revocabile, quia tempus non habet tantam efficaciam; quare ſemel translato dominio non poterat res abſcedere a primo legatario, donec Juſtinianus ſcrupuloſitates iſtas ſuſtulit.

§. XVII. Ex quibus tam longe, ut videtur, petitis concinna nihilominus deſcendit ratio decidendi ad noſtrum textum, & ex eo deductam concluſionem, & ſimul ſolutio ſecundi argumenti; teſtator quippe cum primo legatario ſubſtitutum dat, primum affectum verſus illum demonſtrat, ſecundum vero voluntatem dirigit ad ſubſtitutum. *l. Publius 36. §. ult. de cond. & dem.* ſolidam ergo voluntatem in primis habet primus legatarius, ſi ad legatum pervenerit. *l. legata 6. C. de legat.* & in ipſius defectum vocatur ſubſtitutus, in quo ſubſtitutus differt a conjuncto, qui etiam ſubrogatur in defectum conjuncti non agnoſcentis legatum; ſed ab initio ita uterque vocatur, ut ſinguli poſſint ſimul ad partes concurrere; ut indicavi ſupra §. 8. differt etiam ſubſtitutio in ratione affectus & effectus a translatione conditionali; quia teſtator non habet primum affectum erga primum legatarium, nec quærit ſecundum in defectum primi, ſed æqualem erga utrumque; ita enim adimit primo legatario legatum, ſi eveniat conditio, ſub qua illud tranſtulit in ſecundum, & ea non eveniente nihil ſecundo dat: quare propriiſſime ſubſtitutus non dicitur ſed translatarius; quod ſi ea mente in ſecundum ſub conditione transferatur, ut omni eventu receſſum ſit a primo, juxta *l. quod ſi alii 7. cum ſeq. de adim. leg.* tunc nullam faciem ſubſtitutionis habet hæc translatio, cum non ſit prælatus primus legatarius, imo verſus ipſum mutata ſit teſtatoris voluntas: nunc tamen belliſſime quæri poteſt, attenta nova Juſtiniani Conſtitutione, quæ extat in *d. l. ult. C. de leg.* ſi teſtator primo legatum reliquerit usque ad certum tempus, veluti usque ad decem annos, deinde poſt illud tempus eandem rem ſecundo reliquerit, utrum hæc ſit translatio vel ſubſtitutio. Ego auſim dicere, ſubſtitutionem eſſe, quia in hac diſpoſitione elucet primus affectus verſus primum legatarium, & ſecundus affectus verſus ſecundum; erit ergo ſubſtitutio in ſecundum caſum, id eſt poſt adquiſitum legatum; non vulgaris quæ fit in caſum non adquiſiti; quam ſubſtitutionem comparo ſubſtitutioni militari, quæ propria ſpecies eſt ſubſtitutionum, ut dixi in *fine cap. 1. de vulgari.* hæc ſubſtitutio a milite ita fit. *Primus usque ad decem annos heres mihi eſto, poſt deinde ſecundus mihi heres eſto. l. in fraudem 15. §. miles ad tempus. l. quærebatur 19. § ult. l. miles 41. de teſt. mil l. certi juris 8. C. eod. tit.* junctis *l. centurio 15. de vulg. l. precibus 8. C. de imp. & al. ſubſt.* Ut ergo miles in prædicta ſpecie ſubſtitutionem facere dicitur in *d. l. miles 41.* ſic teſtator paganus, cui idem jus Juſtinianus conceſſit in legatis, ſubſtitutionem facere in eodem caſu cenſendus eſt. De fine aut neceſſitate ſubſtitutionis in legatis dicam infra §. 19. in ſolutione ad tertium argumentum.

§. XVIII. Ex qua decidendi ratione fit ſatis objectionibus ſupra propoſitis; non enim obſtat primum argumentum deſumptum ex *l. pater Severianam 101. de cond. & dem.* quod petit, ut ſubtilem differentiam indagemus inter ſubſtitutionem & translationem, quæ fit de primo in ſecundum legatarium ſub conditione poteſtativa adjecta primo: tunc quippe nulla videtur poſſe aſſignari differentia, ſi quidem legatarius non pervenit ad legatum, quia non vult, & hic procul dubio caſus eſt ſubſtitutionis in legatis: nihilominus Papinianus ſecundam diſpoſitionem appellat fideicommiſſum relictum ſub conditione, ex quo colligimus, ſecundum non eſſe ſubſtitutum; ratio eſt, quia licet conditio ſit poteſtativa, cujus implementum dependet a voluntate legatarii. *l. unica § ſin autem 7. C. de cad. toll. l. 2. de cond & dem.* tamen in illa perſpicitur præceptum teſtatoris, cui voluit obtemperari. *l. quæ ſub conditione 8. §. mortuo 7. in fin. de cond. inſt.* Qua de re expreſſius dixi *lib. 2. opuſc. ſect. 2. cap. 7.* adirique poſſunt noſtri Anteceſſores Amaya *lib. 2. obſerv. cap. 12. ex num. 14.* Arias de Meſa *lib. 2. var. cap. 4. ex num. 3.* Suarez de Mendoza ad *l. Aquil. lib. 1. cap. 4. ſect. 1.* igitur teſtator non habet primum affectum abſolutum erga primum legatarium, ſed conditionatum, ſi ſuæ voluntati obtemperet; quare ſi illam non impleat, nunquam videtur fuiſſe legatarius; neque enim in ſimplici ipſius voluntate ponitur, velle aut nolle, ſed facere aut non facere, quod teſtator præcepit, qua de cauſſa fideicommiſſum relictum Philippo in *d. l. pater Severianam* non dicitur ſubſtitutio, ſed fideicommiſſum ſub conditione datum. Videamus modo, quare non cenſeatur defecta conditio nubendi, ſi Severiana ante nubiles annos deceſſerit? Reſpondet Papinianus patris voluntatem exſpectandam eſſe potius, quam verba, quod in omnibus conditionibus regulare eſt. *l. in conditionibus 19. de cond. & dem. l. heredes mei 57. §. eam ita ad S. C. Trebell.* Pater vero, qui filiam deſtinavit nuptiis cognati, voluit ut voluntati ejus pareret filia, invitavit filium, ut ejus animum pelliceret dato fideicommiſſo, & poteſtatem patriam ſic coadjuvaret, (cujus virtute filiam nuptiis deſtinare potuit. *l. tu-*

l. tutor 36. *l. non eſt matrimonium* 66. *de rit. nupt.* Cujacius *lib.* 16. *obſerv. cap.* 33.) adjunxit allectamentum lucri; ſed quæ ad annos nubiles non pervenerit, non poteſt dici contemnere voluntatem patris: igitur non eſt defecta conditine: ita poſt Acc. & alios Coſta in §. *& quid ſi tantum num.* 3. & in §. *ſi arbitratu limit.* 6. *num.* 9. *& lib.* 2. *ſelect. cap.* 4. *num.* 4. facitque communis doctrina, quam de conditionibus poteſtativis tradit cum multis noſter Arias de Meſa *d. cap.* 4. *ex num.* 4. Quæri etiam poteſt, utrum translatio fideicommiſſi facta in Philippum fuiſſet pœnalis, id eſt cauſſa coërcendi contumaciam Severianæ, ſi cognato nubere noluiſſet? huic quæſtioni tacite reſponder Papinianus, non fuiſſe pœnalem, ſed conditionalem; pœna enim a conditione tantum diſtat in intentione proferentis. *l.* 2. *de his quæ pœn. nom. rel.* ſupponens ergn bis conditionem eſſe, ſub qua fideicommiſſum translatum fuit in Ælium Philippum, in ſuppoſito præſtitit deciſionem; ut & Scævola in *l. a teſtatore* 109. *de cond. & dem.* ubi dixi ad notas Claudii *lib.* 4. *opuſc.* conjecturam procul dubio ſumpſit Papinianus, prout eſt ſagax & ſubtilis ex eo, quod Philippus cognatus erat teſtatoris: ergo affectum etiam erga illnm potuit habere. *l. merita* 9. *ff. pro ſoc.* Quapropter cenſuit ſine filiæ odio, voluiſſe teſtatorem conſulere cognato, quando illi nolet Severiana nubere; alioquin pœnæ nomine relictum inutile foret juxta Papiniani ſæculum. §. *pœnæ quoque nomine inſtit. de legat.*

§. XIX. Non obſtat tertium argumentum, (nam ſecundo ſatisfeci ſupra §. 17.) hujus ſolutio poſtulat, ut de fine aut cauſſa ſubſtitutionis in legatis quædam dicamus. Principalior finis & magis abſolutus eſt, ut una voluntate multos caſus comprebendat teſtator absque eo, quod expoſitus maneat irritationi diſpoſitionis ſuæ, vel indigear novam voluntatem ordinare, qui eſt communis caſus cujuscumque ſubſtitutionis vulgaris, ut dicam annuente Deo *cap.* 3. tractatus principalis; qui enim legatum, quod primus legatarius ex accidenti aliquo capere non potuit, (veluti quia vivo teſtatore decedit, vel propter alios quoslibet eventus) alii vult relinquere in prioris defectum, omnia ex integro facere tenetur, tabulas videlicet componere, teſtes quærere, novum ordinare teſtamentum, vel ſaltem codicillos adjicere. *l. heredes palam* 21. §. 1. *qui teſ. fac. poſſ. l. ſi quis eum* 16. *de vulg.* facta vero ab initio ſubſtitutione omnibus his caſibus occurrentibus proſpicit, imo poſt Conſtitutionem Juſtiniani, quæ extat in *d. l. ult. C. de legat.* per quam legata in tempus relinqui poſſunt, poteſt teſtator una voluntate multos caſus comprehendere, cavendo usque in perpetuum de re legata, ut poſt mortem primi & ſecundi ſequentiumque ad ulteriores perveniat; quæ potuit eſſe origo majoratuum noſtri Regni, ſi ex re aliqua aut ex parte bonorum inſtituantur, ut perſpiciunr Molina *de primog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 7. Paz *de tenuta cap.* 33. *ex num.* 45. noſter Pichard. in *lectur. ad tit. de vulg. cap.* 1. *num.* 15. Quæ eſt ratio, propter quam hodie non frequententur fideicommiſſa, quæ olim familiæ relinquebantur, de quibus in *l. omnia* 32. §. *in fideicommiſſo. l. filiusfamilias* 114. §. *Divi* 14. *de leg.* 1. Itaque finis hic abſolutus & olim fuit & hodie manet; ſed apud Romanos vigentibus caducariis legibus Papia Poppæaque alius finis fuit magis ſpecialis, videlicet occurrere caducitati, ſi forte legatarius ante mortem teſtatoris decederet, vel poſt mortem ejus ante aperturam tabularum, juxta caſus, quos diſtinxi ſupra §. 5. leges vero caducariæ tantum in fiſcum cogebant illa legata, quæ legatatio vacuata erant, & fiſcum præferebant heredi, penes quem antea reſidebant, & nunc reſident; quia ſi de illis expreſſe ſpecialiterque caviſſet teſtator in caſum defectus primi legatarii, vel per ſubſtitutionem vel alio modo, non erat locus caducis. *l. unic.* §. *in primo* 3. *C. de cad. toll.* unde diſſolvitur argumentum; leges enim caducariæ nihil caverunt contra expreſſam voluntatem teſtatoris; & ideo teſtator, qui diſpoſitioni ſuæ proſpiciens in caſum deficientis prioris legatarii alium ad eandem rem legatam adjecit, ſuo jure uſus fuit, & nec fiſco nec legi fraudem fecit, *arg. l. cum pater* 77. §. *a Titio* 31. cum ſimilibus *de leg.* 2. quare hoc remedium optimo jure inventum & frequentatum fuit a providis teſtatoribus, qui per illud caute evitabant periculum caducorum: ſed de tota hac re latius erit diſputandum in *d. cap.* 3.

§. XX. Solutio quarti argumenti petit differentiam inter ſubſtitutionem vulgarem in hereditatibus & in legatis, quam ut præſtemus, in primis curioſe obſervanda eſt ſubtilis differentia inter legatum ita relictum: *lego Titio fundum, ſi voluerit; quod ſi non voluerit, eundem fundum Sejo lego.* Et ita: *Titio fundum lego; quod ſi noluerit agnoſcere legatum, vel quo alio caſu ad eum non pervenerit, Sejo lego.* primum legatum conditionale eſt; quamvis enim omnibus legatis tacite inſit conditio, ſi illa legatarius agnoſcere voluerit. *l. ſi tibi homo* 86. §. *cum ſervus* 2. *de leg.* 1. tamen expreſſa majorem energiam habet quam tacita; quia non aliter pertinere incipit legatum ad legatarium, quam declaret ſe velle legatum, ſive quod idem eſt, agnoſcat legatum; unde ſi ante agnitionem decedat, non transmittit hoc legatum tanquam conditionale ad heredes. *l. ſi ita legatum* 65. §. *illi ſi volet de leg.* 1. *l. ſi ita expreſſum* 69. *de cond. & dem.* notant Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 2. *num.* 2. Donell. *lib.* 8. *comm. cap.* 15. *& lib.* 15. *cap.* 11. *&* 12. *verſ. quod ſervatur.* Sanchez *lib.* 5. *de matr. cap.* 1. *ex num.* 6. Barthol. Cbeſius *lib.* 1. *interp. cap.* 25. unde ſi teſtator voluntatem legatarii non exegerit in vim conditionis, ſed in vim acceptationis, legatum purum eſt; veluti ſi ita dixerit: *lego Titio fundum, ſi Titius repudiaverit legatum, vel ad legatum non pervenerit, eundem fundum Sejo lego*; quare a morte teſtatoris ſtatim cedit, & ad heredes transmittitur, primo quia illa verba non fuerunt adjecta dationi, ſed acceptationi; idcircoque non faciunt conditionem. *l. ex his verbis* 5. *C. quando dies leg. ced.* Secundo quia hæc verba, *niſi noluerit*, non convertuntur in hæc, *ſi voluerit*, nec ſiguificant voluntatis expreſſionem, ſed non contradictionem, non refutationem, ut in optimo caſu probat textus in *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſic fideicommiſſum* 5. *de leg.* 3. quem poſt alios expoſui *lib.* 4. *opuſc. ad notas Claudii in l. uxorem* 41. §. *Scævola de leg.* 3. Comparemus ergo legata relicta ſub conditione, *ſi voluerit*, cum hereditatibus; hereditas extraneo data ſub hac clauſula, non eſt conditionalis; quia non aliter exprimitur quam ineſt; ſi quidem non alio modo poteſt heres adquirere hereditatem, quam volendo; data vero ſuo heredi facit dationem conditionalem, quia ſuus, ut heres patri exiſtat, non indiget expreſſione voluntatis. *l. furioſus* 63. *de adq. her.* juncta *l. in ſuis* 11. *de lib. & poſt.* §. *ſui autem de her. qual. & diff.* §. *ita demum de her. quæ ab int. def.* quamobrem ſi exprimatur conditio, ponitur in voluntate filii heres eſſe aut non eſſe, & propterea expreſſio illa efficit inſtitutionem conditionalem. *l. ſi cum Cornelius* 69. *l. jam dubitari* 86. *de her. inſt. l. hæc verba* 12. *de vulg.* dixi latius *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 3. *cap.* 2. quibus præmiſſis ſic argumento ſatisfacio. Si teſtator expreſſe legaverit primo legatario ſub conditione, ſi voluerit legatum agnoſcere, non prius conſequitur legatum, quam illud agnoverit; quia conditionale legatum eſt; quod ſi ſimpliciter legatum reliquerit, & ſubſtitutum dederit in caſum, quo primus legatarius non agnoſcat legatum, vel alio modo deficiat, tunc purum eſt & ad heredes legatarii ſpectat, etſi ante agnitionem decedat legatarius, modo poſt diem legati cedentem decedat: igitur non extinguitur morte jus primi

le-

legatarii, & per conſequens nec ſtatim operatur effectum ſubſtituti: comparemus iterum legatario ſuo heredi-ſuus heres, cui datus eſt ſubſtitutus, per dationem ſubſtituti non amittit jura ſui heredis, ſed ſtatim exiſtit heres a morte patris. *l. ſi filius heres* 16. *de lib. & poſt.* Coſta in §. *& quid ſi tantum part.* 1. *num.* 26. *& lib.* 2. *ſelect. cap.* 1. *num.* 1. & in Scholiis ad *d. l.* 16. noſter Pichardus in *d.* §. *ita demum ex num.* 30. & in *lecturis ad tit. de adq. her. cap.* 16. *num.* 21. *& cap. ult. num. ult. verſ. vero.* ſic etiam ſubſtituti datio non efficit, ut legatum primo legatario relictum intransmiſſibile ſit: itaque cum dicimus, ſubſtitutionem in legatis evaneſcere per agnitionem primi legatarii, non dicimus a contrario ſenſu, ſi moriatur primus legatarius, ſtatim effectum ſortiri; quia argumentum a contrario ſenſu in jure non admittitur, quando ſequitur abſurdum. *l.* 1. §. *ejus de off. ej. cui mand. eſt jur.* notat noſter Pichard. in *tract. de mora num.* 132. niſi ſub expreſſa conditione, *ſi voluerit*, datum ſit, quo caſu conditionale eſt, ut dixi, & hunc eſſe ſenſum *d. l. ſi legata* 6. *C. de legat.* exiſtimo.

§. XXI. Denique non obſtat textus in *l. ſi quis ſervum* 8. §. *certam* 4. *de leg.* 2. quem objeci ſupra §. 7. diſſolvitur enim facile poſita ſpecie, quæ talis eſt: legatus fuit fundus Titio hoc modo: *heres meus Titio fundum dato, ſi Titius monumentum mihi non conſtruxerit, eundem fundum Sejo dato*: vel ſic, *ſi Titius in Capitolium non aſcenderit*, ut in *l. Titio* 73. *de cond. & dem.* quo in caſu utrique obligatus eſt heres, & uterque propter ſuum caſum petere poteſt, ut res ſibi præſtetur data cautione, heresque eligere poteſt, cui præſtet, niſi evidens calumnia ſit ſubſtituti; quia ſic determinatur voluntas circa primum, ut locum relinquat dubio eventui, propter quem ab utroque cautio admittitur. Aliter acceperunt hunc textum Accurſius, Bartolus, & Claſſici, & Cujac. *lib.* 20. *quæſt. Pap.* in *l. Imperator* 70. *de leg.* 2. videlicet de legatario onerato per fideicommiſſum fundum alii reſtituere, quem exiſtimant, dici ibi ſubſtitutum oblique aut improprie; ſed hæc interpretatio vim facit literæ.

§. XXII. Ex quo primo infero, interpretationem ad textum in *l. cum proponebatur* 64 *de leg.* 2. teſtator pluribus fideicommiſſum dedit in primis tabulis ſub aliqua conditione, eoſdem ſubſtituit pupillariter filio ſuo impuberi in ſecundis tabulis, & tunc ſubſtituit eos invicem reciproce; ſed non ſubſtituerat quoad fideicommiſſum, non quidem ex defectu voluntatis, ſed per errorem; quia cum voluiſſet, per errorem omiſit facere ſubſtitutionem, qua de re Conſulti Marcus & Commodus Imperatores reſcripſerunt, etiam in fideicommiſſo videri factam ſubſtitutionem reciprocam; ſic poſſet argui; ſubſtitutio in eo diſtat a conjunctione, quæ producit jus adcreſcendi, quod illa expreſſa voluntate nititur. *l. unic.* §. *in primo* 3. *C. de cad. toll.* hæc vero tacita, ut dixi ſupra §. 8. ſed in hoc textu ſubſtitutio etiam admittitur ex tacita voluntate: igitur inter utramque nulla eſt differentia. Reſpondet tamen Papinianus, non tam provenire ex tacita voluntate, quam ex minus expreſſa propter errorem teſtatoris, quamvis tacita in hoc caſu ſufficeret ad inducendam ſubſtitutionem; ut enim ex nuda, ſimplici, & verbis non expreſſa voluntate inducitur datio fideicommiſſi. *l. unum ex familia* 67. §. *ult. l. ſequens* 68. cum ſimilibus *de leg.* 2. ita poteſt induci ſubſtitutio; in legatis vero hoc non diceretur, quæ verbis indigent, & quidem olim ſolemnibus, ut docuit Cujac. cum Claſſicis in prædicto textu, in quo amplius non immoror.

F I N I S.

JOSE-

Digitized by Google

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES,

ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

AD

LEGEM INTER STIPULANTEM LXXXIII. DIG. DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS,

NOVANTIQUA PRÆLECTIO.

Quatra Prælectionibus aſſignatis revolutis, ex quo huic cathedræ præſum, obtigit totidem vicibus *hanc legem* explanare, & cum repetitio ſine incremento laboris tædium faciat, ſemper nova aliqua & novo ſtilo conſcripta Auditoribus meis præſtiti, quod Prælectiones ipſæ monſtrabunt, ſtudentium manibus tritæ, vel ſaltem verſatæ. Ergo cum ex inſtituto Academico exponenda ſit hoc ſemeſtri, ne ſubinutationem faciamus, curabimus ſic vetera expolire, ut nova forſan videantur, nonnullis additis ex nova obſervatione, quæ operæ pretium ſint, ſi non magnum, forte non pœnitendum. Communiſſima eſt, ne vos decipiam, Chariſſimi & Clariſſimi Auditores, *de ſtipulatione facti alieni* tractatio, a ſummatibus juris Anteceſſoribus meis deciſa, exornata, illuſtrata, a me etiam ſæpe tentata & expoſita; ſed difficilis admodum & præceptore indigens: nec male ad rem uſurpo verba Senecæ *de vita beata cap.* 1. *in illis*, inquit, *comprehenſus aliquis limes, & interrogati incolæ non patiuntur errare: at hic tritiſſima quæque via, & celeberrima, maxime decipit.* Ea profecto ſelegimus, quæ ſolida & æquabilia ſint, magis profectui veſtro conſulentes, quam pompæ aut faſtui; *non ea, quæ foris nitent, introrſus miſera ſunt*, ut idem *cap.* 3.

DE STIPULATIONE FACTI ALIENI,

Ad Principium Legis.

§. I. Paulus *lib.* 72. *ad Edictum* in *princ. hujus legis* præmittit, inter ſtipulantem & promittentem negotium contrahi: *negotium* eſt verbum πολύσημον, id eſt variæ ſignificationis, ſed juxta ſubjectam materiam denotat cauſſam & originem obligationis, circa quam celebratur contractus, ſive contractum ipſum in fieri, ut ita me explicem, ſic cum de lite loquimur, notat actionem ipſam purgandi & litigandi, quando ſententialiter cauſſa definitiva non eſt, ut teſtis eſt D. Iſidorus *lib.* 18. *orig. cap.* 15. docent ad rem Donell. in *præſenti num.* 1. noſter Pichard. in §. *ſi quis alium num.* 12. *inſt. de inut. ſtip.* ſenſus ergo eſt, negotium, circa quod verſatur contractus inter promittentem & ſtipulantem, conficitur: ex quo deducit per conſequentiam, non obligari eum, qui promittit alium daturum facturumve, quia negotium totius obligationis proprium eſt ipſorum contrahentium, & ex ipſorum perſona originem capit, idcirco inutile redditur, ſi admittatur alia extranea perſona. *l. quæcumque* 11. *de O. & A.* cujus rei rationem brevius præſtitit Paulus in *præſenti*; quia de ſe quiſque promittere debet, non de alio; ſi enim negotium eſt inter ipſos contrahentes, aliena perſona ſupervacuo inſeritur obligationi, quæ ſuper illo negotio contrahitur.

§. II. Ex qua litera ſic conciſe concinneque expoſita ſequens deducitur concluſio in jure noſtro civili veriſſima: *ſtipulatio facti alieni ad nihil valet*, quæ diſerte probatur ex *l. ſtipulatio* 58. *pr. & §.* 1. *hoc tit. l. fluminum* 24. *§. quamquam* 6. *de damno infecto. l. ſicut* 65. *de fidejuſſ. §. ſi quis alium* 2. *& §. vice verſa* 21. *inſt de inut. ſtip. l.* 11. *tit* 11. *Part.* 7. & in conſtituto probat textus in *l. eum qui* 5. *§. ſed & ſi quis* 4. *de conſt. pec.* poteſtque per argumentum adduci textus in *l. ſi ſine* 9. *§. eſt & alius* 3. *cum l. ſi filius* 19. *de interrog. in jure fac.* quam doctrinam docent & illuſtrant Cujac. *lib.* 12. *obſerv. cap.* 30. Donellus & Hilliger. *lib.* 12. *cap.* 19. *per tot.* Covarr. in *cap. quamvis pactum part.* 2. §. 5. *a princ.* Parlador. *lib.* 2. *rer. quotid. cap.* 3. *num.* 29. *& ſeqq.* H. Grotius *de J. B. & P. lib.* 2. *cap.* 11. §. 22. *& cap.* 15. §. 3.

§. III.

§. III. Sed quamvis primo aſpectu facilis noſtra aſſertio videatur, non caret ingenti dubitandi ratione; quippe datis omnibus ſolennitatibus, quas hic contractus olim exigebat, quod inutilis ſit facti alieni promiſſio, ex duplici capite debebat provenire, vel ex parte rei promiſſæ, vel ex defectu conſenſus, conſiliique promittentis; ſed neutro ex capite debet talis promiſſio vacillare; ergo non eſt recta concluſio. In primis probatur, quod ex parte rei non deficit, quia is, qui promittit, Titium daturum vel Romam iturum, non promittit rem factu impoſſibilem, neque turpem, ſed quæ fieri poteſt, vel dari, ut argumentatur Donellus in *præſenti:* ergo non impeditur hæc obligatio tanquam rei impoſſibilis, ut volebant poſt alios Alciatus *hic num.* 1. Ant. Gom. *d. cap.* 10. *num.* 23. deinde neque ex defectu conſilii, aut propter temeritatem, ut alii volunt; quia non præciſe cenſendus eſt promittere, quod Titius det vel faciat, ſed curaturum ſe, & ſatis acturum, ut det faciatve; illud quippe temetarium eſſet, & extra facultatem promittentis poſitum. *d. l. flumiaum* 24. §. 6. *de damno infect.* hoc tamen in ſua poteſtate eſt; ergo debuit ſumi illa interpretatio, per quam contractus in tuto maneret. *l. quoties* 80. *hoc tit.* rurſus hæc promiſſio jure civili ſuſtinetur, & efficax eſt, ſaltem ut teneatur promiſſor ad ſatagendum, *promitto curaturum me, ut Titius faciat;* ut probat ex juris ratione textus in *l.* 11. *tit.* 11. *Part.* 5. Alciat. in *præſenti num.* 6. & in *l. illa ſtipulatio* 67. §. 1. *num.* 6. *hoc tit.* ſed hæc promiſſio ab illa, *promitto Titium facturum*, tantum diſtat verbaliter; quæ differentia in jure non attenditur. *l.* 2. *in fin. ff. commun. de leg.* ergo vel utraque, vel neutra debuit valere contra textum in *l. ſi ita ſtipulatus* 97. §. 1. *hoc tit.*

§. IV. Qua dubitandi ratione non obſtante dicendum eſt ex jure civili Romano, veriſſimam eſſe noſtri textus concluſionem, pro cujus elariori expoſitione obſervandum eſt, *ſtipulationem eſſe verborum conceptionem, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve ſe reſpondet. l. ſtipulationum* 5. §. 1. *hoc tit.* Ex quibus verbis tantum expendo illud *ſe*, quod denotat eſſe ſubſtantiale in ſtipulatione, ut quis de ſe promittat, non de alio, ſicut ſolemnitas verborum ſubſtantialis eſt. Ex quo primum infertur, eum qui promittit, alium daturum facturumve, nec naturaliter quidem obligari, quod denotant illa verba noſtræ concluſionis *ad nihil valet*, quemadmodum enim nec naturaliter obligatur, qui non verbis ſed nutu reſpondit. *l.* 1. §. *ſi quis ita* 2. *verſ. contra hoc tit.* vel quia non cogitat de paciſcendo nude, qui ad ſtipulandum accedit, & per conſequens deficit conſenſus ad pactum, vel quia jus civile improbavit contractum ſtipulationis, & conſenſum in eo aliter præſtitum, quam per ſolemnia verba, ut æſtate præterita dixi in *tract. de oblig. naturali* §. 21. ſic qui alium daturum facturumve ſpondet, nullatenus adhuc nec jure naturali obligatur, quia jure civili ad nihil valet conſenſus, qui ſuper facto aut datione alterius interponitur ab eo, qui de ſe non ſpondet. Itaque ſi quæratur, an ex promiſſione facti alieni naſcatur obligario naturalis? ſic diſtingeendum eſt: vel loquimur ſecundum jus civile Romanum, & in terris, in quibus viget: vel loquimur ſepoſito & non conſiderato hoc jure: ſi loquimur ſecundum jus civile, non naſcitur ex tali promiſſione obligatio naturalis; quia aliter facta promiſſio, quam de ſemet ipſo, improbata eſt, ſive ut dixi ad nihil valet: quod licet breviter prævidit noſter Pichard. in *d.* §. *ſi quis alium num.* 13. ergo ſepoſita conſideratione juris civilis producit obligationem naturalem ad ſatagendum & curandum, juxta quos terminos accipio doctrinam Jaſonis in *præſenti num.* 4. Navarri in *cap. ſtatuimus* 19. *quæſt.* 3. *num.* 14. Covarr. in *cap. quamvis pactum parte* 2. §. 5. *num.* 2. Sanchez *de matr. d. diſputat.* 24. *num.* 12. Grotii *lib.* 2. *cap.* 11. §. 22. & *cap.* 15. §. 3. docentium, ex promiſſione facti alieni prædictam obligationem naturalem naſci ad ſatagendum & curandum.

§. V. Cur tamen jus civile Romanum tam præciſe exigeret, ut de ſe quisquam promitteret, non de alio, videtur mihi expreſſe traditum a Conſulto in *l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus* 2. *in fine hoc tit.* ibi: *Plerumque enim in ſtipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inſpicienda ſunt: raro ineſſe tempus, vel conditionem, ex eo, quod agi oportebit, intelligendum eſt; nunquam perſonam, niſi expreſſa ſit;* quæ verba ſignificant, in ſtipulationibus ſolere ex re ipſa, ſive ex natura rei ſubintelligi adjectum diem, & appoſitam dilationem; utriusque rei exempla ſunt, veluti ſi cum Romæ eſſes, promiſiſti dare Carthagini, ineſt tantum temporis, quanto opus ſit ad perveniendum Carthaginem. *l.* 2. §. *pen. ſi quis caution. l.* 2. §. *qui ita* 6. *de eo quod cert. loc. l. interdum* 73. *l. continuus* 137. §. *cum ita* 2. *l. ult.* §. *cum inter* 4. *hoc tit.* §. *loca* 7. *inſt. eodem. l.* 13. 25. & 35. *tit.* 11. *Part.* 5. vel ſi fœtum pecoris, partum ancillæ, fructus naſcituros, promiſſoris ineſt tacita conditio, ſi naſcantur, quamvis expreſſa non ſit. *l quod in rerum natura* 24. *de leg.* 1. *l. heredes* 15. *de leg.* 3. *l.* 1. §. *ult. de condit. & demonſtr. d. l. interdum* 73. *noſtra lex inter ſtipulantem* 83. §. *ſacrana verſ. pro quo & illud hoc tit.* nunquam tamen intelligi adjectam aut inſertam aliam perſonam, quam de qua expreſſe & nominatim conventum fuit; ad quod ſolent expendi textus in *l. ſi unus* 27. §. *pacta* 4. *verſ. ante omnia de pactis. l. ſi ita quis* 16. §. *pen. de teſtam. tut. l. Titius* 25. *de lib. & poſth. cap. pen. & ult. de effic. & poteſt. judicis delegati.* cum ergo, qui expreſſe & abſolute ſpondet, alium daturum, nihil omnino promittat, conſequens eſt, ut ejus perſona nullo modo poſſit cenſeri comprehenſa in contractu, neque ad dandum faciendumve, neque ad ſatagendum: non ad dandum, quia ipſe de dando nunquam cogitavit, & actus agentium non operantur ultra eorum voluntates. *l. ſi quis* 4. *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* non ad ſatagendum, quia cum de alio promitteret, ipſius perſona adjecta aut inſerta non poteſt videri.

§. VI. Quæ tamen ratio mere civilis eſt, & ex providentia legum Romanarum, cum alioquin ex jure naturali, (ad quod refertur fidem ſervare. *l.* 1. *de pact. l.* 1. *de conſtit. pecun l. Stichum* 95. §. *naturalis de ſolution.*) qui alium daturum promiſit, non fruſtra cenſeatur promittere, nec aliter impleat, quam ſi curet & ſatagat, ut faciat is, de quo promiſit, ut dixi ſupra §. 4. jus vero civile ideo talem contractum nullum reddidit; quia ſatius putavit, illum inſuper habere, & derelinquere, quam dare actionem contra promiſſorem judicando obligationem aliquam ultra id, de quo præciſe verbis contrahentium cautum fuit; cum enim ſemper ſtuduiſſet cauſſas litium amputare. *l. ult. pro ſuo. l. properandum* 13. *C. de judiciis.* ſtuduit per conſequens origines obligationum reſecare; nam ex obligatione actio naſcitur. *l. licet* 43. §. *ea obligatio de procurat.* & actio eſt cauſſa judicii. *l. pupilli* 6. §. *ult. de negot. geſt.* cum definiatur jus perſequendi in judicio. *princ. inſtitut. de action.* idcirco voluit, ut in tantum quis obligatus maneret, in quantum lingua nuncupaſſit, id eſt, expreſſe promiſiſſet, non magis, quod jus Legi XII. Tabb. acceptum referunt Cicero *lib.* 1. *de legib. & lib.* 3. *de offic.* Feſtus in *voce nuncupata*, & poſt eos D. Ferdinandus de Mendoza *lib.* 3. *diſput. de pact. cap.* 9. *num.* 7. Fulvius Urſinus ad *Leg. XII. Tabb. in notis verbo nuncupata pecunia.* Rævard. *cap.* 16. Gothofred. *lib.* 2. *tit.* 5. ut inde innoteſcat, a mente juris civilis abhorrere, indagare per conſequentiam obligationis cauſſam, & facere aliquem reum debendi, quando expreſſe de ſe non promiſit, ſed de alio, quam rationem decidendi diu a me quæſitam, & noviſſime inventam deſiderio veſtro ſatisfacturam ſpero.

§. VII. Ex qua non obſtant rationes dubitandi ſupra expreſſæ; fatemur enim promiſſionem facti alieni non continere rem turpem vel impoſſibilem, imo nec temerariam; ſed ideo non ſuſtinetur, quia is, qui de alio promittit, nihil de ſe promittit verbis expreſſis, nihil de lingua nuncupat, quod ad obligationem exigitur Lege XII. Tabb. nnde apparet, non poſſe in ſtipulatione facti alieni aliquam interpretationem ſumi, per quam cenſeretur promittere de ſe aliquid, qui ſpopondit alium daturum facturumve; quia interpretationes verſantur circa adminicula ipſa contractus, veluti circa locum, tempus, vel tacitam conditionem, quæ ſolent ineſſe; non vero circa perſonam; nec enim comprehenſa cenſetur, de qua nominatim cautum non eſt. *d. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus hoc tit.* Donell. ſub *lib.* 8. *commeut. ad l. quoties* 12. quomodo exponitur & vulgo recteque accipitur in *d. l. quoties* 80. *hoc tit.* ut docent ibi communiter Claſſici usque ad Giphan. Cujac. in *l. eum qui* 41. *hoc tit.* Donell. ſub *lib.* 8. *comm. ad l. quoties* 12. *& l. ubi* 21. *de reb. dubiis.* Petr. Fab. & Gothofr. in *l. in contrahenda* 172. *de R. J.* minus obſtat, quod valeat ſtipulatio, per quam quis nominatim promittit, ſe curaturum ut alter det, vel faciat, quia tunc factum curandi de ſemet ipſo quis promittit, & quemadmodum alia facta non turpia, nec impoſſibilia in ſtipulationem deduci poſſunt. *l.* 2. *iu princ. hoc tit.* ita & iſtud utiliter promittitur; neque eſt verbalis differentia inter has duas ſtipulationes, *Titium daturum promitto*, & *curaturum me, ut Titius det*, ſed realis; quia in prima nihil de me ſpondeo nominatim, quod a jure Romano abhorret; in ſecunda vero promitto de memet ipſo. *l. ſicut* 65. *de fidejus.* cum aliis ſupra §. 2. adductis.

§. VIII. Itaque hæc doctrina ſuſtinenda eſt: ſtipulatio facti alieni ad nihil valet jure civili, ex peculiaribus legibus Romanorum, quæ omnem promiſſionem repulerunt, quam promiſſor de ſe non faceret, valet tamen ex ratione naturali; quia qui ſerio, & deliberato animo ſpondet alium daturum, de ſe per conſequens aliquid ſpondet, nempe curaturum ſe, ut ille agat, quod factum curandi neque impoſſibile eſt, nec bonis moribus contrarium.

§. IX. Ex quo principio, quod ſingulare eſt in hac tractatione, facile tota noſtra materia elucidatur, & inprimis infertur; ſi ſtipulationi facti alieni pœna promiſſa ſit, valere omnimodo, quoad promiſſionem pœnæ, in qua nullitatis ratio deficit, cum de ſemet ipſo promiſſor ſpondeat: itaque tunc factum alienum in conditione eſt; pœnæ vero promiſſio in obligatione: alio faciente liberatur promiſſor, non faciente præciſe obligatur: quemadmodum ſi quis ſub alia quavis conditione poſſibili, poteſtativa, caſuali, vel mixta promitteret, obligaretur veniente conditione, vel defecta non obligaretur; ita probatur diſerte ex *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *at ſi quis* 2. *hoc tit.* §. *verſa vice* 21. *inſt. de inutil. l.* 37. *verſ. mas en las penas tit.* 11 .*Part.* 5. ſupervacua eſt ergo illa diſputatio, an, ſi extraneus deſinat facere ob aliquam inculpabilem difficultatem denuo ſupervenientem, committatur pœna? Pœna ergo committitur præciſe; quia datum vel factum non fuit ab extraneo; non quia extraneus in culpa fuiſſet, & ſic ſemper debetur: quæ eſt communis & veriſſima ſententia, eamque docent Jaſo cum veteribus in *d. l. ſtipulatio iſta* 38. *num.* 10. ubi eleganter Alciatus ex *num.* 31. Duarenus & Donell. *num.* 4. & 15. Giphanius *num.* 10. & Cujac. *ibidem.* Connan. *lib.* 6. *comm. cap.* 4. *num.* 10. Pichard. in §. *ſi quis alium num.* 31. *inſt. de inutil.* omiſſis diſtinctionibus Canoniſtarum, quos ſequitur & recenſet Sanchez *d. lib.* 1. *diſputat.* 14. *nuu.* 6.

§. X. Itaque ut debeatur pœna adjecta ſtipulationi, non inſpicimus, quod prima intentio ſub obligationem cadat; ſed tantum inſpicimus, quod poſſit fieri, nec ſit turpe, impoſſibile, aut jure probibitum: in ſumma, quod dicimus de eo, quod ſub conditione ponitur, dicimus de pœna ſuper facto alieno promiſſa; ſi ſit factum, cujus implemento nec natura nec jus repugnet, eo non facto debetur pœna; ſi ſit tale factum, cui jus vel natura repugnet, non debetur pœna, ſed inutilis eſt ſtipulatio, ut de impoſſibili conditione dixi ad *l. impoſſibilis* 7. *hoc tit.* Cum ergo, quod Titius Romam eat, aut centum det, neque impoſſibile ſit, neque jure improbatum, conſequens eſt, ut in defectum facti pœna debeatur, non aliter, quam ſi ſub una oratione conditionaliter ita promiſſam fuiſſet: *ſi Titius Romam non eat, centum dabo:* quam ſtipulationem utilem eſſe nemo negaret: erit ergo utilis etiam, quamvis ſub duplici oratione concepta ſit, hoc modo: *promitto Titium Romam iturum; ſi non ierit, centum promitto*; quia promiſſio pœnalis a conditionali tantum diſtat intentione agentium. *l.* 2. *de his quæ pœnæ nom. relinq.* nec regerat mihi aliquis, ſtipulationem pœnalem eſſe acceſſoriam, ſubindeque non poſſe valere, non ſubſiſtente principali; quia hæc doctrina falſa eſt, & procul dubio tenendum, pœnalem obligationem principalem eſſe, & per ſe ſubſiſtere; quamvis prima intentio effectum obligationis non producat, ut fundant Connanus *d. cap.* 4. *num.* 10. & 12. Donellus *lib.* 12. *comm. cap.* 18. & in *l. ſtipulatio* 38. §. *alteri num.* 74. & in *l. ſi homo* 69. *num.* 4. *hoc tit.* Covar. in *cap. quamvis pactum part.* 2. §. 4. *num.* 4. Ramos in *præſenti num.* 15. quidqnid contrarium ſentiant vel ſupponant Jaſo in *d. l.* 69. & ibi Alciat. *num.* 3. Gipban. in *d. l. impoſſibilis* 7. *num.* 3.

§. XI. E converſo, ſi ita ſtipulatio celebrata ſit: *promittis hominem mortuum dare; ſi hominem mortuum non dederis, centum dare?* nulla eſt ſtipulatio pœnæ. *l. ſi homo* 69. *hoc tit.* vel ſic: *ſi heredem me non feceris? l. ſtipulatio* 61. *hoc tit.* quia prima promiſſio natura impoſſibilis eſt, ſecunda jure improbata; quo prohibetur de hereditate paciſci, ſive dari hereditatem pactis, ſtipulationibus, aut contractibus inter vivos. *l. pactum* 15. *l. licet* 19. *l. ult. C. de pactis. l. hereditas* 5. *C. de pactis conventis. l. cum duobus* 52. §. *idem* 9. *pro ſocio. l.* 69. *Tauri*, quæ eſt *l.* 8. *tit.* 10. *lib.* 5. *Compil.* docent Molin. & addentes *lib.* 1. *cap.* 14. *num.* 6. & 7. Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. cap.* 8. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 3. *princ.* 2. *illat.* 14. Hilligerus ad Donellum *lib.* 14. *cap.* 27. *lit.* G. Ant. Meren. late *lib.* 1. *contr. cap.* 17. hæc duo exempla ſufficiant, nam reliqua latius proſecutus fui in *tract. de ſtipulat. pœnali.* quoties vero in prima intentione comprehenditur, quod fieri non poteſt, pœnæ adjectio inutilis eſt, non aliter quam ſi tota ſtipulatio conditionaliter conciperetur; ſic *ſi hominem mortuum dederis, ſi cœlum digito tetigeris*; quia quæ ſub conditione impoſſibili, vel turpi, vel jure prohibita promittuntur, non debentur. *l. juris gentium* 7. §. *ſi ob maleficium* 3. *l. ſi ullus* 27. §. *pacta* 4. *de pactis. l. generaliter* 26. *cum ſeq. l. ſi ſtipuler* 35. *l. ſi flagitii* 123. *hoc tit.* quod habet rationem in conditionali; quia deficit conſenſus in promiſſione, cum conferatur in eventum conditionis, qui nullus eſt, ut dixi in *prædicta relectione*, in pœnali vero, quia ſemper prima intentio (*hominem mortuum dabis?*) eſt cauſſa promiſſionis pœnæ, ideo enim promitto; quia ita factum non eſt, quod deſiderabat fieri ſtipulator; docet P. Sanchez cum multis *d. diſputat.* 24. unde pœna non eſt conſideranda reſpectu clauſulæ negativæ, *ſi non dederis hominem mortuum*; ſed reſpectu affirmativæ præcedentis, *hominem mortuum dabis?* in qua intentione nempe affirmativa cum conditione impoſſibili couvenit, & a qua diſtat, ſi negativæ clauſulæ reſpectum haberemus. *l. illa* 8. *hoc tit.* at quando id, quod comprehenditur in prima intentione, fieri non poteſt, quia impoſſibile aut turpe eſt, fruſtra & ſine

ratio-

ſtatione implementum poſtulatur: ergo non eſt cauſſa exigendi aut promittendi pœnam; quo in caſu inutilis in effectu eſt ſtipulatio. *l.* 2. §. *circa de doli except.* eum ſimilibus.

§. XII. Hic modus exponendi facilior & convenientior eſt quam communis, qui tamen poteſt nihilominus ſuſtineri; dicunt ergo, ideo pœnam adjectam ſtipulationi facti alieni deberi; quia in pœna deficit ratio, ob quam ſtipulatio prima non valet; nempe quod de ſemet ipſo quisquam promittere debet; ſi quidem de ſemet ipſo pœnæ quantitatem promittit, non tamen deberi in ſtipulatione rei impoſſibilis, turpis, aut jure prohibitæ; quia cum pœna in id tendat, ut adimpleatur, quod in prima intentione comprehenſum eſt, eadem turpitudo verſatut in pœnæ promiſſione ac in prima intentione, ſiquidem pet pœnam excitarut diligentia ptomiſſoris ad faciendum, quod in illa promiſit: quod ſi turpe eſt, eſt etiam tutpis pœnæ exactio; ſi impoſſibile eſt, eſt inepta & detiſoria; cum ridiculum ſit, pœnam expetere ob non factum id, quod fieri natura prohibet: ita poſt Batt. Baldum & alios Claſſicos Jaſo in *d. l. ſi homo* 68. *num. ult.* ubi Alciatus *ex num.* 4. Pinel. *num.* 9. *lib.* 12. *comm. cap.* 16. ubi Hilligetus *lit. G. & eodem lib. cap.* 20. Mench. *lib.* 3. *uſufrequentium cap.* 58. *num.* 33. *per totum.* Fateor vero, ad ſuſtinendam meam expoſitionem, non ſemper pœnam promitti, quaſi conditionis non expletæ conventionem; nec in omni caſu deberi, ſi prima intentio expleta non ſit; ſed aliquando pœnam evitari, ſi ad effectum conſequendum ſufficiens diligentia ex parte promiſſoris adhibeatur, & per caſum aut vim majorem ſtiterit, quominus ſequatur, & tunc non dicitur conditionaliter promitti pœnam, ſed ad exeitandam promiſſotis diligentiam; qnod ut breviter & certa regula eomptehendamus, ita diſtinguendum erit.

§. XIII. Vel alieno facto aut dationi adjicitur pœna, & in hoc caſu ſemper debetur, ſi illud factum vel datum non ſit; quia in vim conditionis promittitur, non ad excitandam diligentiam, & per conſequens promiſſor pœnæ ab ea non liberatnr, licet curaverit diligentet, & ſatis egetit, ut exttaneus det vel faciat; cum ab initio promittendo factum alienum prævidere potuerit omnem difficultatem, quæ negotio inerat, ut ſupra dixi, & in ſpecie docent Fachinæus *d. lib.* 3. *controv. cap.* 20. Sanchez *l.* 1. *diſputat.* 25. *num.* 6. vel adjicitnr promiſſioni facti proprii, quod intra tempus expediri optat creditor; dum cenſetur promiſſa ad acuendam diligentiam, non vero ſemper neque in vim conditionis, ſed quando in mora fuit debitot, & eſt aliquid negligentiæ, quæ illi poſſit imputari, veluti ſi conduxi navim, ut intra Calendas Julias proximas merces meas magiſter in portum transveheret; ſi non transvexiſſet intra illas Calendas, ut centum daret nomine pœnæ, eertum eſt committi pœnam, ſi vitio navis vel culpa magiſtri ad diem merces transvectæ non ſint; quia non debuit vectorem decipere. Cæterum ſi maris vitio, aut procella, vel quia publica auctoritate impedira fuit, in portum ſua die non pervenit, non debetur pœna, quia nihil negligentiæ magiſtro potuit imputati in caſibus, qui extra ſuam poteſtatem fuerant, *arg. l. item ſi verberatum* 15. §. *ult. de rei vindicat. l. ſi fundus* 33. *locat. l. Lucius* 11. *de evict.* docent licet minus exptеſſe Accurſ. & Fab. pet textum ibi in *l. ſi vehenda* 10. §. 1. *verſ. idem juris ad l. Rhod. de jactu.* quod ſi non factum proprium ſed datio tei vel pecuniæ in prima intentione comprehenſa ſit, quid dicatur non diſputo; quia ad tractatum *hujus l.* non pertinet: videnda ſunt, quæ dixi in *tract. de ſtipulat. pœnali princ. ult.*

§. XIV. Secundo ex noſtro principio, & ex proxime dictis inſettur interpretatio ad textus in *l. ſi quis ſervum* 7. *l. ſi cum eo* 10. *l. ſi quis* 11. *ff. ſi quis caution.* in quibus agitur de ſtipulatione judiciali hac: *promitto ſiſtere in judicio Titium*; in qua & aliis dubitatum olim fuit, utrum poſſint ſuſtineti contra noſtri textus pfincipinm? & procul dubio receptum fuit, ut valerent, & promiſſor obligaretur ad pœnam, ſi promiſſa fuiſſet, in quo nulla eſt ſpecialitatis ratio, ut nuper dicebam; quod ſi pœna promiſſa non fuiſſet, intereſſe venit in obligationem, quod eſt jus ſpeciale in prætoriis, & judiciliabus ſtipulationibus. V. G. procurator, de cujus mandato ſufficienter non conſtat, admittitur ad agendum pro domino litis, ſi promittat dominum ratum habitutum, quod ipſe in lite egerit; quod quidem eſt alienum factum, alienam ratihabitionem promittete, ex qua ptomiſſione obligatur, ſi dominus reclamaverit, quatenus collitigantis interfuit, ratihabitionem ſecutam non fuiſſe. *pr. inſt. verſ. ſi procurator, & §. ſin autem de ſatisd. l. Pomponius* 40. §. *& is qui* 2. *cum ſeq. l. Plautius* 61. *l. procuratorem* 63. *de procurat. l. ult. de fidejuſſ. l. ſi commiſſa* 13. *l. ſi indebitum* 16. §. 1. *l. ſi procurator* 18. *cum ſeq. l. ne ſatisdatio* 21. *l. ſi ſine* 22. *l. bonorum* 24. *l. ult.* §. 1. *rem ratam haberi.* notant Ant. Hetingius *de fidejuſſ. cap.* 24. *ex num.* 194. Donellus & Hilligerus *lib.* 18. *comm. cap.* 13. *&* 14. Pichard. cum multis in *d.* §. *ſin autem.* Ideo vero obligatur promiſſor, quamvis de ſua perſona nihil ſpondeat; ſed ſimpliciter promittat; quia iſtæ ſtipulationes valent ex mente judicis, vel Prætoris, ex cujus imperio interponuntut. *l. ſtipulationum* 5. *l. in conventionibus* 52. *hoc tit.* idcirco quamvis conceptæ ſint minus apte, reducuntut ex mente Prætoris ad meliorem formam, juxta quam magis valeant quam pereant; quod in eonventionalibus diverſe procedit; valent quippe ex mente contrahentium, quatenus verbis exptimitur, & non plus. *l. quidquid* 99. *hoc tit.* ut ſupra in principio dixi, & apud nos probat diſertus textus in *l.* 11. *tit.* 11. *Part.* 5. Notant etiam ſecundum jus commune hanc differentiam & vetiorem Accurſ. in *d.* §. *ſi quis alium*, ubi noſter Pichard. *num.* 20. *inſt. de inutil.* Jaſo cum Claſſieis in *l. ſtipulatio iſta* 38. *num.* 4. *hoc tit.* Donell. in *præſenti num.* 5. *& lib.* 12. *comm. cap.* 19. Connan. *lib.* 6. *cap.* 3. *num.* 5. Giphanius poſt antiquiores in *l. quoties* 81. *hoc tit. num.* 3. Alciat. in *l. ult.* §. 1. *num.* 6. Ant. Gom. *tom.* 1. *var. cap.* 10. *num.* 23. pater Sanchez *d. lib.* 1. *de matrim. diſputat.* 24. *num.* 3. Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 13. *ex num.* 12.

§. XV. Tertio ex noſtro principio inſertur interpretatio ad textum in *l. quoties* 81. *hoc tit.* proponit Ulpianus ita fuiſſe conceptam ſtipulationem: *promittis ſiſtere illum hominem tali in loco?* cui ſtipulationi non fuit adjecta pœna, (utrum ſit ſtipulatio facti alieni) & quærit an valeat ſine pœnæ promiſſione? quod eſt idem ac quærere, utrum ſit ſtipulatio facti alieni, quæ valet adjecta pœna, & ſine ea inutilis eſt; refertque & ptobat ſententiam Celſi docentis, ſuſtineti ſtipulationem hanc etiam ſine pœna, in tantum, ut ſi homo non ſiſtatur tali in loco, ſuecedat obligatio ad intereſſe; quod de cæteris obligationibus faciendi dici ſolet, veluti fabticandi domum, eundi Romam, & ſimilibus, in quibus intereſſe debetur ſtipulatori, ſi factum non ſit, quod fuerat promiſſum. *l. ſtipulationes* 72. §. *Celſus hoc tit.* ubi ejusdem Celſi eadem refertur ſententia indiſtincte de quibuscumque faciendi obligationibus, ut eſt in *l. ſi quis ab alio* 13. *in fin. de re judic.* quod ſignanter notat Giphanius in *d. l.* 81. Ratio dubitandi eſt prompta; qui enim promittit alium tali in loco ſiſtere, promittit factum illius, eum ptomittat eum ſtaturum eſſe: ergo promittit factum alienum. Rationem vero decidendi præbuit Ulpianus illis verbis: *nam qui alium ſiſti promittit, hoc promittit, id ſe acturum, ut ſtet.* ergo factum promittit alienum, ſed factum proprium promittit agendi, ut alius ſiſtatur. Ad cujus ſententiæ explicationem obſervandum eſt, verbum *ſiſtere* active ſignificare, *poner*

a alguno en tal lugar; notant Laurent. Valla *lib.* 5. *elegant. cap.* 6. & *lib.* 6. *cap.* 13. Budæus in *annotat. ad Pandect. in l. ult. ff. in jus vocat. ut eant.* Ant. Auguſt. ad *Legg. XII. Tab. cap.* 53. ergo factum perſonæ ſiſtendæ non eſt in conſideratione, nec ſumitur ut actio, qua ſemet ipſum ſiſtit; ſed ut paſſio, ſecundum quam ab alio ſiſtitur: itaque eſt factum proprium promittentis, ſed exercetur circa aliam perſonam, ut poſſit exerceri circa aliam rem inanimatam; neque enim differt promiſſio ſiſtendi hominem in tali loco a promiſſione ſiſtendi argentum, aut alias res mobiles. Prædocent licet minus expreſſe Jaſo, Alciatus, Duarenus, Donellus, & Giphanius in *d. l.* 81. Connan. *d. lib.* 6. *cap.* 3. *num.* 5.

§. XVI. Ex quo liquido apparet, hunc locum non eſſe intelligendum de ſtipulatione judiciali; per quam quis promittit reum in judicio ſiſtere, (id eſt ponere, locare tali in loco) ſed de conventionali, per quam promiſſor ſpondet aliquem intra talea Calendas alicubi ſiſtere, id eſt ponere, locare tali in loco; ideo dixit JCtus E. G. *veluti ſervum ſuum, vel hominem liberum*, ut enim ſervus in judicio ſiſti poteſt, non tanquam perſona, ſed tanquam res, nempe quando abeſt ſervus, & dominus ejus nomine noxæ convenitur. *l. ſi quis ſervum* 7. *ſi quis caut. l.* 2. §. 1. *ſi ex noxali cauſſa agatur.* Ita in multis aliis caſibus neceſſaria, & magis frequens eſt ſiſtentia ſervi, veluti ſi tradendus eſt ibi, vel debet adeſſe, ut negotia aliqua gerat: nihilominus non cenſetur promiſſum factum conditionaliter, ut intereſſe præciſe debeatur; ſed tantum ad acuendam diligentiam, ſi pœna interveniat, vel ſi intereſſe in defectum pœnæ debeatur, qua adhibita ceſſat obligatio, quod ſignificant prædicta verba *d. l.* 81. *id ſe acturum, ut ſtet.* Ratio eſt, quia eſt factum proprium, non factum alienum, & pœna adjecta ſtipulationi facti proprii magis adſtringitur promiſſor, ſi alienum factum non ſequatur, quam ſi ipſe promiſſor non facit, quod de ſe ſpopondit; quia alienum factum conditionaliter ponitur in obligatione pœnæ, nec ſufficit ad acuendam pœnam per conſequens adhibita diligentia; cum promiſſor ab initio debuerit difficultatem prævidere, ut dixi §. 3. quando vero ſuum factum promittit, non cogitat de majori obligatione quam de ſibi poſſibili: ergo ſi per mortem perſonæ ſiſtendæ vel per alium caſum inevitabilem accidat, quominus ſua die ſiſti poſſit, non oritur obligatio, quæ in hac ſtipulatione tantum eſt ad curandum & ſatagendum, ut expreſſe JCtus decidit, & docent gloſſa in *cap. ſi tibi* 63. *diſtinct.* Giphan. in *d. l.* 81. *num.* 2. & videtur eſſe de mente Jaſonis, & antiquiorum *ibidem*; quidquid Alciat. *num.* 1. præciſe promiſſorem teneri, ſi homo ſtatus non ſit, doceat: in quo ſtipulatio conventionalis non diſtat a judiciali, *judicio ſiſti*; in qua ſi juſta cauſſa ſit, per quam ſtatio hominis in judicio impediatur, ceſſat obligatio tam rei principalis, quam fidejuſſorum; juſtæ vero cauſſæ impedimenti referuntur in *l.* 2. §. *ſi quis in judicio* 3. *uſque ad finem legis*, & in 2. *ſeqq. ff. ſi quis caut.* propter quas terminus protelatur, ſive ut olim dicebant, diffinditur, donec impedimentum ceſſet; qod ſi perpetuum eſt, extinguitur obligatio de ſiſtendo alio in judicio: docent ad *Legg. XII. Tabb.* Rævard. *cap.* 5. Ant. Auguſt. *cap.* 37. Gothofr. *lib.* 2. *tit.* 7. §. 3. Cujac. *lib.* 3. *obſerv. cap. ult.* Joſephus Scaliger ad *Feſtum, verbo reus.* juxta quam diſtinctionem facti proprii & alieni accipiendas eſſe exiſtimo *l.* 11. *tit.* 7. & *l.* 12. *tit.* 13. *Part.* 3. quæ nimis generaliter loquuntur.

§. XVII. Cui parti, ut id obiter adnotemus, obſtant textus in *l. ult.* §. 1. *de reb. cred.* & in *l. illa ſtipulatio* 67. §. 1. *hoc tit.* ubi ſi quis ita ſtipuletur, *promittis decem curari?* & alter reſpondeat, ſe illa curaturum, docent JCti non teneri præciſe ad illa præſtanda; ſive, quod idem eſt, non teneri condictione certi, per quam certi quid petitur, qualia ſunt 10. *l. ſtipulationum* 74. §. 1. *hoc tit.* teneri tamen quærere, & præſtare reum idoneum, id eſt debitorem locupletem, qui eadem 10. ſpondeat creditori, & obligetur ipſi efficaciter; en ubi promittit factum proprium curandi 10. & tenetur cum effectu præſtare ſaltem idoneum debitorem, qui illa offerat: ergo non ſufficit ſatagere ad quærendum, nec ſuperveniens difficultas liberat promiſſorem. Huic tamen difficultati ſatisfaciendum eſt ex propria ſignificatione verborum, *decem curandi*; quæ ſignificant, parare decem, & omnimodo efficere, ut ad ſtipulatorem perveniant, ut ex probatis teſtimoniis docet Budæus ad *l. ult.* §. 1. quare, qui ita promiſit, non fuit contentus ſolius diligentiæ promiſſione, ſed præciſe ad effectum ſe adſtrixit eo modo, quem JCti innuunt: itaque in primis ſupponendum eſt, promiſſorem de ſemet ipſo ſpopondiſſe; quod recte ſupponit Fab. in *Rationalib. ad d.* §. 1. melius quam Bart. & alii, qui imperſonaliter conceptam fuiſſe ſtipulationem cenſent, cum verius ſit, promiſſionem imperſonalem nullius momenti eſſe, niſi ex antecedenti tractatu conſtet, de ſemet ipſo promiſiſſe, qui imperſonaliter ſpopondit, ut non male probatur ex *authent. ſi quando C. de conſt. pecun.* Deinde obſervandum eſt, aliud ſignificare hæc verba, *promitto curaturum me, ut Titius det*, ac iſta, *promitto decem tibi curare.* illa enim ſolam diligentiam exigunt; hæc vero effectum promittunt, ut docent Alciatus in *noſtra l. num.* 6. & in *d. l. ult. num.* 9. & fere omnes Claſſici in *d. l.* 67. §. 1. Connan. *lib.* 6. *comm. cap.* 3. *num.* 5. Donell. *lib.* 12. *cap.* 19. Cujac. in *l. ſtipulatio* 38. §. 1. *hoc tit.*

§. XVIII. Quo ſuppoſito, ut eandem illationem proſequamur, ex ea facile exponitur textus alioquin difficilis in *l. qui autem* 14. §. *ſed & ſi quis* 2. *de pecun. conſtit.* caſus eſt de eo, qui pro ſe id eſt pro ſuo debito conſtituit fidejuſſorem, ſe daturum: in §. *antecedenti* dixerat JCtus de pignore, irrepſiſſe morem conſtituendi pignora; unde deducit, poſſe etiam debitorem conſtituere, ſe daturum fidejuſſorem. Male hunc textum acceperunt Caſtrenſis & Donell. *num.* 2. & 5. *in noſtra l.* idem Caſtrenſis *num.* 2. Alex. *num.* 6. Jaſo *num.* 5. in *l. ſtipulatio* 38. *hoc tit.* Pichard. in §. *ſi quis alium num.* 16. *inſt. de inutil.* & in §. *in perſonam num.* 36. *inſt. de action.* Ant. Fab. & Gothofred. in *d.* §. *ſed & ſi quis.* Mantica *de tacitis & ambiguis conventionibus lib.* 14. *tit.* 33. *num.* 7. docentis, promiſſum fuiſſe factum alienum, nempe fidejuſſores, qui poſtmodum interceſſurus eſt: reſolvi tamen in factum proprium promiſſoris curandi & ſatagendi propter æquitatem conſtituti, quod eſt prætorium, & per conſequens æquitate nititur: ſed commentum hoc facile rejicitur; quia etiam conſtitutum ad nihil valet, ſi alienum factum promittatur. *l. eum qui* 5. §. *ſed & ſi* 4. *de pecun. conſt. auth. ſi quando C. eodem tit.* quare dicendum eſt in propoſita ſpecie, factum ſuum proprium promiſiſſe debitorem, nempe quærendi, inveniendi, & præſtandi fidejuſſorem: docent Ferretus & Duarenus in *d. l. ſtipulatio* 38. Idem Duaren. ad *tit. de conſt. pecun. cap.* 2. Donell. *d. lib.* 12. *cap.* 19. Bellonus *lib.* 3. *ſupputationum cap.* 13. Ramos in *præſenti num.* 18.

§. XIX. Sed ut penitus textus hic exponatur, notandum eſt, conſtitutum eſſe obligationem acceſſoriam, ut probatur ex *l. hactenus* 11. *de pecun. conſtitut.* docent aut ſupponunt Cujac. *lib.* 28. *quæſt. Papin.* in *l. poſtquam* 5. *ut leg. nom. cav.* Duaren *ubi proxime cap.* 1. & 2. Larreategui *lib.* 1. *ſelect. cap.* 3. *num.* 5. Joſeph. Santolaria *interpretationum ſelecti judicii diſput.* 15. *per totam.* Ex quibus aliiſque ita aſſerui in Academ. ad *tit. de fidej. cap.* 1. §. 7. quod idem dicendum eſt de pignore & fidejuſſione, ambæ enim obligationes alii obligationi accedunt, & acceſſiones in jure appellantur. *l. ſi ſervum* 91. §. *nunc videamus verſ.* *acceſ-*

acceſſiones hoc tit. l. in omnibus 43. *ff. de ſolut.* dixi *eodem cap.* 1. §. 3. cum vero acceſſio acceſſionis, ut qualitas qualitatis in jure dari non ſolet. *l.* 1. *de uſufr. leg.* conſequens videbatur, non poſſe debitorem conſtituere, daturum ſe pignora ſeu fidejuſſores, quia ipſum conſtitutum acceſſio eſt, & pignora fidejuſſoresve, quæ conſtituuntur, etiam ſunt acceſſiones: nihilominus in §. 1. *d. l. qui autem* 14. docuit Ulpianus, propter utilitatem commercii, & facilitatem expediendorum negotiorum, irrepſiſſe in uſum, ut poſſet etiam fieri conſtitutum pignoris, quamvis unum idemque conſtitutum duplicem acceſſionem contineret: ex quo ſtatim infert, poſſe fieri de fidejuſſore dando, quaſi non ſit major ratio illius acceſſionis, ac iſtius, ad quod probandum, tanquam ad rem novam & dubiam, utitur Pomponii auctoritate, deinde quærit, ſi conſtituerit de certa perſona fidejuſſura, veluti de Titio, & hic nolit fidejubere, an teneatur in id quod intereſt; quia factum quod conſtituit expletum non ſit? docetque in id quod intereſt teneri, niſi alium æque idoneum fidejuſſorem det; quia cum promiſit, ſe daturum talem fidejuſſorem, quem ſub poteſtate propria non habeat, debuit de hac difficultate cogitare; quare tanquam prævisa non poteſt eum relevare a pœna, ſive ab intereſſe, quod ſi deceſſit ante diem conſtitutum, vel ante interpolationem, id eſt ante moram, non tenetur; quia impoſſibilitas hæc venit a caſu, & tunc liberatur, qui factum proprium promiſit. *d. l. ſi vehenda* 10. §. 1. *verſ. idem juris ad l. Rhod. de jactu.*

§. XX. Quarto ex noſtro principio ſit, quod promiſſo facta circa bonas qualitates rerum noſtrarum utilis ſit, licet velatæ factum alienum contineant; quia primo & principaliter promittimus, quod noſtra refert ad res proprias alienandas, & ad alliciendos emptores quotidie, & per accidens alienum factum conſideratur: ita docent cum judicio Jaſo in *l. ſtipulatio* 38. *num.* 5. *verſ.* 4. Duar. *verſ. nemo autem hoc tit.* Donell. in *præſenti num.* 6. a quibus effectu non differunt Alexander *num.* 3. Alciat. *num.* 10. in *d. l. ſtipulatio* 38. noſter Amaya *lib.* 2. *obſ. cap.* 13. *num.* 10. & 22. licet aliis terminis ſe explicent: ſpecies extat in *l. ſi ita quis* 31. *de evict.* in qua Ulpianus *lib.* 42. *ad Sabinum* quærit, an hæc ſtipulatio utilis ſit? Promitto ſanum eſſe hunc ſervum meum, furem non eſſe, viſpellionem non eſſe, id eſt, non eſſe cadaverum nudatorem, aut ſpoliatorem, ut expoſuerunt Gothofred. *ibi*, Petr. Fab. in *l. verum* 31. *de R. J.* Amaya *d. cap.* 13. *num.* 23. In hac hypotheſi forſan Proculiani JCti a Sabinianis diſſentiebant, de qua ſententia Sabini hodie habemus, utpote quæ obtinuit: dubitabatur ergo, an talis promiſſio valeret? dubitandi ratio in promptu eſt; quia promittere ſervum meum eſſe ſanum ſpectat ad habitum ſervi corporis, promittere non eſſe furem, ſpectat ad habitum animi, quæ omnia extra poteſtatem meam ſunt, & habitus animi, voluntas, aut affectiones ſervi propria ſua ſunt. *l.* 3. *C. de hered. inſt.* Igitur vel promitto factum alienum, vel rem præſtatu impoſſibilem; conceſſit Sabinus, (ut conſtat ex fragmento ejusdem ſententiæ, quod extat in *d. l. verum* 31.) *verum eſſe, neque pacta neque ſtipulationes factum poſſe tollere*, id eſt, non poſſe efficere, ut qui ægrotat ſanus ſit, qui malis moribus præditus eſt, ſit bonæ frugis; quia ut Philoſophi dicunt, ad præteritum non eſt potentia; de quo axiomate videndus eſt Jacob. Gothofr. itaque tanquam impoſſibile neque pacto neque ſtipulatione poſſe comprehendi; hic eſt ſenſus illius clauſulæ, *inutilis ſtipulatio quibusdam videtur*, forſan Proculianis Sabinianorum adverſariis, *quia ſi quis eſt in hac cauſſa, impoſſibile eſt quod promittitur*, hoc eſt ſi ſervus morbo aut vitio affectus eſt, impoſſibile eſt, quod ita non ſit; & ex adverſo ita arguebant, *ſi non eſt, fruſtra promittitur*; id eſt ſi eſt ſanus, & bonæ frugis, ſupervacua eſt promiſſio: nihilominus contrarium decidit Sabinus optimo jure docens, hæc verba non eſſe referenda ad habitum corporis aut animi, qui non ſubeſt alienæ poteſtati, ſed ad qualitatem, ad bonitatem rei, ad juſtum ipſius valorem, in tantum, ut ſi aliter ſervus ſe habeat, quam promiſſum ſit, debeat promiſſor ſtipulatori, quantum ſua interfuit, & multo facilius, ſi pœna huic ſtipulationi adjecta ſit, quod valido confirmavit argumento; inquit enim, quando venduntur animalia, promittit venditor ex Edicto Ædilium, ea ſana eſſe, recte edere & bibere, quæ ſtipulationes ſuſtinentur, tanquam eorum bonæ qualitates, ob quas digna cenſentur facto pretio. *l.* 1. §. 1. *de Ædilit. Edict. l. ex empto* 11. §. *animalium* 4. *de act. empt.* Marcus Varro *lib.* 2. *de reb. ruſticis cap.* 2. *cum* 3. *ſeqq.* A. Gellius *lib.* 4. *noctium atticarum cap.* 2. notant multi relati ab Amaya *d. cap.* 13. *num.* 5. & ultra illos Cujac. *lib.* 9. *cap.* 5. Briſſon. *lib.* 3. *de formulis prope fin.* Ræfvard. *de auctorit. prud. cap.* 10. ergo ut in animalibus bona habitudo corporis promitti poteſt, ſic in ſervis tam reſpectu corporis quam animi.

§. XXI. Sed in præſenti opportune quæritur, quid promittat venditor his verbis, *fugitivum non eſſe?* expoſuerunt Cæſares in *l. ſi apud* 3. *C. de Ædilit. action.* nempe non fugiſſe, quamdiu in ſua permanſit poteſtate: cæterum ſi, poſtquam alienatus fuit, incipit fugitivus fieri, immunem eſſe venditorem promiſſoremque docent; quia morbi aut vitia ſupervenientia ad emptoris periculum ſpectant. *l.* 1. & *ult. C. de peric. & comm. rei vend. l.* 64. *cum* 2. *ſeqq. tit.* 5. *Part.* 5. docent cum multis Hermoſilla in *addit. ad gloſſ.* 19. *num.* 4. *d. l.* 65. Ant. Gomez. & novus additionator Lainez *tom.* 2. *var. cap.* 1. *num.* 49. *verſ. adde tamen.* quærunt autem, ſi venditor non tantum de pretio & præſenti promiſit, ſervum vitioſum non eſſe; ſed ad futurum expendit cautionem, promittens deinceps non fore fugitivum aut vitioſum, an teneatur? Reſpond. temerariam eſſe promiſſionem, ſed nihilominus venditorem teneri; quamvis alioqnin vitia poſt venditionem accidentia ad damnum venditoris non ſpectent, non eſt enim parcendum ei, qui propria temeritate ad plus ſe obligavit, quam in ſua poteſtate eſt, ut dixit Bald. in *l.* 3. eo maxime, quia promiſſio hæc non accipitur tanquam alieni facti aut habitus, quæ dependent ex affectibus ſervi; ſed tanquam bonitas rei propriæ, ut loquitur Salicetus, quam adeo commendare voluit venditor, ut aſſecuraret futurum etiam tempus, ut ſic majori pretio ſervus dignus eſſet, cujus mores tam exacte approbavit, ut auderet cavere, in poſterum vitioſum non fore: hæc recte dicuntur de vitiis animi; quid dicendum ſit de moribus aut affectibus valetudinis, nec diſputant auctores, nec textus decidit: petenda tamen deciſio eſt ex *l. non moriturum* 8. *C. de contrahend. vel commit. ſtipulat.* ubi dicitur, eſſe ſtipulationem impoſſibilem promittere, non moriturum ſervum, quod per ſe patet; niſi quo caſu mortuus etiam debetur; tunc enim poſt mortem, id eſt, poſt moram recte deducitur æſtimatio in ſtipulationem, ut idem textus ait ſic intelligendus, juncta *l. ſi ſervum* 91. §. *effectus* 6. *hoc tit.* ergo eodem modo deriſoria & impoſſibilis promiſſio eſt, ſi quis promittat ſervum non ægrotaturum; nec hanc promiſſionem dicimus temerariam, ſed ineptam vel fatuam; temeraria enim illa eſt, cujus effectum poſſumus ſperare & aſſequi, licet ſub nimia fiducia & cum imprudentia: temerariam implere debemus, ne ſub fiducia noſtra alter decipiatur, ut dixit Caſſianus ſatis apte *collat.* 17. *cap.* 8. Fatuam, deriſoriam, aut impoſſibilem non tenemur implere; quia ex illa promiſſione nemo prudens decipitur. Ex his principiis æſtate præterita decidi conſultationem mihi factam ab ampliſſimo quodam viro de eo, qui, cum cenſum venderet, in inſtrumento ceſſionis promiſit, ſemper exigibilem fore, & poſt 20. annos debitor, qui reditus ſolve-

vebat, decoxit: emptor translatarius ſive ceſſionarius regredi volebat contra venditorem cedentem ex eo, quod cenſus factus fuerat non exigibilis: reſpondi regreſſum eſſe denegandum; quia promiſſio æternæ exigibilitatis deriſoria & impoſſibilis erat, non aliter quam ſi venditor caviſſet, domum non ruituram, ſervum non moriturum, quæ promiſſorem non obligant; nulla enim eſt res, cui ſuus exitus non immineat naturaliter. *l. peculium* 40. *de peculio.* a quo non videntur diſſentire, licet ſic non diſputent, Gaſpar Rodriguez *de annuit reditibus lib.* 1. *quæſt.* 11. Honoratus Leotardus *quæſt.* 80. *de uſuris ex num.* 30. Olea *de ceſſione jurium & actionum tit.* 7. *quæſt.* 3. *num.* 35. & 36.

§. XXII. Alia ſpecies præcedenti ſimilis deſumpta ab eodem Ulpiano & ea *eodem lib.* extat in *l. non impoſſibile* 50. *de pact.* ubi nos docet, non eſſe impoſſibilem hanc ſtipulationem, *non facies furem ſervum meum*, quam ſolet interponere depoſitarius ſervi, vel conductor, commodatarius, & ſimilis, qui illum recipiunt, ut poſtmodum domino reſtituant: hæc enim ſtipulatio non tam reſpicit habitum animi ſervi ipſius, quam factum tenentis ſervum, & ad id tendit, ne eum corrumpat, vel conſilio ſuadendo malos mores, vel incuria & negligentia non curando, & per conſequens permittendo, ut ab alio ſollicitetur & pervertatur, ut poſt Claſſicos docent Jaſo in *d. l. ſtipulatio* 38. *hoc tit. num.* 7. Petr. Fab. *d. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 9. hanc etiam promiſſionem Proculiani impugnabant iiſdem argumentis, quia ſi ſervus erat rapax, & mali affectus, impoſſibilis erat promiſſio; quia nulla diligentia aſſequi poterit, ut fur non ſit; ſi vero bonis motibus præditus erat, ſupervacua eſt promiſſio. Sabiniani vero defendunt illam ab exemplo Edicti de ſervo corrupto, quippe ſi aliena perſuaſio nihil faceret ad inferenda vitia in aliis, non daretur actio a Prætore in eos, qui alienos ſervos corrumpunt; ſed datur, & quod magis eſt in duplum; ergo non eſt deriſoria promiſſio: ſed adhuc inſtabis, commodatarius, conductor, & ſimiles ex lege contractus tenentur, dolum non committere in re ſibi locata vel commodata, & hoc amplius, evitare negligentiam, ne fiat ab alio deterior juxta diſtinctionem textus in *l. ſi certo* 5. *§. nunc videndum ff. commod. l. contractus* 23. *de R. J.* ergo ſupervacua eſt promiſſio illius rei, ad quam contrahens adſtrictus eſt ex natura contractus; ſed reſpondetur, validam eſſe promiſſionem illius rei, ad quam quis de jure tenetur, ut ſic duplici vinculo adſtringatur, legis nempe & propriæ voluntatis, ut mihi probant diſerti teatus in *l. ſtipulatio* 19. *hoc tit. l. pen. C. de ſponſal.* & in ſpecie docent Bart. Caſtr. & Ant. Fab. in *d. l.* 50. hæc utilitas ſufficiens eſſet ad hanc pactionem ſuſtinendam; ſed Paul. Caſtr. *ibidem num.* 5. aliam veriorem excogitat ſatis ingenioſe; quippe ex lege contractus tantum tenetur adhibere diligentiam circa rem ipſam, ne deterior reddatur. *l.* 3. *§. ſi reddita ff. commod.* Donell. *lib.* 16. *comm. cap.* 3. *in fin.* veluti ne reddatur ſervus eluſcatus, claudus, vel mancus; non vero circa interiores habitudines ſervi; quia diligentia in contractibus circa cuſtodiendum corpus verſatur, non circa animum. *l. ſi ſervus* 27. *§. ſi fornacarius*, & *§. Proculus ad l. Aquil. l. qui inſulam* 30. *§. qui mulas ff. locati.* Rurſus actio de ſervo corrupto tantum habet locum, quando dolo corruptus ſervus eſt. *l.* 1. *in princ.* & *§. perſuadere* 3. *l. dolo* 3. *l. doli* 5. *de ſerv. corrupt.* ergo ut comprehendatur diligentia circa cuſtodiendum ſervum ab alienis perſuaſionibus, conventio neceſſaria eſt, & hoc amplius eſt notandum cum eodem Caſtrenſi, totum id operari verbum *non facies*, quod ſignificat, non perſuadebis, & rurſus, non ita negliges, ut ab alio fiat fur; ratio eſt, quia verba contrahentium ita debent accipi, ut aliquid operentur plus, quam ex natura contractus venit. *l. ſi quando* 109. *de leg.* 1. de quo multa & multos adducit Barb. *axiom.* 222. *ex num.* 11. cum autem ex natura contractus veniat, dolum nullatenus committere in re ſibi commodata, locata, aut depoſita, conſequens eſt, ut verbum illud plus operetur, nempe curam & diligentiam circa extraneas perſonas, ne ſervum pervertant.

§. XXIII. Non multum diſſimilis eſt ſpecies textus in *l. in lege* 29. *ff. locati.* in quo proponitur adjectum hoc pactum contractui locationis ſylvæ: *redemptor*, id eſt conductor, *ſylvam ne cædito, neve cingito, neve deurito; neve quem cingere, cædere, urere ſinito. Cingere arbores* ſignificat eas deglabrare, decorticare, in orbem ſecare corticem, ut poſtea eximatur, quod enecat arbores, niſi in tempore fiat. *l. cædere* 5. *ff. arbor. furt. cæſar.* notant Cujac. *lib.* 9. *obſerv. cap.* 12. Briſſonius, & Lexicorum auctores *verbo cingere*; quæritur, ad quid conductor teneatur, & in primis conſtat, promiſiſſe factum ſuum in non cædendo, deinde quoad extraneos, ſi aliquem videat cædentem vel urentem, quem prohibere poſſit, palam eſt teneri, ſi ſinat malefacere, & non prohibeat. *l. item quæritur* 13. *§. exercitu* 7. *eodem tit.* an in plus teneatur dubitatum fuit? & reſpondet Alfenus, quoad extraneos teneri adhibere cuſtodiam ſylvæ & diligentiam, curando ne cædant, cingant, vel urant ſylvam; quod eſt promittere propriam diligentiam; non autem factum extraneorum, ut docuit Accurſ. quæ expoſitio deſcendit ex eadem regula; quia ſi verbum *ſinere* tantum acciperetur pro non conſentire, nihil operaretur pactum appoſitum, cum ad id teneretur ex natura contractus: ergo ut aliquid operetur, neceſſe eſt, ut ſignificet cuſtodiam ſylvæ & diligentiam circa alios, quorum damnum avertere poſſit, ut docuerunt Accurſ. & Ant. Faber in *d. l.* 29. Jul. Pacius *lib.* 2. *leg. concil. quæſt.* 7. *in fine.* & forte Cujac. *lib.* 5. *quæſtionum Pap.* in *l. veteribus* 39. *de pactis.* quod ſi adhibita omni diligentia aſſequi non poſſit, ut extraneus non cædat ſylvam, immunis erit a periculo, quia verba *ſinendi*, *procurandi*, *curandi* in his, quæ non pendent a facto noſtro, non inducunt præciſam obligationem, ſed tantum promittunt, quod in nobis eſt, nempe diligentiam, ut ex hoc textu docuit Ramos in *præſenti* §. 19. unde ſi ad id, quod facere poſſumus, referantur hæc verba, præciſe obligant nos ad curandum vel faciendum, ut in *l. ſi heres* 63. *de leg.* 1. *Fac ut ad Titium tot nummi perveniant*; neque enim aliter poteſt facere, ut perveniant, niſi ipſe det, vel alius nomine ipſius; alioquin ſi promittatur a reo vel debitore locuplete, ut in *l. ult. §.* 1. *de reb. cred.* non facit ut perveniant, licet faciat, ut promittantur, quod eſt diverſum.

§. XXIV. Aliquanto digreſſi ſumus a via, occaſione præcedentis illationis de promiſſione bonarum qualitatum rerum noſtrarum; ſed ut regiam rectamque repetamus, quinto ex eodem principio, & nuper expoſita doctrina infertur, valere ſtipulationem, per quam quis ſpondeat, *rem habere licere*, ſive ab alio auferendam, ſive evincendam non eſſe; quia non promittitur negativum factum extraneorum; ſed aſſecuratur jus, quod in rem habeo, quaſi diceret, promitto hanc rem adeo in dominio meo eſſe, ſubjicique diſpoſitioni meæ, ut nemo eam tibi auferre poſſit; quod ſi auferat præſtabo, vel quanti tua interſit, vel duplum. Præcedens illatio fuit de bonis qualitatibus rerum noſtrarum, quod animal morboſum non ſit, quod ſervus non ſit vitioſus, hæc eſt de bono jure, quod promiſſor habet in re; igitur ut diximus valere præcedentem, conſequens eſt, ut & hæc promiſſio valeat: videamus ergo breviter, cujus uſus ſit, quid contineat, & qualiter committatur?

§. XXV. Frequentiſſima eſt in emptionis & venditionis contractu. *l. ex empto* 11. *§. idem Neratius* 8. *de act. empt. l. venditor* 8. *de evict.* docent omnes Claſſici uſque ad Giphan. in *l. ſtipulatio* 38.

hoc

hoc tit. Morla in *empor. tit.* 9. in *præludiis ex num.* 36. adeo quidem ut, quamvis venditor non teneatur præciſe rem facere accipientis. *l. ſi rem alienam* 28. *de contrahend. empt.* teneatur tamen cavere de evictione, & rem *habere licere* promittere, ut notavimus *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 1. *cap.* 3. *num.* 5. a qua nota dum diſcedat Oroz *lib.* 3. *de apicib. cap.* 5. *num.* 11. pro ſua doctrinam tradit a nobis traditam ſuperiori §. libidine contradicendi, qua in toto illo opere fruſtra & inutiliter arreptus eſt; ſic etiam, quando teſtator generaliter hominem legat, tenetur heres cavere legatario *habere licere*; quia de dominio præciſe transferendo cogitavit teſtator. *l. heres* 58. *de evict. l. ſi a ſubſtituto* 45. §. 1. *l ſi domus* 71. §. 1. *de leg.* 1. *l qui concubinam* 29. §. *ſi heres* 3. *de leg.* 3. ſed ſi Stichum leget determinate, quia non tenetur aliter præſtare, quam apud teſtatorem fuit. *l. cum pater* 77. §. *evictis de leg.* 2. qui enim rem tradit ex cauſſa lucrativa, non tenetur de evictione, nec cavet *habere licere. l.* 7. *C. de evict. l. ad res donatas* 63. *de Ædil. Edicto.* quæ eſt nota & notabilis differentia inter legatum generale & ſpeciale; nam qui legat hominem in genere, cogitat de dando aliquo, & dominio abſolute transferendo; at qui ſervum determitate legat, nihil aliud vult legare, niſi jus quod in eo habet. *l. ſi legati* 56. *l. ſi domus* 71. §. *ult. de leg.* 1. docent parum inter ſe diſſentientes, niſi in modo dicendi Cujac. *lib.* 8. *reſp. Pap.* in *d.* §. *evictionem*, & in *recitat. ad d. l.* 45. §. 1. & *tract.* 8. *ad Afric.* in *l. ſi heres* 110. *de leg.* 1. Donell. *lib.* 8. *cap.* 19. & *lib.* 13. *cap.* 5. Gotbofr. in *d. l.* 29. §. *ſi heres.* Ant. Gomez *tom.* 2. *var. cap* 2. *num.* 36. Amaya *d. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 18. quod idem dicendum eſt de ſtipulatione; qui enim promittit hominem generaliter, debet præſtare cautionem *habere licere*; alioquin non ſatisfacit promiſſioni, nec liberatur dando hominem, quia alienus ſit, ſi poſtea evincatur; quod ſi Stichum promiſit, adimplet dando illum, nec debet cavere *habere licere*; quia evicto eo non tenetur de evictione. *d. l.* 2. *C. de evict.* quod verum eſt in ſtipulatione interpoſita ex cauſſa lucrativa, qualis præſumitur omnis ſtipulatio, ut probatur ex *noſtra l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſi rem* 6. & dixi *lib.* 7. *opuſc. cap.* 6. *num.* 6 quomodo accipiendus eſt textus in *l. quæ de legato* 46. *de leg.* 1. cæterum ſi ſtipulatio interponatur ex cauſſa oneroſa, veluti ſuper permutatione, venditione, & ſimilibus, ut in *l.* 3. §. 1. *de action. empt. l. ſi ſtipulatus* 4. *de uſuris.* ſemper præſtanda erit prædicta cautio: in ſumma ergo præſtatur, vel quando dominium præciſe transferendum eſt, vel quando is, qui tradit, de evictione tenetur.

§. XXVI. Nunc de effectu diſpiciendum eſt; per eam tantum promittitur, quoad cauſſam pleni perfectique dominii adquirendi, & retinendi ſpectat: ideo ſi aliquid auferatur promiſſori, per quod non habet, vel poſſit deſinere habere plenum perfectumque dominium in re tradita; ſtatim committitur; veluti ſi evincatur nuda poſſeſſio, uſusfructus, aut uſus rei. *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *at ſi quis* 2. *verſ. ſed quatenus hoc tit.* juncta *l. ſi fundum* 46. *de evict.* iſtæ enim ſunt partes completivæ dominii, quæ ſi deficiant, non habemus plene rem, ſive non licet nobis habere, ut promiſſum fuit. Hoc amplius continetur, ſervum traditum non feciſſe furtum aut noxam; quia ſi traditur obligatus criminibus, non fit perfecte accipientis; ſi quidem novus dominus noxali judicio conventus tenebitur ſervum præſtare, vel damnum reſarcire. *l. miles* 6. §. 1. *de re jud. toto tit. de noxal. action.* non vero continet, quod morboſus non ſit, morbi enim non pertinent ad hanc cautionem, cum non reſpiciat dominium rei, ſed bonitatem ipſius. *d. l. ſi a ſubſtituto* 45. §. 1. *de leg.* 1. docent *ſuperiori* §. laudati.

§. XXVII. Quæ ſtipulatio generaliter & in rem concepta committitur, quomodocumque res ab extraneo evincatur, vel pars ejus, vel jus aliquod, quod ſpectet ad plenum perfectumque dominium: aliquando vero non concipitur in rem, quia non aſſecuratur abſolute, ſed tantum reſpectu aliquarum perſonarum, veluti ſi promiſſor tantum de ſe caveat, & heredibus ſuis, ut habere liceat emptori; tunc ſi ab extraneo res evincatur, non committitur ſtipulatio, cujus rei elegans extat exemplum in *l. ex empto* 11. §. *ult. de act. empt.* neque enim ſemper venditor promittit; rem ab omni periculo immunem vel ſecuram a quacumque evictione, ſed ſatis habet de ſe & de heredibus ſuis cavere, quo contentus emptor eſt, ſuſcipiens in ſe periculum ab extraneis metuendum, & ob id pretium exiguum præbet: docent Coſtalius in *d. l. ex empto* 11. §. *ult.* Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 17. *num.* 2. Ant. Gomez. *tom.* 2. *var. cap.* 2. *num.* 39. Donell. in *opuſc. de evict. cap.* 2. Henricus a Suerin *repet. lectionum cap.* 43. & cum multis Fontanella *de pact. nupt. clauſ.* 5. *gloſſa* 8. *parte* 14. *a num.* 92. quæ ſtipulatio inducta eſt gratia adjuvandæ exceptionis rei venditæ, per quam ſi venditor vel ejus heres ex quocumque jure ſuperveniente velint rem evincere emptori, repelluntur. *l. vindicantem* 17. *de evict. l.* 2 *de except. rei vend.* cum ſimilibus: & amplior aliquanto eſt quam exceptio; quippe iſta tantum removere poteſt heredem agentem, licet multi ſint; per ſtipulationem vero conſequitur, ut poſſit agere etiam contra heredes non inquietantes, cum agente uno committatur. *l.* 2. §. *ult. cum l. ſeq. hoc tit.* ut dixi latius in *tract. de divid. cap.* 2. Rurſus hæc ſpecialis promiſſio diſtat a præcedenti in rem concepta; quia generalis ſubſervit actioni ex empto pro evictione; quare non prius committitur, quam res evicta ſit cum effectu. *l. evicta* 70. *de evict.* ſpecialis vero incipit locum habere, ſimulac controverſia mota eſt. *l. ſtipulatio iſta* 38. *in princ.* §. 2. & *ſeqq. hoc tit.* illa defertur ad jus rei, ut poſſit eam habere emptor; hæc ad factum, ut non inquietetur, non moleſtetur, ut quiete re illa utatur & fruatur; ut in ſimili docuit noſter Arias de Meſa *lib.* 2. *var. cap.* 44. *ex num.* 13. ideo abſolute poteſt quis promittere rem emptori *habere licere*, quando tantum evictionem promittit; cum non ſpondeat factum ſed aſſecuret jus, quod in re habet; ſed quando promittit ſpecialiter, *habere licere*, id eſt emptorem non eſſe inquietandum, quod in facto conſiſtit, tantum de ſe & heredibus ſuis poteſt promittere, quos prohibere velit, non de extraneis, in quos jus non habet, niſi adjiciat pœnam. *d. l.* 38. §. 1. ex quo apparet, Paulum in *noſtro textu* de hac ſpeciali ſtipulatione locutum fuiſſe, non de generali; quia hæc in ſuo ſenſu omnium extraneorum factum præſtat; illa vero heredum & promiſſoris.

§. XXVIII. Ex quo exponendus eſt nobilis & difficilis textus in *l. habere licere* 57. *de evict.* docet inprimis Gajus, non committi ſtipulationem *habere licere*, ſimulac victus eſt emptor in judicio evictionis, donec cum effectu res ablata ſit; quia adhuc rem habet: unde infert, ſi victor ſine ſucceſſore deceſſerit, ut nemo ſit, qui poſſit urgere executionem ſententiæ, id eſt petere, ut ad executionem perducatur, non eſſe locum regreſſui, & ceſſare ſtipulationem generalem *habere licere*, quæ competit re evicta: ut præſtet caſum doctrinæ ſuæ, quædam exempla ſupponit, quædam exponit; ſupponit cum ſucceſſore decedere, qui moritur cum herede teſtamentario aut legitimo, quod eſt planum, docetque idem eſſe, ſi Titius occupet bona, ſive ut caduca, ſive ut ereptitia, ſive ut vacantia; ſemper enim fiſcus eſt ſucceſſor univerſalis, qui obligationibus defuncti, vel delinquentis tenetur, & experitur actionibus ejuſdem. *l.* 1. *l. bona* 4. *C. de bon. vacant. l. item veniant* 20. §. *ait ſenatus* 7. *de petitione hered. l. quidam* 96. §. *quoties. l. filius* 114. §. *qui inteſtato de leg.* 1. *l. recuſare* 6 §. *ſed ſi filius ad S. C. Trebell. l.* 1. §.

Divus 2. *de jure ſiſci.* docent Pichard. in *lect. de adq. heredit. cap.* 5. Amaya in *d. l.* 1. *ex num.* 7. Olea *de ceſſ. jur. & actionum tit.* 3. *quæſt.* 9. *ex num.* 7. *& tit.* 6. *quæſt.* 11. *num.* 45. & per conſequens poterit ad effectum perducere actionem pro evictione emptori competentem; tunc vero occupat bona tanquam vacantia, cum fortuito defunctus ſine herede deceſſit; quia nec teſtamentum fecit, neque agnatum, cognatumve habuit intra gradum legitimum, & rationales decernunt, bona locupletia eſſe & incorporanda. *l.* 1. §. 1. *de jure fiſc.* quo in caſu, etſi libertates datæ ſint in teſtamento, nec conſervantur, ſi forte conſcriptus repudiavit, & non ſint legitimi, nec fiſcus eas præſtare tenetur, tanquam ſucceſſor ab inteſtato, ut probat diſertus textus in *l. quod Divo Marco* 50. *de manum. teſtam.* ſed quando bona vacant ex eo, quod ab ſcripto vel legitimo herede repudiata ſunt, quamvis rationales urgeant incorporationem, prætexentes locupletia eſſe, tamen fiſcus præſtat libertates ex eadem Conſtitutione, vel patitur, ut uni ſervorum addicantur bona ad conſervandas libertates. *l.* 4. §. *eadem* 17. juncto §. 19. *cum ſeq.* qui eſt expreſſior, *de fideicomm. libert.* §. 1. ſic intelligendo, *inſt. de eo cui libert. cauſſa bona addicuntur.* quis non facile cenſentur bona locupletia, quæ a privatis heredibus repudiata ſunt. *l. libertus* 36. *de bon. libert.* ita hanc Conſtitutionem accipio, præeunte licet obſcure Cujac. *lib.* 9. *reſp. Papin.* in *d. l.* 50. quidquid aliter Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tractatu* 1. *de adquirenda heredit. cap.* 3. *num. ult.*

§. XXIX. Non expreſſit Gajus hunc caſum libertatum conſervandarum propter addictionem bonorum factam uni ex ſervis teſtamento manumiſſis, quando fiſcus bona reſpuit, nec vult ut incorporentur cum onere præſtandarum libertatum; ſed ſuppoſuit ut præcedentes de herede ſcripto vel legitimo; conſtato enim, hunc ſervum ſucceſſorem eſſe univerſalem, & ratione interpoſitarum cautionum poſſe exercere omnes actiones, quæ competunt defuncto, quemadmodum tenetur omnibus obligationibus, quibus ipſe tenebatur. *l.* 3. *d. l.* 4. §. *is autem* 21. *cum ſeqq. de fideicomm. libert.* docent Pichard. *princ. inſt. de eo cui libert. cauſſa bon. addic. ex num.* 64. Briſſ. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 14. Hilig. ad Donell. *lib.* 4. *comm. cap.* 1. *lit. X.* ergo falſum eſt dicere, in hoc caſu ſine ſucceſſore decedere defunctum, cum non minus ſuſcipiat ſervus onera, & exerceat actiones, quam fiſcus bona vacantia occupans. Tandem tetigit extremum caſum, in quo ſucceſſorem habet defunctus; nempe ſi repudiante fiſco, & cum libertates non ſint, vel nullo ſervorum petente addictionem, creditores petunt, ut mittantur in poſſeſſionem bonorum, quorum eſt poſtremum jus. *l. ſi bona* 5. *C. de bon. auct. jud. poſſid.* ex quibus unus curator a judice conſtituitur, qui bona omnium nomine cuſtodiat, adminiſtret, exerceat actiones, ſuſcipiat obligationes, ſolvat debita, diciturque ſucceſſor univerſalis anomalus. *l. Prætor* 9. §. *his verbis* 3. *l. creditore* 14. *de reb. auct. jud. poſſid. l.* 2. *per totam. l. ult. de curat. bonis dando.* ſublato jure vetere ſucceſſionis univerſalis, quæ olim fiebat per bonorum venditionem, de quo Juſtin. in *princ. inſt. de ſucceſſ. ſublat.* docent Donell. *lib.* 3. *comm. cap.* 23. Fab. *de error. Pragm. decade* 2. *errore* 1. *&* 3. *& decade* 3. *err.* 3. Olea in *eodem tractatu titulo* 4. *quæſt.* 3. *ex num.* 30. Salgad. in *labyr. credit. parte* 1. *cap.* 13. quem caſum relinquendi & habendi ſucceſſorem merito tanquam poſtremum poſuit Gajus; quia poſt eum nullus poteſt dari.

§. XXX. Igitur ſi creditores ipſi, quorum intereſt occupare bona, nolint ea occupare; ſed tanquam inania & inutilia contemnunt, & pro derelictis habeant, tunc finitur & annihilatur prorſus ſucceſſio univerſalis defuncti, ſive regularis ſive anomala, ceduntque primo occupanti ut derelicta. §. *qua ratione* 47. *de rer. diviſ.* occupantur vero res ſingulæ corporales, tanquam ſingulare, non tanquam jus univerſum, quod defunctus habuit tempore mortis; quia occupatio eſt factum corporale, neque poteſt exerceri circa res incorporales, quæ tangi non poſſunt. *l. ſi ſervus* 43. §. 1. *de adquir. rer. dom. l. poſſideri* 3. *de adq. poſſeſſ.* ideo ineptum eſſet velle occupare ſucceſſionem univerſalem, quæ in jure conſiſtit. *l. hereditas* 50. *de petit. hered. l. hereditatis* 119. *de V. S.* vel actionem ipſam de evictione, quæ competit defuncto, ut ex textu a ſe ſubtiliter expenſo in *l. qui re* 76. §. 1. *de furt.* docuit in ſpecie Benedict. in *cap. Rainutius de teſtamentis verbo uxorem nomine Adelaſiam num.* 368. *& ſeq.* hic ergo eſt caſus, in quo ſine ſucceſſore decedit, & per conſequens nullus eſt, qui defuncti nomine ad exitum perducere poſſit actionem de evictione, retinetque emptor rem, ſibique habet ex defectu adverſarii: ſimilis eſt huic deciſioni textus in *l.* 1. §. *ſolum Pomponius* 14. *ff. depoſiti.* ubi videndi ſunt Accurſ. & Ant. Fab. & Claſſici ad *l.* 1. *C. de O. & A.*

§. XXXI. De natura hujus ſtipulationis dixi ſuperiori proximo ſemeſtri in *tract. de individ. præludio* 3. §. 23. *&* 24. *& cap.* 1. §. 7. *&* 8. quare ea ſuppoſita, quod ad cauſſam individuitatis attinet, de uſu nunc agendum eſt: in primis ſtipulatio reſtricta *habere licere*, de qua nuper agebam, per hanc formulam concipitur, *neque per me neque per heredem meum fieri, ut tibi habere non liceat*; quo promittebat reus factum non inquietandi emptorem de ſe, & de heredibus ſuis. Itaque quoties ſimpliciter reus promittit *habere licere*, tantum promittit abſolute, rem non eſſe evincendam; & in caſu evictionis obligatio concipitur; quando vero ſpondet *per ſe non fieri*, promittit factum non inquietandi: ideo noſter Paulus, qui procul dubio loquitur de ſtipulatione *habere licere* reſtricta, ſtatim ſubjunxit hoc exemplum, *per te non fieri*, denotans ita concipi, quod & probatur ex *l. ex empto* 11. §. *ult. de act. empt. l. redhiberi* 21. §. *ult. cum l. ſeq. de Ædil. Edict. l. ſtipulatio* 38. *in principio, &* §. *hi qui ſunt* 6. *verſ. ſed ſi ſervus. l. ubi autem* 75. §. *qui id quod* 7. *hoc tit.* deſerviebat quoque ad quaſi traditionem ſervitutum; ſi enim ſervitus legetur, vendatur, vel alio quocumque modo concedatur, cum tradi non poſſit realiter; quia corporis expers eſt. *l. ſi ſervus* 43. §. 1. *de adquir. rer. dom.* conſequens eſt, ut ſola patientia quaſi tradatur. *l.* 3. *de uſufruct.* quæ promittebatur per hanc ſtipulationem: *neque per me, neque per heredem meum fieri, quominus uti tibi liceat illa ſervitute. l. heredes* 25. §. *in illa* 14. *l. coheredes* 44. §. *quod ex facto* 5. *fam. erciſc. l. ult. de ſervitutib. l.* 3. §. *ſi inter de act. empt. l.* 2. §. *item ſi in facto* 5. *l. cum filiusfam.* 49. §. 1. *l. in executione* 85. §. *quod ſi ſtipulatus* 3. *hoc tit. l. inter artifices* 31. *de ſolut.* quod generale eſt in quibuscumque negotiis, in quibus promittitur tantum pati, ut alter faciat; veluti tollere vindemiam ex vinea, unum ſervum ex familia, vel ædes promiſſoris habitare. *l. ſi ita* 42. *cum ſeq. l. ſi ſtipulatus* 111. *hoc tit. l. ſi is* 66. §. *ult. de furtis.*

§. XXXII. Quid autem contineat hæc promiſſio, *per me non fieri*, exponit Ulpianus in *l. in illa* 50. *hoc tit.* nempe promiſſorem ipſum non facturum, & hoc amplius curaturum, ne alter faciat; quod ſi præter factum ipſius alter faciat, quem prohibere non poſſit, immunis eſt, *arg. l. fluminum* 24. §. *quamquam de damn. infect.* Igitur non ſignificant abſolute, me conſecuturum eſſe, ut alter faciat, alioquin eſſet ſimplex abnutivum, id eſt, eſſet abſoluta negatio, quod nec promitti poteſt, cum ſit plus quam abſoluta negatio. Donell. *lib.* 12. *comm. cap.* 19. Ant. Aug. *lib.* 1. *emendat. cap.* 3. Claſſici in *præſenti*, & in *d. l.* 50. effectus vero circa perſonas in ipſa ſtipulatione comprehenſas ex verbis promiſſionis deducendi ſunt;

ſi

Digitized by Google

ſi enim quis de ſe tantum promittit, de nullo alio tenetur; neque de fidejuſſore quidem, quem dedit, niſi cum alioquin poſſet prohibere, & non prohibuit. *l. ſi filiusfam.* 49. §. 1. *hoc tit. l. inter* 31. *de ſolut.* ſic ſimiliter ſi filio vel ſervo promiſſum ſit, non committitur, quamvis pater dominusve prohibeatur. *d. l.* 38. §. *is qui* 6. *verſ. ſed ſi ſervus*; quia eſt meri facti, quod domino per ſervum patri per filium non adquiritur. *l. quod dicitur* 130. *hoc tit.* ſi vero prohibeatur ille, qui agit nomine ſtipulatoris, tunc ipſe ſtipulator cenſetur prohibitus, & committitur ſtipulatio. *l. ſi ſtipulatus* 131. *hoc tit.* nec amplius eſt, quod notem de hac ſtipulatione, videnda ſunt, quæ dixi *lib.* 8. *opuſc. cap.* 15. & quæ de ſtipulatione ſibi licere uti frui docet Arias de Meſa *lib.* 3. *var. cap.* 47. *& ſeqq.*

§. XXXIII. Hæc promiſſio utiliſſima eſt propter varias deceptiones, quas ſubdoli homines comminiſcuntur circa expeditionem negotiorum, ad quæ obligati ſunt, cujus auctorem nempe Gallum Aquilium veterem JCtum ampliter eo nomine laudat Cicero *l.* 3. *offic.* a quo dicitur everriculum malitiarum omnium *lib.* 3. *de natura Deorum*, & honeſtatis formula appellatur a Divo Ambroſio *lib.* 3. *offic. cap.* 10. non fuit equidem neceſſaria in contractibus bonæ fidei, quia in illis quicumque dolus vindicatur ipſo jure, ſive ex officio judicis, quod illis actionibus ſubſervit. *l.* 3. *de reſcind. vendit. l. & ideo* 21. *ſolut. matr. l. hujusmodi* 84. §. *qui ſervum de leg.* 1. aliquando tamen majoris cautelæ gratia illis adhibebatur, ut de contractu ſocietatis conſtat ex *l. ſed hoc* 22. §. *quod autem de re judic.* in quo & dolus præſtandus eſſet, quantumvis ſtipulatione non promitteretur. *l. ſi cum fundum* 68. §. 1. *de contrahend. empt.* In mutuo vero & ſtipulatione & cæteris negotiis, quæ bonæ fidei non ſunt, neceſſaria eſt: quia illis non officit dolus, quominus ſaltem naſcatur obligatio. *l. ſi quis* 36. *hoc tit.* idcirco adjectam clauſulam doli compromiſſo ſeu arbitrio. *l. arbitrorum C. de recept. arbitr.* transactioni. *l. Seja* 135. §. *ult. hoc tit.* diviſioni hereditatis. *l. inter coheredes* 44. §. *quod ex facto fam. erciſc.* cautioni de moliendo opere, quæ ſuper nunciationem novi operis interponitur. *l. ſtipulatio* 21. §. *habet de novi operis nunciat.* item cautioni fructuariæ, qua uſufructuarius promittit uti frui re arbitratu boni viri. *l. huic* 5. *ff. uſufruct. quemadm. caveat.* ſtipulationi judicia-li de judicato ſolvendo. *l. judicatum* 6. *l. noviſſima* 19. *per totam judic. ſolvi.* de rato. *l. in ſtipulatione* 19. *l. ſi ſine* 22. §. *ſi in ſtipulationem* 7. *rem ratam hab.* cautioni, quam præſtant legatarii heredi de reſtituendo, quod plus perceperunt, quam ipſis capere licuit per legem Falcidiam. *l.* 1. *in princ. &* §. *ult. cum* 2. *ll. ſeqq. ſi cui plus quam per leg. Falc.* & generaliter cuicumque ſtipulationi, ex qua res tradenda, dandave eſt, vel aliquod opus eſt faciendum, ut ſine ullo dolo malo detur, tradatur, vel fiat. *l. ſi id quod* 22. *hoc tit. l. & per jus* 13. §. *cum qui de acceptilat.* & traditionibus, quæ ex ſententia judicis faciendæ ſunt per victum victori. *l. ſi poſt* 28. *cum ſeqq. de rei vind.*

§. XXXIV. Formula hujus ſtipulationis proponitur a Papiniano in *l. ex ea parte* 121. *hoc tit. dolum malum huic rei abeſſe abſuturumque eſſe ſtipulatus eſt ille, ſpopondit ille.* Ex qua ſi dolus admiſſus ſit, agitur ex ſtipulatione non de dolo; quia de dolo actio eſt ſubſidiaria. *l.* 7. §. *non ſolum* 3. *de dolo. l. ſi id quod* 22. *l. ſtipulationes* 53. *l. doli* 119. *hoc tit.* Ita quidem ut, ſi in caſum doli promiſſa ſit certa pœna, agatur certi condictione; ſi vero promiſſa non ſit, agatur ex ſtipulatu ad id quod intereſt, *arg. l. ſtipulationum* 74. §. *ult. hoc tit. cum l. ſeq.* vel ſi omiſſa ſit ſtipulatio doli, agatur condictione incerti, ut repromittatur, quando opus eſt. *d. l.* 121. *hoc tit.* ubi docent omnes Claſſici usque ad Giphan. Et quamvis in rem concepta videatur ſtipulatio, non tamen comprehendit extraneas perſonas, neque continet ſimplex abnutivum, ſed tantum perſonam promiſſoris heredumque & eorum, qui ab eo cauſſam habent. *l. inter* 44. §. 5. *fam. erciſc. l. noviſſima* 19. *jud. ſolvi. l. ſi ſine* 22. §. *ſi in ſtipulationem* 7. *rem rat. haberi. l. huic* 5. *ff. uſufr. quemadm. cav.* ubi eleganter Ant. Fab. Neque obſtat *l. hæc verba* 69. *de V. S.* quæ probat, verba indefinita, *dolum malum abeſſe abſuturumque eſſe*, comprehendere omnem dolum; quia ibi omnis dolus ſignificat præteritum, præſentem, & futurum; non vero ab omnibus adhibitum, ut docene ibi Cujac. Goeddæus, & Gentil. niſi in rem promittatur, ut ab omni dolo res aſſecuretur; tunc enim pœna promiſſa efficit, ut valeat promiſſio etiam reſpectu extraneorum. *d.* §. *ſi quis dolum* 13. *d. l. noviſſima* 19. §. 1. Ex quibus expoſitus manet noſter textus; ubi docemur, tantum promiſſionem cenſeri de ſe & de heredibus, & pure circa extraneas perſonas.

§. XXXV. Sed ſolet opponi Juliani locus in *l. nemo* 5. *de duob. reis.* in quo tradit, alienas operas promitti poſſe, & huic promiſſioni fidejuſſorem adhiberi, ſed operæ alienæ factum alius perſonæ ſunt, quod non poteſt explicare promiſſor. *l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus* 12. *de condict. indeb. l. cum filius* 49. §. 1. *hoc tit.* ergo qui alienum factum promiſit, obligatur, in qua difficultate explicanda multum ſe torquent veteres, ut videre licet ex variis eorum intellectibus, quod ibi refert Joannes Ronchegallus. Cujac. *lib.* 5. *obſerv. cap.* 35. vulgarem literam invertit, ſed perfacilem eſſe ſuadet mihi principium; & nemo eſt qui neſciat; neque enim poteſt eſſe difficile; quod omnes ſcire teneantur, ut exponit Ronchegallus *num.* 3. *ad fin.* Igitur dicendum eſt, loqui JCtum in principio de operis alienis, quæ non promittuntur, ut operæ artificis; ſed ut opus percipiendum cura & expenſis promiſſoris, ut promiſſio radicetur in ipſo opere perficiendo; non in ipſo operante, quæ idcirco utilis eſt, quamvis, qui ſpondet, non ſit artifex. *l. continuus* 137. §. *ſi ab eo* 5. *hoc tit.* & olim ſemperque tranſit ad heredes. *l. mortuo* 49. §. *ult. de legi* 2. ut dixi in *tract. de indiv. cap.* 2. magis enim expenſa & pecunia quam operæ promiſſæ cenſentur: ergo & fidejuſſor accedere poteſt, & duo rei conſtitui ejusdem obligationis; ex quo infert ad caſum ſimilem, ſi operæ ut operæ promittantur, poſſe aliquando duos reos conſtitui; veluti ſi duo fabri ejusdem peritiæ promittant, ſe domos fabricaturos; quia licet realiter & phyſice diviſæ ſint operæ unius ac alterius. *l. inter* 31. *de ſolut.* moraliter tamen eædem ſunt, inter quas non poteſt conſiderari differentia: docent Ronchegallus in *d. num.* 3. Donell. *de duob. reis cap.* 4. *num.* 2. Denique infert, duabus ſtipulationibus easdem operas promitti poſſe; quia ad ipſos pertinet concordare, quo tempore ſingulæ præſtandæ ſint, *arg. l. libertus* 15. *in fin. de oper. libert.*

§. XXXVI. Sed antequam finem imponamus, obſervanda ſunt, quæ ex jure noſtro retinere debemus. In primis repeto, quod dixi ſupra §. 6. & 8. ſtipulationem facti alieni obligare ex jure naturali ad ſatagendum vel curandum, non vero ad dandum vel faciendum præciſe, quod de alio quis promiſit; ne ultra intentionem obligetur; quod nunquam accidit; idemque jure noſtro Regio ſtatuitur, quod per omnia in hac parte rationem naturalem ſequitur. *l.* 3. *tit.* 8. *lib.* 3. *Ordin. l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Compilat.* ut & jus Canonicum. *cap. Eleutherius* 191. *diſtinctione.* quæ frequentior eſt ſententia noſtratum, quam tenent Didacus Perez in *d. l.* 3. *gloſſ.* 1. Matienzo in *d. l.* 2. *gloſſ.* 1. *a num.* 1. *& gloſſ.* 6. *num.* 4. & 5. Greg. in *l.* 11. *gloſſ.* 1. *tit.* 11. *Part.* 5. & alii apud Sanchez *lib.* 1. *de matr. diſput.* 24. *num.* 10. quamvis jure Regio præciſe ad faciendum poſſe teneri, qui alium facturum promiſit, cen-

Digitized by Google

ſeant non ſolidis fundamentis Azeved. in *d. cap.* 3. *num.* 30. Pichard. in §. *ſi quis alium l.* 2. *ex num.* 40. Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. num.* 23.

REPETITA PRÆLECTIO,

AD

§. *Sacram Legis inter ſtipulantem* 83. *Dig. de Verb. Oblig.*

§. I. Ut nova methodo & diſerta difficillimum hunc locum exponamus, literaliter imprimis explicandus eſt, & manifeſtanda litera Pauli, quæ & multas & obſcuriſſimas continet poſitiones. Prima regula traditur in principio his verbis: *ſacram vel religioſam rem, vel uſibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, baſilicam, vel hominem liberum, inutiliter ſtipulor*: ſed cum adverſum hanc regulam argui poſſit ita: poteſt res ſacra fieri profana, publica reverti ad uſum privatum, & homo liber fieri ſervus; ergo non ſtatim debet ſtipulatio vitiari, ſed eventus exſpectandus eſt. Reſpondet Paulus, non poſſe convaleſcere ex poſtfacto, quod ab initio nullum fuit, & idcirco non deberi; *quamvis ſacra profana fieri, & uſibus publicis relicta in privatos uſus reverti, & homo liber ſervus fieri poſſit*: tota hæc concluſio facilius breviusque ad hanc reduci poteſt: ſtipulatio rei exemptæ a commercio inutilis eſt, ad quam probandam utitur argumento Paulus, quod convincit ab interitu ad non exiſtentiam ab initio obligationis, aitque; *nam & cum quis rem profanam aut Stichum dare promiſit, liberatur, ſi ſine facto ejus res ſacra eſſe cœperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit.* Vis argumenti ſic manifeſtatur: ſervus efficaciter ab initio promiſſus, aut res profana recte in ſtipulationem deducta eximeretur ab obligatione, tolleretur prorſus obligatio, ſi ſervus liber, vel res profana inciperet eſſe ſacra ſine dolo, culpa, aut facto promiſſoris. *l.* 9. §. *illud de ſtatulib. l. is qui* 51. *l. ſi ſervum* 91. §. 1. *hoc tit. l. ſi mihi alienum* 92. *l. qui res* 98. *de ſolut. l. inter* 46. *verſ. nec diſſimilis de furt.* de quo, annuente Deo, acturus ſum æſtivis menſibus ad §. *Stichum hujus noſtræ legis.* Sed abſurdum eſt, ut incipiat obligatio ab illo rerum ſtatu, in quo poſita durare non poſſet: ergo non poterit ab initio incipere ſuper re ſacra, homine libero &c. Itaque verba Pauli proxime relata non continent concluſionem aut novum tractatum de interitu obligationis per dedicationem rei, aut perſecutionem libertatis ſervi; ſed rationem primæ aſſertionis.

§. II. Sequitur ſecunda ibi: *nec revocatur in obligationem, ſi rurſus lege aliqua res ſacra profana eſſe cœperit, & Stichus ex libero ſervus effectus eſt.* A ratione primæ concluſionis pendet hæc ſecunda, nam obligatio rei profanæ tollitur, ſi ſacra eſſe incipiat, vel ſervi, ſi ad libertatem perveniat: quod ſi iterum ad commercium redigatur, non reviviſcit obligatio ſemel extincta: & hic eſt principalis tractatus noſtri textus, cui fundando & illuſtrando ſequentia ſubſerviunt, eandemque verſavit Paulus noſter in *l. qui res* 98. §. *aream de ſolut.* noſtramque concluſionem propoſuit, & poſtea contrarium ſentientes rejicit his verbis; *neque admiſſum eſt, quod Celſus ait, ſi idem homo rurſus lege aliqua ſervus effectus ſit, peti eum poſſe: in perpetuum enim ſublata obligatio reſtitui non poteſt; & ſi ſervus effectus ſit, alius videtur eſſe.* Itaque ex duplici cauſſa non recidit in obligationem, quia ſemel extincta non ſuſcitatur, & quia homo ipſe denuo ſervus effectus alius videtur homo eſſe, quas in cauſſa legati reperit idem JCtus diſertis verbis in *l. ſervus* 87. §. 1. *de adim. leg.* ut faceſſant illi, qui volunt conſtituere differentiam hac in parte inter ultimas voluntates & contractus, quos rejicimus in ſolutione antinomiæ. Ecce ergo refellit ibi Celſum, & in *noſtro* §. rejicit Sextum Pedium, qui in eadem ſententia fuit; idcirco illa verba, quæ in *hoc verſ. nec revocatur* ſtatim ſequuntur, *quoniam una atque eadem cauſſa liberandi & obligandi eſſet, quod aut dari non poſſit, aut dari poſſit*, non continent rationem ſecundæ concluſionis a Paulo traditæ, ſed potius rejectionem contrariæ opinionis. Aſſerebant quippe Sextus Pedius & Juventius Celſus, ſi iterum res profana aut homo liber ſervus factus fuiſſet, recidere in obligationem, quoniam obligatio ceſſabat, quando res effecta ſacra, vel homo libertatem conſecutus erat, reviviſcebatque & ſuſcitabatur, quando iterum reſtituebatur commercio, ſi quidem dari poterat. Paulus vero eos retundit eorumque rationem, docens non ſuſcitari propter illam rationem ab utroque JCto excogitatam; quia ſuperior eſt hæc ratio, obligatio ſemel extincta non reviviſcit, quæ eſt ſecunda concluſio.

§. III. Sequitur *verſiculus nam & ſi navem*, qui non continet doctrinam Pauli, ſed Pedii & Celſi, quam rejicit, ut manifeſtius conſtat ex *d.* §. *aream* 8. *verſ. nec ſimili argumento*: fundabant ergo ſententiam ſuam ſequentibus argumentis, a ſimili, ſi navem promiſi alienam, & dominus eam omnino diſſolvit, liberor ab obligatione, quod ſi iterum ex iiſdem tabulis dominus compegit, recido in obligationem, quia eadem navis eſſet. Rurſus proſequebantur, ſi ſtipulatus fuero decem amphoras vini ex fundo Tuſculano naſcituras, in primis exſpectare debeo, donec naſcantur, ſi natum ſine culpa promiſſoris perierit, deſinit deberi, & iterum exſpectare debeo, donec naſcatur, per quas vices aut viciſſitudines ceſſat obligatio, quamdiu dari non poteſt, & ſuſcitatur, quando dari poteſt: ergo eodem modo, quamdiu res ſacra manet, ceſſat obligatio, & quando in commercium redit, debet reviviſcere; quia ſacra effecta dari non poteſt, & commercio reſtituta dari poteſt. Paulus vero hæc exempla inepta eſſe ſive diſſimilia incipit oſtendere in *verſ. ſed hæc diſſimilia ſunt noſtri* §. ut oſtendit etiam in *d. l. qui res* 98. §. *aream verſ. nec ſimili argumento*, & altius in eandem materiam penetrans docet, cum homo liber vel res ſacra promiſſa eſt, adeo inutilem eſſe ſtipulationem ab initio, ut non poſſit exſpectari tempus ſervitutis, in tantum, ut non valeat, quamvis expreſſe concepta ſit ſub conditione vel in tempus, quo res ſacra profana, vel homo liber ſervus eſſe incipiat; ea enim ſolum in ſtipulationem deduci poſſunt, quæ ad dandum poſſibilia ſunt tunc, cum contractus initur; ſed impoſſibile eſt, ut detur res, cujus commercium non eſt contractus tempore; ergo non valet ſtipulatio. Poſſet quis inſtare, ea quæ non poſſunt dari tempore contractus, ſi tempore, quo evenit conditio, dari poſſunt, recte in ſtipulationem deducuntur, ut de re mea dicitur in *l. ſi rem* 31 *l. exiſtimo* 98. *hoc tit.* ergo eodem modo poterit in ſtipulationem deduci res ſacra,

vel

vel homo liber; ſi tempore expletæ conditionis in commercio ſit, *arg. l. in tempus 62. de hered. inſtit.* ſed reſpondet Paulus, quaſdam conditiones poſſe exſpectari, quæ eventum non triſtem habent, quaſdam nec poni nec exſpectari poſſe; quia ſunt triſtiſſimi ominis & eventus: conditio enim, quod res mea a me alienetur, nihil habet ominoſum, ideo exſpectanda eſt; ſed conditio, quod homo liber fiat ſervus, quod res ſacra redigatur ad uſus profanos, res eſt mali ominis plena; idcirco triſtis hic eventus non eſt exſpectandus, quod axioma late exagitant Claſſici in præſenti. Unde deducit Paulus, ſi, ut conſiſtat obligatio ab initio, non poſſumus inſpicere, quod homo liber poteſt fieri ſervus, conſequens eſt, ut, quæ conſtitit ab initio in ſervo, adeo diſſolvatur per conſecutionem libertatis, ut nulla ſpes ſit, ut reviviſcat, quamvis iterum fiat ſervus, in quo nihil de novo addit; ſed confirmat amplius ſecundam regulam.

§. IV. Deinde adjicit, homo liber certa ſpecies eſt, nempe Titius hic, vel hæc res ſacra; uti etiam certa species eſt, Stichus, aut fundus Tuſculanus. In ſpeciebus vero certis ea perpetua regula eſt, ut ab initio recte contracta obligatio diſſolvatur, ſi certa ſpecies intereat, vel a commercio eximatur. *l. quod te 5. de reb. cred. l. ex legati 25. hoc tit.* junctis aliis textibus, quos ſupra adduxi. Vinum vero eſt genus. *l. 2. §. appellata, & §. mutui datio de reb. cred.* genus autem nunquam perit. *l. in rationem verſ. incertæ ad l. Falc. l. incendium 11. C. ſi cert. pet.* idcirco ſi res profana efficiatur ſacra, vel ſervus homo liber fiat, perimitur obligatio exſtinctione rei; ſi autem vinum ex illo fundo natum ſine culpa promiſſoris perierit, non omnino extinguitur obligatio; cum ſit genus, quod non perit, ſed tantiſper ceſſat; quare ſecundus annus exſpectandus eſt; quia obligatio ceſſans propter tacitum tempus non poteſt dici extincta, nec opus eſt ut ſuſcitetur; ex quo diſſolvit argumentum a paritate vini promiſſi, ex certo fundo naſcituri, non quia falſum eſt, ſed quia male accommodatur præſenti quæſtioni, de quo poſtea agemus.

§. V. Qua differentia expoſita revertitur Paulus in *verſ. & navis* ad argumentum de navi, quod propoſuerat tanquam ex contraria ſchola in *verſ. nam & ſi navem*, docetque doctrinam Pedii & Celſi non per omnia veram eſſe; inſpiciendum enim eſt, qua mente promiſſam navem diſſolvit: nam ſi diſſolvit eo animo, ut ſtatim compingat, vera eſt doctrina adverſariorum; quippe, quamdiu diſſoluta manet, peti non poteſt; ſed iterum compacta peti poteſt; tunc vero non tollitur obligatio, ſed ceſſat ejus effectus, redditque, quando in eo ſtatu ponitur, ut peti poſſit; quando autem dominus navem diſſolvit, ut perpetuo diſſoluta maneret, falſum eſt dicere, reviviſcere obligationem, quamvis iterum fiat ex iiſdem tabulis: ergo a promiſſore peti non poterit; quia alia navis eſſe cenſetur, ut alia domus eſt, quæ fuit deſtructa, licet poſtea mutato conſilio eam dominus ex iiſdem tignis conſtruxerit, quo ſuppoſito tenet omnino comparatio: ut enim ſervus manumiſſus peti non poteſt, quamvis iterum in ſervitutem redigatur, ita navis perpetuo conſilio diſſoluta peti non poteſt, quamvis iterum ex iiſdem tabulis compingatur: ſed hanc animi differentiam adverſarii non obſervarunt, ex quo in applicatione doctrinæ & argumenti decepti fuerunt, quod idem repetivit in *d. §. areain 8. verſ. nec ſimili & verſ. homini autem.* Ecce ſecundam concluſionem, nempe obligationem ſemel extinctam non reviviſcere, confirmatam duplici exemplo, domus & navis, quæ perpetuo conſilio fuerunt diſſolutæ, tandem concludit Paulus, hunc tractatum utilem eſſe, & ad multa cognitu neceſſarium; veluti ad Prætorias ſtipulationes, quibus cavetur de re reſtituenda, quæ extincta non eſt; nunc enim quæri ſolet, an iterum facta ex eadem materia eadem ſit, vel diverſa? quod juxta præcedentem diſtinctionem dicendum eſt. Et ſic manet literaliter expoſitus noſter textus, & indicata genuina ejus tractatio, quæ non eſt de inutili ſtipulatione rei a commercio exemptæ; ſed an obligatio ſemel extincta poſſit ſuſcitari? quare ita elucidabimus ſuppoſitas in eo quæſtiones, ut principaliter principaliori inſiſtamus. In cujus literæ expoſitione ſecuti ſumus majori ex parte Theodorum Balſamonem ad *nomocanonem Photii tit. 2. pag. mihi 51. & ſeqq.* Albericum, Cumanum, Duarenum, & Cujacium in *præſenti*, omiſſis aliis, de quibus diſputare otioſum duximus.

§. VI. E veſtigio tamen opponi ſolet textus in *l. ſi chorus 79. §. aream, & §. ſervus quoque de leg. 3.* in qua tamen antinomia diſſolvenda nunc non immoror; quia expoſiturus ſum eam feriatis diebus annuente Deo.

§. VII. Hanc aſſertionem primo ponit Paulus in *principio noſtri textus*; quare neceſſe eſt etiam de ea diſputare. Res vero a commercio exemptæ in præſenti intelliguntur, non illæ, quæ ſpecialibus legibus aut voluntate teſtatoris prohibentur alienari, de quibus noſter ſermo futurus non eſt; ſed quæ jure gentium, vel ex natura ſua fugiunt commercium hominum; quales ſunt homo liber; res ſacra, religioſa, aut ſancta, aut publicis uſibus in perpetuum deſtinata. Has quippe ſolas commemorat Paulus in *præſenti*.

§. VIII. Res ſacra eſt, quæ rite per Pontifices dicata eſt Deo. *§. ſacræ de rer. diviſ.* ubi vulgo notatur, & quædam dixi *lib. 1. opuſc. cap. 19. ex num. 9.* nec obſtat, quod dicitur in *l. ſacra 9. §. 1. de. diviſ. rer.* tunc fieri rem ſacram, cum Princeps eam dedicaverit, aut dedicandi poteſtatem dederit, quod etiam ſupponitur in *l. ult. ut in poſſeſſionem leg.* ibi: *aut quid publice conſecraverit, permiſſu ſcilicet Imperatoris*; ſpectabat enim ad Impp. Romanos cura ſacrorum, quia & ſimul Pontifices maximi creati fuerunt ſtatim ab Auguſto, ut ſic ſancti & populo inviolabiles haberentur. Sueton. in *Auguſt. cap. 30. & 31.* Tacitus *lib. 1. hiſtor.* Dio *lib. 54. hiſtor.* Ovidius *lib. 2. faſtorum* in ſolemnitatibus menſis Martii. Unde cæteri Impp. gentiles eadem poteſtate muniti fuerunt, ut notarunt Cujac. in *recit. ad Novell. 51. & ad tit. ff. de jure patron.* Henric. Spondan. in *cœmeteriis ſacris lib. 1. parte 1. cap. 9. num. 2.* Suarez de Mendoza *ad l. Aquil. lib. 2. cap. 2. ſect. 10. in fin.* & cum multis noſter Arias de Meſa *lib. 3. var. cap. 31.* Michaël Rouſſel *hiſtoriæ Pontificiæ juriſdictionis lib. 1. cap. 1. num. 11.* ſunt tamen qui tradunt, Conſtantinum Magnum & ſequentes Chriſtianos Impp. uſque ad Gratianum titulo tenus, & majoris dignitatis gratia Pontifices maximos fuiſſe appellatos, ne quid de veteribus titulis deeſſet novis Impp. quamvis ſine re & poteſtate, multaſque adducunt veteres impoſitiones, quæ id ſuadent: locum Panegyrici Auſonii, ubi eundem Gratianum *religioſum Pontificem* nuncupat; actionem etiam tertiam concilii Chalcedonenſis, & patrum ibidem acclamationes, ubi idem Imp Pontifex inclytus repetito dicitur. Denique locum Zoſimi hiſtorici, quantumvis Ethnici, qui *lib.* hunc titulum Pontificis repudiatum tradit ab illo eodem Imp. unde ridicule deducere vult, nihil auſpicato deinceps ſucceſſoribus contigiſſe tamquam profanis & impiis: ex quibus fundamentis ita cenſent Baron. *tom. 4. annal. anno 312. & 383.* Joannes Morinus *de eccleſiaſtica poteſtate parte 2. cap. 14.* Philip. Berterius *diatriba 2. tribaſen cap. 6. verſ. cæterum Demetrius.* Rouſſel *ubi proxime.* Contra vero nititur Jacob. Gothofredus in opuſculo, *num Chriſtiani Impp. Pontificatum maximum geſſerint?* quod eſt pars alterius, quod ſcripſit *de interdicta Chriſtianis cum Gentilibus communione*: verum licet omnibus indicatis a me teſtimoniis fidem levare intendat, clariora ſunt, quam ut negari poſſint; ideo communiorem in hac re opinionem præfero,

quam & ſequitur Ramos, nuper æquabili meritis ſorte Indici conſilii Præſes renunciatus, in doctiſſimo Syntagm. *de Epiſcopatibus Luſitaniæ propoſit.* 2. *num.* 164. Cum vero poſtea Græci præcipue Impp. nimia poteſtate tumentes ſuffiendi & ſacrificia offerendi ad altare facultatem ſibi arriperent inſtar Pontificum, ut conſtat ex nota Theodori Balſamonis ad *canonem* 68. *ſextæ ſynodi in Trullo.* nomen etiam & munia Pontificis Maximi iterum arripere cœperunt; qua de cauſſa Nicolaus Papa non jam diſſimulans, ſed ſerio corripiens Michaëlem Græcum Imp. epiſtola ad eum miſſa interdixit, ne deinceps ſeculares Impp. hoc titulo inſigniri aut abuti vellent. Hujus epiſtolæ pars refertur a Gratiano in *cap. quoniam* 8. *diſtinctione* 12. & in *cap. cum ad bellum* 6. *diſt.* 96.

§. IX. Apud nos, ut par eſt, ab Epiſcopis aut his, qui Epiſcoporum vice funguntur, res conſecrari debent, quia ad alios talis poteſtas non pertinet, ut conſtat ex auctoritatibus Gratiani *diſt.* 86. & de conſecratione *diſt.* 1. & in *decretal. ex toto tit. de conſecratione eccleſ. vel altaris.* & ex *Novell.* 67. *cap.* 1. ex *l.* 12. *tit.* 10. *Part.* 1. & ex juris orientalis teſtimoniis, quæ adducit Theodorus Balſamo ad nomocanonem Photii *tit.* 2. *cap.* 3. *textu* 3. *pag. mihi* 47. aliisque apud Ant. Aug. in *Epitome veteris juris Pontificii lib.* 13. *tit.* 4. & *ſeqq.* de quo late agunt ex nuperis Iſidorus Moſconius *de majeſtate militaris eccleſiæ part.* 1. *cap.* 8. §. 2. *pag. mihi* 228. & *ſeqq.* Joan. Ciron. ad *tit. de conſecratione eccleſ. vel alter.* Bellarmin. *tomo* 1. *controv. lib.* 3. *de cultu ſanctor. cap.* 5. & 6. Conſecrantur vero eccleſiæ, altaria, vaſa, ornamenta, cæteraque ad cultum divinum neceſſaria, ut conſtat ex teſtimoniis ſupra relatis; alia vero ſunt, quæ donantur eccleſiis, & piis locis, potius ad divitias, & devoti animi oſtentationem, quam ad ſervitium in ipſis rebus divinis, quarum donationum exempla vetera & multa adducit Renatus Choppinus *lib.* 3. *de ſacra politia tit.* 1. *ex num.* 2. copioſeque & cum fructu legendi quacunque ſapientia cultiſſimi D. Solorzanus *emblemate Regio politico* 40. *per totum.* P. Mendus in *Principe perfecto docum.* 6. *ex num.* 20. Hæc donaria potius ſunt patrimonium templi, quam ſacra, & a commercio exempta; utique ſi perpetuo & irrevocabili animo conceſſa ſint; non vero ſi tantum deſtinentur miniſterio templi ad uſum potius quam ad proprietatem. *l. ſervos* 35. *de liber. cauſſa.* ſecus ſi perpetuo animo. *l. ſervos* 17. *de anim. leg.* Primo enim caſu heredes manent; ſecundo vero templi fiunt, non vero ſacri, ſed dominio tenus. *l.* 2. *de pollicit.* Res enim non fiunt ſacræ ex donatione facta templo, ſed ex ſolemni dedicatione & conſecratione. *l. nondum* 3. *C. de furt.* qua doctrina impie abutitur Connanus ad *Legg. Regias lib. ſingul. cap.* 9. & Cujac. *lib.* 9. *reſp. Pap.* in *d. l. ſervos* 35. contra ineptias Accurſii *ibi*, & in *d. l.* 2. *de pollicit.*

§. X. Ex qua nota profluit differentia inter res templorum vel eccleſiarum, & inter ſacras, nam res eccleſiarum in commercio ſunt, & in ipſarum dominio; idcirco alienantur, licet ſub certis ſolemnitatibus, quas utrumque jus præſcribit, de quibus non agimus. Res vero ſacræ divini juris ſunt. *l.* 1. *de diviſ. rer.* §. *nullius inſt. eodem tit.* quaſi ſub Dei manu mancipioque totaliter conſiſtant a dominio humano exemptæ, ut dixit Clarus *ubi proxime.* formulas veterum dedicationum apud Gentiles exquiſite, ut ſolet, tradit Briſſonius *lib.* 1. *de form. pag.* 113. & *ſeqq.* noſtras vero refert Aug. Barb. in *calce ſui paſtoral.* Ex veterinus formulis apparet, dedicatione templi infimum etiam ſolum aræ conſecrari, juxta duas, quas refert Briſſon. *pag.* 115. unde ædes ſacræ manent jure Romano Gentilium etiam poſt dirutum ædificium. *l. æde* 73. *de contrahen. empt.* §. *ſacræ* 8. *verſ. locus inſtit. de rer. diviſ.* Apud nos vero domus dedicantur ut talis, & ut Eccleſia fiant; quare in forma ipſa conſiſtit conſecratio, eaque perempta penituſque collapſa deſinit locus ſacer eſſe. *cap. de ſabrica* 24. *de conſecratione diſt.* 1. Secus vero ſi particulatim reficiatur. *cap. ligneis* 6. *de conſecrat. Eccleſ. vel altar.* Unde uſu venire cernimus, ut ædificia, quæ olim ſacris uſibus erant dedicata, forma vetere amiſſa, vel penitus collapſa redigantur ad profanos, & in privatorum dominio permaneant ſine ulla pœna aut prohibitione; quia exuerunt religionem: docent Azorius *inſt. moral. parte* 2. *lib.* 10. *cap.* 26. *quæſt.* 12. Barb. in *paſtorali allegatione* 27. *num.* 14. *uſque ad* 20. quomodo accipi debet textus in *cap. ſemel.* 51. *de R. J. in* 6. quamvis alii aliter accipiant.

§. XI. Fiebat etiam apud Gentiles conſecratio & dedicatio rei ex lege ſpeciali ſuper hoc facta, vel ex SCto decretove, ut prodit ſæpe Cicero in *oratione pro domo ſua ad Pontifices*, multaque alia teſtimonia adducit Briſſon. *d. lib.* 10. in quorum diſceptatione id præcipue vertebatur, an res propria eſſet illius, qui eam conſecrare volebat, in tantum ut, ſi a Titio data, ut conſecraretur, poſtea apparebat aliena vel dedicata ab eo, qui poteſtatem non habuit, religionis expers maneret, ut de loco publico docemur in *l. ſacra* 9. §. 1. *de diviſ. rer.* de re pupilli aut furioſi in *l. ab agnato* 12. *de curat. furioſ.* excipiebatur res litigioſa (id eſt de qua poſſeſſori controverſia movetur ab eo, qui per actionem in rem vindicat illum. *Authent. litigioſa C. de litigioſ.* ut dixi ad *leg. Scriboniam ex num.* 44.) quæ dedicata rite ſacra fiebat, & a commercio eximebatur; ſed reus duplum tenebatur inferre victori in ſolatium rei amiſſæ. *l. ult. de litigioſ.* quam de dedicatione Deo facta rite accipit Photius in *nomocanone titulo* 2. *cap.* 2. *textu* 4. *in fine.* quod ex Lege XII. Tabb. provenire ſuadet inſcriptio *d. l. ult.* & notat ſignanter Cujac. *lib.* 1. *obſerv. cap.* 39. & *lib.* 10. *cap.* 26. ſed quod docet ex ipſa Lege XII. Tabb. forte permiſſum fuiſſe, mortuum inferre in locum alienum, & ſic eum religioſum facere, non tam certum eſt, cum contrarium tanquam omni jure receptum doceant Marcianus in *l. in tantum* 6. §. *religioſum de diviſ. rer.* & Juſtinianus in §. *religioſum inſtit. eodem.* quæ pœna litigioſæ rei dedicationis ſpecialis & antiquiſſima fuit; alium vero denuo ſancivit Juſtinianus in *l. ult. C. de litigioſ.* nempe ut quæcumque alienatio rei litigioſæ non valeret, & hoc amplius emptor pretium amitteret, ſi ſciens vitium litigioſi emit, & fiſco applicetur, quas pœnas non diſtinxit, imo confudit temere Gulielmus Fornerius *lib.* 3. *ſelectionum cap.* 26. & ita exponenda eſt *d. lex ult. de litigioſ.* omiſſo Accurſ. *ibid.* dolus vero non punitur in rei propriæ dedicatione, ſi in ea nemo alius habeat jus præſens, licet poſſit nonnunquam mitti in poſſeſſionem illius cuſtodiæ cauſſa; ut in *l. ult. ff. ut in poſſeſſ. legat.* eo maxime, quod in hoc textu is, cui præjudicium fit, eſt legatarius, cui aliquid ſub conditione legatum erat, qui pendente conditione non habetur loco creditoris. *l. generaliter* 29. §. 1. *qui & a quib. l. is cui* 42. *de O. & A.* notant cum multis Molina & addentes *lib.* 1. *de primog. cap.* 19. *a num.* 4. Amaya *lib.* 1. *obſervat. cap.* 11. *a num.* 37. ex inſtitutis vero Chriſtianis ſemel dedicatum Deo amplius ad profanos uſus non eſt transferendum. *cap ſemel* 57. *de R. J. in* 6. quare licet inconſulto, temere, & irrationabiliter res aliena conſecrata ſit, manet ſemper ſacra, & domino de pretio ſatisfit. *cap. comperimus* 2. 14. *quæſt.* 6. videndi ſunt, quos laudat Aug. Barb. in *d. cap. ſemel.*

§. XII. Sed ut iterum ad jus civile Romanum redeamus, notandum eſt ex lege vel ex SCto plerumque factas fuiſſe rerum conſecrationes, ut nuper notavi, & ex lege etiam loca ſacra translata fuiſſe, ſi opus videretur, ut transferrentur alio, quod mihi probat conſultatio Plinii ad Trajanum, & Imperatoris ad Plinium reſcriptum, quæ hodie extat *lib.* 10. *Epiſtolar. Plinii epiſt.* 58. Nicomeden-

medenſes in angulo veteris fori templum conſtructum habebant, & conſecratum magnæ matri Deorum, quæ variis nominibus nuncupabatur; quia vetus erat & ſemicollapſum, tentarunt in alium locum celebriorem transferre, & majori cum ſumptu facere; qua de re Plinium Aſiæ Proconſulem adierunt, ut ſibi legem facultatemque impetraret transferendi ab Imp. Trajano, tanquam a Pontifice Max. ut dixi: Plinius autem his verbis rogavit Imperatorem *Diſpice domine, an putes ædem, cui nulla lex dicta eſt, ſalva religione poſſe transferri, alioquin commodiſſimum eſt, ſi religio non impedit.* Annuit per reſcriptum Imperator; unde prius templum manſit profanum, translata in ſecundum religione, quo exemplo non vulgariter explico illa verba noſtri textus: *ſi res ſacra lege aliqua profana fiat*, ſcilicet lege ſpeciali, qua permittebatur templi translatio in alium locum: alio modo ſolvebatur locus religione, ſi numina, quæ ibi colebantur, ſolemni evocarentur carmine, ut inde exirent, & in alias ſe reciperent civitates. Quod carmen ex Servio & Macrobio refert Briſſon. *lib. 1. de form. cap.* 63. *& ſeq.* addendi ſunt Petr. Fab. *lib. 2. ſemeſtr. cap.* 4. prope principium, & alii apud Hillig. ad Donell. *lib. 4. cap. 1. lit. P.* cujus evocationis creditur extare veſtigium in *l. ſacra 9. §. illud de diviſ. rer.* verum hæc evocatio non fiebat, niſi in oppugnatione urbium hoſtilium, ut de Vejorum urbe narrat Livius *lib.* 5. & de Carthaginenſi carmen ipſum refert Macrob. *lib. 3. ſaturnal. cap.* 15. quare hoc exemplum textui noſtro applicari non poteſt; quia ſacra hoſtium a victore capta eo ipſo profana cenſebantur; quia victor non tenebatur hoſtium religione. *l. cum loca 36. de relig. & ſumpt. funer.* igitur de his locis profanis factis non potuit loqui Paulus in *præſenti*, imo ſi de jure civili loquamur, loca noſtra ab hoſtibus capta exeunt religionem, ut inquit textus idem; quia ſuperſtitioſiſſime crediderunt Gentiles, omnes Deos Deasque ſponte ſua ab urbibus devictis auſugiſſe, & ad victores tranſire; quod delirium late illuſtrat Cerda ad *lib. 2. Æneidos Virg. verſu* 351. ad illa verba *exceſſere omnes:* recuperata vero ab hoſtibus per nos eandem religionem recipiebant jure poſtliminii, de quo ex inſtitutis Chriſtianis etiam dixi *lib. 6. opuſc. cap. 2. num.* 4. ubi Patrum decreta adduxi & expoſui *eodem lib. & capite.*

§. XIII. Sciendum etiam eſt, in ædibus patrumfam. quædam loca privata auctoritate religioni familiæ fuiſſe deſtinata, quæ idcirco non *ſacra* ſed *ſacraria* appellabantur. *l. in tantum 6. §. ſacræ 3. l. ſacra 9. §. 1. de diviſ. rer.* ubi colebatur lar familiaris cum cæteris laribus, quæ familiaria ſacra proprie familiam conſtituebant, paterque familias ſacris præerat, quorum uxor erat particeps. *l. 1. de ritu nupt. l. adverſus 4. C. de crim. expilatæ hered.* filii filiæque ſuberant. *l. pronuntiatio 195. §. familiæ de V. S.* ideo filii in poteſtate patris conſtituti dicebantur eſſe in ſacris, id eſt, in ſacris paternis, & emancipati exire ex ſacris. De quibus & de larium veneratione quædam dixi *lib. 1. opuſc. cap. 22. num. 10. & 11. & lib. 8. cap.* 28. hæc ergo cum profana loca revera fuisſent, non alio jure cenſebantur, quam cæteræ partes ædium; ideoque commercio ſubjiciebantur; quomodo forſan accipiendus eſt textus in *l. pater 38. §. Julius 4. de leg.* 3. ubi proponitur teſtator, qui vetuit, ne reliquiæ ipſius, domus major, & ſuburbanum prædium alienarentur; ſed cum filiam neptemque haberet, non filios vel neptes, qui de familia patris proprie ſunt; quia illam propagant mortuo patre. *d. l. pronuntiatio* 195. *§. familiæ.* non vero filia & neptis, quæ in aliam familiam tranſeunt. *l. familiæ 196. §. 1. de V. S.* non potuit conſequenter per prohibitionem alienationis efficere, ut perpetuo reliquiæ ejus, & domus major in familia manerent, cum familiam non reliquerint; ideo nec prohibitio tenet, quaſi nudum ſit præceptum, ut ibidem dicitur, quidquid aliter exponat Valent. *lib. 3. illuſtr. tract. 2. de leg. cap. 1. num.* 19. quapropter ad extraneum heredem transferunt: ſolet dubitari, quid intelligatur nomine *reliquiarum* in hoc textu, & reſpondetur, magis communiter intelligi reconditoria, ubi ſepeliebantur corpora majorum, filiorum, aliorumque, ut alias reliquiæ appellantur in *l. fundus 30. fam. erciſc. l. monumentorum 22. l. cum in diverſis 43. de relig. & ſumpt. funer. l. ult. de mortuo inferen. l. quidam 27. de condit. & demonſtr.* cui expoſitioni non aſſentitur Valentia, nec ego aſſentior licet diverſa ratione; quia teſtator dixit, reliquias ejus ibi poſitas eſſe; ergo refertur hoc nomen ad tempus faciendi teſtamenti, in quo inepte de cineribus acciperetur; quare exiſtimo referri ad hæc ſacraria, in quibus culti & repoſiti erant Penates, ſacra majorum, & imagines totius familiæ, de quibus etiam agitur in *l. lex quæ 22. C. de adminiſtr. tutor.* quapropter illam appellavit domum majorem, ex quo affectu anxie optabat, ut retineretur in familia, nec potuit; quia familiam non relinquebat, ut dixi. Quæ expoſitio ideo certior mihi videtur, quia ſimilia verba, & ſimili ſenſu accipienda obſervavi ea ultima Imp. Ottonis diſpoſitione apud Sueton. in *ejus vita cap.* 10. illis verbis: *binos codicillos ad ſororem exaravit conſolatorios; ſed & ad Meſſalinam Neronis, quam matrimonio deſtinaverat, commendans reliquias ſuas, & memoriam.* in quibus commendatio memoriæ & reliquiarum non eſt aliud, quam cura familiæ & ſacrorum.

§. XIV. Ex quibus manet, rem; quæ effecta ſacra eſt, commercio eximi, & quoad id interiiſſe videri. *l. verum 63. in fine ff. pro ſocio. l. ſponſus 5. §. proinde 12. de donat. inter vir. & ux.* ut in noſtro textu dicitur, & in aliis ſupra §. 11. relatis: quod ex jure Gentium provenire nos docet JCtus in *l. ſi in emptione 34. §. omnium de contrahen. empt.* nempe ex illo jure gentium primario, quod cum ipſo genere humano rerum natura prodidit, cui erga Deum religio accepta fertur in *l. 1. §. ult. cum ll. ſeqq. de juſt. & jure.* eſſet enim ſacrilegium vel huic crimini proximum valde, ſemel rem Deo dicatam iterum ad humanos uſus transferre. *cap. mancipia 3. cum ſeq. de rer. permutat. cap. nulli 4. 12. quæſt. 2. cap. ſemel 4. 19. quæſt. 3. cap. ligna 38. cap. veſtimenta 42. de conſecrat. diſt. 1. cap. ſemel 51. de regul. jur. in 6.* Cum ergo pretia rerum ad earum emptiones & permutationes referantur; ſolémus enim dicere, tanti æſtimari rem, quanti emi poteſt. *l. cum ſervus 39. ad l. Aquil. l. pretia 63. ad l. Falc.* conſequens eſt, ut nec poſſit conſiderari æſtimatio rei, quæ extra commercium eſt. *l. ſacra 9. §. ult. de diviſ. rer.*

§. XV. Religioſum locum unusquisque propria, id eſt privata voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum. *l in tantum 6. §. religioſum de diviſ. rer.* quod procedit jure quidem, quo Imp. Romani agebant, non tantum gentilium, ſed etiam Chriſtianorum tempore, ut ſupponere & pro comperto docere videntur duo Græci Chriſtiani Theophil. in *d. §. religioſum*, & Balſamo *d. titulo 2. nomocan. cap. 1. textu* 4. itaque quod locum religioſum efficiebat, erat ipſa humatio cadaveris, ſi ea mente humatum ſit, ut ibi perpetuo repoſitum maneat, non ſi commendatum ad tempus ſit, ut poſtea alio transferatur. *l. ſi quis 40. de relig. l. ſi nec duo 10. C. eodem tit. l. 3. §. non perpetuæ 4. de ſepulchro violato.* tunc enim locus religioſus efficitur, cum defuncti ipſius ſit, & quaſi ipſi jure perpetuo donatur: naturaliter enim videtur ad defunctum pertinere locus, in quo reponitur, ut ſunt verba Ulpiani in *l. ſcriptus 4. de relig.* videndi ſunt Henricus Spondan. in *cœmeteriis ſacris pagina mihi 59. & 67.* Ant. Clarus Sylvius *lib. ſing. ad Legg. de jure ſacro cap.* 25.

§. XVI. Ex quo ſine multo labore exponi poteſt ejuſdem Ulpiani textus in *l. ſi ſponſus 5. §. conceſſa*

ceſſa 8. *de donat. inter vir. & ux.* quærit, utrum valeat donatio, quam conſtante matrimonio vir in uxorem contulit, vel e converſo, ſepulturæ cauſſa? Reſpondetque, non eſſe prohibitam, imo conceſſam eſſe; unde infert, donari poſſe locum, ut in illum mortuus ab altero ex conjugibus inferatur, fierique ſtatim religioſum, ex quo illatus ſit; non valeret quidem donatio loci puri, ut conjux donatarius ſibi adquireret, vel alteri venderet, ut ibidem dicitur, ſed ut religioſum faceret, valet; quemadmodum ſervus ſimpliciter conjugi donari non poteſt, ſed ut manumittatur, valet donatio, & in primo inſtanti manumiſſionis donatarius dominium adquirit; in ſecundo vero amittit, cum producat ſervum ad libertatem. *l. quod autem* 7. *§. ult. cum* 2. *ll. ſeqq. eodem tit.* ſic ſimiliter in primo inſtanti inferendi fit dominus conjux donatarius; in ſecundo vero illationis facit locum religioſum, quæ adeo ſimilia ſunt, ut immerito in hac parte differentiam conſtituere tentaverit Scipio Gentilis *lib.* 2. *de donat. inter vir. & ux. cap.* 7. ratio vero, ob quam in utroque caſu valet donatio, eſt, quia licet donator efficiatur pauperior deminuendo patrimonium ſuum re donata tenus; donatarius vero non fit locupletior faciendo locum religioſum, aut producendo ſervum ad libertatem, cum liber homo & ſepulchrum extra patrimonium ſint; nec intereſt, quod forſan conjux donatarius neceſſe haberet locum emere, ut mortuum ſuum inferrèt, cujus pretium non conſumpſit propter conjugis opportunam donationem; quia non dicitur locupletior, qui non conſumpſit, quod eſſet etiam neceſſario conſumpturus; ſed qui ex donatione cum effectu adauxit patrimonium, quod eſt ſpeciale in hoc tractatu: alioquin in ſimili ſpecie pater ex contractu filii de in rem verſo tenetur. *l. filius* 19. *ff. de in rem verſo.* & locupletior cenſetur, qui rem ſibi adquirit neceſſariam, licet a ſua poteſtate eam dimittat. *l. ſi pupillo* 47. *§.* 1. *de ſolut.* videndi ſunt Cujac. *tract.* 8. *ad Afric.* in *l. ſervus* 17. *eodem tit.* Jacob. Gutherius *de jure manium lib.* 1. *cap.* 17. Rævard. ad *Legg.* XII. *Tabb. cap.* 15. *& lib.* 1. *conjectancor. cap.* 14. Scipio Gentilis *ubi proxime.* his poſitis in §. *ſecundum hæc* 10. *ejusdem l.* 5. quærit, quid ſit dicendum, ſi donatio conſtante matrimonio facta ſit conjugi, ut ipſe in locum donatum inſerretur? ſupponit Ulpianus, mero jure non poſſe valere donationem; quia ante primum inſtans illationis non fit locus donatarii, ſed manet in dominio donatoris, ut dixerat in § *antecedenti*: atqui eo tempore jam donatarius præmortuus erat, & per conſequens incapax dominii ex donatione adquirendi; ergo evacuata fuit. Rurſus quia licet ſepulturæ cauſſa valeret ab initio donatio, tamen ex alio generali capite evaneſcebat; quia prædeceſſit donatarius. *l. ſi cum* 9. *cum ſeqq. de donat. inter vir. & ux. l. ſi ut proponis* 5. *C. eodem tit.* nihilominus reſpondet favorabiliter, placuiſſe, ut valeret donatio, quando donatarius illatus ſit; quem prætextum habeat hic Faber quærit, nec invenit Scipio Gentilis *d. cap.* 7. ego opinor ex *d. l.* 4. trahendum eſſe, cum ejusdem Ulpiani ſit; quia locus, in quo cadaver conditur, ad ipſum naturaliter videtur ſpectare, & ejus fieri: ergo quaſi ad cadaveris dominium ſpectet, ſuſtinetur donatio, & videtur adquiri eo ipſo tempore, quo illatio fit.

§. XVII. Superfluum eſſet in præſenti enarrare epulas, ſilicernia, ludos, & cætera, quæ ſuperſtitioſe Gentiles peragebant in mortuorum elationibus, quod longe melius faciunt Joannes Kirchmannus, & Jacobus Gutherius, item Briſſonius *lib.* 1. *de formulis*, & Ant. Clar. Sylvius ad *ll. de jure ſacro lib. ſing. ex cap.* 22. *usque ad finem libri.* nobis enim in his exoticis immorari non licet, tantum de jure notandum eſt, illam partem fundi, quam occupat cadaver, religioſam cenſeri; reliquam vero manere profanam, & in commercio. *l.* 2. *§. ſepulchrum* 5. *de relig. & ſumpt. l. ſi ſepulchrum* 4. *l. locum* 9. *C. eodem tit.* quæ dicuntur modica loca in *l. hanc legem* 22. *l. in modicis* 24. *de contrahen. empt.* igitur quamvis ampla pars terræ ſepulchro eſſet deſtinata, ea ſola cenſebatur religioſa, quatenus corpus humatum eſt. *d. §. ſepulchrum.* Provide enim caverunt Romani, ne de terra frugibus apta vivi mortuive quidquam uſurparent, ut ait Cicero *lib.* 2. *de legib.* ibi *lex vetat ex agro culto, eove, qui coli poſſit, ullam partem ſumi ſepulchro; ſed quæ natura agri tantummodo poſſit efficere, ut mortuorum corpora ſine detrimento vivorum recipiat*; nihilominus tamen hoc jus laxamentum accepit propter religionem, & pedes in fronte, pedes in agro deſignabantur, quod ſpatium occuparet ſepulchrum, veluti 10. pedes in fronte, id eſt in latitudine, 20. in agro, id eſt in longitudine, ut expoſuit vetus Horatii commentator ad *lib.* 1. *ſatyr.* 8. ad illum verſum:

Mille pedes in fronte, trecentos cippus in agrum.

Poſt quem notarunt Briſſonius *lib.* 2. *ſelect. cap.* 15. Gothofr. ad *LL.* XII. *Tabul. cap. de religioſis verſ. uti ne rogum*, & in *d. §. ſepulchrum.* Clarus ad *easdem LL. cap. ult.* Cujac. *lib.* 10. *obſerv. cap.* 37. Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 1. *lit. H.* noſter Ramirez de Prado in ſuo cultiſſimo *Pentecontarcho cap.* 17.

§. XVIII. Denique de religione hac notandum eſt, monumentum ſtructum memoriæ cauſſa, vel etiam ad uſum ſepulchri, antequam corpus humanum inſeratur, non eſſe religioſum, ſed adhuc profanum & in commercio manere, ut dixi *lib.* 8. *opuſc. cap.* 15. quod ſi in diverſis locis corpus poſitum ſit, non duo plurave loca fiebant religioſa; quia uni multa ſepulchra conſtitui non poſſunt; de quo videndus eſt Ant. Clar. *d. lib. ſing. cap.* 25. ea igitur pars eſt religioſa, in qua caput hominis, quod eſt ipſius imago, conditum eſt. *l. cum in diverſis* 44. *de relig.* notant Cujac. *lib.* 21. *obſerv. cap.* 4. Hillig. ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 7. *lit. K.* ſive liber ſit, ſive ſervus; quia poſt mortem hominis inter cadavera nulla eſt differentia. *l.* 2. *in princ. eodem tit.* imo ſervilibus manibus multa ſepulchra olim fuiſſe conſecrata obſervat Spondan. in *cœmet. ſacris lib.* 1. *parte* 1. *cap.* 10. addendusque eſt Petr. Fab. *lib.* 2. *ſemeſt. cap.* 1. *pagin.* 10. & Clar. *cap.* 28. *in fine.* qui ex indulgentia dominorum ſervos etiam peculiaribus ſepulchris tumulatos nonnunquam fuiſſe, erudite notat.

§. XIX. Moribus vero Chriſtianis non fit locus religioſus, nec a commercio eximitur ex ſola mortui illatione, requiritur enim deſtinatio loci ab Epiſcopo facta ad ſepulturam, & quod populus Chriſtianus incipiat ad hunc finem illo uti. *cap. ad hæc* 4. *de relig. domibus.* docent & notant differentiam inter utrumque jus Barboſa in *d. cap. ad hæc* 4. Greg. in *l.* 2. *gloſſa* 3. *titulo* 13. *Part.* 1. Molina *lib.* 1. *de primog. cap.* 24. *num.* 38. Joan. Garzia *de expenſis cap.* 8. *num.* 51. *verſ. ſed hodie.* Stephanus Gratianus *diſceptationum forenſium cap.* 110. *a princ.* Henricus Spondanus in *cœmet. ſacris lib.* 1. *parte* 1. *cap.* 9. *&* 10.

§. XX. His præmiſſis facile ſcimus, cur rei religioſæ commercium interdictum ſit, nempe quia quodammodo ad religionem ſpectat, & prope eſt ejusdem qualitatis cum ſacra, quam a commercio eximit jus gentium. *d. l. ſi in emptione* 34. *§.* 1. *de contrahend. empt.* maxime quia Ethnici crediderunt, hominum ibi ſepultorum animas circa oberrare, & nonnunquam in illis reſidere, quas Semideorum exiſtimabant, ut tradunt Divus Auguſt. *lib.* 9. *de civit. Dei cap.* 11. Marcianus Capella *lib.* 2. *de nupt. Philolog.* Apulejus in *lib. de Deo Socrat. in fin.* quæ ſepulchra ſimiliter conſecrabant Diis manibus, plerumque ibi quieſcentibus, aliquando Platoni & Proſerpinæ, ut notavi in *meis epitaphiis illuſtratis num.* 7. *&* 8. nobis vero Chriſtianis alia ratio eſt, licet non multum diverſa; quod indecens

tens eſſet locum permiſſum cuſtodiæ defunctorum iterum avaritiæ viventium & commercii commutationibus reſtitui, & pretium quærere de terra conceſſa putredini, ut inquit *canon.* 72. *Concilii Mildenſ. Relinquimus ergo mortuis glebam illam, quam ipſis indulſimus; ut unusquisque in loculo ſibi ideo præparato adventum judicii præſtoletur.* ut ſunt verba Caroli Calvi in *cap. ult. tom.* 2. *codicis leg. antiquar.* quæ reverentia tantum debetur Chriſtianorum ſepulturis, quorum corporibus tanquam vaſis & organis ſpiritus ſanctus uſus eſt, ut inquit D. Auguſt. *lib.* 1. *de civit. Dei cap.* 13. non vero ſepulturis infidelium, quorum corpora contumeliæ ſunt, & animæ exortes perditionis; quare horum ſepulchra profana merito cenſentur: late proſequitur in toto ſuo Syntagmate *de cœmeteriis ſacris* Henr. Spondanus.

§. XXI. Hæc quæ diximus vera ſunt, & abſque dubio tenenda circa ipſum dominium ſepulchri, quod nullius eſt. §. *nullius inſt. de rer. diviſ.* ſed circa uſum ſepulchri aliter videbantur procedere; competit enim heredibus, ſi hereditarium eſt, vel agnatis gentilibusque, ſi ſit familiare. *l. familiaria* 5. *cum ſeq. de relig. l. monumenta* 4. *l. jus familiarum* 8. *l. jus ſepulchri* 13. *C. eodem tit. l. quia perinde* 41. §. 1. *ad S. C. Trebell. l. ergo* 4. §. *ſi autem* 11. *de fideicomm. libert.* notant Hilligerus ad Donellum *lib.* 4. *cap.* 1. *lit.* X. Molin. *lib.* 1. *de primog. cap.* 24. *num.* 4. Ramirez *d. cap.* 17. & ad Martialem *lib.* 1. *epigram.* 115. ita tamen ut uſus omnium ſit communis, & individuus. *l. fundus* 30. *fam. erciſc.* pro cujus illuſtratione videndus eſt D. Joannes Suarez ad *l. Aquil. lib.* 2. *cap.* 2. *ſect.* 6. hoc eſt quod, licet ſepulchrum vindicari non poſſit; quia eſt extra dominium. *l. monumenta* 4. *C. de relig.* via ad ipſum vindicatur; quia eſt in jure & mancipio illius, qui ad ſepulchrum it, ſi recte conſtituta ſit. *l.* 1. *ſi ſervitus vindicetur.* juncta *l.* 10. & 12. *de relig.* notat Ant. Clar. *d. cap. ult.* quæ via nunquam amittitur per non uſum, mali enim ominis reputatur, uſum frequentem & continuum ad ſepulchrum exigere. *l.* 4. *quemad. ſervit. amitt.* verum quamvis uſus frequens ſepulchri ad privatos ſpectet, ut latius dixi in *ſelect. Academ. ad l. monumentorum* 6. *C. de relig.* & ad *legem longa* 4. *de mortuo inferendo*; & notat Petrus Fridericus Mindanus *tom.* 2. *de interdictis titulo* 2. non eſt tamen omnino profanus, poteſt quippe donari, concedi, legari. *l. monumenta* 14. *C. de leg. l.* 1. *titulo* 3. *Part.* 1. cum proprius ſit teſtatoris; ſed non poteſt vendi, permutari, aut ſimilibus commutationibus pollui; licet enim uſus in patrimonio computetur, tamen indecens eſt, ut verſetur in commercio; & ita nominatim cautum fuit SCto, cujus meminit Ulpianus in *d. l. ſi quis ſepulchrum* 12. §. 1. *de religioſ.* quod non de jure ſepulchri (eſſet enim ſuperfluum) ſed de ejus uſu accipiendum eſſe exiſtimo, præeunte licet breviter Ant. Claro *d. cap. ult.*

§. XXII. Chriſtiani mores hanc Gentilium politiam maxima ex parte imitati ſunt. Inprimis apud nos interdicta eſt venditio aut commutatio ſepulturæ, tanquam ſimoniæ labe infecta, & pietati religioſæ contraria. *cap. abolendæ* 13. *de ſepulturis. cap. conqueſta* 12. *cum ſeqq.* 13. *quæſt.* 2. Concil. Maldenſ. *d. can.* 22. uſibus tamen & neceſſitate fabricæ Eccleſiarumque attributum eſt, ut quamvis ſepultura vendi non poſſit, poſſit tamen ſubſidii gratia, & eleëmoſynæ titulo aliquando accipi, darive pro loco ſepulturæ plus aut minus, prout eſt honoratior, aut dignior; veluti arcus, capella, aut ſacellum: quod conſuetudine univerſalis Eccleſiæ receptum, & in ſacra Rota admiſſum teſtatur Nicolaus Garzia *de benefic. titulo* 1. *parte* 5. *cap.* 9. *num.* 117. *in addit.* addendi ſunt Joan. Gutierrez *de gabellis quæſt.* 9. *num.* 26. Barboſ. in *d. cap.* 13. *num.* 2. & alii apud Dianam *tom.* 1. *reſolut. moral. parte* 2. *tract.* 15. *reſolut.* 57. quæ tamen pactiones periculoſæ ſunt; quia frequenter ſunt venditiones palliatæ, imo expreſſæ, in quibus avaritia maxime elucet, ut conqueritur Molina *de primog. lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 40. & poſt eum Gutierrez *ubi proxime num.* 23. ſed curati, ſuperiores, œconomi ſibi conſulunt; ex his vero conceſſionibus, etſi pecunia non interveniat, ſed res, vel etiamſi intervenerit pecunia, certus ſum gabellam non deberi, quia non ſuſtinentur emptionis titulo, ſed eleëmoſynæ, & quia conceduntur a religioſis & Eccleſiaſticis perſonis, quæ immunes ſunt: docent Gutierrez *ubi ſuper*, & Barb. in *d. cap.* 13. *num.* 4. ſolent etiam ſeculares vendere arcus, loculos, & ſepulchra, quæ a majoribus ſuis acceperunt, vel obſtruxerunt ipſis, poſtquam jam ſuncta ſunt ſita intra Eccleſias; vel in piis & religioſis locis, quæ venditiones ſuſtinentur, eo quod potius uſus ſepeliendi, quam jus ipſum ſepulchri vendatur, & ob id eas a labe ſimoniæ eximunt Sotus *de juſt. & jur. lib.* 9. *quæſt.* 7. *art.* 1. Suarez *de religione tomo* 1. *tract.* 3. *lib.* 4. *de ſimon. cap.* 14. *num.* 22. Gutierrez *d. quæſt.* 9. *num.* 26. La Sarte *de decima vend. cap.* 14. *num.* 5. & cum multis Barb. *ubi proxime*; & per conſequens gabellam deberi tanquam de re profana vendita, & a laico alienata, reſolvunt merito (ſi tenet venditio) contra Parladorium. Ego tamen hac in re magis religioſos fuiſſe Gentiles quam nos, auſim affirmare: quippe ipſi etiam diſcreverunt jus dominii ab uſu ſepulchri; & licet uſum in commercio eſſe cenſuiſſent, permiſiſſentque donationem, legatum, & quaſi præſcriptionem ipſius, cæteroſque modos, quibus gratuito transferretur, conditionem tamen & commutationem uſus ſepulchri pro pretio, aut alia re temporali interdixerunt ſpeciali SCto, ut dixi in *fine ſuperioris* §. auctoritate cujus ductus venditiones has ſepulchrorum a privatis factas conſtantiſſime ſoleo refutare, tanquam irreligioſas & mali exempli plenas.

§. XXIII. Unus caſus eſt, quo omni jure alienatio ſepulchri permittitur, ſcilicet acceſſionis vice, & cum transfertur cum univerſitate, veluti ſi venditus ſit fundus, in quo ſepulchrum eſt, ſi venditor ſibi non reſervet ſepulchrum, tranſit cum univerſo fundo in emptorem, niſi in ſpeciali caſu textûs in *l. ſi mercedem* 53. §. 1. *de action. empt.* nempe quando eſt e regione viæ; ratio eſt, quia tunc non alienatur locus religioſus primo & principaliter, ſed fundus, in quo ipſe locus eſt, & qui tanſit quaſi tacita quadam tranſlatione. *l. hanc legem* 22. *cum* 2. *ſeqq. l. de ſacris* 73. §. 1. *de contrahen. emptione l.* 1. §. 1. *de fun. dotal. l.* 1. §. & *alias* 15. *ff ſi quid in fraud. patr. l. quadam* 62. *de adquir. rer. dom.* quare venditores cauti, qui ſibi ſepulchra, lucos, aut loca peculiaris proprieque religionis reſervare volebant, vel ea excipiebant nominatim in ipſo contractu, vel ſic paciſcebantur *ſi quid ſacri aut religioſi in fundo eſt, ejus rei nihil venit. l. ſi venditor* 20. *cum* 2. *ſeqq. de relig. l. pacta* 72. §. *ult. de contrahen. empt. l. utimur* 5. *de ſepul. viol.* cum aliis, quas adducit de hac formula agens Briſſon. *lib.* 6. *de formul. pag.* 504. *verſ. illa ſemper.* & dixi *lib.* 3. *opuſc. cap.* 15. addendi ſunt Connan. *lib.* 7. *comment cap.* 7. *num.* 4. Cujac. *lib.* 8. *reſp. Papin.* in *l. ſi fundus* 30. *fam. erciſcun.* & in aliis paſſim locis. Donell. *lib.* 4. *comm. cap.* 6. & *lib.* 12. *cap.* 20. ubi Hilligerus *lit.* G. Gutherius *lib.* 3. *de jur. man. cap.* 5. Solorzanus in *polit. Indian. lib.* 2. *cap.* 18. *en derecho*; quo exemplo licet jus patronatus Eccleſiaſticum vendi per ſe non poſſit; quia eſt rei ſacræ annexum, tamen ſi adhæreat villæ, vel alicui portioni bonorum, & vendatur acceſſionis vice, transfertur in emptorem ſine vitio ſimoniæ. *cap. ex literis* 7. *cap. cum ſæculum* 13. *de jur. patron.* quia principalis intentio eſt vendere villam, & quaſi per accidens, ſi habet, venditio juris patronatus, alioquin ſi hoc jus principaliter venderetur, committeretur ſimonia,

Digitized by Google

nia, ut docet Lambertinus *de jur. patron. lib.* 1. *parte* 2. *quæſt.* 5. *art.* 20. *a num.* 18. Ea tamen differentia notanda eſt inter translationem ſepulchri vendito fundo, & translationem juris patronatus vendito caſtro, quod non aliter tranſit jus patronatus, quam ſi de eo transferendo expreſſa mentio facta ſit, ut conſtat ex præcitatis textibus, & docent Barb. in *d. cap.* 7. & cum multis addentes ad Molinam *lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 25. Ratio differentiæ, ut mihi videtur, eſt; quia ſepulchrum naturaliter & realiter ſitum eſt in ipſo fundo, cum quo per conſequentias tranſit, niſi excipiatur; quia eſt pars cotitava ipſius: at jus patronatus non includitur corporaliter in caſtro, cum ſit expers corporis; ſed tantum accedit moraliter, & per conceptum fundatoris: ergo ut commutetur caſtrum, & tranſeat cum illo corpore, neceſſe eſt, ut de illo fiat mentio in contractu.

§. XXIV. Ne tamen vos turbet ſpecierum ſimilitudo, admonendi eſtis, aliquando venditores agri fundive ita ſolitos fuiſſe dicere in contrahendo; *litora, luci, limites, viæ, quæ nunc ſunt, tota in modum cedunt. l. litora* 51. *de contrahen. empt. l. id quod* 7. §. 1. *de peric. & comm. rei venditæ.* quæ lex contractus non ſignificat ea omnia vendi, ſive in alienatione contineri; quia litora, viæ, & ſimilia nullo modo a privatis diſtrahi poſſunt, nec acceſſionis vice. *l. venditor* 13. *comm. prædior. l. injuriarum* 13. §. *ult. cum l. ſeq. de injur.* ſed tantum denotat modum menſuramque agri, V. G. vendidi agrum jugerum 100. dicens, totidem jugerum eſſe, inventa ſunt privata & culturæ apta 80. jugera; viginti occupata ſunt littore, via publica, aut limitibus, quæ nec coli poterant, nec in privato dominio haberi, procul dubio emptor in me aget, quia falſum modum dixi, & quia centum vendidi, & tantum 80. tradidi; nec loca illa in menſura computanda ſunt, licet intra agrum, propeve agrum ſint. Cæterum ſi dixi, ut tota illa in modum agri cederent, ſi emptor metiri velit agrum, & menſuram provocaverit, computanda erunt, quamvis inutilia, & extra commercium ſint: ita Cujac. *l.* 8. *quæſt. Pap.* in *l. pacta* 72. §. *ult. de contrahen. empt.* Accurſ. & omnes Claſſici in *d. l. littora* 51.

§. XXV. Sequitur ut de rebus ſanctis & publicis dicamus: ſanctæ res non ſpectant ad religionem, ut apud nos frequenter accipiuntur; nec ex hac cauſſa eximuntur a commercio; ſed dicuntur ſanctæ, quaſi inviolabiles; quia ex publicis rebus quædam ſunt, quæ a privatis uſibus eximuntur ſpecialibus pœnalibusque ſanctionibus; ideo portæ civitatis & muri dicuntur res ſanctæ, quia nec ædificiis privatorum occupari poſſunt, neque a privatis haberi: alioquin graves pœnæ ſtatutæ ſunt contra transgreſſures. *l. in tantum* 6. §. *ſanctæ. l. ſanctum* 8. *l. ult. de diviſ. rer.* §. *ſanctæ inſt. de rer. diviſ.* Qua de re multa adducunt Briſſonius, Calvinus, & cæteri lexicographi, quorum eruditionem compilare illiberalis opera foret. Aliæ ſunt res publicis uſibus deſtinatæ, vel a Principe, vel a cujuslibet civitatis concilio, quæ ideo exemptæ etiam ſunt a commercio; hæ dicuntur res univerſitatis, id eſt populi, in quo ſunt ſitæ, non quia in dominio populi ſint, ſed quia neceſſitatibus populi deſerviunt. *d. l. in tantum* 6. §. *univerſitatis inſt. de rer. diviſ.* veluti theatra, balnea publica, fora, vici, plateæ, & his ſimilia, quibus in præſenti Paulus noſter adnumerat Baſilicas; Baſilicæ vero græco idiomate ſignificant domus regias, non quidem deſtinatas peculiari principum habitationi, quæ dicuntur palatia in *l. un. C. de palatiis.* ſed uſui judiciorum, ſenatuum cogendorum, & publicarum tractationum, quarum in hoc ſenſu extat mentio in *l. baſilicam* 21. *C. de operib. public.* apud Chriſtianos vero ſignificat eccleſiam, ſive domum datam deſtinatam Deo, qui verus Rex eſt, & per quem Reges regnant. *cap. omnes baſilicæ* 10. 16. *quæſt.* 7. Addendi ſunt multa & multos de uſu baſilicarum congerentes Henricus Salmuth in *notis ad memorabilia Pancirol. lib.* 1. *tit.* 19. Joan. Parrhaſius *ſylloge* 2. *epiſt.* 47. *pag. mihi* 793. *tomo* 1. *theſauri critici.* Baron. *tom.* 1. *annal. anno* 57. *cap.* 38. Cerda in *adverſ. ſacr. cap.* 133. *num.* 17. Ciron. ad *tit. de foro competenti.* Ramirez de Prado ad *Luitprandum in Chron. annotat.* 102.

§. XXVI. Res uſibus publicis deſtinatæ extra commercium privatorum ſunt. *d.* §. *univerſitatis. l. verum* 63. *in fine ff. pro ſocio. l. ſed Celſus* 6. *de contrahen. empt. l.* 1. §. *ult. de adquir. poſſeſ. l. uſucapionem* 9. *l. præſcriptionem* 45. *de uſucap.* juncta *l. præſcriptio* 6. *de operib. public. l.* 2. §. 1. *ff. ne quid in loco publico. l. continuus* 137. §. *cum quis* 6. *hoc tit.* niſi a Principe licentia impetretur, ut vendi, commutari, aut donari poſſint. *l. ſervitus* 14. §. 1. *de ſervit. l.* 2. *ne quid in loco publ. l.* 3. & 8. *tit.* 32. *Part.* 3. de quo quia ex profeſſo egi in Academ. tract. *de interd. parte* 5. *ad d. tit.* & in ſelectione ad *l. præſcriptio* 45. in præſenti abſtineo.

§. XXVII. His poſitis breviter recidendi ſunt effectus hujus interdictionis a commercio, qui facile ex ipſis textibus percipiuntur. Imprimis res ſacræ, religioſæ, aut publicæ vendi non poſſunt. *l. ſed Celſus* 6. *l. ſi in emptione* 34. §. *omnium* 1. *l. ædes ſacra* 33. *de contrahen. empt.* §. *ult. inſt. eodem tit. l. locum* 9. *C. de relig. l.* 1. *tit.* 13. *Part.* 1. *l.* 22. *tit.* 11. *Part.* 5. nec poſſunt legari. *l. Mævius* 66. §. *in fundo* 4. *de leg.* 2. §. *non ſolum inſt. de leg. l. monumenta* 14. *C. eodem tit. l.* 13. *tit.* 9. *Part.* 6. nec deduci in ſtipulationem. *l.* 1. §. *ſi id quod de O. & A. l. continuus* 137. §. *cum quis* 6. *hoc tit.* §. *idem juris inſt. de inutil.* nec obligari pignori, hypothecæve ſubjici. *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pignor. l.* 3. *C. eodem tit. l.* 2. *C. de relig.* nec poſſideri, uſucapive. *l. qui univerſas* 30. *in fin. de adquir. poſſeſſ. l. uſucapionem* 9. *de uſucapion.* §. *ſed aliquando inſt. eodem tit.* nec vindicari. *l. in rem actio* 23. §. 1. *l. quæ religionis* 43. *de rei vindicat.* nec affici ſervitute reali. *l. caveri* 4. *ff. commun. prædior.* Imo ſervitus, quæ alioquin recte conſtitui poſſet, interrumpitur, ſi locus religioſus vel ſacer medius intercedat. *l. ſervitutes* 14. §. 1. *de ſervit. l. ſi prius* 17. §. *ſic & ſi verſ. ſed loco ſacro de aqua & aqua pluv. arc.* & ne privatorum publicis uſibus polluerentur contra textum in *d. l. ſi quis ſepulchrum* 12. §. 1. *de relig. l.* 1. *C. de ſepul. violat.* cura Prætoribus mandata fuit, ut curarent, ne quid a privatis fieret in locis ſacris religioſiſve. *l.* 1. & *tit. toto ff. ne quid in loco ſacro.* de quo dixi *quæſt.* 5. *de interdictis.*

§. XXVIII. Cujus prohibitionis una nobilis exceptio eſt; nempe ut ſacræ vendi aut permutari poſſint ad redemptionem captivorum, vel ad ſubveniendum fami publicæ immaniter graſſanti, vel ad liberandum de carcere eos, qui in illo crudeliter & injuſte detinentur, vel ad profliganda impia bella præſertim contra fidei hoſtes geſta, vel contra tyrannos injuſte invadentes, vel detinentes Regum terras, majoribusque neceſſitatibus, quam ſunt expreſſæ, quod imperialibus Conſtitutionibus verum, & inſtitutis canonicis inductum confirmatumque eſt. *l. ſancimus* 21. *C. de ſacroſ. eccleſ. Novell.* 7. *cap.* 8. & *Nov.* 65. & *Nov.* 120. *cap.* 9. & 10. §. *ſacræ inſt. de rer. diviſ. cap. apoſtolicos* 13. *cum* 2. *ſeqq. l.* 1. *tit.* 14. *Part.* 1. congerit utriusque juris orientalis præclara teſtimonia Photius Patriarcha, & ibi Theod. Balſamo in *nomocan. tit.* 2. *cap.* 13. *in principio.* quod qua circumſpectione, quibus ſervatis circumſtantiis, qua licentia præcedente exſequendum ſit, non eſt noſtrum, nec præſentis inſtituti diſputare: conſulendi ſunt præter relatos a Barboſa & Balthaſare de Angelis in *d. l. ſancimus*, Claſſici per textus ibi in *cap. adverſus*, & in *cap. non minus de immunit. eccleſ.* Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 16. *num.* 8.

Digitized by Google

8. Gutierrez in *practicis lib.* 1. *cap.* 3. Michaël Rouſſel *lib.* 5. *hiſtor. Pontiſ. jurisdict. cap* 1. & 2. & politice non tamen pie diſputans Hugo Grotius *de jur. bell. & pac. lib.* 3. *cap.* 5. §. 2. & *in notis.*

§. XXIX. Hominem liberum non poſſe in commercio verſari, naturalis ipſa ratio dictat, ut agnoſcit JCtus in *l. ſi in emptione* 34. §. 1. *de contrahen. empt.* commercium quippe hominis neceſſitatibus opitulatur, ut probavi *lib.* 7. *opuſc. cap.* 1. *a principio.* & eſſet contra naturam ejusque intentum, ut homo ipſe, cujus cauſſa cæteræ res ab ea comparatæ ſunt. *l. vetus* 68. *de uſufr. l. in pecudum* 28. *de uſuris.* §. *in pecudum, inſt. de rer. diviſ.* aliorum hominum neceſſitatibus ſubveniret, *arg. l. juſtiſſime* 44. *de Ædilit. Edict.* Ex quo principio deſcendit, hominem in ſtipulationem deduci non poſſe, ut in præſenti docemur. *d. l.* 1. §. *ſi id quod de O. & A. l. liber homo* 103. *l. continuus* 137. §. *cum quis* 6. *hoc tit.* §. *idem juris inſt. de inutilib.* nec vendi. *d. l* 34. §. 1. *cum ſeq.* ubi extat extenſio, quæ in noſtro textu proponitur; nempe etſi vendatur in caſum, quo ſervus efficiatur, quia ominoſus caſus exſpectandus non eſt. *l. bona* 27. §. 1. *ad S. C. Vellejanum. l. ſed Celſus* 6. *de contrahen. empt.* nec poſſideri. *l. ſi quis liberum* 20. *de probat. l. cum heredes* 43. §. *ult. l. qui univerſas* 30. §. 1. *de adquir. poſſ.* nec uſucapi. *l. uſucapionem* 9. *de uſucap.* §. *ſed aliquando inſt. eodem tit. l. ult. C. de long. temporis præſcript. l.* 1. §. *per hanc de rei vind.* nec inter heredes dividi. *l. quædam* 41. *fam. erciſc. l. ult. de jure patron.* nec pignori hypothecæve ſubjici. *l.* 1. *de patrib. qui fil. diſtrax. l. ob æs alienum* 14. *C. de O. & A. l. filios* 6. *C. quæ res pign. obl. poſſ. cap. lator* 2. *de pignor.* Igitur nec recipere poteſt æſtimationem homo liber; quia hæc vel ad rei verum valorem refertur, vel ad pretium quo vendi poteſt, quorum neutrum poteſt conſiderari in homine libero. *l.* 1. §. *ſed cum homo. l. ult. de his qui dejec. vel effud. l.* 3. *ſi quadrup. paup feciſſe dicatur. l.* 2. §. *ſi in eadem ff. ad l. Rhodiam de jactu. l. ſacra* 9. §. *ult. de diviſione rerum.*

§. XXX. Neque eſt contrarium, quod docemur in *l. hominis* 4. *cum* 2. *ſeqq. l. liberi* 70. *de contrahen. empt. l. maor* 39. §. *pater de evict. l. ſi tibi* 25. *C. eodem tit. l. Licinius* 4. *quibus ad libert. proclam. non licet.* videlicet valere emptionem hominis liberi, aut rei ſacræ, ſi ab ignoranti ematur; neque enim valet, ut transferatur in emptorem dominium, quod non eſt. §. *nullius inſt. de rer. diviſ.* ſed ut conſultum ſit emptori per actionem ex empto ad repetendum pretium, quod præſtitit, & quantum ſua interfuit, ut JCtus magiſtraliter expoſuit in *l. officii* 62. §. 1. *de contrahen. empt.* docent Photius Patriarcha *d. tit. cap.* 2. *pag.* 46. Ant. Clarus ad *LL. de jure ſacro cap.* 25. Gutherius *de jure manium lib.* 3: *cap.* 5. Duaren. ad tit. *de contrahen. empt. cap.* 2. Pichard. in §. *idem juris num.* 3. *inſt. de inutilibus.* Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 7. *num.* 5. Quæ actio ideo in factum dicitur in *l. oſſa* 8. §. 1. *de relig.* quia naſcitur ex facto ipſo contrahendi, non ex jure; quia ex contractu, qui non tenuit, nullum jus potuit reſultare: docent Julius Pacius *legg. conciliat. cent.* 5. *quæſt.* 7. Paulus Buſius *lib.* 1. *ſubtil. cap.* 12. Quare cum ſtipulatio ex terminis contractus lucrativus ſit, neque ſtipulator habeat, quod repetat, non valet ſtipulatio hominis liberi ullo reſpectu, quamvis ab ignorante celebretur. *d. l.* 1. §. *ſi id quod de O. & A.* ſic intelligendo cum Accurſio, Cujacio, & aliis Claſſicis *ibidem.*

§. XXXI. Sed adverſus id quod nuper diximus, hominem liberum pignori hypothecæve ſubjici non poſſe, ſecurius ſelectiusque obſtat textus in *l. pignori* 30. *de hered. inſt.* in quo dominus habebat ſervum corporaliter ſive ſpecialiter pignori datum, cum cum libertate heredem inſtituit cauſſa pignoris durante; reſpondet Ulpianus, Imp. Severum reſcripſiſſe, poſſe fieri liberum heredemque domino neceſſarium, ſi prius paratus ſit creditoribus ſatisfacere, ſervo autem ſic ſpecialiter pignori dato, nec inter vivos, nec in teſtamento libertas dari poteſt. *l.* 3. *l. Julianus* 10. *de manum. l. ſervum* 4. *l. cum hereditas* 5. §. *ult. cum l. ſeq. l generaliter* 29. *qui & a quibus. l. ſervum filii* 44. §. *ſi idem* 7. *de leg.* 1. *l.* 1. & 3. *C. de ſerv. pignor. dat. manum.* docent Ant. Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 3. *princ.* 2. *illat.* 6. & *tit.* 5. *princ.* 1. *illat.* 3. & 4. Hilligerus ad Donellum *lib.* 1. *cap.* 13. *lit. C.* ſed quando inutiliter libertas relinquitur, non poteſt domino ſervus heres neceſſarius exiſtere. *l. ſi non lex* 83. *de hered. inſtit.* ergo durante cauſſa pignoris liber factus fuit ſervus, ſiquidem heres neceſſarius extitit: igitur durat jus pignoris poſt conſecutam a ſervo libertatem.

§. XXXII. Quem textum ut percipiamus, & veram teneamus ejus ſententiam, ſciendum eſt, ſervum proprium cum libertate heredem inſtitutum tamquam neceſſarium, eo tempore domino ſuo debere exiſtere heredem, quo moritur, ex quo ſi a domino poſt teſtamentum factum alienetur, ab ipſo vivente debet redimi, ut poſſit ei ſuus heres exiſtere tempore mortis. *l. quoties* 9. §. *ſervus* 14. *de hered. inſtit.* quia hac in re media tempora non nocent. *l. ſervum* 50. *eodem tit.* quod ſi libertatem tantum ſervo proprio reliquero, ſufficit attenta æquitate, quod redemptus inveniatur tempore jacentis hereditatis. *l. verna eſt* 58. *de manum. teſtam.* quod an poſſit de hereditate etiam dici, ſi tanquam ſervum proprium eum liberum eſſe juſſi, & pro parte heredem ſcripſi, dato coherede extraneo, dubitavit Goffredus in *d.* §. *ſervus* 14. quia libertatis dies cedit ab adita hereditate. *l. unica* §. *libertatibus C. de caducis tollend. l. heredis* 7. §. *ult. l. nam cum libertas* 8. *quando dies leg. ced.* Idcirco ſufficit, ut in hereditate jacente ſervus inveniatur, priusquam dies veniat, quo libertas competitura ſit: at vero exiſtentia heredis neceſſarii cum inſtanti mortis concurrere debet, alioquin inutilis foret, ut dixi. Ex quo exiſtimat, hunc liberum futurum & heredem, ſed voluntarium. Me autem in contrarium movet æquitas *d. l.* 58. cum enim eo proceſſerit libertatis favor, ut non inſpiciamus præciſe tempus mortis, ſed aditæ hereditatis, & cauſſa hereditatis pendeat a libertate, quæ ſuſpenditur, proclivior ſum, ut exiſtimem liberum & heredem neceſſarium fore, ex quo libertas denuo confirmata fuit per aditionem coheredis; nec obſtant textus præcitati, qui exigunt exiſtentiam heredis neceſſarii tempore mortis teſtatoris, quia accipiendi ſunt regulariter, & ſuppoſitis communibus terminis, quorum exceptio eſt caſus *d. l.* 58.

§. XXXIII. His præmiſſis ut ad *d. l. pignori* 30. redeamus, in primis fatendum eſt, non poſſe exponi ſecundum principia juris; alioquin non eſſet neceſſarium reſcriptum Severi, quod ibi refertur. Ex jure certum eſt, ſervum ſpecialiter pignori obligatum heredem cum libertate a domino inſtitui poſſe; quia proprius eſt, & inſtitutionem ſortiri effectum, ſi dominus eum repignoraverit, id eſt, luerit pignori. *l.* 1. *C. de neceſſ. ſerv. hered. inſtit.* Ex reſcripto autem hoc amplius Severus induxit, ut quamvis mortis tempore non inveniretur a domino redemptus, non evaneſcat datio libertatis, nec heredis inſtitutio; ſed ſuſtineretur, ſi ipſe ſervus paratus eſſet creditori ſatisfacere de pecunia a ſe quæſita vel hereditaria: ita ſupponunt ibidem gloſſa & Cujac. ut enim pignoris obligatio inutilem non fecit ab initio inſtitutionem ſervi, ſic noluit Imperator, ut ſinitaretur cauſſam pignoris, quæ æquitas ſimilis eſt alii ſupra expenſæ ex *d. l.* 58. Quod ſi quæratur, an durante cauſſa pignoris liber ſit? reſpondebo, nec liberum, nec heredem eſſe; quia propter vinculum pignoris ſuſpenſa eſt poteſtas legis, nec competit libertas cum hereditate, donec ſe repigneret, unde nunquam concurrit jus pignoris

eum libertate: erit ergo interim ſtatuliber vl ipſa, ut ii, qui in fraudem creditorum manumittuntur, quorum libertas non impeditur ex lege Ælia Sentia, donce creditores incipiant uti jure ſuo. *l.* 1. §. 1. *de ſtatulib.* cui jungendi ſunt Fab. in *Juriſpr. Papin. tit.* 6. *principio* 2. *illatione* 10. *&* *illatione* 11. *&* 16. Donellus *lib.* 3. *commentariorum cap.* 1. & ibi Hilligerus *lit. B.*

§. XXXIV. Ex quo facile exponendus eſt textus alioquin difficilis in *l. quoties* 9. §. *ult. de hered. inſt.* dominus ſervum proprium cum libertate heredem ſcripſit, poſtea uſumfructum ſervi hujus alienavit, quæritur, utrum evaneſcat inſtitutio? Reſpondet JCtus ſuſtineri, ſed in id tempus differri, quo finitus uſusfructus ſit. Notandum eſt, ex impedimento extrinſeco ſuperveniente ſuſpendi effectum libertatis & hereditatis, quia non fit liber, donec poſſit fieri heres, & non poteſt fieri heres, quamdiu uſusfructus alienus ſit; ideo licet inſtitutio concepta ſit conditionaliter ita, *ſi meus erit cum moriar*, valet & ſimiliter ſuſpenditur in diem finiti uſusfructus. *l.* 2. *in princ.* ubi Cujac. *de condit. inſtit.* Hodie hanc juris partem abrogatam eſſe per novam Juſtiniani Conſtitutionem, quæ extat in *l.* 1. *C. de commun ſerv. manum.* cenſent Accurſ. & Cujac. in *d.* §. *ult.* idem Cujac. ad *tit. C. de his qui a non domino manum. ſunt.* a quibus nolo diſſentire, quamvis prædicta conſtitutio de ſervis communibus loquatur, non de ſervis, in quibus uſusfructus alienus eſt; video quippe parem in utroque caſu eſſe æquitatis rationem, licet diſſentiat Goffred. in *d. l. quoties* §. *ſi ſervus ex die num.* 34. *&* 35. docens voluiſſe ſuſpendere dationem libertatis usque ad diem finiti uſusfructus, qui eum poſtea alienavit, quod nimis ſtrictum eſt, & rigoris plenum.

§. XXXV. Inde etiam exponendus eſt alius non minus difficilis Ulpiani textus in *fragment. tit.* 1. *de libertis* §. *ſervus* 19. verba ſunt: *ſervus, in quo alterius uſusfructus eſt, alterius proprietas, a proprietatis domino manumiſſus liber non fit; ſed ſervus ſine domino eſt.* ſervus ſine domino dicitur, qui a vero domino habitus eſt per derelicto. *l. quemadmodum* 38. §. 1. *de noxal. action.* quia derelictio non erat modus præſtandæ libertatis, ſed amittendi dominii, ideo cedebat ſervus, ut quælibet alia res, primo occupanti. *l. quod ſervus* 30. *de ſtipulat. ſervor.* notant Cujac. ad *l. ult. pro derelicto.* Hilligerus ad Donellum *lib.* 4. *cap.* 15. *lit. A.* Carranza in *diſp. de partu cap.* 4. *in princ. num.* 5. *&* *ſect.* 1. *ex num.* 64. Quidquid ex naturali ratione pro libertate diſputent P. Joſephus Sibalinus *de clauſura regular. disquiſit.* 2. *cap.* 4. §. 14. *conſect.* 10. & alii: quomodo, ſi accipiatur prædictus Ulpiani locus, videtur concedendum, proprietatem ſervi ceſſuram eſſe primo occupanti animo adquirendi eam, ſive ſit ipſe fructuarius, ſive quilibet extraneus; & ita illum videtur accipere Cujac. ad *tit. C. de his qui a non domino manum. ſunt.* Mihi tamen magis placet ſententia Gothofredi in *d.* §. 19. Julii Pacii *cent.* 1. *legg. concil. quæſt.* 21. Hilligeri ad Donellum *lib.* 2. *cap.* 19. *lit. K.* docentium, quamdiu durat uſusfructus, manere hominem manumiſſum ſervum ſecundum qualitatem, non ſecundum proprietatem; quia jam proprietas ipſa (ut ſic loquar) manumiſſa eſt; licet conſecutio libertatis propter vinculum uſusfructus impediatur, quo ſublato vel per conſenſum fructuarii, ut in *l.* 2. *de manum. vindic.* vel per confuſionem, ſi fructuarius heres exiſtit proprietario, ut in *l. ſi fructuarium* 6. *de manum. teſt.* datio libertatis pleniſſimum ſortitur effectum. *d. l. pignori* 30. *l. quoties* 9. §. *ult. de hered. inſtit.* Etiam in hoc caſu volunt auctores præcitati, ut ſtatim ſervus a proprietario manumiſſus conſequatur libertatem ex prædicta Juſtiniani Conſtitutione, & quod fructuarius compellatur uſumfructum vendere, quod propter paritatem rationis ſuſtineo.

§. XXXVI. Ex quo apparet, ſervum ſine domino dici, qui totaliter pro derelicto habitus eſt, & is, cujus proprietas libera eſt, dum alienus eſt uſusfructus: inde pedetentim dilabimur ad expoſitionem nobilis & vexatiſſimi Pauli textus in *l. ſi uſumfructum* 23. *de liberal. cauſſa.* quem ampliſſimo commentario donavit Præceptor meus D. Ramos in Academie. ad *hunc* §. ſed adhuc prætermittere non licet, ut veſtro voto conſulam. Quæſtio eſt de homine libero majori 20. annis, vendito ad pretium participandum, quem in delicti fraudisque pœnam Romanis inſtitutis ſervum effici ſciunt Juriſprudentiæ noſtræ implumes pulli. Percurram tamen breviter ſummatimque tractationem, quia eſt neceſſaria expoſitioni textus. Fuit Romæ frequens & antiquum flagitium ante tempus Quinti Mucii Scævolæ, ut ex hoc textu liquido conſtat, & notatu dignum cenſuit Franciſc. Balduinus ad eundem in *Juriſprudentia Muciana pag. mihi* 225. ut improbi homines inter ſeſe colludentes ad nummos tertio cuidam extorquendos, alter ſe alterius ſervum eſſe fingeret, & alter ſub domini perſona eum venderet tanquam ſervum tertio ignaro ejus conditionis, & bona fide ementi, poſteaque partirentur nummos improbus venditor, & ſervus fictus ſpe proclamandi poſtea ad libertatem, quod delictum cum per illud de libertate luderet civis, illa pœna dignum putarunt, ut ſervus deinceps maneret, tanquam ſi juſto bello captus eſſet: an hoc jus inductum fuiſſet lege aliqua, an moribus utentium, pro certo ſtatuere non poſſum; de eo tamen dubitare non licet, quod in libris juris teſtatiſſimum ſit. §. *ſervi* 4. *inſt. de jur. perſonar. l.* 5. §. 1. *de ſtat. hom.* junct. *l.* 2. *quibus ad liber. proclam. non licet. l. ſi quis* 6. §. *irritum de injuſt. rupt. l.* 1. *&* *toto tit. ff. quibus ad libertat. proclam. non lic. l.* 1. *C. eodem tit.* docent Petr. Greg. *lib.* 4. *Syntagm. num.* 8. *cap.* 3. *&* *lib.* 27. *cap.* 1. *num.* 2. alii apud Hilligerum ad Donellum *lib.* 2. *cap.* 9. *lit. N. & O.* in tantum ut manumiſſus fieret libertinæ conditionis. *l. homo liber* 23. *de ſtat. hom.* juncta *l.* 2. *quibus ad libert.* quia ex juſta ſervitute manumiſſus eſt. *l. cum pacto* 40. *de liber. cauſſa.* quam ſic accipiunt Hilligerus *d. lib.* 2. *cap.* 10. *lit. B.* Bened. Pinel. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 2. *num.* 22. niſi, antequam in libertatem proclamet, paratus ſit emptori pretium reddere. *l.* 2. *ff. ſi ingen. eſſe dicetur.* & ibi Accurſ. quo in caſu, quia manumiſſus non eſt ſed redemptus, priſtinæ ingenuitati reſtituitur.

§. XXXVII. Aliqua tamen requiruntur, ut is qui venditur libertate privetur: primum quod emptor ignarus ſit conditionis ejus; alioquin ſi ſciat liberum eſſe, & emerit, nulla injuria ſcienti fit, nec pœna ſuccedit. *l. ſcientis* 6. *C. de liber. cauſſa. l. liberis* 7. §. *ſi quis. l. ſi quis ſciens* 33. *eodem tit. l.* 4. *verſ. idcirco quibus ad libert.* unde ſi appareant duo emptores in ſolidum, quorum alter ignarus ſit conditionis hominis venditi, is qui ignoravit in ſolidum dominus fit. *l. ult. quib. ad libert.* quod ſi pro parte emerit, conflictatio rationum eſt; nam bonæ fidei emptor non debet conſequi majorem partem ſervi quam emit, malæ fidei emptor indignus eſt partem ullam conſequi in homine, quem liberum eſſe ſciebat, & unus idemque homo non poteſt manere pro parte liber, pro parte ſervus. Quid ergo dicendum? Ulpianus vi conſequentiæ preſſus cenſuit, ſcientem, qui alioquin ex ſua perſona indignus eſt, conſequi dominium partis propter ignorantem, quod minus inconveniens reputavit. *d. l.* 7. §. *ſi duo.* juxta intellectum græcorum *lib.* 48. *Baſilic. tit.* 8. Accurſii in *d. l. ult.* quem etiam ſequitur Balduin. in *d. l. ſi uſumfructum* 23. omiſſis Connano *lib.* 2. *comment. cap.* 1. *num.* 6. Fab. in *Juriſpr. Papin. titulo* 3. *principio* 4. *illat.* 3. Secundum, ut participet pretium, ſibique habeat de facto, ut ipſe conſumat clam, & in ſuos uſus convertat, ut meminì me expoſuiſſe in *Acad. tract. de adquiſit.*

ſer-

ſervil. l. 1. *ff. quib. ad libert. d. l. liberis* 7. *in princ. de liber. cauſſa. l.* 5. *eodem tit.* alioquin ſi pretium non participet, ſervus non fit; quamvis ad decipiendum alterum patiatur ſe donari, in dotem dari, pignorive obligari. *l. ſi miniſterium* 16. *C. de liber. cauſſa. l. ult. C. de ingen. manum.* ultimum, quod ſit major 20. annis. *d. l. ſi miniſterium* 16. ubi extat ratio. Et quamvis minor annis 25. ſit, adverſus hanc venditionem non reſtituitur. *l. ſi ex cauſſa* 9. §. *Papinianus de minorib.* quia provenit ſervitus ex delicto. *l. quædam* 14. *de re milit.* & adverſus delicta minoribus non conceditur reſtitutio. *l. auxilium* 37. *de minor.* quod ſi minor venit, & major factus participavit pretium, libertate privatur. *d. l. liberis* 7. §. 1. *l.* 1. §. 1. *quib. ad libert.* quia tunc confirmatur delictum, cum fraus in participatione completur; non vero cum perficitur contractus.

§. XXXVIII. His ſic conciſe ſed concinne præmiſſis, accedamus ad *d. l. ſi uſumfructum* 23. in cujus principio caſum valde ſingularem examinat. Vendidi tibi uſumfructum ſolum liberi hominis, & ceſſi, id eſt, quaſi tradidi; quia incorporalia, qualis eſt uſusfructus, quæ tradi proprie non poſſunt. *l. ſervus* 43. §. 1. *de adquir. rer. domin.* per ceſſionem transferuntur. Ulpian. in *fragm. titulo* 19. §. *ceſſione.* quæſitum fuit apud Quintum Mucium, an hic homo liber efficeretur totaliter ſervus emptoris? Reſpondetque, emptorem tum conſequi in eo uſumfructum; quia non emit plus, & valet hic ratio textus in *l. qui liberis* 7. §. *ſi duo.* quem ſupra expendi, nec refert, quod ſic poſſit accidere, ut maneat uſusfructus alienatus, & proprietas libera: hoc enim in jure non eſt inconveniens, ut probavi ſupra ex Ulpiano in *fragm. titulo* 1. §. *ſi ſervus* 19. quæſitum deinde fuit, utrum penes venditorem remaneret proprietas? & reſpondet manere, utique ſi bona fide eum vendidiſſet; alioquin ſervum ſine domino fore, id eſt, ſervus uſufructu tenus, & liber proprietate, uti recte notat Balduin. Non idem placuit in præſenti de venditore & emptore, quod placuit in *d.* §. *ſi duo* de duobus emptoribus; ſcienti quippe emptori ſubveniebatur propter ignorantem; quia emptor non eſt auctor fraudis, ſed ſolum conſcius: venditori vero non ſuccurritur; quia eſt perſona decipiens.

§. XXXIX. Proponit vero Scævola, proprietatem ſervi venditoris fieri, ſi bona fide eum vendiderit, exiſtimans ſervum eſſe, & ſuum eſſe; quæ ſuppoſitio valde difficilis eſt; quia non eſt locus huic ſervituti, niſi venditor & venditus colludant ad decipiendum emptorem, quod cum bona fide venditoris compati non poteſt, quod dicunt Græci *d. titulo* 8. & ego quidem cum aliquot abhinc annis ſuſtinui in prima prælectione ad *hunc tit.* ſupponendum eſſe, hominem liberum perſuaſiſſe venditori, ſe ſervum ipſius eſſe, & indulgentem benignumque venditorem conſenſiſſe ultro, ut ſervus ſibi haberet partem uſusfructus, & ſibi conſumeret, nunc diſplicet; quia pene impoſſibilis factu eſt, non dicam inepta hæc ſuppoſitio; quare diutius incumbens huic difficultati exiſtimo, cum dici bonæ fidei venditorem, qui primus emerat bona fide hominem liberum ſibi venditum ab improbo cum fraude ipſius venditi ad pretium participandum; quia nemo poteſt vendere bona fide hominem liberum, niſi qui prius eundem bona fide emerat, vel bonæ fidei emptori ſucceſſerat, contra quem intellectum non obſtant verba textus ibi: *hominis liberi*, quæ ſupponunt, venditum fuiſſe hominem liberum tempore ſecundæ venditionis; neque ſententia ejuſdem, quatenus docet, tempore ſecundæ venditionis uſusfructus proprietatem adquiri venditori, & non antea, quæ quidem adquiſita jam fuiſſet, ſi ab ignorante emptus fuiſſet; nam his difficultatibus reſpondeo, deducendo ſpeciem ab antecedentibus, quod vidit Cujac. *lib.* 20. *Paul. ad Edict.* in *eodem textu*; ſed parum firmiter; quia quæſtionem non prævaluit: agitur ergo ex *l. rectiſſime* 14. *eodem tit.* de Edicto Prætorio, quo conſuluit emptoribus, ut pretium & alterum tantum repeterent a liberis hominibus & venditoribus, quando ob defectum ætatis non fuerunt effecti ſervi. Explicatio hujus Edicti continuatur usque ad *d. l.* 23. in qua ſupponitur, emptum fuiſſe hominem liberum ab ignorante, pretiumque numeratum, ejus tamen ſervum effectum non fuiſſe; ſed poſtquam 20. annorum erat, vendidiſſe eadem bona fide uſumfructum ejus, quo caſu nova participatio pretii non deſideratur; quia in prima venditione præceſſerat, tunc patitur ſe vendi, cum major eſt, unde uſusfructus recte alienatur; de proprietate vero dubitatum fuit, utrum poſſet proclamare ad libertatem quoad proprietatem, docetque Paulus ex ſententia Q. Mucii, ſi durabat fides bona, effici ſervum totaliter propter ſecundam venditionem, & penes venditorem manere proprietatem; ſecus vero ſi jam ſciebat hominis liberi conditionem, nam proprietas manet libera, & ipſe ſervus ſine domino.

§. XL. Itaque dominium, quod ex prima emptione non fuit conſecutus emptor, conſequitur ex ſecunda alienatione uſusfructus ſolius, & modo participatio pretii præceſſerit in prima alienatione, non requiritur amplius in venditione ſecunda. Ex quo in §. 1. *ejusdem l.* infert, idem dicendum eſſe, ſi poſtea donetur, vel in dotem detur, vel pignori obligetur homo liber, qui antea ſervus effectus non erat; quia cum patiatur ante proclamationem ſe iterum alienari, poſtquam 20. annos implevit, dignus eſt, ut libertate privetur; non fieret ſane ſervus, ſi in prima alienatione donaretur, vel in dotem daretur; quia requiritur venditio & participatio pretii cum fraude ab ipſo emptore & contra ipſum, ut dixi ſupra §. 37. ſed jam venditus, & participato pretio in minori ætate, incidit in ſervitutem, & confirmatur dominium, quod ex prima emptione emptor conſequi non potuit, ſi patiatur donari, vel pignori obligari, qui eſt effectus commercii, & ſic convenit §. 1. *cum princ. l.* Et eodem themate retento exponendus eſt absque eo, quod melioribus aliorum expoſitionibus derogemus. Hanc ſervitutem ſuſtulit Leo Philoſophus *Nov.* 59. qui valde ambitioſus fuit derogandi jus vetus Romanum; ad uſum vero reduxit Alphonſus Sapiens in *l.* 1. *titulo* 21. *Part.* 4. nunquam tamen audivi tale flagitium admiſſum, & per conſequens talem pœnam impoſitam; quod ſi evenerit, non dubito, quin apud nos eſſet practicandum. Et hæc ſunt, quæ de exemptione a commercio hominis liberi poſſum dicere; quia de pignore naturali, quod conſequitur redemptor in corpus captivi, egi ex profeſſo *lib.* 6. *opuſc. cap.* 13. & de aliis cauſſis, quibus per modos commercii libertas naturalis minuitur, egi *lib.* 8. *cap.* 3. quæ repetere inutile & illiberale foret.

§. XLI. Poſtrema hæc aſſertio principalior eſt in hoc tractatu, & de qua præcipue diſputat Paulus tam in *præſenti*, quam in *d. l. qui res* 98. §. *aream* 8. *de ſolut.* reliquæ tamen inſpectiones huc deſerviunt, vel ad ſuppoſitionem vel ad deciſionem. Regula eſt, *obligatio ſemel extincta amplius non poteſt ſuſcitari*: hanc docuerunt Sabiniani, quos in hac parte Paulus ſecutus fuit. Proculiani vero & cum ipſis Celſus, Pediusque ad Dialecticorum regulas minus intenti, contrariam tenuerunt. Ideo Paulus docuit, non ſuſcitari obligationem, quæ extincta fuit per manumiſſionem ſervi, quamvis iterum recidat in ſervitutem. Celſus autem ad praxin & ad facultatem præſtandæ rei reſpiciens exiſtimabat, manumiſſo ſervo extingui obligationem, quia in eo ſtatu dari non poterat; iterum vero ſervo facto redire aut reviviſcere; quia tunc dari poterat, de quo diximus in utroque verſato tractatu de area & de navi. Sup-

poſita ergo regqla, quæ obtinuit ex Schola Sabinianorum, quæ eſt peripatetica, antequam cætera proſequamur exempla; de ejus ratione videndum eſt.

§. XLII. Quod ut præſtemus, præmittendum eſt principium apud Ariſtotelem & ejus Scholam verſatiſſimum, non poſſe dari regreſſum de privatione ad habitum: ita Philoſophus in *prædicam. cap.* 10. *& lib* 2. *de generat. cap.* 70. docet, quæ ſunt mortalia & diſſipabilia, ſi nata ſemel intereant vel diſſipentur, non poſſe redire eadem numero & ſpecie. Hoc principium ad naturalia obſervatum ab Ariſtotele & Peripateticis tranſtulerunt Sabiniani eorum ſequaces ad legalia, pariformiter docentes, obligationem ſemel extinctam, id eſt annihilatam, redire ſive ſuſcitari iterum non poſſe, licet contrarius caſus eveniat, a quo incipere poſſet. Ex diverſo D. Auguſtinus Theologorum maximus *epiſt.* 32. *ad Bonifacium* relatus in *cap. quævis a me* 129. *de conſecrat. diſtinct.* 4. hoc noſtrum principium, prout a nobis refertur, traduci docet ad rem theologicam in illa celebri quæſtione, quare fides parentum in baptismo proſit filio parvulo, & non officiat ſuperveniens eorundem perfidia, in illis verbis: *non poteſt autem ſpiritus Dei ſemel regeneratus ex parentum carne regenerari, ut obligatio, quæ ſoluta eſt, iterum contrahitur; & ideo ſemel perfectam parvulus Chriſti gratiam non amittit niſi propria impietate.* Itaque regula hæc merito placuit, cum omnium facultatum principiis accommodata ſit.

§. XLIII. Deſiderat tamen, ut proprie & per ſe notemus, quando obligatio penitus extinguatur, (alioquin axioma noſtrum procedere non poſſet) extingui omnino per manumiſſionem ſervi ſpecialiter promiſſi, vel per conſecrationem rei, aut ſi alio modo a commercio prorſus eximatur, nos docet Paulus in *præſenti*, quæ in ſuperioribus expoſuimus; per acceptilationem etiam extingui prorſus obligationem, quaſi ſolutum fuiſſet, quod debetur, diſcimus ex Juſtiniano in §. *item per acceptilationem inſt. quib. mod. toll. oblig.* ex quo ſublatam obligationem per acceptilationem ſuſcitari denuo non poſſe, niſi nova voluntate redintegretur, juri & noſtræ regulæ conſentaneum eſt, & probatur ex *l. legem* 43. *de jur. dot.* quæ in præſenti plenius enarranda eſt: legem eam breviter tetigi *lib.* 2. *opuſc. parte* 2. *cap.* 1. *num.* 4. Primo ſupponit Ulpianus, ſolere dotem conſtitui per acceptilationem, quod docuerat Paulus in *l. promittendo* 47. § *accepti* 2. *eodem tit.* ſi futura uxor, aut ejus pater, extraneusve, qui erant creditores futuri mariti, obligationes ei acceptas tulerunt, *lequitaron*, *lelibraron*, *de dieron carta de pago de finiquito*, dotis futuræ nomine. Idem non eſt improprie pecuniam tradere, ac debitorem obligatione liberari? in hac hypotheſi duo quæruntur. Primum eſt, ſi poſtea matrimonium ſecutum non ſit, an vires ab initio habuerit acceptilatio? quippe ſi valuit tamen totum, obligatio ſublata fuit, ac per conſequens non ſuſcitabitur; videtur dicendum ſublatam fuiſſe, quia in *l. ſi mulier* 10. *de condict. cauſſa dat.* conceditur mulieri condictio, vel ſine cauſſa, vel ob cauſſam datorum, ut quantitatem contentam in obligatione ſublata repetat; quaſi idem ſit tradere ſine cauſſa pecuniam ac remittere obligationem; nihilominus reſpondet Ulpianus, non ſecuto matrimonio eandem actionem ex veteri ſtipulatione manere; ergo non fuit ſublata per acceptilationem; aut ſi ſublata fuit, conſequimur contra noſtram aſſertionem, obligationem ſemel extinctam poſſe ſuſcitari. Utrique ut reſpondeam, dicendum eſt, diverſis reſpectibus fuiſſe extinctam, & manere veterem obligationem: itaque ſi mulier uti velit condictione prædicta, ratam facit acceptilationem propter electionem; quod ſi ex contractu veteri velit agere, prorſus eſt inutilis acceptilatio, quæ ab initio ſummum effectum ſortita non eſt; quia in ſuſpenſo fuit, nam licet expreſſe conditionem non recipiat, tacite tamen recipere poteſt, & diem. *l. actus* 77. *de R. J. l.* 3. *&* 21. *de jur. dot.* ut dixi licet minus expreſſe *dict. num.* 4. neque obſtat, quod acceptilatio ſub conditione tacita ex ſui natura deficiente conditione pro nulla habetur. *l. per jusjurandum* 13. §. *ſi Stichum aut decem de acceptil.* Secundo quod nec mulier potuit eam ratam facere; reſpondetur quippe, hoc eſt cum conditio deficiens in acceptilatione facit etiam, ut obligatio ſupervacua, nulla ſit, prout cum in conditionali obligatione apponitur: eſſet enim contra naturam acceptilationis, ut caderet ſuper id, quod non debetur. At vero in noſtra ſpecie pure jam debebatur, neque conditio tacita intelligebatur in veteri contractu; ſed in acceptilatione tantum.

§. XLIV. Sequitur §. 1. *ejusdem l.* qui intricatus eſt. Proponit Ulpianus, extraneum eundemque creditorem acceptum tuliſſe creditum futuro marito dotis conſtituendæ cauſſa pro uxore, quo in caſu docet, acceptilationem non valere nuptiis non ſecutis, quia conditio matrimonii defecit, qua defecta deficit & acceptilatio; nec in hoc caſu poterit extraneus, ſi velit, condicere pecuniam ſine cauſſa; quia cum ab ejus voluntate non pendeat celebrare matrimonium, non pendet etiam ratificare acceptilationem nuptiis non ſecutis, niſi ut in totum remittat creditum debitori: ſecus vero, ſi eo animo acceptam tulit obligationem, ut pecunia converſa in dotem cederet uxori ipſi, id eſt animo donandi uxori, ut ipſa ſibi exigeret quandoque ſoluto matrimonio, vel nuptiis non contractis; tunc quippe acceptilatio omnino operatur effectum, vetus obligatio tollitur, & nuptiis non ſecutis vel diſſoluto matrimonio mulieri competit prædicta condictio pecuniæ quondam debitæ adverſus debitorem; quod poſſet ita opponi, ex contractu extranei mulieri actio adquiri non poteſt. *l. ſi ita ſtipulatur* 126. §. *Chryſogonus verſ. per liberam hoc tit. l. quo tutela* 73. §. *ult. de R. J. l.* 1. *C. per quas perſon. nob. adquir.* ergo neque ex diſtractu obligationis ipſi potuit adquiri condictio; quia contrariorum eadem eſt ratio & diſciplina. *l.* 1. *de his qui ſunt ſui vel alien. jur. l. ult.* in *fine*, ubi notavi *lib.* 3. *opuſc. de leg.* 3. & cum aliis adductis a Barb. *axiom.* 59. *num.* 11. qui non poteſt nobis adquirere per contractum, videtur, quod non poſſit adquirere per diſtractum. Huic difficultati reſpondet Paulus ipſe, acceptilationem ſolam per ſe non ſufficere, ut condictio mulieri adquireretur, ſed hanc adquiſitionem agi media quadam fictione brevis manus; fingitur quippe debitorem ſolviſſe pecuniam creditori, quia acceptilatio pro ſolutione eſt; poſtmodum creditorem pecuniam tradidiſſe uxori, & tandem ab hac profectam ad futurum maritum. In aliis fictionibus brevis manua ſolet ſurripi & occultari unus actus, in hac vero duo occultantur, ut obſervat Accurſius. De hac fictione agitur in *l.* 3. §. *ult. de donat. inter vir. & ux.* & in *l. qua ratione* 9. §. *interdum* 5. *de adquir. rer. dom.* & in §. *interdum inſt. de rer. diviſ.* & ego ex profeſſo egi in *Academ. tract. de adquir. poſſeſſ. cap.* 2. quare in præſenti abſtineo. Cæterum concludit Paulus, *mulieri per liberam perſonam condictio adquiri non poteſt:* quæ verba non negant, quod in ſuperioribus proximis docuerat Conſultus, ſed ita interpretanda ſunt: alioquin niſi intervenisſet fictio brevis manus, non poſſet mulieri adquiri condictio per extraneam perſonam, ut docte expoſuit Accurſ. Conſulti enim pro *alioquin* ſolent uti his verbis *cæteroquin*, & *cæterum*, ut ex hoc textu poteſt obſervari, & ex *l. ex facto* 35. §. *rerum de hered. inſtit. l. ejus* 29. *de jure fiſci.* obſervat Briſſon. *lib. ſing. parerg. verſ. concameratio ædium.*

§. XLV. Succedit *verſ. plane*, in quo tractat Paulus, quid dicendum ſit, ſi nuptiæ ſequantur? conſtat vires habuiſſe acceptilationem; ergo mulier ipſa habebit exactionem, quia ejus lucro dos

ces-

ceſſit, nempe diſſoluto matrimonio per mortem viri, aut per divortium ſine uxoris culpa, juxta principia tradita ab Ulpiano in *fragm. titulo 6. de dote §. adventitia cum ſeqq.* niſi extraneus exactionem dotis ſibi reſervaverit, quæ dos dicitur receptitia. *d. §. adventitia. l. mortis* 31. *§. ſine donatione* 2. *de mort. cauſſa donat.* quo in caſu competit condictio ſine cauſſa ipſi extraneo; quia ſoluto matrimonio deficit cauſſa dotis, & a marito reddenda eſt. *l.* 2. *in princ. ſolut. matrim.* ergo ei reddi debet, ad quem dotis exactio pertinet, non quidem actione ex veteri contractu, quæ extincta fuit per acceptilationem nuptiis ſecutis; ſed per condictionem naturalem, ſive ſine cauſſa, quæ tunc datur, quando alter vult retinere alienum, vel locupletari cum jactura alterius. *l. perpetuo 6. cum ſimilibus de condict. ob turp. cauſſam.*

§. XLVI. In *verſ. ſecundum quæ* colligit Paulus conſequentiam ex antecedentibus, & docet, ſi ſit conſtituta dos per acceptilationem, & nuptiæ ſeqnantur, poſtea ſoluto matrimonio non eſſe reſtituendam veterem obligationem, quæ prorſus extincta fuit; ſed potius repetendam eſſe pecuniam in vetere obligatione contentam, tanquam ſi dos in pecunia conſiſteret, unde ſolvenda erit annua, bima, trima die, id eſt, tribus annuis penſionibus, in quibus ſolvebantur dotes, quæ in rebus fungibilibus conſiſtebant. Ulpian. *d. titulo 6. §. dos* 8. juncta *l. aliud* 117. *de pact. dotal.* hodie vero jure novo poſt annum una penſione. *l. un. §. actio C. de rei uxor. act.* ſive, ut noſter Conſultus ait ſic explicandus, ſecundum ſua tempora, ſive ſtatuto legibus tempore, ut dicitur in *l. Atilicinus* 17. *de pact. dotal.* quæ omnia vera eſſe docet, ſi pura præſenſque fuit obligatio, quæ per acceptilationem ſublata fuit; quod ſi dilata fuit in diem, quamvis qui in diem debeat, ſtatim debeat, tamen quia ante diem ceſſat effectus exactionis. *l. obligationum* 44. *§.* 1. *de O. & A. l. quoties* 41. *§. ſi quis,* ſic intelligendo, *hoc tit. §. ſi quis agens* 33. *verſ. tempore inſt. de act.* non prius incipit operari acceptilatio, quam dies ſtipulationis veniat. *l. quod in diem* 12. *de acceptil.* juncta *l. ſub conditione* 16. *de ſolut.* & his quæ tradit eleganter D. Larreategui *ſelect. cap.* 3. *ex num.* 9. Igitur ſi ante adventum diei obligationi adjecti diſſolutum matrimonium ſit, vel ante adventum conditionis, ita faciendam reſtitutionem docet, ut reſtauretur prior obligatio, qualis antea fuit, id eſt, cum ſuis pignoribus vel fidejuſſoribus, & cum ſua cauſſa; cum enim extincta ſemel iterum non poſſit ſuſcitari, ſpectat ad judicis officium, compellere maritum vel ejus heredes & fidejuſſores, ut iterum promittant; quia ſine cauſſa non poſſunt manere liberati, quod remedium dicitur condictio incerti. *l. ſi quis* 12. *de novat.* juncta *l. cum hic ſtatus* 32. *§. ſive autem* 23. *de donat. inter vir. & ux.* per quam repetitur ipſum factum contrahendæ denuo obligationis, quod incertum, & incerti intereſſe ad differentiam quantitatis ipſius in obligationem deductæ. *l. ſtipulationis* 72. *§. ult. cum l. ſeq. hoc tit.*

§. XLVII. Non inficior, modum hunc reſtaurandæ veteris obligationis cum ſua cauſſa frequentem eſſe in jure, quoties obligatio omnino ſublata fuit, ſed deficit cauſſa, ob quam acceptilatio vel novatio facta fuit, vel incipit liberatio eſſe juſta, aut ex Prætoris imperio reſcinditur, ut colligitur ex præcedenti exemplo, & ex aliis, quæ deſumi poſſunt ex *l. patri* 27. *§. ex hoc* 3. *l. ult. de minor.* in quibus ſublata actio per novationem inconſulto factam a minore reſtauratur adverſus debitorem cum ſuis acceſſionibus & cauſſa, ſi per edictum in integrum reſtitutionis reſcindatur a Prætore novatio, & ex *l. quoties* 8. *§. quoties* 7. *cum ſeqq.* juncta *l.* 1. *§. ult. ad S. C. Vellej.* ubi ſi intercedendi animo mulier alienam obligationem ſuſceperit, ut pro debitore veteri expromiſerit, eumque liberaverit per hanc novationem; quia hæc novatio aut expromiſſio infirmatur, per SCtum reſtituitur actio contra veterem debitorem, & in *l. ait Prætor* 10. *§. ſi cum mulier* 12. *& §. præterea* 22. *cum §. ſeq. quæ in fraud. credit.* ubi ſi animo fraudandi creditores obligatio accepto lata ſit a debitore, revocatur acceptilatio per actionem Paulianam, & vetus obligatio reponitur in eadem cauſſa, in qua fuerat, antequam acceptilatio interveniſſet. Illud tamen difficile eſt, quod in præſenti ſupponitur, neceſſariam eſſe reſtaurationem hanc, ſive novam promiſſionem, ſi quidem ſupponit Conſultus, non veniſſe diem veteris obligationis, ſeu nondum fuiſſe adimpletam conditionem, quibus in caſibus acceptilatio non operatur hic & nunc ſuum effectum. *d. l. quod in diem* 12. *de accept. d. l. ſub conditione* 16. *de ſolut.* ergo non eſt neceſſaria reſtauratio obligationis.

§. XLVIII. In qua difficultate veritatem attingit Accurſ. quamvis in ea parum firmiter perſeveraverit; docuit namque & diem veniſſe & expletam fuiſſe conditionem, ſed ſoluto matrimonio; alioquin non eſſet quæſtio de repetitione dotis, & exactione pecuniæ in prima obligatione contentæ: jam ergo vetus obligatio purificata fuit, ſtatimque deberi incipit. *§ ſub conditione inſt. hoc tit.* & per conſequens acceptilatio ſuum ſortitur effectum; ergo cum eo tempore extitiſſet conditio, quo jam reddenda dos erat, & perinde obligatio ſublata, conſequens eſt, ut ipſa vetus obligatio reſcindatur, cujus debitum nunquam fuit converſum in dotem: igitur non reſtauraretur conditionalis, ut noſter cenſebat Accurſ. ſed pura; quia quando acceptilatio vires habuit, jam erat vetus acceptilatio purificata; quapropter non eſt iterum ſpectanda conditio; ſufficit namque, quod ſemel advenerit, *arg. l.* 2. *l. hæc conditio* 10. *l. ſi jam facta* 11. *cum ſimilibus de cond. & dem.* qui intellectus ſuadetur ex illis verbis textus, *neque ante ſolutum matrimonium dies obligationis præterit*: ergo ſupponit præteriiſſe poſt ſolutum matrimonium, unde infert, cum ſua cauſſa & acceſſionibus reſtituendam eſſe. Nec obſtant ſequentia verba, in quibus agit de reſtituenda obligatione conditionali, ibi *ſub eadem conditione reſtituere debere*, quia non ſunt referenda ad conditionem obligationis veteris, quæ jam impleta fuit; ſed ad acceſſiones, pignora, & formam præcedentis contractus, de qua in ſuperiori caſu de obligatione in diem locutus fuerat Conſultus, ut ſenſus ſit, ſub eodem modo hæc obligatio reſtituenda eſt; ſic enim accipitur conditio in *l. in primo gradu* 23. *quæ in fraud. cred.* ut notarunt noſter Valent. *de adquir. hered. parte* 2. *num.* 57. Petr. Fab. in *l. actus* 77. *de R. J.*

§. XLIX. Quod ſi impleta fuit conditio conſtante adhuc matrimonio, pleniſſimum effectum ſortitur acceptilatio, adeo ut pecunia in vetere obligatione contenta ipſo facto converteretur in dotem; idcirco ſoluto matrimonio pecunia condicenda eſt ſuo tempore, ex die divortii vel mortis computando; quia ſublata obligatione per acceptilationem in effectu ſecutam, dum matrimonium durat, perinde eſt ac ſi pecunia ipſa exacta non eſſet a marito, & eidem iterum tradita, & extunc convertitur in dotem, ut antea notavi. Quæ pro expoſitione literali hujus difficilis textus ſufficiant, in reliquis pergemus expeditius.

§. L. Et ut pergamus, idem, quod de acceptilatione diximus, de novatione dicendum eſt, cum ſit novatio prioris obligationis in aliam transfuſio vel tranſlatio. *l.* 1. *de novat.* tollendo veterem obligationem omnino. *§. præterea inſt. quib. mod. toll. oblig.* quare ſublata ſemel non poteſt iterum ſuſcitari ex regula noſtri textus: quæ doctrina probatur ex *l. debitor* 36. *cum ſeqq. de jure dotium.* quare hæc eſt ſpecies. Mulier, quæ Titio nubere volebat, dotis nomine dedit ei obligationem, quam adverſus Sejum habebat, & delegavit ei Sejum debitorem ſuum (delegatio eſt novatio interventu novæ perſonæ, veluti, cum quod primus de-

Digitized by Google

debet, ſecundus expromittit animo liberandi primum; vel quod primo debetur, expromittit ſecundo, & ſic debitor a primo creditore liberatur: hæc eſt novatio, quæ contingit per delegationem. *l. delegare* 11. *de novat.* vel per expromiſſionem, de qua agitur in *l. & eleganter* 7. *§. ſervus pactionis* 8. ubi Fab. *de dolo. d. l. quamvis* 8 *§. quamvis* 7. *cum ſeqq. ad S. C. Vellejan. l. qui libertinus* 37. *in fin.* ubi Gothofred. *de oper. libert. l. cum ſervus* 104. *hoc tit.* Donell. *lib.* 15. *comm. cap.* 12. Valent. *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 4. *cap.* 3. *num.* 7. Arias de Meſa *lib.* 2. *varior. cap.* 16. fere per totum maxime ex *num.* 11. Qui locus traductus eſt ex manuſcripto magni præceptoris mei Ramos ad *leg. Jul. & Pap. part.* 2. *cap.* 19. *num.* 9. & 10.) Sejus ergo mulieris debitor, quod mulieri debebat, expromiſit futuro marito, & ſic creditor mutatus eſt; antea enim mulier erat creditrix, poſtea illa dimiſſa expromiſit obligavitque ſe futuro marito ex cauſſa dotis; maritus acceptam tulit obligationem huic expromiſſori, in qua ſpecie ſolebat dici abſciſſe & abſolute, *rem mulieri perire*, id eſt extinctione obligationis, quæ per acceptilationem a marito factam contingit, damno mulieris cedere, ipſamque creditum amiſiſſe, de qua tamen doctrina expreſſius & curioſius quærit Paulus, & ſic diſtinguit; videndum imprimis eſt, an hæc delegatio facta; ſit ab uxore ex cauſſa dotis vel ex alia cauſſa; quia ſi ex alia cauſſa facta ſit, ſequemur id, quod inter contrahentes convenit in ipſo delegandi actu; quod ſi ex cauſſa dotis facta ſit, palam eſt non aliter effectum ſortiri, quam ſi nuptiæ ſecutæ ſint, ut quælibet aliæ promiſſiones, quæ ex cauſſa dotis fiunt. *d. l.* 3. *l. ſtipulationem* 21. *eodem tit.* effectu vero ſecuto matrimonii incipit debitor marito obligari, & extunc cenſetur pecuniam ipſam ex cauſſa dotis accepiſſe.

§. LI. Igitur cum creditum jam ſit mariti, conſequens eſt, ut, ſi ipſe illud remittat, ſuo damno cedat; eſt enim quilibet ſuæ rei moderator & arbiter. *l. in re mandata* 21. *C. mand.* & habet facultatem alienandi, donandi, immo & prodigendi. *l. ſed ſi lege* 25. *§. conſuluit de petit. hered.* ergo cum ipſe remiſiſſet, ridiculum eſſet, periculum remiſſionis ſeu acceptilationis damnum uxori adferre: itaque concludit, nomen accepto latum a marito poſt nuptias ſecutas ipſi marito perire; quod ſi maritus accepto tulerit, antequam matrimonium ſequatur, reſpondet nil videri doti conſtitutum eſſe; non decidit amplius Ulpianus, ſed Paulus in *l. ſeq.* addit, nuptiis nondum ſecutis novationem, ſeu novam promiſſionem marito factam effectum ſortitam non fuiſſe; quia pendet ex tacita conditione matrimonii; quamobrem acceptilatio facta a marito nullius momenti eſt; quia nondum erat creditor, neque ſublata fuerat obligatio, qua debitor pridem uxori tenebatur: poſtea idem Ulpianus in *l. ſane* 38. quærit, quid dicendum ſit, ſi maritus debitori ex cauſſa dotis accepto tulerit juſſu uxoris jam conſtante matrimonio; valere acceptilationem liberarique debitorem, pro certo ſupponit; quia quæcumque donatio facta a marito de re dotali uxore conſentiente valet, excepta alienatione fundi dotalis, quæ fit per pignoris vel hypothecæ conſtitutionem. *l.* 1. *& toto tit. de fund. dotal.* ergo in hoc caſu peribit damno uxoris; quo caſu verificatur illa generalis reſponſio, cuju ſuperiori §. memini, & quod magis eſt, tenebitur marito tantam pecuniam doti dare, quanta fuerat debita, & mulieris juſſu accepto lata, ut exponunt Petr. Barb. in *l.* 2. *part.* 2. *num.* 11. *verſ. principaliter* 2. Scipio Gentilis *lib.* 1. *de donat. inter vir. & ux. cap.* 23.

§. LII. Sed quod diximus, pecuniam converti in dotem, tunc recipiendum eſt, quando maritus mera ſua voluntate acceptam tulit obligationem debitori; cæterum ſi acceptam non tulit, neque potuit pecuniam exigere; quia debitor non ſolvendo fuit, nec ei potuit imputari culpa vel mora, periculum decoctionis debitoris ad uxorem ſpectat, vel ad eum, cui dos erat reſtituenda. *l. promittendo* 41. *§. ſi a debitore* 3. *l. vir* 49. *de jur. dot.* ergo reſtituendum erit nomen, & reſtituenda vetus obligatio ad favorem uxoris, ut de dote agat & exigat, quantum exigere potuerit, vel ei cedenda erit actio a marito, ejusve heredibus, ut mandata actione experiatur; vetere enim experiri non poteſt; quia ſemel extincta per novationem amplius ſuſcitari non poteſt ex regula noſtri textus: unde ſi obligatio facta ſit minus idonea vel inexigibilis, periculum ad uxorem ſpectat, cujus antea fuerat; niſi eo tempore datum ſit in dotem, quo jam non erat ſolvendo debitor, & maritus ejus inopiæ conſcius paſſus fuit, ut ſibi delegaretur; tunc enim rem ſui periculi fecit, cum ſciens prudensque nomen approbavit. *d. §. ſi a debitore.* de quo varie diſputat Ant. Fab. *lib.* 12. *conject. cap.* 8. videndus plenius agens D. Olea *de ceſſ. jur. & act. tit.* 7. *quæſt.* 5. *ex num.* 7. quia hæc inſpectio ad nos non ſpectat; hoc tamen verum eſt, quando nomen ſeu obligatio manet inexacta poſt diſſolutum matrimonium: quod ſi vir conſtante matrimonio debitori acceptam tulerit obligationem, indiſtincte acceptilatio facta ſine mulieris juſſu mariti periculo cedit. *l. in rebus* 66. *§. ſi noſter* 6. *ſolut. matrimonio.* inopia enim debitoris non tollit obligationem, quamvis illam exinaniat. *l. nam is* 6. *de dolo. l. ſi plus* 14. *§. ult. de evict.* potuit quippe debitor fieri ſolvendo, niſi ei obligationem acceptam tuliſſet maritus. Quod de acceptilatione diximus, de novatione dicendum eſt, ſi vir dotem pro uxore ab alio promiſſam ab alio novandi animo ſtipulatus ſit; ejus quippe periculo cedit, cum priorem debitorem per novationem dimiſerit. *l. dotem* 35. *de jur. dot.* ut contra gloſſam utrumque caſum comparat Barb. *ubi proxime num.* 12. in quo articulo ſupereſt quærere, ſi mulier nondum ſecutis nuptiis acceptam tulerit obligationem debitori ſuo expromiſſori futuri mariti, an debitor liberetur? Liberari cenſebat Labeo, quia qui non eſt ſponſi debitor, manet debitor ſponſæ; contra vero Javolenus in *l. debitor* 80. & 83. *de jur. dot.* quia licet poſſit ſponſa nuntium repudii mittere ſponſo, ſi de jure civili loquamur, non eſt tamen in ejus poteſtate remittere vel repetere datum matrimonii cauſſa, quamdiu ejus ſpes durat. *l. quod Servius* 8. *de condict. cauſſa dat. l. ſi ego* 2. *§.* 1. *de jur. dot.* ut dixi *lib.* 2. *opuſculor. ſect.* 9. *cap.* 3. & *ſect.* 3. *cap.* 1. *num.* 4. quare interim a futuro marito non poteſt celebrari acceptilatio, quia nondum creditor eſt, nec ab uxore futura, ne ſpem dotis matrimoniique fraudent.

§. LIII. Alias ſpecies de transactione & datione in ſolutum, quando per eas tollatur vetus obligatio, ut ſuſcitari non poſſit, expoſui *eod. lib.* 2. *ſect.* 2. *cap.* 1. *num.* 5. & ex *num.* 13. quem locum cum aliis multis noviſſime adduxit D. Olea in *præd. tract. tit.* 5. *quæſt.* 13. *num.* 23. ideo non repeto. Illud tamen in præſenti non eſt omittendum, quod in *l. cum mota* 6. *C. de transact.* docemur, omiſſam ſemel querelam, etſi fides placitorum non ſervetur, inſtaurari iterum non poſſe, ſed ad implementum actione præſcriptis verbis, vel ex ſtipulatu agendum eſſe, quod noſtræ regulæ conforme eſt, ſed obſtat ex diametro textus in *l. ſi inſtituta* 27. *de inoff. teſtam.* in qua antinomia componenda ſunt, quibus placet Accurſii & Antiquiorum conciliatio apud Genuam *pag.* 113. eiſque aſſentitur Oroz *lib.* 3. *de apic. jur. cap.* 12. *num.* 10. & 11. diſtinguuntque inter tranſigentem ipſum, qui inſtaurare querelam poteſt, & ejus heredes, quibus hoc denegatur, adduntque rationem; quia ipſe tranſigens ex ſua perſona poteſt movere querelam, & per conſequens inchoare, aut perſequi, quam diſtulit per transactionem, ſi adverſarius non impleat. At heredes non præparatam a tranſigente movere nequeunt. *l. poſthumus* 6. *§. ult.*

Digitized by Google

§. *ult. cum l. ſeq. de inoff teſtam.* Verum hanc differentiam parum convenire *dictæ l. 6.* colligitur ex ejus principio ibi: *cum mota querela*; ergo jam erat præparata, ut eam perſequi poſſent heredes rupta fide tranſactionis, quaſi illa non interveniſſet: idcirco ab hac conciliandi ratione merito receſſerunt Fachinæus *lib.* 1. *controv. cap.* 10. & alii apud Genuam *ubi proxime.*

§. LIV. Quare, ut ego exiſtimo, ſolutio petenda eſt ex illis verbis. *d. l. 6. omiſſam querelam inſtaurari juris ratio non ſinit.* Mater enim heredis, quæ cum ſcripto herede tranſegit, non tamen diſceſſit a lite querelæ, ut proponitur in *d. l.* 27. ſed diſceſſit a querela, ab indignatione, ab accuſatione teſtamenti contenta parte hereditatis, ut enim ex jure adcreſcendi ad certam portionem admittetur. *princ. inſt. de exhered. lib.* ſi exheredata omiſit querelam de inofficioſo contenta parte hereditatis, quam præterita ferre debebat, hoc eſt omittere querelam, deſiſtere a querela, injuriam patri remittere, quo finitur intentio querelæ. *l. Papinianus* 8. §. *poſt.rem de inoff. teſtam.* quod ſi ſimpliciter de lite transegiſſet, non ſtatim injuriam patri remiſiſſe videretur, ſed ſub illa tacita conditione, quod tranſactio invaluit, ſi fides placitorum ſervetur. *d. l.* 27. Itaque differentia utriusque textus in animo tranſigentis conſiſtit; ſi enim, cum tranſegit, omiſit vel remiſit querelam, extincta fuit accuſatio non ob transactionem, ſed ob remiſſam injuriam; ſi ſimpliciter tranſegit de lite, recepta fide de transactionis, integra manet perſecutio querelæ. Prima conventio ſic celebratur: *omitto querelam, ut partem bonorum mihi des*: ſic enim ex parte ſua ſtatim implet omittendo, & perficitur contractus innominatus, de quo in *d. l.* 6. ſecunda ita fit: *diſcedam a lite, ut des*, quod eſt pactum nudum, quia incipit ab adimplemento, ut alibi dixi, de quo loquitur *d. l.* 27. ut conſtat ibi, *pacto transactionis*.

§. LV. Quæ principia ad varios effectus practicos deducunt late & plene noſtram regulam exponentes D. Larea *allegat.* 22. D. Salgad. in *labyr. cred part.* 2. *cap.* 27. *ex num.* 47. Noguerol *allegatione* 21. *ex num.* 14. Carlev. *de judiciis tom.* 2. *diſp.* 22. *tit.* 3. *a principio, & ex num.* 19. qui plurimos cumulant: ſemper tamen retinendum eſt, ſi non ſit prorſus obligatio extincta ſed ceſſet, ſublato impedimento non tam denuo naſci, quam tunc redire aut apparere. Multa adducit Paulus exempla in *noſtro* §. *ſacram* 5. & in *l. qui res* 98. §. *aream de ſolut* Alia obſervari poſſunt a curioſis noſtri juris lectoribus, & interim nonnulla advertemus: ſi res depoſita ſubrepta ſit ſine dolo aut lata culpa depoſitarii, liberatur ab obligatione depoſiti, in tantum, ut non teneatur cavere, ſe reſtituturum, ſi iterum in ſuam poteſtatem pervenerit; quod ſi de facto pervenerit, iterum incipit teneri actione depoſiti ſine novo contractu, quia per furtum non fuit prorſus extincta obligatio; ſed ceſſavit, cum non eſſet reſtitutionis copia. *l. ſi ſine dolo* 20. *depoſ.* quod ſic recte expoſuit Cujac. *lib.* 22. *obſerv. cap.* 30: & poſt eum noſter Arias de Meſa *lib.* 2. *var. cap.* 35. *num.* 17.

§. LVI. Et quia Juſtinianus in *tit. quibus mod. toll. oblig.* tantum recenſet quatuor modos, nempe ſolutionem, novationem, acceptilationem, & diſſenſum, qui pro acceptilatione eſt in contractibus, qui conſenſu perficiuntur, proclivis ſum, ut exiſtimem, cæteros non prorſus tollere obligationem, ſed quadantenus. Ex quo licet obligatio & depoſitio pecuniæ præcedenti oblatione facta debitori pro ſolutione ſit fere quoad omnes effectus, quos vera ſolutio operatur. *l. ſi creditricis* 6. *l. ſi acceptam* 19. *C. de uſuris. l. obſignationem* 9. *C. de ſolut.* dixi *lib.* 1. *opuſc cap.* 9. *num.* 8. non tamen diutius liberat, quam dum obſignatio manet; idcirco ſi debitor iterum retrahat pecuniam, vetere actione convenitur. *l. ſi priusquam* 8. *C. de diſtract. pign.* quia non eſt propria ſolutio, ſed ad inſtar, ſic etiam ſi debitori creditor ſuccedat vel e contra, confunditur jus utriusque. *l. Stichum* 45. §. *aditio de ſolut.* ex quo reſultat civilis modus tollendæ obligationis. *l. pen. de ſolut.* qui eatenus habet effectum, quatenus utriusque perſonæ confuſio durat: igitur ſi hereditas evicta ſit heredi, quia ceſſat confuſio, durat priſtina actio. *l.* 21. §. *ult. de inoff. teſt. l.* 21. *C. eod.* & in aliis caſibus huic ſimilibus, quos proſecutus ſui *lib.* 3. *opuſc. ad l.* 93. *de ſolut.* ideo in præſenti abſtineo, ut commentario finem imponam, in quo ſi aliqua dixi, quæ vobis uſui eſſe poſſint, laudem gratesque Deo reddamus, qui inchoaſſe & perfeciſſe dedit.

F I N I S.

JOSE-

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES,

DE

DIVIDUIS ET INDIVIDUIS OBLIGATIONIBUS COMMENTARIUS

REPETITÆ PRÆLECTIONIS ACADEMICÆ.

ITERATO aggredior tractatum de dividuis & individuis obligationibus, qui proprie ſpectat ad executionem actionum. *l. in executione* 85. *de V. O.* varius enim eſt procedendi modus, prout eſt varia & multiplex obligationum forma, ſive reſpectu modi, ſi ſit præciſa, alternativa, aut generica, ſive reſpectu rei in obligationem deductæ, quæ nonnunquam admittit diviſionem, nonnunquam individua eſt. Idcirco illi potius incumbere debebant forenſes Profeſſores quam Scholaſtici, adeo tamen illi perhorreſcunt, ut fere omnes omittant, & unus D. Thomas Carleval *tomo* 2. *de judiciis tit.* 3. *diſputat.* 3. *num.* 32. ſubtilis alioquin & doctus, cum ei in manus incidiſſet, difficultate ſuperatus ab inveſtigatione abſtinuerit, ingenue fatens, ſe imparem oneri eſſe. Præſtiti illum per epitomen, & nimis breviter Auditoribus meis anno 1652. ſed vel quia charta hæc difficulter invenitur, vel inventa deſiderio veſtro non ſatisfaciet præ nimia brevitate, decrevi per totum hoc ſemeſtre, Cariſſimi & Clariſſimi Auditores, hoc unum agere, & ſerio tractationi huic incumbere, & incubare: nec me ſiſtam in limite aut limine Scholaſticæ diſputationis, ſed forum etiam reſpiciet labor noſter in ſingulis inſpectionibus; ſubtilia enim tantum qui perſequitur, utilibus non inveſtigatis incurrit in Divi Auguſtini reprehenſionem; *quædam*, inquit, *ſunt, quæ neſcire quam ſcire melius eſt.*

PRÆLUDIUM PRIMUM.

De Nominibus dividui & individui.

§. I. Hæc nomina frequentiori uſu juris non denotant actum ſed potentiam: dividuum enim eſt, quod licet actualiter non ſit diviſum, poteſt tamen dividi, & in partes ſecari. *l.* 2. §. 1. *l. in executione* 85. *de V. O.* Individuum eſt, quod negat potentiam, quia ſectionem non admittit. *l. eadem* 4. §. *Cato eod. tit. l. ea quæ* 192. *de R. J.* unus vero aut alter Conſultus quandoque ab hac ſolemni ſignificatione recedit; & pro individuo dicunt indiviſum, ut in *l. viæ* 17. *de ſervitutib. l. rem hereditariam* 65. *de evictionib. l. non amplius* 267. *in fine de legatis* 1. *l. cum ex cauſſa* 139. *de V. O.* & e converſo quod indiviſum extat actualiter, ſed dividi poteſt, appellant individuum. *l. ſine* 32. §. *Lucius de adminiſtrat. tutorum. l.* 3. *C. in quib. cauſſis ceſſ. longi temporis præſcriptio.* ut obſervavit magnus præceptor meus Dominus Ramos in ſuo tractatu *de dividuis & individuis obligationibus cap.* 2. *num.* 1. ſed hæc rara ſunt, nec nos debent adigere, ut a communi ſignificatione recedamus.

§. II. Quod individuum eſt, ſemper tale eſt, nec ulla interim dividua conſiderari poteſt differentia, cum illorum nullæ ſint partes nec actu nec potentia, nec reales nec intellectuales; omnia enim, quæ dicunt privationem, ſemper reſpectu ejus, quo privantur, ejuſdem naturæ ſunt; ut de conditione ſervorum, quamdiu ſont ſervi, dicitur in *l. & ſervorum* 5. *de ſtatu hominum.* §. *ult. inſt. de ingenuis.* Quod autem dividuum eſt, multilariam cenſetur, prout multis modis conſiderantur partes, in quas dividitur; quia hoc conſiſtit in facto magis, quam in jure: omnia itaque, quæ continentur numero, pondere, & menſura, eodem modo realiter dividuntur, velut centum nummi, centum pondo, aut modii in *l. libertus* 15. §. 1. *de operis libertorum. l. in ſtipulationibus* 54. §. *operarum. l.* 85. §. *prima ſpecies de V. O.* corpora etiam dividua ſunt, aliquando realiter, aliquando intellectualiter. Corpora, quæ diviſa non pereunt, dividuntur realiter, & tunc diviſio ex uno corpore multa facit, ut dixit Cujacius *lib.* 7. *quæſtionum Papiniani* in *l. uſusfructus* 5. *de uſufructu*, & poſt

cum

eum dominus Valentia *lib. 2. illuſtrium tract. 4.* qui de individuis eſt, *cap. 3. num. 1.* illa vero corpora, quæ intereunt, ſi dividantur, dividuntur intellectualiter, id eſt, per partes pro indiviſo, de quibus in *l. recte dicimus 25. de V. S.*

§. III. Ut exemplis doctrinam hanc explicemus, corpora, quæ poſſunt dividi realiter & per partes diſcretas, ſunt fundus, qui ex placito hominum major vel minor poteſt eſſe; non enim habet certam finitionem a natura, qui ſi dividatur per limites, ex uno fundo tot fiunt, quot fuerunt partes, in quas diviſus fuit. *l. ſi quis duas 6. §. 1. ff. communia prædiorum. l. communi 7. in princ. verſ. Neratius ff. communi dividundo. l. item Labeo 22. §. 1. & ſequenti familiæ erciſc. d. l. recte 25. §. 1. de V. S.* idem de ædibus dicendum eſt, quæ pariete interjecto recipiunt commodam diviſionem. *d. l. ſi quis duas 6. §. 1.* Aqua, quæ ex fonte vel fluvio in prædium meum derivatur, poteſt etiam realiter dividi per menſuras, & ex uno fiunt duo aquæductus. *l. cum conſtet 5. de aqua quotid. & æſtiva.* Uſusfructus, quæ eſt commoditas in ſuperficie conſiſtens, & ex toto fundo percipitur poteſt etiam per partes diſcretas & realiter dividi. *l. 1. §. ſi uſusfructus 1. ad leg. Falcidiam.*

§. IV. Corpora vero, quæ intereunt, niſi finitio ipſorum & forma conſervetur, non poſſunt dividi realiter; ſed dividuntur intellectualiter, & in hoc ſenſu dividua dicuntur. V. G. *navem ſi dividis, perdis, nec tu habebis nec ſocius*, ut dicebat Caſcellius JCtus apud Macrobium *lib. 2. Saturn. cap. 6.* ergo neutri poteſt pars pro indiviſo aſſignari; quia corrupta forma non eſſet jam pars navis, ſed eſſent tabulæ aut materia: idem de ſtatua dicendum eſt. *l. ſi imaginem 12. de aur. vel arg. leg.* & de ſervo aut alio animali, cujus pars cadaveris non eſt pars hominis; morte enim perit animalis forma, & alia eſt cadaver. *l. caro 30. ff. quib. mod. uſusfr. amitt. l. mortuo 49. de leg. 2.* hæc pars intellectualis dicitur in uſu juris pars pro indiviſo, quæ intellectu conſiderari poteſt, ſed non poteſt ſecerni corporaliter. *l. ſervus communis 5. l. ſi cum duorum 32. de ſtipul. ſerv.* ideo qui dominus eſt partis pro indiviſo, non poteſt dici in ſolidum dominus illius rei; alioquin duo pluresve ſocii pro indiviſo unius ejusdemque rei in ſolidum domini eſſent, quod nec naturalis nec civilis ratio patitur. *l. ſi ut certo 5. §. ſi duobus vehiculum commod.* eſt ergo partialis dominus. *l. ſi quis fundum 43. de acquir. poſſeſſ. l. emptor 4. pro emptore. l. ſi quis in totum 7. de except. rei judic. l. 1. §. hoc interdictum 7. uti poſſid.* & tamen, quia nihil in re illa tam minimum eſt, in quo quilibet ex ſociis partem ſuam non habeat, recte dicimus totum noſtrum eſſe, cujus partem pro indiviſo poſſidemus. *d. l. recte 25.* nihil enim cernitur in illa re, nihil tangitur corporaliter, quod poſſit dici alienum; ſed magis intellectu percipitur, rem illam alienam eſſe. *l. Mævius 66. §. duorum de leg. 2.* etiam diverſo reſpectu pars pro indiviſo certa & incerta appellatur: certa quoad quantitatem; quia ſcimus, quanta ſit, veluti dimidia, tertia, aut quarta pars: incerta ratione loci; quia non conſiſtit in hoc vel illo loco, ſed ſuper tota re diffunditur, adeo ut nec minima particula ſit, in qua ſocii partes non habeant: ita accipiendi ſunt textus in *l. excepta 14. l. placet 25. quib. mod. uſusfr. amitt.* qui incertam appellant partem pro indiviſo. *l. poſſideri 3. §. incertam 2. l. locus 26. de acquir. poſſeſſ. l. ſi fur 32. §. ult. de uſucapion.* quæ loquuntur de parte vere incerta, de cujus quantitate non conſtat, quæ poſſideri non poteſt, quæ & alia de conceptu partium tradunt Ant. Gomez. *tom. 2. var. cap. 10. num. 1.* Pichard. in *append. ad tit. inſt. de off. jud. cap. 2.* Valentia *d. tract. 4. cap. 3.* noviſſime Bartholomæus Cheſius *tom. 1. interpret. juris civ. cap. 50. a princ.*

§. V. Hanc etiam ſubtilem diſputationem praxi accommodari quotidie videmus; quando enim heredes aut ſocii ad diviſionem rerum provocant, alio atque alio modo fit diviſio rerum, quæ ſectionem admittunt ſine interitu ipſarum, & rerum, quæ per partes ſecari non poſſunt, quin intereant: illæ enim majoris æqualitatis cauſſa realiter inter omnes comportionales dividentur; iſtæ vero non poſſunt ita dividi, ſed licitatione aut æſtimatione facta tota res uni adjudicatur, & partem pretii alii ſolvit. *l. item Labeo 22. §. 1. & 2. l. ſi familiæ 55. fam. erciſc. §. ſi familiæ 4. cum ſeq. inſt. de off. jud. l. 2. tit. 4. lib. 3. Fori legum. l. 10. tit. 15. Part. 6.* illuſtrant multi laudati a Pichardo in *d. §. ſi familiæ.* Morquecho *de diviſ. bonor. lib. 1. cap. 2. per totum.* Alvarus Valaſcus *de partitionibus cap. 22. ex num. 6.* Ant. Gomez. & nuperus additionator Lainez alios adducens *tom. 2. var. cap. 3. num. 14. & ſeq.*

§. VI. Ex quibus facile exponitur textus in *l. non amplius 26. §. ult. cum ſeq. de leg. 2.* ſpecies eſt de teſtatore, qui Titio quotam partem bonorum ſuorum legavit, veluti ſextantem bonorum: qui legat partem hereditatis, cenſetur illam legare cum actionibus & obligationibus hereditariis, quæ illi parti reſpondent, & quamvis ipſo jure non tranſeant in legatarium, tranſeunt per obliquum interpoſitis inter eum & heredem ſtipulationibus partis & pro parte; ideo neque prius debita, neque pretia ſervorum manumiſſorum deducuntur; hæc enim omnia implet legatarius inſtar heredis: qui legat partem bonorum, ſolum legat corpora non jura; quia omnia remanent apud heredem, & ideo antequam liquidetur pars legata, deducuntur debita. *l. ſi quis ſervum 8. §. ult. cum l. 9. de legat. 1.* ubi vulgo notatur: quia hereditas eſt nomen univerſale juris. *l. hereditas 50. de petit. hered.* bona eſt nomen ſingulare, nec intelliguntur bona, niſi quæ ſuperſunt deducto ære alieno. *l. ſubſignatum 39. §. bona de V. S.* docent Covarruvias *lib. 2. variar. part. 1. num. 1.* Molina *de primogen. lib. 1. cap. 10. a num. 6.* late dominus Valentia *lib. 3. illuſtr. tract. 1. de legatis cap. 1. ex num. 14.* alia adducit remiſſive amicus noſter doctiſſimus Olea *de ceſſione jur. & act. tit. 2. quæſt. 1. num. 22.* In hac ergo ſpecie de parte bonorum legata quæſitum olim fuit, quomodo inter heredem & legatarium facienda eſſet diviſio: Sabinus & Caſſius cenſuerunt, æſtimanda eſſe omnia corpora hereditaria, & præſtandam eſſe legatario partis æſtimationem. Proculus vero & Nerva filius exiſtimarunt, præſtandas eſſe partes ipſarum rerum; unde conſequens eſt, ut dicerent, ſolutionem faciendam eſſe in partibus pro indiviſo rerum ipſarum. Proculi ſententiam videtur admittere Pomponius, ſed cum temperamento favore heredis, ut in ejus electione ſit, vel partes corporum dare, vel partium æſtimationem; niſi res ſint natura indiviſæ, id eſt individuæ, vel non poſſint dividi ſine interitu vel detrimento rei, ut homo, navis; quibus in caſibus omnino æſtimatio ab herede præſtanda eſt: ſubnectit Paulus in *l. ſeq.* non præciſe in ſingulis rebus partes præſtandas eſſe; quia abſurdum ſequeretur, ut heres legatariusque perpetuo manerent in communione, quæ ſolet excitare diſcordias. *l. cum pater 77. §. dulciſſimis de leg. 2.* ſed poſſe per arbitrum variationem fieri de toto patrimonio, ut hodie fit, & in una aut alia re præſtare legatario valorem totius partis, ſi res præſtita æſtimetur tanti, quanti reliquum patrimonium æſtimatum fuit, ex quo pars detrahitur, quod debet fieri vel ex legatarii conſenſu, vel ex judicis decreto, *arg. l. 1. l. ad officium 3. C. comm. divid. l. ult. tit. 15. Part. 6.* in melioratione vero tertii & quinti præciſe dandus eſt valor in rebus hereditariis, niſi res individuæ ſint. *l. 20. Tauri*, quæ eſt *l. 4. tit. 6. lib. 5. Compil.* quam explicant Claſſici, aliique laudati remiſſive ab Avendanno in *d. l. 20.* quidquid captet prædicti textus æquitatem & deciſionem Ant. Faber *lib. 18. conject. cap. 18.*

PRÆLUDIUM SECUNDUM.

De Cauſſis individuitatis & dividuitatis obligationum, & primum de Conditione.

§. VII. Individuitatis obligationum alia cauſſa naturalis eſt alia accidentalis, ut ita dicam. Naturalis eſt, quæ provenit ex re in obligationem deducta; ſi enim res, quæ in obligationem deducitur, dividua eſt, etiam obligatio eſt talis, & e converſo, qnia obligationes non dividuntur earum rerum, quæ diviſionem non recipiunt. *l. ſtipalationes 72. de V. O.* Exemplum ponit in ſervitutibus, quarum obligatio individua eſt, quia & ipſæ individuæ ſunt: cujus rei ille ad praxin effectus eſt, ut quamvis multi heredes uni ſtipulatori vel promiſſori ſuccedant, ſinguli experiri poſſint, vel ſinguli conveniri. *l. 2. §. ex his verſ. & ideo, & §. etiam ſi in facto 5. de V. O.* nec ſit neceſſe, quod omnes citentur, vel omnes ad agendum concurrant, vel unus mandatu omnium; ſed quilibet legitimam perſonam habet ad agendum defendendumque ſolidam cauſſam, ut notant Parladorins *lib. 2. rerum quotidianarum cap. ult. parte 5. §. 3. num. 15.* Stephanus Gratianus *diſceptationum forenſium tomo 1. cap. 29. num. 23.* Avendanno *de cenſibus cap. 38. num. 1. & cap. 56. ex num. 14.* per contrarium dividua eſt obligatio, quando res in ſtipulationem deducta talis eſt. *d. l. 2. §. 1. l. in executione 85. §. 1. de V. O.* cujus etiam effectus eſt, ut ſi plures uni promiſſori ſuccedant, ſinguli pro hereditariis portionibus teneantur, vel ſi uni ſtipulatori ſuccedant multi, ſinguli pro ſua tantum parte experiantur: docent Rodriguez *de annuis reditibus lib. 1. gloſſ. 18. num. 35.* Ant. Gomez. *d. tomo 2. cap. 10. num. 4.* Pichardus in *hoc tractatu cap. 7.* Valentia *cap. 4.* Cheſius *d. cap. 5. ex num. 7.* probatque apud nos elegans textus in *l. 12. tit. 4. Part. 3.*

§. VIII. Sed ut reſervemus tractatum hunc *cap. 1.* noſtri commentarii, agendum in præſenti eſt de cauſſis accidentalibus, propter quas fiunt individuæ obligationes, quæ alioquin ex parte rei dividuæ forent. Cauſſas accidentales voco voluntatem teſtatoris vel conventiones contrahentium; ex voluntate teſtatoris fit individua obligatio præſtandi decem conditionis implendæ cauſſa; quamvis enim pro parte det, non conſequitur legatum pro parte, nec parere voluntati cenſetur, qui juſſus eſt dare, niſi totum det. *l. qui putat 74. §. at ſi quinque 1. de adquirenda hereditate. l. qui duobus 23. de conditionib. & demonſtrat.* ubi extat extenſio, ſi duobus heredibus dare juſſus ſit. *l. cui fundus 56. eodem tit. l. Thais 41. §. Stichus 14. de fideicommiſſar. libertatib.* quæ aliam quoque continet extenſionem, ut in ſolidum adimplenda conditio ſit, quamvis libertati ſit appoſita multis heredibus ſcriptis; ratio in legatis eſt, quia voluntas teſtatoris ſcindi non poteſt, nec legatum poteſt pro parte agnoſci, & pro parte repudiari. *l. neminem 4. de legatis 2.* ergo nec conditio legato adjecta ſcindi poteſt; in libertatibus vero multo fortius militat eadem ratio; quia ſtatus libertatis individua res eſt, nec enim poteſt libertas pro parte competere & pro parte non competere. *l. liberis 7. §. ſi duo de liberali cauſſa. l. ult. quibus ad libertatem proclamare non licet.* ergo ſi, quod requiritur, individuum eſt, nihil aget, qui pro parte velit conditionem adimplere: in omnibus deoique diſpoſitionibus ratio a priori eſt, quæ conditionibus implendis prima regula eſt, voluntas illas apponentis. *l. in conditionibus 19. de conditionib. & demonſtrationib.* ſed donec paritum ſit ſolidæ conditioni, non eſt omnino paritum voluntati, quia implementum ab univerſo ſumitur. *l. 2. §. ult. de V. O.* ergo implementum conditionis in individuo conſiſtit: addendi ſunt Gaſpar Caballinus *de individuis parte 2. num. 385.* Antonius Gomez. *tomo 4. variarum cap. 12. num. 33. & tomo 2. cap. 10. num. 24.* Covarruvias *parte 3. rubricæ de teſtamentis num. 39.* Donellus *lib. 8. comment. cap. 33.* Cujacius *lib. 43. Digeſtorum Juliani in d. l. ſi duobus.*

§. IX. Quæ regula duas patitur exceptiones: prima eſt, ſi duobus pluribusve eandem rem teſtator conjunctim ſub conditione dandi decem legavit; enumeratione enim perſonarum ſcinditur conditio inter legatarios, & unusquisque præſtat partem nummorum, quam ex legato capit: habet enim datam proportionem ad adquiſitum. *l. cui fundus 56. de conditionibus & demonſtrationibus.* cæterum ſi collegatarius repudiet, pars deficiens legati ad agnoſcentes recurrit, & tunc etiam pro illa parte tenetur præſtare pecuniam conditionis adimplendæ cauſſa. *l. ſi quis legata 54. §. 1. eodem tit.* notant Cujacius in *l. unica §. & cum triplici C. de caducis tollendis.* Bartholomæus Cheſius *lib. 1. interpretat. juris civilis cap. 26. num. 9.* Secunda eſt, ſi ſervo communi duorum pluriumve legatum relictum ſit ſub conditione dandi, ſcinditur conditio inter dominos pro dominicis portionibus, quas in ſervo habent. *l. qui heredi 44. §. ſi duorum 8. de conditionib. & demonſtrationib.* ratio eſt, quia multi domini, qui præſtant ſervo perſonam, faciunt, ut unus idemque ſervus pro totidem perſonis reputetur. *l. & Proculo 20. de legatis 2.* hæc cum ita ſint, difficilis admodum ſuppoſitio eſt, quam facit Javolenus in *d. l. 56. in fine.* propoſuit quippe priorem regulam, nempe conditionem adjectam uni eſſe individuam, & adjecit hanc extenſionem, etiamſi ex accidenti legatum relictum uni ad plures deſcendat; poteſt enim quæri, quale ſit hoc accidens, per quod legatum uni relictum ad plures pertineat: ſed jam reſpondit Socinus, & poſt eum noſter Larreategui *lib. 5. ſelectarum cap. 8.* Cheſius *d. cap. 26.* nempe ſi ab initio ſervo unius legatum relictum fuit, & antequam conditionem adimpleret, deceſſit, multis heredibus relictis, vel partem in ſervu alienavit; in his caſibus non ſcinditur conditio, quamvis ex accidenti ad multos ſervus incipiat pertinere; quia ille animus ab initio teſtatoris fuit, ut unus dominus unius ſervi in ſolidum conditionem adimpleret.

§. X. His omnibus obſtare videtur textus in *l. talet 112. §. 1. de conditionib. & demonſtrationib.* proponitur Titio relictum legatum ſub conditione, ſi Symphoro & Januario libertis centum præſtiterit; antequam pecunia data eſſet, deceſſit Symphorus: quæſitum fuit, utrum deficiat coodítio, quia deceſſit unus, in cujus perſona implenda erat: ſupponendum eſt deceſſiſſe Symphorum poſt mortem teſtatoris, alioquin non eſſet locus quæſtioni. *l. idem Neratius 23. §. idem Julianus 2. ad leg. Aquil. l. quæ ſub conditione 8. §. mortuo 7. de condit. inſtit. l. 2. l. ſi jam facta 11. §. 1. de condit. & demonſtr.* docent cum aliis Amaya *lib. 2. obſerv. cap. 12. ex num. 14.* Suarez ad *leg. Aquil. lib. 1. cap. 4. ſect. 1. num. 26.* hac facta ſuppoſitione docet Pomponius, mero jure defeciſſe conditionem; quia licet duobus dandum eſſet, tamen conditio uni adjecta individua eſt; ergo deficiens pro parte deficit in totum. Hactenus deciſio non eſt

eſt contraria doctrinæ noſtræ; ſed poſtea ex benigna interpretatione docet, dimidiam partem ſummæ Januario debere dantem, legatarium dimidiam etiam fundi partem eſſe conſecuturum, ſi ante mortem legatarii Symphorus deceſſiſſet: quæ æquitas valde eſt difficilis; nam quia ſupponit JCtus, potuiſſe moram intervenire; hæc enim facile contingere poteſt, ſi Symphorus in longinqua erat Provincia, vel ubi ei pecunia offerri non potuit ſine ſumptu & difficultate juxta principia, quæ tradit Coſta *lib. 2. ſelect. cap. 4. num. 5. & ſeqq.* in hoc enim caſu, quamvis poſt mortem teſtatoris deceſſiſſet, nihil eſt quod legatario imputari poſſit, ut in aliis etiam, quos occaſione hujus textus proſequitur idem Coſta *§. ſi arbitratu limit. 6. num. 4. & 24.* in eo ergo difficilis eſt, quod ſine mora & ſine culpa legatarii privatur parte legati; rurſus quod ad partem admittitur ſub conditione contra voluntatem defuncti, quibus difficultatibus ut ordine reſpondeam, obſervandum eſt, ad defectum conditionis etiam poteſtativæ non requiri culpam aut moram ex parte illius, qui adimpleturus eſt, ſed ſolum defectum eventus deſiderari. *l. hujuſmodi 84. §. ſi ita 7. de leg. 1. l. hæc conditio 10. §. ult. l. cum tale 72. §. falſam cauſſam de condit. & demonſtr. l. Thais 41. §. Symphorus 16. de fideicommiſſ. libertat.* docent Accurſius, Caſtrenſis, & Albericus in *dicto §. falſam cauſſam.* Ant. Faber *de error. Pragm. decad. 51. error.* 10. Amaya *d. cap. 12. num. ult.* & in hac doctrina recte conſentiens Hilligerus ad Donellum *lib. 8. cap. 32. lit. E.* igitur mero jure defecit conditio dandi utrique ſimul, cum unus deceſſit, antequam ipſi daretur; quod ergo Pomponius dixit, ſine mora legatarii conditionem defeciſſe, abuſive accipiendum eſt, ut breviter ſed cum judicio docuit Coſta *lib. 2. ſelect. cap. 24. num. 1.* ſignificat enim caſu fortuito defeciſſe conditionem abſque eo, quod ulla culpa poſſit imputari legatario; ſed non ideo minus defecta cenſetur: caſus ergo hic facit locum benignæ interpretationi, non ut pro illa parte, pro qua defecit, iterum reſtaurari poſſit; hoc enim eſſet manifeſte contra voluntatem defuncti, ſiquidem præciſe voluit, ut Symphoro decem darentur, ſed ut impleatur in perſona Januarii, qui ſuperſtes erat, pro qua parte ad eum pecunia debebat ſpectare, & pro illa etiam parte legatarius legatum conſequeretur, *arg. l. Sejo 10. de ann. leg.* in hoc itaque, ut exiſtimo, ſtat benignitatis ratio, ut non obſtante individuitate conditionis poſſit pro parte impleri, nec admitto diſtinctionem inter heredes & extraneos, quam excogitavit Accurſius in *d. §. 1.* & poſt eum Cujacius *lib. 43. Dig. Juliani in d. l. 23. de condit. & demonſtr.*

§. XI. Occaſione proximæ diſputationis adnectam inſpectionem de conditionibus, quæ factum exigunt non dationem, veluti *Titio & Mævio fundum lego, ſi mihi monumentum conſtruxerint:* hæc individua eſt non tantum ex voluntate teſtatoris, ſed ex natura rei, quia pleraque facta individua ſunt, ut dicam infra *cap. 2.* ſed & aliquid habent ex voluntate teſtatoris aut per accidens, quod non exigit natura facti, nempe ab omnibus implendam eſſe, quia omnibus imperata fuit. *l. tales 112. in princ. de condit. & demonſtr. l. ſi ita fuerit 13. in princ. de manumiſſ. teſt.* in qua proponitur regula & exceptio, nempe ſi libertati adjecta ſit prædicta conditio, & alter in ſolidum impleverit, utrique proficere, niſi aliud voluerit teſtator, ſcilicet quod ab utroque impleatur. *l. ſi quis ita 13. §. ſi duo de ſtatuliberis.* ubi eadem doctrina perhibetur in conditione libertati appoſita, *ſi uterque rationes reddiderit;* poteſt enim ex eodem favore unus rationes reddere, & utrique libertas competit, ſi reliqua in ſolidum inferat, quod verum eſt, ſi negotium commixtum fuerit; ſed ſi diviſim alteruter negotium geſſit, non una conditio eſt, ſed duplex, uniuſque implementum alii nihil prodeſt: docet magnus præceptor meus Dominus Ramos *de individuis cap. 1. num. ult.* & quod magis eſt, redditis rationibus, quod in facto conſiſtit; nemo enim ex his conſequitur libertatem, niſi reliqua in ſolidum ſolvantur. *d. §. ſi duo. l. ſi fuerit 13. §. hæc quæſtio 2.* licet enim reliquorum ſolutio non factum ſed datio ſit, & conditiones dandi pluribus adjectæ dividuæ ſint propter enumerationem perſonarum. *l. cui fundus 56. de condit. & demonſtr.* tamen hæc conditio ſolvendi reliqua ſemper individua cenſetur, quia hæc datio ſequitur naturam præcedentis facti reddendi rationes, & quaſi illi ſuccedanea eſt, ut eleganter dixit idem præceptor *num. 8.* alia exceptio etiam proponitur in *l. pater 44. de hered. inſtit.* ſi ita teſtator dixerit heredes eos inſtituo ſub conditione, ſi monumentum mihi conſtruxerint, *ſi quis tamen eorum non ita fecerit, omnes exheredes ſunto:* patet igitur ex illis verbis *ſi quis eorum,* contentum eſſe teſtatorem, quod monumentum a quolibet fiat, ut omnes ad hereditatem admittantur; ex quo apparet differentia inter libertates & cæteras diſpoſitiones, ut in libertatibus unius implementum cæteris proſit, niſi contrarium teſtator voluerit, in cæteris vero diſpoſitionibus non proſit, niſi ex voluntate teſtatoris aliud conſtiterit.

§. XII. Videamus modo, quid nobis induxerit Juſtinianus circa hunc articulum in *l. ſi plures 6. C. de condit. inſert.* Primo tradit, olim apud Ulpianum fuiſſe dubitatum, ſi pluribus perſonis una eademque conditio injuncta ſit, utrum omnes ſimul facere debeant, an ſinguli, quaſi ſoli, debeant illam implere: non eſt dubium, quin loquatur Imperator de conditione, quæ in faciendo conſiſtit ex illis verbis *facere debeant;* de qua tamen conditione loquatur, non adeo eſt in promptu dicere, quia videtur non poſſe loqui de conditione fabricandi domum, ſtruendi monumentum & ſimilibus, propoſita multis perſonis; ridiculum enim eſſet exiſtimare, tot monumenta fabricanda eſſe, quot ſunt perſonæ, quibus imperata fuit conditio: deinde ſi dixerimus, in eo conſiſtere deciſionem, ut unuſquiſque partem operis faciat, & pro parte ſua potiatur legato, videtur etiam eſſe contra juris diſpoſitionem, quia forma rei ex conſummatione conſiſtit. *l. ſi is qui quadringenta 80. §. quædam ad leg. Falcid.* ergo qui pro parte facit, nihil facit, ut in hac ipſa ſpecie probat Ulpianus a Juſtiniano laudatus, qui refertur in *l. 11. §. ſi in opere 23. de leg. 3.* verum ut caſum noviter a Juſtiniano deciſum inveſtigemus, primo dicendum eſt, in eo conſiſtere correctionem juris veteris, ut unus ex pluribus ſolus admittatur ad conditionem individuam implendam contra *d. l. tales 112. de condit. & demonſtr.* modo in ſolidum impleat, quia in individuis implementum partis nihil operatur, ut docent in ſpecie Accurſius in *d. l. ſi plures verbo conditionem,* ubi Salicetus *num. 3.* Cujacius ad *tit. C. de condit. inſert. verſ. poſtremo.* Ant. Faber *de error. Pragmat. decad. 51. error. 10.* non vero habuit legatum integrum, ſed partem legati, niſi emolumentum individuum ſit, quia tunc in ſolidum ſpectat ad implementum. *l. unic. §. ubi autem, & §. is itaque C. de caducis tollend.* Salicetus *num. 5.* idem dicendum eſt de factis, quæ magis conſtant opera quam forma, veluti ſi fundus duobus relictus ſit ſub conditione, ſi Romam irent; uno enim eunte legatum ipſi pro parte debetur, ut poſt gloſſam defendit idem Salicetus, cum alioquin dicendum videretur, conditionem eundi pluribus injunctam deficere, ſi omnes non iverint, quæ eſt prima ſpecialitas in hoc textu; circa conditiones vero dandi, quæ pluribus adſcriptæ dividuæ ſunt, nihil novi videtur mihi introduxiſſe.

§. XIII. Aliquando tamen conditio dandi ex accidenti dividitur, veluti quando portio rei legatæ vel hereditatis, propter quam dandum erat, minuitur præter aut citra voluntatem teſtatoris: caſus

ſus exſtat in *l. Plautius* 43. *per totam. l. qui heredi* 44. §. *ſi pars* 9. *cum ſeq. de condit. & demonſtr.* veluti ſi ſcriptus heres a liberto rogatus ſit vendere totam hereditatem Sejo acceptis decem; Sejus decem præſtitit, poſtea patronus ei abſtulit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas partem ſibi debitam: repetit libertus de decem quotam partem, quam de hereditate amiſit; item ſi cœlebs vel orbus fuit, qui partem recepit, ſcindebatur etiam conditio, & pro parte tantum tenebatur implere, pro parte fiſcus vel collegatarius, qui jus liberorum a principe impetraverat, ut expoſuit magnus præceptor meus Dominus Ramos in tractatu *de jure accreſcendi cap.* 1. *num.* 5. item ſi heredi prælegatum ſit ſub conditione, ſi coheredibus decem dederit, adimitur pars, quæ ad ipſum tanquam ad coheredem ſpectare debet. *l ab omnibus* 104. §. *ſi Attio* 3. *cum ſeqq. de leg.* 1. excipitur caſus Falcidiæ in *d. l. Plautius* 43. §. 1. qui licet ipſo jure quartam partem auferat legatario. *l. lineam* 26. *ad leg. Falcid.* non tamen ſcindit conditionem, ne Falcidia favore heredis inducta contra eum retorqueretur, ſi quid adimeretur de quantitate illi danda, vel quia Falcidia eo inducta eſt, ut valeant legata, ut ab initio ratio legatorum habeatur adeunte herede; ergo hæc diminutio, quæ legatis proficit, non debet ſcindere conditionem, ut aliæ, quæ ſolum tendunt ad diminutionem legatorum, ut docuit ſubtiliter Donellus *d. lib.* 8. *cap.* 35. *verſ. hæc de modo:* notate utramque rationem, quæ reſpicit commodum & favorem heredis, a quo pendet aditio teſtamenti & confirmatio legatorum, unde inter eum & legatarios non ſcinditur conditio nec onus; aliud dicendum eſſet, ſi a legatario fideicommiſſum tertio relictum fuiſſet, & per Falcidiam minuatur legatum; tunc enim onus fideicommiſſi pro portione etiam minuitur, quia non valet legatum propter fideicommiſſum, ut valet propter heredis aditionem. *l. pœnales* 32. §. *ſi Titio ad leg. Falcid.* & ita quod abſtulit Falcidia legatario, imputat fideicommiſſario pro rata non quidem directo ex beneficio Falcidiæ, quod legatario non competit. *d.* §. *ſi Titio. l. lex Falcidia* 47. §. 1. *eod. tit.* ſed ex æquitate per computationem oneris. *l. facta* 63. §. *ſi Titius* 12. *ad S. C. Trebell.* ut eleganter expoſuerunt Accurſius & Goveanus in *d.* §. *ſi Titio.* Cujacius *Nov.* 1. *& tract.* 6. *ad Africanum* in *l. ex aſſe* 26. *ad S. C. Trebell.* noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 5. *num.* 7. & 8. quod dicendum eſt, quando onus fideicommiſſi pariforme eſt ac ejuſdem generis cum re legata, veluti ſi 30. legata ſint, & rogatus ſit 15. reſtituere, diminuta quarta parte legati per Falcidiam pro rata diminuitur fideicommiſſum: cæterum ſi alius ſpeciei ſit, quamvis diminuatur legatum, non ſcinditur onus. *l. cum pater* 77. §. *ſi pars de leg.* 2. *l. liberto* 21. §. 1. *de ann. leg. l. maritum* 25. §. 1. *ad leg. Falcid.* quæ ſententia communis eſt Bartoli & Claſſicorum, quos ſequuntur Molina *de primogeniis lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 31. *ad fin.* late & docte noſter Olea *de ceſſione jurium & actionum tit.* 4. *quæſt.* 5. *ex num.* 29. collatis Goveano & Donello, quos etiam inſuper habet Bartolus *ubi proxime.*

§. XIV. Succedanea ſupra propoſitis eſt quæſtio, an, ſi ſub conditione dandi legatum relictum ſit, & unus repudiet vel non impleat, cæteris accreſcat portio cum onere adimplendæ conditionis, quam dividuam eſſe ſupra dixi: tractatur hæc quæſtio in *l. unic.* §. *ubi autem* 11. *C. de caducis tollend.* & ſub hac diſtinctione decidenda eſt, ſi uterque legatarius & re & verbis conjunctus, veluti *Titio & Mævio fundum lego, ſi centum heredi dederint*, repudiante Titio non aliter Mævius conſequi poterit portionem deficientem, niſi tota centum det. *l. ſi qui legata* 54. §. *ult. de condit. & demonſt.* cæterum ſi re tantum conjuncti ſint, disjuncti verbis, veluti *fundum Titio lego, ſi decem dederit, Mævio eundem fundum lego, ſi decem dederit*, altero repudiante, alter totum fundum conſequitur, datis decem ſibi imperatis, nec aliquid tenetur præſtare ex collegatarii perſona: ratio differentiæ eſt, quia re & verbis conjunctus, repudiante collegatario, partem ab eo habet, & in ejus locum ſuccedit. *l. re conjuncti* 89. *de leg.* 3. *l. triplici* 244. *de V. S.* ideo eodem jure uti debet & dare, quod ipſe debebat. *l. quod ſi alterutro* 78. *ad leg. Falcid.* at vero re conjunctus tantum disjunctus eſt. *l. conjunctim* 80. *de leg.* 3. & ex propria perſona integrum legatum habet, altero repudiante, per jus non decreſcendi; ergo ſi implet conditionem ſibi datam, ſatisfacit, neque in plus tenetur: ita in *d. l. re conjuncti* Jaſo *num.* 5. Ripa *num.* 195. Duarenus *de jure accreſcendi lib.* 2. *cap.* 2. Ant. Gomez. *tom.* 1. *variar. cap.* 1. *num.* 43. Donell. *lib* 8. *comment. cap.* 21. Cujacius in *d. l. unic.* §. *his ita in fine.* Præceptor meus in *tractatu de jure accreſcendi cap.* 4. *num.* 19. rejecta Ant. Fabri audacia immerito carpentis Tribonianum *de error. Pragmat. decad.* 30. *error.* 3.

PRÆLUDIUM TERTIUM.

De pœna, quæ eſt alia cauſſa accidentalis individuitatis obligationum.

§. XV. Pœnæ adjectio facit obligationem primam, quæ alioquin ex natura rei in obligationem deductæ dividua eſſet. V. G. promitto decem, nemo dicet, hanc obligationem eſſe primam; quod ſi pœnam adjecero in caſum decem non ſolutorum, ex hoc accidenti ſive ex adjectione pœnæ fit obligatio ſortis principalis prima, adeo quidem ut ſi tota decem ſua die ſoluta non ſint, pœna committatur. *l. ſtipulationum* 5. §. *ſi ſortem* 4. *de V. O.* idem dicendum eſt, ſi fundus in ſolidum non præſtetur. *l. in executione* 85. §. *item ſi ita* 6. *de V. O.* unde fit, ut obligatio principalis ſit ſecunda juxta propriam naturam, & juxta hoc accidens ſit prima, quod diſerte declaratur ex ſpecie textus in *l. heredes* 25. §. *idem juris* 13. *famil. erciſc.* Teſtator promiſit certam pecuniæ quantitatem, & quo caſu tali die eam non ſolverit, promiſit pœnam; deceſſit duobus pluribusve heredibus relictis, inter quos ipſo jure per Leges XII. Tabb. diviſa fuit obligatio principalis pro portionibus hereditariis; unus ex heredibus partem ſuam ſolvit, reliqui non ſolverunt, quæritur, utrum committatur pœna adverſus ipſum, qui ſolvit: & reſpondet JCtus, etiam adverſus ipſum committi: itaque ut evitetur pœna, univerſa pecunia ſolvenda eſt vel ab uno, vel ab omnibus; ſed qui ſolidum ſolvit, partem a coheredibus repetit judicio familiæ erciſcundæ, quia proprium negotium geſſit ad evitandam pœnam; nec indiget actione negotiorum geſtorum, quod eſt proprium obligationi primæ, ut infra ſuo loco dicam.

§. XVI. Ratio provenit ex voluntate contrahentium, quia qui promiſit dare pecuniam vel prædium, & niſi dederit, promiſit pœnam, totam ſummam vel totum prædium dare promiſit, & pœnalis obligatio conditionalis eſt,

vel

vel inſtar conditionalis in caſum non dationis; atqui verum eſt, totam ſummam datam non eſſe, quamvis pars detur; ergo niſi in totum principali obligationi ſatisfiat, non evitatur pœna, *arg. l. cui fundus 56. de condit. & demonſt.* ita poſt Claſſicos docent Caballinus *de individuis part. 3. ex num.* 25. Pichardus in *append. ad tit. de off. jud. cap.* 13. Valentia in *eodem tract. cap. 6. ex num.* 15. Cheſius *lib. 1. cap. 50. ex num.* 107. Madera *lib. ſingulari animadverſionum cap.* 30. *per totum.*

§. XVII. Hoc quidem proprie & eleganter dicitur de pœna, quando ut talis conſideratur, id eſt quando eſt punitio moræ & negligentiæ debitoris; aliquando tamen pœna non in punitionem negligentiæ promittitur, ſed propter majorem cautionem, & propter faciliorem expeditionem obligationis; veluti ſi aliquod factum promiſſum ſit, quo in caſu factum in obligatione poſitum eſt; ſed non adeo præciſe, quia plerumque deſcendit actio ad intereſſe. *l. ſi quis ab alio* 13. *§. ult. de re judic. l. ſtipulationes* 72. *verſ. Celſus de V. O.* de quo latius ediſſeram infra *cap.* 3. cujus intereſſe probatio difficilis admodum eſt, quia conſiſtit in liquidatione ejus, quod amiſſum fuit, vel non fuit adquiſitum. *l. 1. C. de ſentent. quæ pro eo quod inter. profer.* ideo ſtipulatores ſibi conſulunt adjecta pœna in hunc modum: *ſi illud factum non ſit, centum promittis?* qua adjecta non quæritur amplius, quatenus interſit ſtipulatoris, ſed quid promiſſum ſit pœnæ nomine, quod eſt vice taxationis ejus quod intereſt. *l. ult. de prætor. ſtipul. §. non ſolum 7. inſt. de V. O.* docent Ant. Gomez. *tom. 2. var. cap. 10. num.* 23. Donellus *lib. 15. comm. cap.* 3. Carleval cum aliis *tom. 2. de individuis* tit. 3. *num.* 26. igitur pœna non tam eſt pœna negligentiæ, quam taxatio ejus quod intereſt, ut ſentiunt in hac ſpecie Jaſo in *l. 4. §. Cato num. 35. de V. O.* Duarenus & Donellus in *l. 2. §. ult. num. 5. eod. tit.* Cheſius *d. cap. 50. num.* 108. & per conſequens ſubrogatur in locum ejus quod intereſt, eſtque pœna in hoc caſu dividua, quando id, quod intereſt, inter plures heredes vel debitores dividitur ex regula, ſubrogatum ſapit naturam ejus, in cujus locum ſubrogatur, de qua in *l. ſi eum 10. §. qui injuriarum 2. ff. ſi quis caution. §. fuerat autem 29. inſt. de action.* cum ſimilibus, ut docent nuper citati.

§. XVIII. Inde apparet ratio, propter quam pœna adjecta promiſſioni facti ſecundi non faciat obligationem facti primam, nec in ſolidum committatur adverſus unumquemque ex heredibus promiſſoris, ſed tantum pro portione hereditaria. *d. l. 4. §. Cato.* factum ſecundum eſt *amplius non agere,* ratumque habere, quod defuncti nomine geſtum eſt: ergo ſi unus ex heredibus ratum non habeat, quod procurator defuncti nomine geſſit, pro parte tantum pœna committitur, quoniam in id committitur, quod ſtipulatoris interſit, ut dicitur in *l. ſi procurator 18. ff. rem rat. hab.* nec intereſt, an facta ſit mentio in ſtipulatione heredum promiſſoris, an non ſit; quomodocunque enim concipiatur, dividitur inter heredes. *l. inter coheredes 44. §. ſi quis ita 6. fam. erciſc.* licet contrarium contrarii inter ſeſe ſenſerint Duarenus in *l. 5. §. ult. de V. O.* Ant: Faber *lib. 3. conjectur. cap.* 7. quos rejecit Dominus Valentia *d. tract. de individuis cap. 6. num.* 18. ex quo apparet, minus operari adjectionem pœnæ circa obligationem facti dividui, quam circa obligationem dandi rem ſecundam, quod ſane difficile eſt, cum ſecundum eadem qualitate gaudeat in utraque obligatione; quo ergo pacto magis ſecundum poteſt eſſe factum quam datio? auctores noſtri dicunt, obligationem facti ſecundi ex perſonis heredum ex una tot fieri, totque facta incipere continere, quot ſunt perſonæ ſuccedentium; ſed hoc non probant ex aliquo textu, neque ex juris ratione, quia qualitas obligationis immutari non poteſt ex perſonis heredum. *l. 2. §. ex his in fine de V. O.* Ego ita rationem rationis præbeo: pœna, quæ ſuccedit in locum ejus, quod intereſt, dividitur inter heredes in promiſſione facti ſecundi; nam licet in qualitate diviſionis utraque obligatio ſecunda ſit & æqualis, tamen ex illo accidenti, quod pœna pro intereſſe promittitur, ſit; ut pœna habeat rationem ſecundæ principalis obligationis quantitatis in heredibus & contra heredes; ſed pœna adjecta obligationi dandi, quia habet rationem pœnæ ſub conditione promiſſæ, ſi ſumma non deſit, committitur individue; verum enim eſt, totam ſummam datam non eſſe, ſi aliquid deſit de ea. *d. l. cui fundus 56. de condit. & demonſt.*

§. XIX. Ex eadem ratione ſit, ut pœna adjecta prætoriis ſtipulationibus facti ſecundi eodem modo deſcendat ad heredes, quia pœna pro intereſſe promittitur primo & principaliter, & hoc eſt, quod in ſtipulationem deducitur, quando ſine culpa non ſit, quod in ipſam ſtipulationem deductum eſt. *l. prætoriæ 4. l. in omnibus 6. l. ult. de prætor. ſtipulat.* quam naturam prætoriarum ſtipulationum poſt Jaſonem, Ripam, & Claſſicos in *d. §. Cato* agnovit Goveanus in *l. pœnales 32. §. Julianus ad leg. Falcid.* ſed quædam ſubtilis ignotaque vulgo differentia obſervanda eſt inter ſtipulationes prætorias pœnales, & inter conventionales facti ſecundi reſpectu ipſius promiſſoris: quippe in conventionalibus, quamvis factum ſecundum contineant, tamen in ſolidum pœna committitur, ſi omnino non adimpleat promiſſor; veluti ſi promiſit ratam rem habere, & pro parte tantum ratum habuit; verum enim eſt, ratum non habuiſſe, quando in ſolidum ratum non habet, (loquor de ſtipulatione conventionali ratum habendi) quod expreſſe probatur ex *d. l. eadem 4. §. Cato in fine de V. O.* ibi: *quamvis ipſe dominus pro parte ratum habere non poteſt*, junctis anterioribus verbis, in quibus docemur, contra heredes pro parte tantum pœnam committi, & in *d. l. inter heredes 44. §. ſi quis ita 6. fam. erciſc.* ſtipulationes vero prætoriæ mitiores ſunt, & ad æquitatem magis accedunt, quia ex intentione Prætoris interpretationem capiunt. *l. in conventionalibus 52. de V. O. l. in prætoriis 9. de prætor. ſtipul.* cui ſemper æquitas præ oculis eſt. *l. quod Epheſi 4. de eo quod certo loco.* idcirco contra ipſum promiſſorem dividitur pœna, ſi pro parte implevit, & pro parte non implevit; nec pro defectu partis in ſolidum pœnæ nomine tenetur, quod in ſtipulatione judiciali vel prætoria probant expreſſe textus in *l. 2. §. ult. de prætor. ſtipul.* & in *l. ſi procurator 18. ff. rem rat. hab.* & in ſtipulatione judiciali de ſiſtendo ſervos in judicio probat etiam textus in *l. ſi ſervus 9. §. 1. ff. ſi quis caution.*

§. XX. In quibus illud notandum eſt, quod Pomponius in *d. l. ſi procurator 18.* dixit abſolute & indiſtincte, in partem committi ſtipulationem, & Ulpianus in *d. l. ſi ſervus 9. §. 1.* apertius docuit, ipſo quidem jure committi in totum, quia qui pro parte implevit, verum eſt non omnino impleviſſe: videndi ſunt poſt veteres Connanus *lib 6. comment. cap. 6. num.* 8. Madera *libro ſingulari animadv. cap.* 30. retulitque Antiſtii Labeonis ſententiam, qui exiſtimavit, etiam in caſu ſtipulationis judicialis contra promiſſorem committi ſtipulationem pœnæ; ipſe tamen prætulit contrariam ſententiam, ut quamvis pœna mero jure committatur contra promiſſorem, tamen ſi offerat partem pœnæ, quæ correſpondet ſervis non ſtatis, poſſit agentem repellere exceptione doli, ſi totam pœnam velit exigere: hæc inter ſe non ſunt contraria, quia inſpecto effectu idem eſt uti exceptione, atque ipſo jure non teneri. *l. Marcellus 66. de R. J.* cum ſimilibus: quod non eſt novum apud JCtos, cum videamus, Ulpianum in *l. qui ſervo 13. de ſolut.* docere, ſolventem bona fide ſervo manumiſſo liberari; Africanum vero in *l. cum quis 38. §. 1. eod.* tit. explicatius exponere, liberari debitorem non ipſo jure, ſed oppoſita doli ex-

exceptione: notant ibi Cujacius *tract. 7. ad Afric.* Donellus *lib. 16. comm. cap. 14. verſ. ſed huic.* Schifordegherus *lib. 2. ad Fabr. tract. 16. quæſt. 5.* itaque ſi quæratur, an pœna in ſolidum committatur, quando quis plures ſervos in judicio ſiſtere promiſit, ſi unus alterve ſtatus non ſit, dicendum eſt, mero jure committi, ſed exceptione doli liberationem contingere, ut poſt Bartolum tenet Ripa in *d. §. Cato num. 61.* licet aliter exponant Albericus in *d. l. ſi ſervus* §. 1. Cheſius *d. cap. 50. num. 115.*

§. XXI. Unde ſine ulla opera exponitur textus in *l. ſi is qui ducenta* 13. §. *cum ita* 2. *de reb. dub.* ubi proponitur hæc ſtipulatio: *ſi hominem aut fundum non dederis, centum dabis?* eſt disjunctiva negativa, ideoque niſi utrumque datum ſit, committitur pœna: idem docemur, ſi ſit copulativa negativa, veluti, *promittis ſiſtere Stichum, Pamphilum, & Erotem; ſi non ſliteris, centum dare?* neceſſe eſt, ut omnes copulative verificentur, ut omnes ſervi ſiſtantur; alioquin uno deficiente committitur pœna, quia in negativis ſenſus ſumitur ab univerſo. Ripa *ubi proxime num.* 54. Madera *animadv. juris cap.* 24. Olanus *lib. 1. paralip. cap. 5. & 6.* nec eſt contrarium reſponſum Ulpiani in *d. l. ſi ſervus* 9. §. 1. *ſi quis caution.* ubi pro parte tantum pœna committitur, ſi omnes ſervi ſtati non ſint; iſta enim diſtinctio provenit ex æquitate ſtipulationis judicialis de ſiſtendo ſervo in judicio, non ex ratione juris; ergo ſi quis promiſerit tot ſervos ſiſtere non in judicio, ſed in tali urbe vel nundinis, quæ eſt ſtipulatio conventionalis, uno non ſtato pœna in ſolidum committitur. *d. §. cum ita* 2. Ripa *d. num.* 60. quare inter utrumque textum nulla antinomia reperitur, niſi velimus divinare, *d. §. cum ita*, qui generaliter loquitur, de judiciali ſtipulatione eſſe accipiendum.

§. XXII. Facile etiam ex eadem doctrina exponitur textus in *l. 5. § ult. de V. O.* in quo traditur, committi in ſolidum pœnam compromiſſi a teſtatore conventam, quamvis unus ſolus ex pluribus heredibus non pareat ſententiæ arbitri, id eſt quamvis unus ſolus non habeat ratum, quod geſſit arbiter, cæteros tamen repetituros, quod expenderint, ab eo qui non paruit. Poſſet in præſenti quæri, cur in hoc caſu durior ſit conditio non parentis, quam in ſtipulatione prætoria aut judiciali de rato habendo: in primis dicendum eſt, de una ad aliam non valere argumentum, quia illa eſt conventionalis. *l. 2. de recept. & qui arb. recep.* hæc eſt prætoria aut judicialis; in hac locus eſt æquitati, in illa non item; deinde dicendum eſt, ſi iterum quæratur, cur ſaltem pœna non dividatur, cum ſtipulatio compromiſſi ſit facti, ſcilicet de parendo ſententiæ, & pœna in ſtipulationibus facti ſuccedat in locum intereſſe, quod ſecundum eſt, ut diximus, & in ſpecie videtur probari ex textu in *l. cum ait* 23. §. *idem ait* 2. *l. diem proferre* 27. §. *ult. eod. tit* dicendum, inquam, eſt ideo pœnam non dividi, quia non eſt pura taxatio intereſſe, ſed punitio contumaciæ ejus, qui non vult parere arbitrio. *l. ſi quis rem* 30. *l. cum pœna* 38. *eod. tit.* eſt ergo individua perſecutio pœnæ, quia habet rationem pœnæ & non taxationis ejus, quod intereſt: docuit late Ripa *ubi proxime num.* 61. & poſt eum alii noviores, & Cheſius *d. cap. 50. num. 108. verſ. ſic etiam.*

§. XXIII. Hactenus egimus de pœna adjecta facto dividuo, videamus nunc, quid dicendum ſit, ſi adjiciatur promiſſori facti individui: factum individuum eſt hoc, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat;* hic eſt modus conſtituendi ſervitutes jam debitas, poſtquam promiſſæ ſunt aut legatæ. *l. inter ſtipulantem* 83. *in princ. de V. O.* ut ibi dixi; ſervitus enim itineris, actus, viæ individua eſt. *l. 2. §. ex his verſ. & ideo. l. ſtipulationes* 32. *de V. O.* ergo promiſſio non faciendi contra conſtitutionem ſervitutis ejuſdem debet eſſe qualitatis; ergo ſi promiſſor aliquid contra fecerit, nec permiſerit domino uti ſervitute, pœna committitur in ſolidum, quod dicendum eſt ſimiliter, ſi deceſſerit multis heredibus relictis, & unus prohibeat, committitur pœna in ſolidum non tantum contra prohibentem, ſed etiam contra cæteros; ratio eſt, quia qualitas obligationis ex perſona heredis non immutatur. *d. l. 1. §. ex his de V. O.* igitur in ſingulos heredes deſcendit individua, quare uno committente perinde eſt, ac ſi omnes committerent; idcirco judicio familiæ erciſcundæ damnum reſarciunt a prohibente datum, quod eſt proprium individuæ obligationis, quia unuſquiſque proprio nomine ſolvit ex propria obligatione, licet ob dolum & factum alienum conveniatur. *l. 2. §. item ſi in facto 5. l. in executione* 85. §. *quod ſi* 3. *de V. O. l. heredes* 25. §. *in illa* 12. *l. inter coheredes* 44. §. *quod ex facto* 3. *fam. erciſc.* ex quibus deducitur, obligationem non prohibendi deſcendere individuam in ſingulos heredes, & pœna in ſolidum committitur non tantum in ſolidum contra ſingulos, ſed pro portione hereditaria, quia pœna in pecunia conſiſtit, quæ dividua eſt, ut probant diſerte textus in *l. eadem* 4. §. *Cato. l. in executione* 85. §. *in ſolidum* 5. *de V. O.* docent Accurſ. & Claſſici uſque ad Jaſonem & Ripam *num.* 12. Alciatus, Duarenus, Cujacius, & Donellus in *d. §. item ſi in facto.* Ant. Gomez. *tom. 2. var. cap. 10. num. 22. & 23.* Pichard. in *append. de off. jud. ex num.* 214. Valentia *de individuis cap. 6. ex num.* 12. Cheſius *d. cap. 50. ex num.* 132.

§. XXIV. Aliud dicendum eſt, ſi ſtipulator, cui debetur ſervitus, & cui promiſſum fuit ire agere, deceſſerit multis heredibus ſcriptis, quo in caſu ſervitus in ſolidum ſingulis dominis prædii dominantis debetur, quamdiu prædium commune eſt omnibus heredibus, quia individuas partes non recipit, nec reales nec intellectuales, & tamen ſi unus ex heredibus ſtipulatoris prohibitus ſit, licet mero jure committatur ſtipulatio pœnæ, quia verum eſt, prohibitionem factam fuiſſe, tamen in effectu pro parte per prohibitionem pœna committitur, & cæteri coheredes, ſi agant, repelluntur exceptione doli; ſemper enim pœna regulatur ad modum ejus, quod intereſt: ergo ſi petant partem pœnæ illi, quorum nihil intereſt, dolo faciunt; ratio differentiæ inter utrumque caſum eſt plana, quia ſi unus ſtipulator vel dominus ſervitutis prohibetur, omnino prohibetur uti ſua ſervitute; ergo idem ejus refert ab uno prohiberi quam a pluribus; contra vero in pluribus heredibus ejuſdem domini accidit, quorum ſi unus prohibeatur uti ſervitute, cæteri non prohibentur; quamvis per nimiam ſubtilitatem poſſet dici, a tota ſervitute prohibitum eſſe, cum ſolida & individua apud ſingulos maneat, tamen prohibita non eſt ſolida utilitas, cum commodum ſervitutis ad omnes heredes pertineat; illi vero, quibus permiſſum fuit uti, nullum damnum acceperunt; ergo prohibitus totam pœnam inique exigeret, & multo iniquius partem pœnæ requirerent, quibus nullum damnum datum fuit, id eſt, quorum nihil intererat. *l. 2. §. contra 6. l. idem 3. in princ. l. eadem 4. §. Cato verſ. ſed videamus de V. O.* quod ſecure dicitur, quando pœna pro intereſſe promiſſa fuit; quod ſi promittebatur in punitionem perfidiæ non permittentis uti, quocumque ex heredibus prohibente, & quocumque prohibito in ſolidum committebatur, quia in hoc caſu non inſpiciebatur intereſſe, ſed conditionis implementum, id eſt, eventus prohibitionis. *d. l. 3. §. 1. cum l. ſtipulatis* 38. §. *alteri* 38. *de V. O.* quæ tamen diſtinctio, ut pote nimis ſubtilis & tenuis, uſu forenſi non obtinet, nec aliter pœna cenſetur promiſſa, quam nomine intereſſe, & ſi debeatur, tantum agit is, cujus intereſt, & pro qua parte intereſt: hæc fuit ſententia Petri Ancharani *conſilio*

ſilio 865. a qua immerito receſſit Jaſo in *d.* §. *item ſi in facto ex num.* 17. & in obligationibus faciendi recipit abſolute Fredericus de Senis *lib.* 2. *conſilio* 253. *columna pen. & ult.* quem poſt alios Legiſtas ſequitur Ripa in *d.* §. *Cato num.* 8. nec recedunt Donellus in *d. l.* 2. §. *ult.* Cheſius *d. cap.* 50. *num.* 138. hæc tamen doctrina ad forum valde eſt commendanda, quod pœna ex omnium tribunalium ſtilo nunquam poteſt excedere verum & legitimum intereſſe; nihilominus tamen ſi adjiciatur ſuper obligatione faciendi, & taxata ſit quantitas, ſtatim debetur pro liquidato intereſſe ex conventione partium, & pro illa parte expeditur decretum executionis, quod ſi reus vult opponere de immoderatione pœnæ, debet probare, ſecus ac ſi pœna promiſſa non fuerit; tunc enim ad actorem ſpectat liquidatio ejus, quod intereſt: ita Sarmiento *lib.* 3. *ſelect. cap.* 6. *num.* 10. & cum plurimis auctoribus Carleval *tom.* 2. *de judic. tit.* 3. *diſputat.* 3. *ex num.* 20.

§. XXV. Pœna vero adjecta ſuper datione pecuniæ nunquam habet conceptum aut rationem intereſſe, ſed punitionis perfidiæ & moræ; ideo & ſolida poterat exigi, & individuam quodammodo faciebat obligationem dandi, ut ſupra dixi, & probant textus in *l. promiſſis* 37. *C. de transact. l. Lucius* 47. *de act. empti.* niſi forte ſuſpicio ſit, adjici in fraudem uſurarum, quo caſu moderatur ad legitimum uſurarum modum. *l. Julia* 13. §. *ibidem* 26. *de act. empti. l. placuit* 29. *l.* 44. *ff. l. cum allegas* 15. *C. de uſuris. l.* 4. *tit.* 11. *Part.* 5. quæ eſt elegans & expreſſior cæteris, docetque non aliter hanc pœnam æſtimari, quam ſi ex eo, quod ſolitus fuerit negotiando lucrari ſtipulator, appareat, pœnam adjici ad proportionem legitimi intereſſe; alioquin illegitima & uſuraria cenſetur; cum apud nos Chriſtianis inſtitutis non aliter poſſit pœna juſtificari, quam ratione lucri ceſſantis aut damni emergentis; unde nunquam in tribunalibus fit æſtimatio pœnæ conventionalis adjectæ ſuper datione pecuniæ, niſi quatenus contineat legitimum & vulgare intereſſe quinque pro centum, quod facile quilibet poteſt & ſolet lucrari, cum frequentes ſint emptiones annuorum redituum, quos vulgo *cenſos* appellamus, ut ex doctrina Covarruviæ *lib.* 3. *var. cap.* 1. docent Canſerius *lib.* 3. *var. cap.* 2. *num.* 76. Fontanella *de pactis nuptial. tom.* 2. *clauſulâ* 5. Narbona in *l.* 15. *tit.* 18. *gloſſa* 4. *num.* 16. & 17. *lib.* 15. *Compil.* Leotardus *de uſuris quæſt.* 72. vel ſi major ſumma ejus, quod intereſt, probari poteſt, totum intereſſe exigitur; amplius tamen non juſte exigitur, quia omne lucrum, quod obtinetur ultra intereſſe, etiam ratione pœnæ inhoneſtum eſt, & reputatur improbum fœnus, quod hoc prætextu extorquetur, de quo latius dixi in *Acad. tract. de ſtipulat. pœnali conject. ult.* nec repeto, quod inde ſumi poteſt.

PRÆLUDIUM QUARTUM.

De pignore vel hypotheca, quæ eſt alia cauſſa accidentalis individuitatis Obligationum.

§. XXVI. Quemadmodum pœna ſolet facere obligationem individuam, quæ alioquin ex natura rei dividua eſt, ita etiam in pignore vel hypotheca obſervatur, per quæ obligatio principalis individua cenſetur. *l. in executione* 85. §. *item* 6. *de V. O.* ratio eſt, quia conſtitutio pignoris illam habet naturam, ut niſi totum debitum exſolvatur, pignus liberari non poſſit. *l. ſi rem* 9. §. *omnis de pignor. act. l. grege* 13. §. *etiam de pignor. & hyp.* ergo pignoratitia obligatio conditionem habet, ſi tota pecunia ſoluta ſit, & per conſequens, ut conditio continet dationem individuam. *l. cui fundus* 56. *de condit. & demonſt.* ſic & conſtitutio pignoris. *l. quamdiu* 6. *l. unus* 16. *C. de diſtract. pign. l.* 1. *de luit. pign. l.* 1. & 2. *C. ſi unus ex plur. her. cred. vel deb.* quod non tantum procedit in una ſola re pignori vel hypothecæ obligata, ſed etiam in multis uni debito ſubjectis; nulla enim liberatur, niſi totum perſolutum ſit. *l. qui pignori* 19. *de pignor.* Ex quo principio hæ concluſiones manant. Prima, obligationem ipſam principalem, ſi ſit dividua, dividi inter omnes heredes defuncti pro portionibus hereditariis. *d. l.* 1. & 2. *C. ſi unus ex plur.* adeo ut a nullo herede poſſit amplius peti, quam portio hereditaria, ſi actione perſonali pulſetur; ſed hac parte ſoluta manet nihilominus integra cauſſa pignoris, ut in totum vendi poſſit. *l. ſi neceſſarias* 8. §. *ſi unus* 2. *l. ſolum* 11. §. *ſi creditori* 4. *de pign. act.* Secunda, idem eſſe dicendum in pignore dato, quod contrahitur ex venditione, donec pretium ſolvatur, vel alia quacumque cauſſa. *l. hereditatis* 27. *de her. vel act. vend. l. Julianum* 13. §. *offerri de act. empti.* & in pignore prætorio vel judiciali. *l. his conſequenter* 18. §. *ſi unus* 6. *l. heredes* 25. §. *ſi unus* 15. *verſ. idem fam. erciſc.* Tertia, licet arbiter aſſumptus dividendæ hereditati adjudicet ſingulis heredibus ſingula debita ſolvenda, non mutari cauſſam pignoris, & in ſolidum manere obligatum, vendique poſſe, quamvis pignus alii heredi adjudicatum ſit, donec totum debitum ſolvatur. *l. arbiter* 11. *l. ult. de diſtract. pign.* denique inde provenit, heredem ſolventem debitum ultra ſuam portionem hereditariam convenire reliquos heredes judicio familiæ erciſcundæ, nec præciſe indigere actione negotiorum geſtorum. *l. his* 18. §. *Celſus* 4. §. *cum unus* 6. & §. *ult. l. heredes* 25. §. *idem* 14. *fam. erciſc. l. rem hereditariam de eviction.* ratio eſt, quia in liberando pignore coheres etiam pro parte proprium negotium gerit, ſiquidem niſi toto debito ſoluto pignus non poſſit liberari. *d.* §. *idem* 14. docent Cujac. *tract.* 8. *ad African.* in *l. ejus qui* 41. *columna* 4. *de reb. cred.* & *lib.* 8. *quæſt. Papin.* in *d. l. rem hereditariam* 65. & *lib.* 26. *obſerv. cap.* 36. Hillig. ad Donell. *lib.* 15. *cap.* 15. *lit. E.* verum quia nonnunquam propter adjudicationes ab arbitris factas decernitur, an, qui ſolvit, proprium negotium gerat, an coheredis, decernitur ſimul utraque actio negotiorum geſtorum, vel familiæ erciſcundæ, ut eligat. *l. ſive* 3. *C. de negot. geſt.* quod frequenter accidere ſolet, ne actor erret in electione actionis, ut probatur ex *l. in eum* §. 1. & 2. *ll. ſeqq. de neg. geſt. l.* 1. *in fine de inſtit. act. l. tutorem* 37. *de admin. tutor.* in quibus explicandis non immoror, quia aliena ſunt ab inſtituto.

§. XXVII. Videamus modo, quid dicendum ſit reſpectu plurium heredum ejuſdem creditoris: in primis non poteſt dubitari, quin debitum principale dividatur inter ipſos pro portionibus hereditariis, nam lex, quæ dividit obligationes, dividit etiam actiones. *l.* 1. *C. ſi cert. pet.* pignus vero non dividitur pro iiſdem portionibus, quia continet cauſſam individuam. *d. l. rem hereditariam* 65. ergo donec totum debitum exſolvatur, durat pignus, ut in *hac l.* recte docuit Cheſius *cap.* 50. *num.* 129. ex quo facile exponitur textus in *l. ſi pignori* 29. *fam. erciſc.* juncta *l. communi* 7. §. *inter eos comm. divid.* ubi ſi arbiter adjudicet

cet totum pignus traditum defuncto uni ex heredibus, vel tota res hypothecæ ſubjecta, is ſolus poteſt in ſolidum experiri, ut debitor pignus ſolvat, non tamen poterit experiri ſolus, ſi partem pignoris conſequatur voluntaria emptione; cur tam varie? quia pignus continet individuam cauſſam in hoc, ut liberetur, donec tota pecunia ſoluta ſit, & in individuis poteſtas eſt arbitro faciendi uni ſolidam adjudicationem. *l. heredes* 25. *§. an ea* 9. *fam. erciſc.* ergo eadem poteſtas eſt in his, quæ aliquo reſpectu ſunt individua; ſi vero voluntarie emit partem debiti, & pignus illi correſpondens, tantum poteſt agere pro hereditaria portione, ut pignus luatur, quia non habet actionem principalem pro majori parte, & pignoratitia perſonalis, quæ tendit ad luitionem pignoris, dividua eſt; quia debitum principale eſt dividuum; ſi vero debitor vult pignus liberare, individua eſt cauſſa pignoris, quia tendit ad tollendam obligationem rei, quæ eſt individua, quod non video a noſtris DD. animadverſum, licet ſedulo prædictum textum expoſuerint Accurſius, Bartolus, Ant. Faber, & Cujacius ad *eundem lib.* 23. *Pauli ad Edictum.*

§. XXVIII. In pluribus heredibus debitoris facilius dicitur pignoris cauſſam individuam eſſe, nec ſatisfacere ſingulos, pignusve liberare, licet partem debiti ſolvant. *l. ſi pater* 33. *fam. erciſc.* ubi ſi pater inter filios prædia diviſerit, quæ variis hypothecis erant obnoxia, non liberantur ab ipſis. *l. cum pater* 77. *§. hereditatem* 18. *de leg.* 2. quin imo in ſolidum poſſeſſor conveniri poteſt, donec prædium dimittat, aut integram quantitatem ſolvat; idem docemur, ſi prædium prælegatum ſit, in *l. rem pignori* 28. *fam. erciſc.* & in ſingularibus ſucceſſoribus ex titulo emptionis, permutationis, aut ſimilibus, qui licet unam ex pluribus rebus pignoratis poſſideant, vel unius partem, in ſolidum tenentur, ut traditur diſerte in *l. ſi conſenſit* 7. *§. ult. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* facit textus in *l. qui fundum* 31. *de uſufr. leg.* & circa penſiones, atque alia onera realia: textus in *l.* 7. *de publican. & vectigal.* & in *l. cum poſſeſſor* 5. *de cenſibus.* itaque in praxi, quando agitur hypothecaria adverſus fundi vel rei poſſeſſorem, quamvis heres pro parte ſit, vel quamvis hypothecæ partem poſſideat, in ſolidum convenitur, vel ut recognoſcat cenſum, ſolvatque reditus vel dimittat hypothecam, quam poſſidet, *arg. l. ſi fundus* 16. *§. ex vindicatione de pignor. & hyp.* docent cum multis Didacus Perez in *l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 8. *Ordinam. gloſſa* 1. Paladorius *lib.* 2. *rer. quotid. cap. ult. part.* 4. *§.* 1. *num.* 20. *& ſeqq.* Valaſcus *de partitionibus cap.* 27. *& de jure emphyteutico quæſt.* 32. *num.* 15. *&* 16. Villadiego lautiſſime in *forma libellandi num.* 76. Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 2. *quæſt.* 9. *a num.* 61. Avendanno *de cenſibus cap.* 95. *ex num.* 3. Felicianus *eod. tract. tom.* 1. *lib.* 4. *cap. unico num.* 10. & in additionibus *tom.* 2. Cævallos *communium contra communes tom.* 3. *quæſt.* 784. *per totam.* Noguerol *allegat.* 4. *num.* 45. *&* 46. & pro multis Dominus Salgadus in *labyr. credit. part.* 2. *cap.* 11. *ex num.* 4. *& ex num.* 71. quæ præluſiſſe ad noſtram materiam ſit ſatis.

CAPUT PRIMUM.

De Obligationibus omni reſpectu dividuis.

§. I. Dividuitas obligationum naſcitur ratione rei in eas deductæ, nam ſi res debita dividua eſt, talis etiam eſt obligatio, quod cum dictum ſit in *primo præludio*, nunc diſtinctius agendum eſt de effectibus & praxi hujus dividuitatis; non quidem conſiſtit in eo, quod debitor in obligatione dividua partem ſolvere poſſit; hoc enim illi non licet invito creditore, quamvis quantitatem vel rem dividuam debeat, ſolidum enim ſolvere debet, ut ſe ab obligatione liberet. *l. fiſtulas* 70. *§. qui fundum* 2. *de contrah. empt. l. Julianus* 13. *§. offerri de act. empt.* cum aliis, quas ex propoſito cumulant in tractatibus *de individuis* Pichardus *cap.* 7. *ex num.* 37. Valentia *cap.* 4. *ex num.* 35. magnus præceptor meus Dominus Ramos *cap.* 3. *ex num.* 18. imo creditor ipſe actionem dividere non poteſt, nec partem debiti petere, alioquin doli exceptione repellitur. *l. non tamen* 38. *de procurat.* ne diverſis judiciis, inſtantiis, & multiplicationibus vexet debitorem contra textum in *l. nulli C. de judiciis.* niſi pars debiti liquida ſit & pars illiquida, tunc enim ſolvi, offerri, & peti poteſt pars liquida, ne ſuper ea judicium protrahatur propter illiquidam. *l. permittendum* 8. *ſi pars hereditatis petatur.* ut poſt veteres limitant Pichardus *num.* 82. Valentia *num.* 38.

§. II. In eo ergo conſiſtit, quod, ſi ſit creditor vel debitor rei dividuæ, & multi ſuccedant heredes per Leg. XII. Tabb. dividatur actio vel obligatio, nec ad ſingulos deſcendat niſi pro portionibus hereditariis, in tantum, ut qui ultra petit male agat. Meminerunt hujus legis XII. Tabb. Ant. Auguſtinus *num.* 22. Gothofredus *lib.* 2. *tit.* 21. & alii, qui ad eaſdem leges commentaria ſcripſerunt; & extat in jure expreſſa mentio in *l. pacto* 26. *de pactis. l. ea quæ* 6. *C. fam. erciſcundæ. l.* 2. *& ultima C. de de hered. action. l. ſi te* 16. *C. de jure deliberandi. l.* 1. *C. de except. l.* 1. *&* 2. *C. ſi unus ex pluribus heredibus. l.* 1. *&* 2. *cum duabus legibus ſequentibus. l.* 25. *§. idem* 13. *fam. erciſc. l.* 2. *in fine de prætor. ſtipulat.* quam concluſionem illuſtrant, ne immoremur, adducti *præcedenti §.* & innumeri, quos illi adducunt.

§. III. Cujus concluſionis non levis eſt ratio dubitandi, notiſſimum enim principium eſt in hac materia, qualitatem obligationis immutari non poſſe ex perſona heredum, ita ut, quæ apud defunctum dividi non poteſt, nec apud heredes dividatur. *l. ex his de V. O.* ſed diximus defunctum non potuiſſe partem debiti ſolvere vel petere, ergo nec poterunt heredes, cui difficultati ſatis eſt reſpondere, omnes obligationes ſubjici legi; obligant enim vel obligare deſinunt ſecundum ejus diſpoſitionem. *princ. inſt. de obligationibus.* ſed Lex XII. Tabb. eas inter heredes diviſit, quæ alioquin contra defunctum erant ſolidæ; ergo hæc qualitatis mutatio auctoritate legis facta fuit: ſemper indaganda eſt ratio rationis, donec a priori reddatur, quæ talis eſt; dividua obligatio dicitur, non quæ actu dividitur, ſed quæ poteſt dividi, ut dixi in *primo præludio;* verum eſt apud defunctum exiſtere individuam, quia invito creditori non poteſt ſolvi pro parte, ſed non eſt verum exiſtere dividuam, quia volenti creditori pars ſolvi poteſt, & pro parte contingit liberatio; ergo qualitas obligationis dividuatur, quæ cum ſcinditur dividiturque inter heredes, non immutatur, ſed potius ex multiplicatione perſonarum ex una multæ efficiuntur. Caſp. Caballinus *de individuis ad l.* 2. *§. & harum de V. O. ex num.* 13. & ibi Cujacius.

§. IV. Ex quo de ſolida obligatione duorum reorum facile cenſeri poteſt. Duo rei ſunt, qui ſinguli debent eandem rem vel quantitatem in ſolidum, ita tamen, ut una tantum obligatio ſit, qua diſſoluta vel perempta uterque liberatur. *l.* 3. *§. ult. ff. l.* 1. *&* 2. *C. §.* 1. *inſt. de duobus reis.* quæ obligatio non eſt individua, ſed in ſolidum; idcir-

Idcirco ſi creditor diviſit obligationem, & pro parte egit adverſus unum ex correis, non poteſt deinceps ſingulos in ſolidum convenire, quia cenſetur renunciaſſe juri ſolidi. *l. 16. C. l. inter eos 51. de fidejuſſ.* vel ſi volens partem ab uno debitore accepit, qui dixit proteſtatusque fuit, ſe ſolvere, ut a ſua obligatione liberetur, nam in hoc caſu diviſa eſt exactio, ut in primo diviſa fuit actio. *l. ſi creditores* 18. *C. de pact.* docet Ant. Faber *lib.* 11. *conject. cap. ult.* quamvis aliter noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 4. *cap.* 6. *num.* 6. & 15. notandum tamen eſt, non cenſeri diviſam actionem ex eo ſolo, quod partem ab uno petierit, ſi non dixit, ſe velle dividere actionem, vel aliter de ejus animo poſſit conſtare. *l. reos* 23. *l. ult. C. l. inter eos* 51. §. 1. & *penult. ff. de fidejuſſ. l. ex toto* 8. §. 1. *de leg.* 1. quod in caſu peculiari obſervandum eſt: ponamus dominum alienaſſe ſervum cum peculio, in hoc caſu duo rei domini efficiuntur, nam venditor tenetur utili actione intra annum, emptor vero tenetur perpetua, quamdiu durat peculium. *l. ſi creditor* 37. §. *ſervum* 2. *de peculis.* ergo in poteſtate creditoris eſt, utrum velit in ſolidum convenire, in qua re obtinuit Sabinianorum ſententia in *l. noxali* 11. *cum legg. ſeqq. l. depoſui* 38. §. *ult. de peculio.* ut vidit Anteceſſor doctiſſimus & quondam Mæcenas meus Dominus Chumazerus in *ſuis deſcriptis cap.* 9. *num.* 14. quapropter eodem jure utitur, quo uti poſſet contra duos reos expreſſe per ſtipulationem vel alium contractum conſtitutos, cui conſequens eſt, ut ſi ab initio inter venditorem emptoremque diviſerit actionem, amplius ſingulos in ſolidum non poſſit convenire. *l. & ancillarum* 27. §. 3. *de peculio.* etiam re integra, id eſt, lite conteſtata nec dum finita; neque facta perfecte excuſat, quod & de excuſatione docemur in *l. quoties* 47. §. 3. *eod. tit.* ubi Briſſonius *de V. S. verbo re integra.* Faber *ubi proxime.* Ramos *cap.* 3. *num.* 8. & 9. ex quibus omnibus apparet, hanc obligationem ſolidam eſſe ſed non individuam, quia in multis caſibus dividitur: ponamus modo, Titium & Sejum duos reos factos ejuſdem obligationis, quorum unusquiſque ſolidum debet, deceſſiſſe Sejum multis heredibus inſtitutis, adverſus heredes Seji quomodo agendum erit? omnes quidem in ſolidum tenentur, quia omnes efficiunt unum correum debendi cum Titio, ſed ſinguli non ſunt conveniendi pro majori parte quam hereditaria, quia obligatio defuncti quamvis ſolida dividua eſt. *l. ſi teſtamento* 49. §. 1. *de fidejuſſ.* ubi Cujacius *lib.* 27. *quæſt. Papiniani.* ex quo apparet, cum plures eandem rem dividuam debent, non dici proprie duos reos, ſed quodammodo. *l. ſi ut certo* 5. §. *ſi duobus ff. commod.* quia hic ſolidi obligatio non provenit a conſtitutione contrahentis, ſed a natura rei in contractum deductæ: docet late Ronchegallus in *l. reos* 11. §. 11. *de duobus reis maxime ex num.* 89. & tunc individua obligatio deſcendit ad ſingulos heredes, quia nec per legem dividi poteſt. *l.* 2. §. & *harum de V. O.*

§. V. Contra quam legis diviſionem nihil operari poteſt voluntas hominis, *arg. l. jus publicum* 38. *de pactis. l. nemo* 55. *de leg.* 1. ex quo ſi teſtator unum ex heredibus gravaverit, ut totum debitum exſolvat, nihilominus obligatio defuncti ad omnes heredes deſcendit, diviſa pro portionibus hereditariis; verum eſt cæteros heredes liberari, & contra gravatum habere actionem familiæ erciſcundæ, ut ſibi præſtet, quidquid pro eo ſolverunt contra voluntatem defuncti, ſed id non efficit, ut obligatio non dividatur, nec efficit, ut creditor non poſſit omnes heredes convenire: in ſumma conſulit heredibus inter ſeſe vertere cautionem de indemnitate, ut receperint, quod ſolverunt, a coherede aggravato; ſed non officit creditori. *l. his conſequenter* 18. §. *Celſus* 4. *l. ſi filia* 20. §. *ſi pater* 3. & §. *item* 8. *fam. erciſc. l. ſervo legato* 69. §. *teſtator* 2. *de leg.* 1. *l. nomen* 34. §. *ult. de leg.* 3. *l. non ſo-*
lum 7. §. *ſi duobus de liberatione legata.* idem dicendum eſt de pacto debitorum, id eſt de illo pacto, quod multi debitores inter ſe fecerunt, ut unus ſolvat totum debitum creditori, hoc enim ſibi proficit, neque officit creditori, qui poteſt convenire, quos antea poterat. *l. debitorum* 25. *l. pactis* 26. *C. de pact.* nullus enim debitor poteſt liberari a creditore citra ejus voluntatem, quamvis alius debitor ſupponatur æque idoneus vel melior. *l. ſi mandatu* 45. §. *item ſi* 3. *ff. mandati.* docent Ant. Hetingius *de fidejuſſ. cap.* 20. §. 4. Larreategui *deciſ. granat.* 22. *ex num.* 15. Solorzanus *tom.* 2. *de jure Indiarum lib.* 2. *cap.* 23. *num.* 32. Olea *de ceſſione jurium & actionum tit.* 5. *quæſt.* 9. *num.* 21. & latius *quæſt.* 6. *a principio.*

§. VI. Quod etiam mero jure dicendum erat, cum teſtator nomen debitoris ſui uni ex heredibus prælegat; omnibus enim actio debebat competere pro portionibus hereditariis, cum voluntas hominis inpedire non poſſit effectum legis: ergo heres ille in ſolidum contra debitorem hereditarium non poſſet agere, niſi mandatis ſibi a coheredibus actionibus. *l. ceteræ* 4. *l. ſi ita* 42. *fam. erciſc.* docet enixe Schifordegherus *ad Fabrum lib.* 3. *tract.* 2. *quæſt.* 15. & *tract.* 6. *quæſt.* 9. & 10. cujus mandati virtute, quamvis ipſo jure nomina diviſa ſint. *l. heredes* 25. §. 1. *fam. erciſc.* per arbitrum diviſionis ſolent adjudicari. *l.* 2. §. *ult. eodem tit. l. tale pactum* 40. §. *poſt diviſionem de pact. l. cum pater* 77. §. *hereditatem* 18. *de legat.* 2. docent Faber & Cujac. ad *eoſdem textus*, & multi relati ab Olea *d. titulo* 4. *quæſt.* 6. *ex num.* 23. quod ſi voluntarie debitor ſolvit heredi, cui nomen prælegatum fuit, & cæteri heredes pro ſuis portionibus petant, doli exceptione repelluntur. *l.* 1. *C. de exceptionibus.* quia contra defuncti voluntatem petunt, ex quibus principiis Pragmatici valde ſcrupuloſi ſunt, ut non admittant, heredem prælegatarium nominis, pro ulteriori parte agentem quam pro hereditaria, niſi virtute ceſſionis factæ a cæteris coheredibus ante ſententiam adjectionis, vulgo *de remate*, quos ſequuntur Olea *ubi proxime.* Noguerol *allegat.* 4. *num.* 44. ego vero facile admitto, abſque ceſſione poſſe heredem prælegatarium in ſolidum contra debitorem actione utili experiri; quia ſi illa actio datur legatario. *l. ex legatis* 18. *C. de legatis.* quanto æquius dari debet uni ex heredibus, in quem ſaltem pro portione hereditaria directa actio tranſlata fuit: docent quamvis breviter Ant. Gomez. *tom.* 2. *variarum cap.* 11. *num.* 15. Caſpar Caballinus *de individuis parte* 2. *ex num.* 30.

§. VII. Ex his interpretandus eſt difficilis & vexatiſſimus textus in *l. continuus* 137. §. *ult. de V. O.* ubi docemur, quod, cum ſtipulamur nobis dari aliquid, non poſſumus adquirere uni ex heredibus, ſed omnibus pro portionibus hereditariis, at vero cum factum ſtipulamur, veluti *promittis mihi inſulam fabricare*, poſſumus uni tantum heredi adquirere obligationem, quod in debitore procedere reſpectu obligationis dividuæ, probant textus in *l. cum qui* 56. §. 1. *cum ſeq. eodem tit.* Ratio utriusque concluſionis pendet ex noſtra, quia obligatio dandi dividua eſt, & per conſequens radicata in perſona defuncti dividitur per legem inter omnes heredes, nec poteſt obſtare diviſioni voluntas ſtipulantis aut promittentis; obligatio vero facti individua eſt, ut dicam *ſeq. capite*, & obligationes individuæ deſcendunt ut tales ad heredes, ſed non diviſæ. *l.* 2. §. & *harum de V. O. l. heredes* 25. §. *an ea* 9. *fam. erciſc.* ergo nihil facit contra legem teſtator, qui totam obligationem applicat uni heredi, vel contra unum heredem in ipſo contractu, quæ fuit ratio Bartoli & Claſſicorum in *dict. legibus.* quam ſequuntur Ant. Gomez. *tom.* 2. *variarum cap.* 17. *num.* 15. Donell. in *l. ſtipulatis iſta* 38. §. *alteri ex num.* 42. *de V. O.* & *lib.* 12 *comment. cap.* 17. & fere conveniunt Hillig. *ibi lit. l.* & *ſeqq.*

§. VIII. Aliqua tamen opponuntur huic doctrinæ, quæ prætermittere non licet. Primum eſt, multas ſtipulationes dandi eſſe individuas, veluti cum promittimus, dare ſervitutem, ut dicitur in *l. ſi unus* 19. *de ſervitutibus ruſtic. prædiorum.* multa etiam facta eſſe dividua. *l. eadem* 4. §. *Cato de V. O.* ergo falſum eſt dicere, obligationem dandi, quia dividua eſt, non poſſe applicari uni ex heredibus, & obligationem faciendi poſſe, quia eſt individua, cum contrarium in multis juris articulis eveniat: reſpondeo tamen, verbum *dandi* non poſſe intelligi de ſervitutibus, quæ non conſtituuntur per dationem, translationemque dominii, ſed per patientiam. *l.* 3. *de uſufructu.* nempe cavente promiſſore neque per ſe, neque per heredes ſuos fieri, quominus ſtipulanti ire agereve liceat, ut dixi in *præludiis num.* 23. itaque improprie dicitur dari ſervitus [illegible] *l.* 19. nec facile inveniri poterit aliqua ſtipulatio dationis, quæ individua ſit: fateor quidem, aliqua facta dividua eſſe, ut dixi *præludio* 3. ſed ut vidit Ant. Gomez. *ubi proxime*, Conſultus non adeo ſcrupuloſe locutus fuit, quin potius pro individua abſolute poſuit ſtipulationem facti, quia frequentius individua eſt, & ad ea, quæ frequenter accidunt, leges adaptantur. *l. nam ea* 3. *de legibus.* Secundo opponitur, obligationes faciendi alioquin individuas (ut eſt illa, neque per te, neque per heredem tuum &c.) multoties diviſas ad heredes deſcendere. *l. Julianus* 131. *de V. O.* ergo non magis obligatio facti, quam dationis uni ex heredibus applicari poteſt; cum etiam lex dividat faciendi obligationes: hic textus ſi probaret aſſumptum, erat difficilius, quia loquitur de obligatione facti individui, ſed non probat, quin potius doctrinam communem, quam ſequimur, apprime corroborat. Species eſt, promiſiſti neque per te neque per heredem tuum nominatim fieri, quominus mihi agere liceat, docet Scævola, in hac ſtipulatione prohibente te vel Titio non tantum Titium ſed etiam coheredes ejus teneri, notandum eſt, non dicere committi ſtipulationem quocumque herede prohibente, ſed prohibente Titio etiam coheredes ejus teneri; ratio eſt, quia obligatio facti non prohibendi utpote individua potuit applicari ſoli Titio; quapropter ipſe ſolus tenetur non prohibere, at ſi prohibeat, ſuccedit obligatio ad intereſſe. *l. ſtipulationes* 72. *verſ. Celſus de V. O.* quod dividuum eſt, quia in pecunia conſiſtit, & ſic non potuit unus tantum teneri, cum obligatio etiam prohibente Titio a defuncto deſcendat, qui non potuit in datione unum heredem gravare, & cæteros relevare. *d. l. eum qui* 56. §. 1. *de V. O.* docuerunt ibi Cujac. & Giphanius in *l.* 2. *de V. O. num.* 82. D. Ramos in *hoc tractatu cap.* 1. *num.* 6.

§. IX. Vulgo etiam ſed difficulter opponuntur textus in *l. cum avus* 33. *de pactis. l. avus* 10. *de pactis dotalibus.* ſpecies eſt: avus neptis nomine, quam ex filia habebat, dotem promiſit, & pacta interpoſuit, ne gener a ſemet ipſo, neque a filio dotem peteret, inquit Conſultus, hoc pactum valere, ergo, dum gener non petat dotem a ſocero, neque a filio, poterit eam exigere a cæteris coheredibus; ut enim ibidem dicitur, licet uni tantum conſulere, cæteris non conſulere, & pater magis curavit de indemnitate filii, quam cæterorum coheredum: igitur ſi exceptio poteſt applicari uni ex heredibus, poterit etiam actio, contra quod nuper diximus. Reſpondeo tamen, exceptionem applicari poſſe uni ex heredibus, actionem vero non poſſe, quia actio & obligatio per Legem XII. Tabb. dividitur, exceptio non dividitur, & ideo in applicatione exceptionis nihil contra legem fit; ratio, quare non dividantur exceptiones, eſt, quia exceptiones non æſtimantur ex jure, quod producunt, ſed ex facto, quo opponuntur. *l. ſi unum* 27. §. *pactus de pactis.* & quamvis reales exceptiones heredibus competant. *l. exceptione* 7. *de exceptionibus.* & ſingularibus ſucceſſoribus. *l.* 76. §. *ult. de contrahenda emptione*, opponuntur tamen ex perſona actoris, & non oppoſitæ nihil operantur. *princ. inſtit. de exceptionib.* cum autem ea, quæ nudi facti ſunt, non deſcendant diviſa ad heredes. *l. heredibus* 25. §. *in illa* 22. *fam. erciſc.* conſequens eſt, ut exceptiones tanquam in facto conſiſtentes inter heredes non dividantur, quæ ſolutio communis etiam eſt Claſſicis in *dd. locis.* Donell. in *d.* §. *alteri num.* 47. Rodriguez *de annuis redit. lib.* 2. *quæſt.* 9. *num.* 62. & aliis; ſed forſan a nemine præſtatur ita expreſſe.

§. X. Tandem ſic ſolet opponi: diximus ſupra §. 5. teſtatorem applicantem actionem vel obligationem uni ex pluribus heredibus ſcriptis ipſo quidem jure non poſſe impedire effectum legis, quæ dividit inter omnes actionem & obligationem pro portionibus hereditariis, nihilominus tamen ejus voluntatem ſuſtinere per obliquum, nam ſi applicet uni obligationem, ipſe ſolus tenetur ſolvere, & quod cæteri ſolvunt, ab eo exigunt actione familiæ erciſcundæ, idem dicitur de herede, cui ſolida actio exactioque applicatur a defuncto; ergo idem dicendum erat in noſtro caſu, ut quamvis ipſo jure non expediatur diviſio obligationis, tamen per cautionem indemnitatis vel per ceſſionem obſervetur voluntas contrahentis: per cautionem, ut ſi unum tantum heredem gravaverit, caveat cæteris de indemnitate, ſi a creditore conveniantur: per ceſſionem, ut ſi uni tantum applicuerit actionem, omnes ei pro ſuis partibus mandarent actiones, ut poſſit ſolus debitorem convenire: ergo male Julianus & Venulejus docuerunt, nihil prorſus agere caventem de uno tantum herede in ſtipulatione. Ut reſpondeam, obſervo differentiam inter utrumque caſum: teſtator poteſt applicare uni ex heredibus jam natam obligationem, & poteſt paciſci in favorem unius; verum in ipſa conſtitutione obligationis, in ipſo contractu non poteſt efficere, ut actio vel obligatio non competat omnibus, & in omnes heredes, quia in ipſo actu contrahendi applicando obligationem vel actionem operatur expreſſe contra Leg. XII. Tabb. quapropter nihil agit. *l. non dubium* 5. *C. de leg.* poſt natam vero obligationem paciſcendo, ne ab uno ex heredibus petatur, non tendit directo contra diviſionem a lege faciendam, ſed tantum curat, ut unus ex heredibus indemnis maneat, vel ſi prælegat nomen, de re ſua diſponit; rurſus ſi quæratur, cur ſtipulatio non obliquetur, ut ſaltem operetur in vim pacti, reſpondebo, ſtipulationem inutilem in ipſa conſtitutione adeo inutilem eſſe, ut nec in vim pacti operetur, quia conſtat, partes noluiſſe paciſci, ſed ſtipulari. *l.* 1. §. *ſi quis ita de V. O.* ubi eleganter declarat Franc. Ripa *ex num.* 13. docentque ad rem Caballinus *de individuis part.* 2. *quæſt.* 3. *ex num.* 30. Rodriguez *de ann. redit. quæſt.* 9. *num.* 62.

§. XI. Pro complemento hujus tractatus quærit Donellus in *l. ſtipulatio* 38. §. *alteri de V. O. num.* 47. an prædictæ differentiæ inter ſtipulationem dandi & faciendi derogatum ſit per novam Juſtiniani Conſtitutionem in *l. veteris* 13. *C. de contr. & commiſſ. ſtipul.* qua cautum eſt, ut quæcunque obligatio faciendi deſcendat in heredes & ad heredes, reſpondetque rectiſſime, nihil eſſe derogatum; ratio eſt, quia tantum ſuſtulit veterem differentiam inter facta, quæ induſtriam perſonæ requirunt, & inter ea, quæ per quoſcunque poſſunt impleri; illa enim olim non tranſmittebantur, quia magna conſiderabatur differentia inter artifices, ut, quod unus non explevit, alter non cenſeretur poſſe explere. *l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus* 12. *verſ. & Celſus de condict. indebit. l. inter artifices* 31. *de ſolut.* hæc vero tranſmittebantur: hodie omnia facta tranſmiſſibilia ſunt, quia licet non ſit propriiſſime idem factum, tamen non multum refert, per quem fiat, ſi ejuſdem artificii & peritiæ ſit, ut explicant poſt Claſſicos Cujacius, Giphanius, Petrus Franc. Linglois, Franc. Raguellus,

Digitized by Google

guellas, Emundus Merillius ad 50. *deciſionet Juſtiniaui* in *d. l.* 13. Donellus *lib.* 15. *comment. cap.* 12. & ibi Hilligerus *lit. E.* ſed quod ad dividuitatem vel individuitatem obligationis nihil novi ſanxit, ſed in diſpoſitione reliquit juris communis; cum ergo differentia propoſita noo dependeat ex transmiſſione obligationis, ſed ex ipſius individuitate, conſequens eſt, ut etiam poſt prædictam Conſtitutionem differentia ſupra expoſita vigeat; jure tamen Regio partim immutata eſt, namque ſtipulator poteſt uni tantum ex heredibus conſulere, quia quando uni veluti Titio ſtipulatur, ſtatim illi acquirit actionem tanquam extraneo, & antequam heres ſit, cum èxtraneo acquiri poſſit apud nos. *l.* 2. *tit.* 17. *lib.* 5. *Compil.* & ſic antequam inter omnes heredes dividatur actio, per aditionem hereditatis jam uni ſoli acquiſita eſt ex ipſo tempore contractus, unde dicendum eſt, in hac parte abrogatum eſſe textum in *l. continuus* 137. *§. ult. de V. O.* ſi vero promiſſor de ſe & de uno tantum ex heredibus promittat, nihil agit, quia ut extraneus oon potuit obligari, oce enim licet obligare extraneum, ut licet acquirere extraneo, ergo obligabitur ut heres, & quando heres ſit, & noo pro majori parte quam hereditaria: ita ſubtiliter & ſolide Ant. Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 15. ubi alios regnicolas adducit Lainez, ne immoremur.

§. XII. Satis egimus de effectu diviſionis obligationum, quæ fit ex Leg. XII. Tabb. ſequitur ut videamus de modo: fit nonnunquam realis diviſio, nonnunquam intellectualis: realis fit, quando res promiſſæ cooſiſtunt in genere aut numero: intellectualis, quando conſiſtuot in corpore, qood per realem diviſionem perimitur; exempla extant in *l. in ſtipulationibus* 54. *de V. O.* veluti promiſiſti mihi Stichum & Pamphilum copulative, deſignatis corporibus & in ſpecie; deceſſit duobus heredibus relictis; non dividuntur per numerum, ut uni heredi debeatur Stichus, alteri Pamphilus, ſed per partes intellectuales in ſingulis fit diviſio obligatioois, alioquin captio eſſet, quia poteſt plus valere unus quam alius, quod ſi duo homines generice promiſſi fuerint, id eſt, non deſignatis corporibus, tunc unus alteri, alius alteri ex heredibus debetur, quia in generica promiſſione non poteſt eſſe affectio ad hoc vel illud corpus: alia deſumi poſſunt ex *l. nam etſi fur* 13. *l. ſi ſocius* 16. *de reb. cred. l. nemo* 68. *pro ſocio. l. libertus* 15. *§. idem Papinianus de operis libert. l. ſi centum* 117. *de V. O. l. ſi is cui* 94. *§.* 1. *de ſolut.* in quibus oonuoquam fit inter ſocios coheredesve diviſio realis, nonnunquam intellectualis, prout eſt dividua res in obligationem deducta.

§. XIII. Ex qua animadverſiooe colligi poteſt, quid officium arbitri de dividenda hereditate ſumpti afferat utilitatis coheredibus, ot comportionalibus ejusdem patrimonii, quippe ſi lex dividit realiter obligationes inter coheredes, utpote conſiſtentes in genere aut numero, oon eſt neceſſarium officium diviſoris. *l. ea quæ* 6. *C. fam. erciſc.* cæterum ſi intellectualiter tantum obligatio diviſa eſt, veluti hominis aut navis, arbiter paria facit inter coheredes, & ne res indiviſa maneat, uni actionem adjudicat, & certa pecunia damnat illum, cui actionem adjudicavit, vel aliam rem pro pretio alteri adjudicat, mandatis ab eo actionibus, quod etiam ſolet facere, quamvis obligationes realiter ſiot diviſæ per legem; veluti ſi ſint multa nomina, & multi heredes, ſingulis ſingula adjudicat eodem modo. *l.* 2. *§. ult. cum l. ſeq. fam. erciſc.* quia maxime onerosum eſt dividi actiones inter multos, & variis diſtringi tribunalibus. *l. cum hi* 8. *§. in cauſſa* 9. *de tranſact. l. ſolent de aliment. & cibar. leg.* videndus eſt Alv. Valaſcus *in praxi partitionum cap.* 21. & 22. quo etiam modo dividi debet obligatio, quæ ex ſe individua eſt, ſed commoditas recipit diviſiooem, veluti unius operæ, de qua io *l. in ſtipulationibus* 54. *§.* 1. *verſ. quod ſi unam de V. O.* quamvis enim opera individua ſit, cum in facto & in ipſa editione conſiſtat. *l.* 1. *§. ſed operis ad leg. Falcid. l.* 3. *l. libertus* 15. *§.* 1. *de oper. libert.* & idcirco pars ſingulis adjudicari non poſſit. *l. ſtipulationes* 72. *de V. O.* tameo æſtimatur & ad pecuniam redigitur, & ita facta pariatione, pars pecuniæ uni datur, alteri opera, vel ſi per licitationem vendatur, pretium æqualiter diſtribuitur: ita contra Fabrum notat Valentia *d. cap.* 6. *num.* 30.

§. XIV. Unde facile expono textum in *l. cum Stichus* 29. *de ſolut.* Caſus eſt, ſervo communi duorum dominorum promiſſi fuerunt copulative Stichus & Pamphilus, docet JCtus, partem in ſingulis deberi ſingulis dominis, & non diviſa corpora, nempe alteri Stichum alteri Pamphilum, ut dixi ſupra §. 12. ſed quid ſignificant hæc verba principii? *non alteri Stichus, alteri Pamphilus ſolvi non poteſt*; ſignificant nempe, volentibus dominis poſſe ita ſolutionem fieri, *arg. l.* 2. *§. mutui datio de reb. cred* quamvis obligatio aliter diviſa ſit mero jure, videlicet per partes intellectuales in ſingulis, non per numerum: ita omiſſis emendationibus recte explicuit dominus Valentia in *hoc tract. cap.* 3. *num.* 51. In *verſiculo idemque* fit extenſio ad caſum ſimilem, veluti ſi ſervo communi alternative promiſſi fuerint duo Stichi aut duo Pamphili nominatim & deſignatis corporibus, certum eſt poſt electionem, vel deficiente electione ex quacumque cauſſa alternativam obligationem fieri præciſam. *l. ſi Stichum* 16. *de V. O. l. Stichum* 95. *de ſolut.* ponamus elegiſſe debitorem ſolvere duos Stichos, non poteſt ſingulis dominis ſiogulos Stichos ſolvere, ſed partes æquales in ſingulis, alioquin captio eſſet: tandem fit ultima extenſio ejusdem doctrinæ in illis verbis, *ſi ſervo communi duorum dominorum decem homiaes promiſſi ſint*, nec enim facienda eſt diviſio per numerum, ut alteri dominorum 5. alteri totidem præſtentur, ſed per partes intellectuales, ut in ſingulis æqualis pars ſingulis dominis præſtetur, oiſi inter ipſos de diviſione aliter conveniat: hinc grandis inſurgit difficultas Anteceſſoribus noſtris, nam promiſſis decem hominibus generice fit realis diviſio per numerum ipſo jure. *l. in ſtipulationibus* 54. *de V. O.* ergo in præſenti non debet fieri per partes intellectuales in ſingulis. Reſpondeo ita verum eſſe, quando generica eſt promiſſio, ſed in noſtro caſu non fuit generica ſed ſpecifica, decem nempe ſervorum nominatim deſignatorum, aliuquin non cunſtaret comparatio ad præcedentes caſus, nec recte fieret extenſio ad diverſa, *arg. l. Papinianus* 37. *de minor.* nec quidquam obſtat dicere, nullam eſſe rationem dubitandi, cum jam deciſa eſſet quæſtio in duobus ſervis nominatim promiſſis; reſpondeo enim, aliquam eſſe nec exiguum, quia in decem hominibus facilius poterat fieri peræquatio, quam in duobus, etiamſi nominatim promiſſi eſſent, quia plura erant corpora, quæ peræquarentur inter ſe, & ea non obſtante JCtus ad majorem proportiooem intentus docuit, oon per numerum ſed per partes intellectuales faciendam eſſe diviſionem; cenſeo ergo, decem homines non in genere ſed in ſpecie eſſe promiſſos, ſcilicet nominibus deſignatis, quod poſt aliquot veteres docuerunt Giphanius in *d. l.* 54. Joh. Robertus *lib.* 2. *recept. ſent. cap.* 21. quod videtur Ulpianus indicare in illis verbis, *nam ambigua vox eſt decem homines, quemadmodum decem denarii, atque utriusque rei dimidium duobus modis intelligi poteſt.* denarii enim regulariter numero & quantitate æſtimantur non corpore. *l. summis* 3. *de in litem jurando.* & aliquando reputantur pro corpore, ſi promittuntur, veluti incluſi in aliquo loco. *l. plane* 34. *§. ſed hoc ita* 4. *l.* 108. *§. qui quinque in arca de leg.* 1. vel quando in ipſis non valor legalis ſed metallum principaliter inſpicitur. *l. numiſmatum* 28. *de uſufruct.* ergo licet regulariter loqueodo vox *decem* ſignificet genus & numerum, tamen aliquando ſignificat corpus, quando homi-

homines deſignatis nominibus promittuntur, & ideo dimidium in utroque caſu diverſimode accipitur, quæ de hoc textu ſufficiant, quem aliter expoſuerunt Anteceſſores noſtri & Petr. Belojus lib. 3. var. cap. 1.

§. XV. Sed properemus ad indicandos alios effectus dividuæ obligationis, in quibus non licet immorari, quia non tam proprie attingunt noſtrum tractatum; quemadmodum dividua obligatio admittit partis petitionem, non contradicente debitore, ita admittit partis repetitionem, ſi plus ſolutum fuit, quam debebatur, & iſtud dividuum erat. l. nam etſi fur 13. §. ult. de reb. cred. l. ſi pœnæ 19. §. ſi falſo 2. l. cum duo 25. l. ſi non ſortem 26. §. idem Marcellus 5. cum ſeqq. l. is qui 31. de condict. indeb. l. ſi Titius 62. pro ſocio. l. qui ſolidum 78. de leg. 2. veluti ſi integer fundus ſolutus fuit, cum pars deberetur, vel centum, cum tantum deberentur quinquaginta; cæterum ſi, qui centum in pecunia debebat, exiſtimans ſe ducenta debere, fundum ducentis æſtimatum volenti creditori ſolvit, in repetendo indebitum non repetit partem dimidiam fundi, ſed totum fundum, manente priſtina obligatione ad centum. d. l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum 2. cum duobus ſeqq. de condict. indeb. ratio eſt, quia forſan creditor contentus non eſſet, niſi ſolido fundo, & debitor ſorte partem fundi non ſolveret; alia etiam ratio traditur ab auctoribus, ne cogantur creditor & debitor manere in communione, quæ ſolet excitare diſcordias. l. cum pater 77. §. dulciſſimis de leg. 2. Briſſonius lib. 1. de ſolut. Hilligerus ad Donellum lib. 14. cap. 18. lit. G. Pichardus in §. 30. num. 30. inſt. de action. nunquam enim pecunia dividit fundum, rem, aut corpus, quorum ratione penditur, ideo ſi dos in genere conſiſtat vel conſideretur, minuitur ipſo jure propter impenſas factas, ipſa tamen corpora non minuuntur. l. dote 61. de rit. nupt. l. ſi is qui 56. §. quod dicitur de jur. dot. l. illud 5. de pact. dotal. l. quod dicitur 5. de imp. in res dot. fact. l. dote 5. de dote præleg. §. item ſi dote 30. inſt. de action. Cujacius lib. 23. obſ. cap. 12. Hilligerus ubi proxime lit. B. Pichardus in §. fuerat 29. num. 87. de action. Omiſſis Ant. Fabri argutiolis lib. 1. conject. cap. 2. quibus ipſe magna ex parte ſatisfacit magis doctus & melius inſtructus de error. Pragm. decad. 82. error. 5. idem dicendum eſt de diminutione peculii propter æs alienum, quod cum domino contraxit ſervus peculiatus. l. peculii 4. §. ſi ære alieno 2. de peculio. nam quod dicitur corpora peculii minui propter debita cum domino a ſervo contracta in l. ſi peculium 6. l. denique 8. l. ſi Sticho 21. de pec. leg. non ad corpora individualiter referendum eſt, ſed ad quantitatem totius peculii, ad corpus peculii univerſale. l. dominus 22. eod. tit. notat Cujacius d. l. 5. de dot. præleg. & lib. 23. obſerv. cap. 12. ex eadem etiam ratione, ſi alia res pro alia volenti creditori ſoluta ſit, & pars rei ſolutæ a creditore evincatur, tota reſtituenda eſt, ut ad priſtinum redeat obligatio. l. ſi quis aliam 46. de ſolut. vel ſi pars redhibeatur, aut pro parte reſcindatur venditio, a toto contractu abitur. l. tutor 47. §. pen. de minor. l. quod ſi uno 13. verſ. ipſe de in diem addict. l. quod ſi nolit 31. §. ſi plures de Ædil. Edict. ſed hæc magis ſimilia ſunt, quam propria noſtri tractatus, ideo leviter attigiſſe ſufficit.

§. XVI. Ille magis proprius effectus eſt, ut quemadmodum ſi volenti creditori pars debiti dividui ſolvatur, veluti fundi aut pecuniæ, pro illa parte diſſolvatur obligatio. l. ſi ſtipulatus 9. §. qui decem. l. ſi is cui 94. §. 1. de ſolut. l. parr 9. cum ſeq. de acceptil. §. 1. inſt. quib. mod. toll. obl. ita quilibet ex dominis, qui per ſervum debet quantitatem, vel quilibet heres, qui debitori ſuccedit, liberatur, ſi pro parte ſua ſolvit; utroque enim caſu inter plures dominos vel heredes dividitur obligatio & actio. l. communis 45. de acq. ver. dom. l. ſervus 5. de ſtipul. erv. §. ult. inſt. eod. tit. unde quamvis unus ex dominis vel heredibus ſolvendo non ſit, alter qui eſt locuples tantum pro ſua parte tenetur, nec ſuſcipit periculum partis ſocii. l. ult. C. depoſiti. l. ſolent 3. de alim. & cibar. leg. docent Ant. Gomez. tom. 2. var. cap. 10. num. 3. & 4. Parladorius lib. 2. rer. quotid. cap. ult. part. 1. §. 1. num. 13. alii apud Oleam de ceſſione jur. & act. tit. 4. quæſt. 6. a princ. & num. 6.

§. XVII. Quæ hactenus diximus, procedunt in actionibus obligationibusque ab auctore contractis, quæ in heredes tranſmittuntur, diviſæ per Leg. XII. Tabb. aliud dicendum eſt de illis obligationibus, quæ contra heredes ipſos naſcuntur ex quaſi contractu aditionis; iſtæ enim oon dividuntur per legem, quia hereditariæ non ſunt; igitur poſſunt injuogi & imperati a teſtatore illi illiſve heredibus, quos elegerit, quia in applicatione harum obligationum nihil contra legem facit, ex quo fit, ut legata indiſtincte relicta in teſtamento, veluti hoc modo, illi fundum lego, illi domum Sejanam, illi centum &c. præſtanda ſint ab omnibus heredibus pro portionibus hereditariis, quando res legatæ dividuæ ſunt, quia regulariter onus legatorum proportionem habet ad commodum hereditatis. l. ſi quis in fundi 4. §. 1. de leg. 1. l. legatorum 33. l. ſi pluribus 44. de leg. 2. l. ſi plures 98. de leg. 3. l. quoties 23. ad S. C. Trebell. l. 1. §. legatorum 19. ut legatorum nomine caveatur. l. ſive a certis 17. de duobus reis. cæterum ſi teſtator multis heredibus ſcriptis uni tantum injunxerit omnium legatorum præſtationem, ille ſolus legata præſtare tenetur. l. ab omnibus 104. de leg. 1. V. G. ſi ita juſſerit: Titius heres meus damnas eſto dare illud & illa legata, quæ in teſtamento reliquit, quod eſt ab uno herede legare, qui tenetur ſolida præſtare legata, imo ſi aliqua conjectura eſt, teſtatorem voluiſſe eum quidem gravare pro æqualibus partibus, quamvis ex inæqualibus inſtituti ſint, omnes heredes viritim tenebuntur, ad quod viſum fuit ſufficiens regulariter, ſi omnes heredes nominibus expreſſis appellaverit, niſi alia fortior urgeat voluntatis conjectura, ſic intelligendis l. turpia 54. §. 1. de leg. 1. ſecundum communem intellectum. l. ſi heredes 124. eod. tit. l. nonnunquam 24. ad S. C. Trebell. l. ita liber 8. §. 1. de ſtatuliberis. l. ſi communis 37. de ſtipul. ſerv. quam partem late & præ cæteris illuſtrat Ronchegallus in l. ſive acceptis 17. de duobus reis maxime ex num. 8.

§. XVIII. In hoc vero articulo duo textus ſe offerunt valde difficiles: primus exſtat in l. ſi a pluribus 107. de leg. 1. ex quo Accurſius videtur colligere, nullam differentiam eſſe inter obligationes hereditarias & inter eas, quæ inceperunt contra heredes ex voluntate teſtatoris; ſed plane res aliter ſe habet, ut ex ſpecie ejus conſtabit, quæ talis eſt: teſtator ab omnibus heredibus legata reliquit, id eſt, omnibus injunxit onus legatorum, ut tenerentur pro portionibus hereditariis; mox præcedit ad commodiorem ſolutionem legatorum, ut unus heredum omnes quantitates legatas præciperet, ad poteſtatem ſuam redigeret, & de manu ſua omnibus legatariis ſatisfaceret, ne legatarii indigerent omnes heredes convenire, quod eſt difficile, & plenum inquietatione & moleſtia. l. cum hi 8. §. in cauſſa 9. de tranſact. l. ſolent 3. de alim. & cibar. leg. non ut heredes hereditariaſque portiones legatis exonerent, ſed ad commodiorem exactionem legatorum, ut recte ſenſit Raphaël Cumanus, in qua quæſtione JCtus reſpondit, omnes heredes teneri legatariis, quia omnes damnati fuerunt, licet unus, qui ſolveret pro omnibus, electus fuiſſet a teſtatore, ſed tamen, quia commiſſarius iſte præceperat de hereditate omnes ſummas, de quibus ſolvenda erant legata, poſſe cæteros, ſi conveniantur, regredi contra eum, ut ipſos indemnes præſtet, vel caveat de indemnitate, ex quo apparet, hunc textum contrarium

Digitized by Google

rium non eſſe ſuperiori doctrinæ, & eo quotidie utimur in praxi, uni enim per arbitros calculatores addicuntur bona cum onere legatorum, qui ſatisfacit legatariis, ſed hæc applicatio non auſert legatariis jus conveniendi cæteros heredes, iſtis vero contra illum præſtat regreſſum indemnitatis: docent Cujacius *tract.* 2. *ad Africanum* in *d. textu.* idem Cujacius *tract.* 9. in *l. frater a fratre de condict. indeb. column.* 6. & latiſſime diſputans Honoratus Leotardus *de uſuris quæſt.* 97. *ex num.* 19.

§. XIX. Secundus extat in *l. ſi fundum* 81. *§. ſi libertus* 4. *de leg.* 1. ex quo videtur probari, ſi onus legatorum uni heredum injunctum ſit, cæteros quidem immunes manere, eum vero non teneri in ſolidum, ſed tantum pro portione hereditaria, & pro reliquis non ſubſiſtere legata; ergo falſum eſt, quod dixi, poſſe teſtatorem injungere totum onus legatorum uni ſoli heredi, ſed facile diſſolvitur difficultas, manifeſtata textus ſpecie, & reddita ejus ratione, quæ ſpecialis eſt: ſpecies ſie ſe habet, libertus patronum ſuum ex ſeptem unciis heredem inſtituit, alioſque coheredes ei dedit ex reliquis quinque unciis, quibus diſtribuit totum aſſem. §. *hereditas inſt. de hered. inſtit. cum ſimilibus.* deinde ita cavit, *quiſquis mihi alius ex ſupra ſcriptis cum patrono meo heres erit, ſervos illum & illum Titio lego, quos æſtimo ſingulos vicenis aureis.* quærit primo, quis teneatur præſtare legata ſervorum; reſpondet patronum non teneri, coheredeſque tantum teneri; hoc operatur verbum *alius*, quod ſignificat diverſitatem, quaſi diceret alius a patrono tenetur, ergo patronus non tenetur, quod eſt clarum ex regulis grammaticorum, & apud nos eadem ſignificatio obtinet, ut ex hoc ipſo textu docent multi relati a Barboſa *de dictionibus uſu frequentibus dict.* 26. *num.* 17. poſt Accurſium & cæteros Accurſianos: deinde quærit, an coheredes teneantur integra legata ſolidos ſervos Titio præſtare, reſpondet, tantum teneri præſtare pro quincunce id eſt pro portione hereditaria: poſtrema quæſtio non eſt hujus tractatus, quæramus modo, quare heredes in præſenti non teneantur præſtare ſolida legata, cum ipſis obligatio a teſtatore injuncta ſit, neceſſe eſt, ut hæc ſpecialitas proveniat ex ſpeciali voluntate teſtatoris, quod omnes agnoſcunt, ſed in ea indaganda non omnes conveniunt. Cujacius ad *eundem textum* dixit, provenire ex eo, quod legati fuerunt per vindicationem, ut conſtat ex illis verbis *vindicare poſſe*; cum vero adita hereditate tantum pro indiviſo & pro quinque unciis ſervi ad eos heredes pertinent, pro illa parte poterant contra ipſos a legatario vindicari; & textus in *l. ſi tibi* 86. *§.* 1. *eod.* & in *l. Mævius* 66. *§. eum qui* 5. *de leg.* 2. ubi totus ſervus ab uno herede exigitur, accipiebam cum eodem auctore de legato damnationis, ſed nunc non ſuſtineo, quia legatum vindicationis ſtatim a die ceſſionis dominum rei legatæ facit legatarium. *l. a Titio* 64. *de furt. cum ſimilibus.* Ergo priusquam dominium per aditionem pertineret ad omnes heredes, jam ſervi facti erant legatarii; aliter accepit Accurſius & poſt eum Albericus, Caſtrenſis, & Jaſo in *d. §. ſi libertus.* & Ant. Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 13. *in fine.* diſtinguens inter rem & quantitatem legatam, ut quantitas præſtanda ſit in ſolidum, ſed res pro parte hereditaria, quaſi non videatur velle teſtator plus ab herede relinquere, quam in illa re poſtea habiturus eſt, adita hereditate; ſed nec iſta placent, quia ſi in pecunia gravatur in ſolidum, cur non poterit gravari, ut rem pecunia redimat & ſolidam præſtet, quare nunc exiſtimo petendam eſſe conjecturam voluntatis ex illis verbis, *quos æſtimo ſingulos vicenis aureis*, cum enim hæc taxatio nullius momenti ſit ad computationem Falcidiæ, ut ibidem dicitur, aliud continere myſterium debent, ne ſuperflua ſint, contra textum in *l. ſi quando* 109. *de leg.* 1. illud vero myſterium ſolerter conſideravit Julianus, ut reſpectu legatarii loco pretii habeatur prædicta taxatio, ad quid autem teſtator pretium demonſtraret, neque de taxatione ſollicitus eſſet, niſi ut manifeſtaret, non habuiſſe animum legandi ſolidos ſervos a coheredibus, ſed tantum reſpectu portionum, ex quibus inſtituti erant, & per conſequens legatarium redempturum eſſe propria pecunia ſeptem partes, a quarum præſtatione immunis factus fuerat patronus.

§. XX. Ab obligatione legatorum ad obligationem pro dote deveniendum eſt, ut quæramus, utrum dividua ſit: ergo ut brevi faciam, quod pleniſſime latiſſimeque auctores noſtri proſequuntur, jus novum a vetere diſtinguo, nam ſecundum jus vetus certiſſimum erat, ſi pater, qui pro filia in poteſtate conſtituta dotem genero dabat, ſtatim in continenti ſtipulabatur, dotem ſibi reddi, ſolum acquirere actionem ex ſtipulatu pro dote, & per conſequens patre mortuo actionem diviſam deſcendere ad omnes heredes pro portionibus hereditariis. *l. unic. §. videamus, & §. & hoc C. de rei uxor. actione.* junctis *l* 3. *§.* 5. *de minor. l. quoties* 29. *ſolut. matr.* idem ſi ſtipulatur ex intervallo conſentiente tamen filia. *d. l. quoties* 29. docent Donellus *lib.* 14. *comment. cap.* 6. Cujacius, Giphanius, & Ramos in *d. §. videamus.* in quo non diſtabat a cæteris actionibus hereditariis; ſi vero ſtipulatio a patre interpoſita non erat, competebat naturaliter ad repetendam dotem actio de dote, quæ dicebatur rei uxoriæ; hæc, dum filia perſeverabat in patris poteſtate, communis erat utrique, neuterque ex iis agere poterat ſine alterius conſenſu. *l.* 2. *§.* 1. *cum ſeqq. ſolut. matr. l. qui hominem* 34. *§. ſi gener de ſolut.* filiæque in ſolidum actio competebat, quando ſui juris efficiebatur, vel morte patris vel emancipatione; igitur hæc actio rei uxoriæ non potuit eſſe hereditaria, quia deſinebat eſſe patris, ſimulac moriebatur, fiebatque filiæ jure proprio, & per conſequens ad eam pertinebat in ſolidum, ſive pro parte inſtituta eſſet, ſive exheredata, quia non proveniebat a patre, ſed a lege. *l. ſi ſocius* 81. *pro ſocio. l. ſi marito* 31. *§. ſi voluntate ſolut. matr. l. ſi pater* 14. *ad leg. Falcid.* ubi Cujacius *lib.* 9. *reſponſ. Papiniani*, & Goveanus, Ant. Faber *lib.* 13. *conject. cap.* 5. Schifordegherus ad *eundem lib.* 2. *tract.* 13. *quæſt.* 13. ecce quomodo neque hereditaria, neque dividua fuit actio rei uxoriæ, & hæc de jure veteri; Juſtinianus vero abolevit actionem rei uxoriæ, & tranſtulit omnino in actionem ex ſtipulatu. *§. fuerat antea* 29. *inſt. de action.* quo fit per conſequens, ut hodie actio de dote ſemper propria ſit filiæ mortuo patre, nec inter heredes cæteros dividatur. *d. §. videamus, & d. §. & hoc.* quare non eſt dividua, quia non eſt hereditaria: conſentit, licet veram rationem non præſtet Ant. Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 15. ſed præcipue videndi nuper citati.

§. XXI. Vidimus actionem de dote non dividi inter heredes patris, ſi filia ſuperſit; videamus modo, utrum obligatio de reſtituenda dote dividatur inter heredes mariti, qui dotem debebat; qua in re contrarii ſunt plurimi ex auctoribus noſtris, quos ſedulo adducunt noſter Ferd. Arias de Meza *lib.* 2. *var. cap.* 10. *num.* 16. & 17. meus etiam cultu & amicitia Olea *d. titulo* 4. *quæſt.* 6. *num.* 8. & 9. ego tamen ſubſcribo ſententiæ, cui ipſi ſubſcribunt, nempe dividuam eſſe inter omnes heredes, ut ſunt cæteræ obligationes hereditariæ; non enim video rationem aut textum, qui in contrariam opinionem me poſſit inclinare, ut aliquid ſpeciale in hac obligatione ſtatuam, quod in cæteris obligationibus defuncti non ſtatuerem.

§. XXII. Unus tamen locus in *l. cum ab uno* 53. *de leg.* 2. multos transverſos egit, qui idcirco ſeorſim & paulo preſſius explicandus eſt; ejus ſpecies eſt talis, maritus multis heredibus inſtitutis ab uno ſolo legatum uxori ſuæ reliquit pro dote compenſandi animo, ut JCtus ait, & teſtator ſcrip-

ſcripſit, quod alioquin ex natura rei veniebat, nam in hoc textu tantum competebat mulieri actio rei uxoriæ, ut conſtat ex illis verbis, *actio ei de dote dari debeat*; actio enim de dote appellabatur actio rei uxoriæ; per eam autem hæc actio competebat, & ſi mulieri a marito aliquid legabatur, ſemper cenſebatur relictum animo compenſandi cum dote, ut alterutro mulier contenta eſſet, vel dotem repetendo propria actione, vel legatum petendo actione ex teſtamento, & hoc appellabatur *Edictum de alterutro*, de quo in *l. ult. C. Theod. de teſtam. l. unic. §. primum 3. verſ. ſciendum C. de rei uxor. action.* quod non habuit locum in actione ex ſtipulatu pro dote, quapropter non cenſebatur relictum legatum animo compenſandi cum dote, niſi a teſtatore expreſſe diceretur, vel ſaltem colligi poſſet ex ſufficientibus conjecturis, ut conſtat ex *d. verſ. ſciendum*, & invenitur in *l. 2. C. de jur. dot. cum aliis*, quos adducunt prædictam differentiam obſervantes Cujacius & Giphanius ad *dd. §§.* idem Cujacius *lib. 3. obſerv. cap. 16.* & cum multis Valentia *lib. 3. illuſtr.* [illegible] *5. de leg. cap. 2. num. 19. & 20.* Arias d[illegible]a *d. lib. 2. var. cap. 10. in princ.* in qua differentia voluit Juſtinianus, ut retineretur natura actionis ex ſtipulatu; quapropter, niſi expreſſe dictum ſit, ut compenſetur legatum cum dote, utrumque uxor poteſt petere: videndi Ant. Faber *lib. 1. conject. cap. 3.* Schifordegherus ad *eundem lib. 2. tract. 13. quæſt. 4.* Coſta in *cap. ſi pater part. 1. verbo legavit num. 19.*

§. XXIII. Legavit ergo maritus uxori pro dote, ut alterutro contenta eſſet, & onus hujus legati uni ex heredibus injunxit hoc modo; *heres Mævius damnas eſto dare uxori meæ centum, quibus pro ſua dote contenta ſit*; in hac ſpecie, ſi uxor præferat legatum, non eſt dubium, quin illum ſolum heredem debeat convenire, quia teſtator uni ſoli heredi poteſt injungere onus omnium legatorum. *d. l. ab omnibus 104. de leg. 1.* uxor vero repudiavit legatum, & dotem petere maluit actione propria rei uxoriæ, quæſitum fuit, utrum actio de dote danda ſit ei in omnes heredes pro portionibus hereditariis, an in eum ſolum heredem, cui injunctum fuerat legatum: mero jure reſpondendum eſſet, in omnes dandam eſſe actionem, quia provenit ex obligatione hereditaria, quæ ipſo jure diviſa fuit inter heredes per Leg. XII. Tabb. ſed ex ſententia Juliani reſpondet JCtus, primum & ante omnes conveniendum fore heredem, a quo legatum relictum fuit, uſque ad quantitatem legatam, ut ſolus ſolvat illa centum, reliquam vero partem dotis præſtandam eſſe a cæteris pro portionibus hereditariis; rationem præſtitit JCtus, quia uxor alterutro contenta eſſe debuit, aut ſuo jure, id eſt actione de dote, aut judicio mariti, id eſt, actione ex teſtamento, quod ſi hanc præferret, deberet illum ſolum heredem convenire, ergo ſi præferat actionem de dote, idem facere debet, quia hoc æquum eſt, cum ſibi non nocet, & cæteris coheredibus proſit; itaque tota ratio dicidendi provenit ab æquitate & a natura rei uxoriæ, quæ non tantum bonæ fidei eſt, ſed quanto æquior & melior. *l. in his rebus 66. §. ſi vir 6. ſolut. matr. l. ſi cum 82. de ſolut.* notatur in *§. 29. inſt. de action.* Duarenus in *l. pen. ſolut. matr.* Rævardus *de auctor. prud. cap. 4. in fin.* Ergo locus Terentii Clementis non poteſt intelligi, niſi de actione rei uxoriæ, & propter ejus ſpecialem æquitatem, quod pridem eleganter docuit Dominus Ramos ad *d. l. unic.* & poſtea plenius in *hoc tractatu cap. 3. §. 2.* quem hujus intellectus auctorem laudarunt merito Domini auditores de Rota *deciſ. 127.* ex *Edictis de pignoribus* Mercurialis Merlini, quamvis non bona fide ſibi arrogaverit Arias de Meza *d. cap. 10. num. 15.* & eum præfero, omiſſis aliis excogitatis a Doctiſſimis Anteceſſoribus noſtris Pichardo in *hoc tract. num. 67.* Larreategui *lib. 4. ſelect. cap. 16.* Olea *d. quæſt. 6. num. 10.*

§. XXIV. Poſſet tamen dubitari, ſi ille heres, qui gravatus fuit, non ſit ſolvendo, an uxor poſſet pro tota dote cæteros coheredes pro portionibus hereditariis convenire, quod omnino aſſeverandum eſt, quia eſſet ſumma iniquitas, ſi vir poſſet ab obligatione reſtituendæ dotis reliquos heredes immunes facere in præjudicium uxoris, deinde quia æquitas tantum movit Julianum, ut diceret, primum conveniendum eſſe heredem gravatum, non vero dixit, ſolum conveniendum eſſe: ergo eo excuſſo, ſi ſolvendo non ſit, reliqui coheredes conveniendi erunt pro portionibus hereditariis ratione totius dotis, non tamen ſinguli in ſolidum pro tota dote, ut ſolebant veteres apud Ant. Gomezium *d. tom. 2. cap. 11. num. 15.* quæ de dividuis obligationibus dixiſſe ſufficiat.

CAPUT SECUNDUM.

De Obligationibus omni reſpectu individuis.

§. I. Primum nobiliusque obligationum individuarum exemplum eſt ſervitus, ſecundum quod docemur, ſervitutes itineris, actus, viæ, aquæductus & cæteras individuas eſſe. *l. 2. §. & harum. l. ſtipulationes 72. de. V. O. l. 9. tit. 31. Part. 3.* cujus tamen concluſionis praxin aut effectus non aliter recenſere valebimus, quam ſi ejus rationem adamuſſim examinaverimus: & quidem ratio alia communis eſt, quæ ad pleraſque refertur, alia magis ſpecialis, quæ refertur ad ſingulas; communis eſt, quia omnis ſervitus prædialis eſt qualitas, quæ efficit reſpicitque prædium dominans. *l. quid aliud 86. de V. S.* ut ubertas, ſalubritas & cæteræ; qualitas vero in eodem ſubjecto non poteſt pro parte adeſſe & pro parte abeſſe, veluti bonitas aut malitia, ſalubritas aut ægritudo, ergo in prædio dominante non poteſt eſſe, & non eſſe ſervitus: dicitur etiam ſervitus habitus prædii in *l. qui fundum 12. quemadm. ſervit. amitt.* ut qualitates paſſivæ in brutis bene vel male diſponentes corpus paſſi; libertas enim bene diſponit, ſi loquamur de prædio dominante, & ſervitus male circa prædium ſerviens; ſed habitus & qualitates, licet per tempus minui & augeri poſſint, & alterari, tamen dum inſiſtunt, afficiunt totum corpus, mentem, vel animam, ergo idem de ſervitute dicendum eſt, ſive ſit habitus ſive qualitas, quæ doctrina eſt Ariſtotelis: notandum autem eſt, has qualitates prædiorum eſſe extrinſecas, ſed non ideo minus, dum inſunt, totum prædium afficiunt, quam ubertas & ſalubritas, quæ ſunt intrinſecæ, ut licet ſub aliis terminis notant Alciatus, Cujacius, & Albericus Gentilis in *d. l. 86.* unde licet eodem modo philoſophari de hominibus atque de prædiis; ut enim prædium non poteſt eſſe pro parte liberum, & pro parte ſervire, ſic nec homo poteſt eſſe pro parte ſervus & pro parte liber. *l. ſi pariter 9. l. ſi duobus 30. de liber. cauſſ.* ita poſt Goveanum ratiocinatur Hilligerus ad Donellum *lib. 11. cap. 9. lit. F.*

§. II. Hæc prima aut primaria ratio efficit, ut ſervitutes tanquam qualitates prædiorum individuæ ſint, deinde uſus in pleriſque efficit, ut tales maneant etiam quoad praxin & in foro, ut ſic dicam, veluti iter, actus, via, quæ ex jure certam finitionem habent & certam menſuram, ſine qua

ſtare

ſtare non poſſunt; iter habet tres pedes in porrectum, ſex in amfractum, actus quatuor & octo ſecundum veterem Jurisprudentiam, viu octo & ſexdecim aliasque conditiones. *l. via latitudo 8. de ſervit. ruſtic. præd.* notant ad Legg. XII. Tabb. Ant. Auguſtinus *cap.* 14. Rævardus etiam *cap.* 14. Gothofredus *lib.* 2. *tit.* 11. Alex. ub Alexandro *lib.* 2. *dier. genial. cap.* 20. Donellus *lib.* 11. *comment. cap.* 13. *in fin.* & quamvis via poſſit conſtitui anguſtior vel latior octo pedibus. *l. via* 23. *de ſervit. præd. ruſt.* tamen dum non retinet legalem menſuram, non erit via ſed aliud quid, ut ibidem dicitur: idem de reliquis duabus dicendum eſt, igitur ſi dimidia via promittatur, non erit talis ſervitus, ſed aliu utilitas diverſa, & corrumpetur promiſſio itineris.

§. III. Eadem aut ſimili ratione ſervitus uſus, quamvis non ſit qualitas prædii, ſed delibatio plenæ proprietatis, & ſervitus perſonalis, tamen individua eſt. *l. uſus pars* 19. *de uſu & habitatione.* licet enim non habeat certam finitionem, ſive dimenſionem u lege, habet illam ex natura rei, nemo quippe poteſt uti pomis, floribus, & ſtramentis, niſi in quantum propria neceſſitas exigit, quæ conſiſtit in individuo, quia ſi non utatur toto, quod neceſſitas poſtulat, non habet ſervitutem uſus, deinde nec poteſt uti amplioribus fructibus, quam neceſſitas expoſcit, ergo per quemcunque defectum vel ampliationem hæc ſervitus corrumpitur, quæ doctrina hoc eleganti exemplo explicatur: inſtrumentum fundi eſt illud, ſine quo nec fundus poteſt coli, nec fructus poſſunt colligi. Varro *lib.* 4. *de ling. lat. l. in Inſtrumento 8. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* inſtrumentum autem conſiſtit in ſervis, animalibus, aratro, plauſtro & ſimilibus, quæ omnia corpora dividua ſunt, realiter vel intellectualiter, & tamen, ſi fundus cum inſtrumento legatus ſit, vel inſtrumentum per ſe, legatum inſtrumenti individuum eſt. *l. quæſitum* 12. *§. ſi quis* 14. *de inſtruct. vel inſtrum. leg.* quia inſtrumentum refertur ad neceſſitatem fundi, quæ nec recipit plus nec minus, ergo conſiſtit in individuo, quam rationem de individuo agentes reddiderunt Petrus Bellapertica (quem immerito rejecit Jaſo in *d. l.* 72. *num.* 40.) Caballinus *de individuis part.* 3. *num.* 47. & 48. Valentia *cap. ult.* Pichardus ex *num.* 148. Ramos *cap.* 5. *num.* 2. Cheſius *d. cap.* 50. *ex num.* 15. Ant. Faber in *l.* 5. *§. ſi duobus vehiculum ff. commod.* Hilligerus ad Donellum *lib.* 10. *cap.* 24. *lit. A.*

§. IV. Iſtæ quatuor ſervitutes omni reſpectu individuæ ſunt, tam ex parte ſervientium, quam ex parte dominantium, adeo quidem, ut neque ipſæ dividi poſſint, neque earum commoditas; conſtant enim forma indiviſibili, ut vidimus, quæ non admittit dimidiam, tertiam partem, aut alia nomina partitiva, ut dixit Jaſo in *d. l.* 72. *num.* 15. *in fin.* ergo ut recenſeamus hujusmodi totalis individuitatis effectus, primus eſt, has quatuor ſervitutes non poſſe pro parte promitti nec ab uno ex ſociis communis prædii. *l. 2. de ſervit. l. unus* 34. *de ſervit. ruſt. præd. l. ſi quis duas* 6. *§. ſi quis partem ff. communia prædiorum. l. ſi quis per fundum* 10. *de evictionn.* nec poſſunt pro parte legari, & per conſequens ab initio legatæ non poſſunt pro parte adimi. *l. pro parte* 11. *in fin. de ſervit. l. ult. de ſervit. leg. l. legata* 14. *§.* 1. *de adim. leg. l. & per jusjurandum* 13. *§.* 1. *per totum de accept.* ubi docemur, non poſſe pro parte acceptam ferri ſervitutem individuam ad differentiam acceptilationis partis uſusfructus, qui dividuus eſt, & hic eſt textus notabilis, ut probetur, iter & actum ſimul conſtituere ſolidam ſervitutem viæ, unde conſequens eſt, ut neque pro parte acquiri poſſit. *l. pro parte* 11. *de ſervit. l. fundum* 32. *de ſervit. ruſt. præd.* igitur eadem ratione, aut tota ſervitus per non uſum admittenda eſt, aut ſolidu retinetur, etiam per partem uſus, veluti habens viam per duos fundos per unum ivit, totam ſervitutem retinet, quia in individuis non poteſt dari uſus partialis, ſed quilibet uſus totalis eſt. *l. ut pomum* 8. *§.* 1. *de ſervit. l. ſi quis heredes* 30. *§.* 1. *de ſervit. urb. præd. l. una eſt via* 18. *de ſervit. ruſt. præd. l. quidquid* 10. *comm. præd.*

§. V. Secundus effectus eſt, ut actiones pro iſtis ſervitutibus competentes, dentur in ſolidum ſingulis heredibus unius ſtipulatoris, vel cuilibet ex reis ſtipulandi, & ut in ſolidum competant contra ſingulos ex pluribus heredibus ejusdem promiſſoris. *l. loci* 4. *§. ſi fundus ff. ſi ſerv. vindic. l. ſi unus* 19. *de ſervit. ruſt. præd. l. viæ* 17. *in fin. de ſervit. l. ult. de ſervit. leg. l. is qui quadringenta* 80. *§.* 1. *in princ. ad leg. Falc.* ergo nullus heredum partem ſervitutis dando liberabitur, quia nulla pars rei eſt in individuis. *l.* 2. *§. & harum, & §. ex his. l. ſtipulationes* 72. *l. ſi pluribus* 140. *§. ult. de V. O.* niſi dominus prædii ſervientis, quia prohibitus eſt uti ſervitute, ad intereſſe agat; tunc enim pro parte debet agere adverſus ſingulos heredes, cum intereſſe dividuum ſit. *d. l. loci* 4. *§. ſi fundus.* quemadmodum ſi inter multos dominos ejusdem ſervitutis agatur pro impenſis factis in refectionem itineris, actio inter ſingulos dividitur, quia ad pecuniam competit, quæ dividua eſt. *l. arbor* 19. *§. ſi per eundem ff. comm. divid.* ob eandem etiam rationem non veniunt in diviſionem familiæ ſive hereditatis, ſed ſolida ſervitus uni heredi adjudicatur, & æſtimatione facta damnatur per arbitrum ſolvere partem pretii cæteris coheredibus pro portionibus hereditariis. *l. heredes* 25. *§. an ea* 9. *fam. erciſc.* addendus eſt Valaſcus in *praxi part. cap.* 27.

§. VI. Superiori effectui tertius conſectaneus eſt, nempe ſi unus ex pluribus heredibus ſtipulatoris agat ſolus contra promiſſorem, vel e contra, ut victoria proficiat & noceat cæteris, quia in individuis quilibet eſt legitimus actor & defenſor in ſolidum, ut latius dixi in *academicis ad legem ſæpe de re judic.* & nunc probant textus in *l. loci* 4. *§. ſi fundo* 2. *cum ſeq. ſi ſerv. vindic.* qui caſus valde notandus eſt, quia, licet unus ex pluribus dominis ejusdem prædii non poſſit ſervitutem conſtituere, poteſt tamen recte vindicari contra unum, quia vindicatio ſupponit ab initio utilem conſtitutionem ſervitutis factam ab eo, qui habuit ſolidum jus eam conſtituendi, ex quo fit, ut ſi ſervitus impoſita ſit a liberto in fraudem patroni, quamvis tantum pro parte fraus contingat, tamen ſolidu revocetur a patrono, quia in individuis, quod in ſolidum non ſuſtinetur, in ſolidum revocatur. *l.* 1. *§. quamvis* 21. *ſi quid in fraud. patron.* ex quo etiam ſi ſervus communis duorum dominorum ſtipuletur ſervitutem, vel ei ſoli acquirit, qui fundi dominantis dominus eſt, vel ſi uterque ſit dominus, utrique acquirit in ſolidum, & non pro parte. *l. ſi communis* 17. *de ſtip. ſerv.* qui textus probat, ſervitutem nec dividi nec multiplicari inter multos ſocios, ſed tantum uſum ejus ampliari, quæ eſt ratio, quare decedente ſtipulatore multis heredibus relictis non corrumpatur ſtipulatio ſervitutis, & ut valeat legari duobus ſimul. *l.* 2. *de ſerv. leg. l.* 2. *§.* 1. *de V. O.* quia unius & ejusdem rei poteſt eſſe uſus apud duos in ſolidum. *l. ſi ut certo* 5. *§. ſi duobus vehiculum ff. commod.* & uſus unus eſt, non multiplex, quamvis amplior ſit, quia plures utuntur: prævidit Faber in *d. §. ſi vehiculum.*

§. VII. Quartus effectus ad legem Falcidiam ſpectat, & ad caſus ſimiles; ſi ſervitus legata eſt in illo teſtamento, in quo legi Falcidiæ locus eſt, ſervitus quidem ipſo jure per legem Falcidiam minui non poteſt, verum ſi legatarius eam vindicet, repellitur per exceptionem doli, niſi offerat quartam partem æſtimationis, qua conſulitur heredis ſcripti indemnitati. *l. ſi is qui quadringenta* 80. *in fin. ad leg. Falcid. l. pure* 5. *§.* 1. *de dol. mal. except.* idem obſervatur, ſi filius præferens querelam inofficioſi teſtamenti alium heredem vicerit, & ab alio ſuperatus ſit, juxta principium textus in *l. ſi*

Qqqqqqq 2 *pars*

pars judicantium 10. *de inoff. teſt.* tunc ſi ab herede ſuperante, qui retinet cauſſam teſtamenti, ſervitus legata petatur, repellitur legatarius per exceptionem doli, niſi offerat dimidium æſtimationis ſervitutis. *l. cum filius* 76. *de leg.* 2. quia cum ab initio conſtitiſſet ab utroque herede, iniquum eſſet, ut unus ſolidæ ſervitutis præſtatione gravaretur, non refuſa parte a legatario: hic poſſet adduci textus in *l. Papinianus* 8. *§. pen. & ult. de inoff. teſt. cum l. ſeq.* ſed abſtineo, quia de noſtris ſervitutibus non agunt, & quia ex profeſſo illos textus explicui in *d. l. ſæpe.* ſic dicitur de ſervitute ſola & per ſe relicta; aliud dicendum eſt, ſi fundus, & ad eum ſervitus per alium fundum ſimul relinquantur legatario, in hoc caſu competit legatum ſervitutis propter legatum fundi, adeo quidem, ut ſi legatum fundi inutile ſit, legatum ſervitutis evaneſcat, quia ſervitus fundo debetur, & non habenti fundum inutiliter legatur, qualitas enim ſine ſubjecto eſſe non poteſt. *l.* 1. *communia præd.* ergo ſi fundus & ſervitus ſimul legentur, & locus ſit Falcidiæ, quæ fundum minuat, mero jure diminuto fundo totum legatum ſervitutis perit, quia pro parte ſervitus conſtitui aut deberi non poteſt. *l. Plautius* 49. *§.* 1. *ad leg. Falc.* ſed ut minus detrimenti deportet legatarius, ita ſit computatio, ut ſimul computentur fundus & ſervitus. V. G. fundus computatur centum, ſervitus 30. tunc diminuitur tota ſervitus, quæ valet 30. & quia Falcidia adſcendit ad 32. & dimidium, tantum duo & dimidium præſtantur de fundo, & via deſervit defalcationi Falcidiæ, quæ alioquin, diminuto legato fundi, peritura erat. *l. ſi fundus* 23. *l. plane* 35. *cum ſeq. eod. tit.* ubi Goveanus, quæ eſt inſignis differentia inter utrumque caſum, quando ſola ſervitus ad fundum jam meum mihi legatur, aut quando ſimul fundus & ſervitus relinquuntur, quam poſt Claſſicos recta obſervant & expendunt Goveanus in *dd. locis.* Cujacius *lib.* 7. *reſp. Papiniani* in *d. l. cum filius* 76. Donellus *lib.* 8. *cap.* 27. & ibi Hilligerus *lit. C.* aliis laudatis.

§. VIII. Ex quo facile cenſeri poteſt de textu alioquin difficili, & inter Anteceſſores noſtros vexatiſſimo in *l. ſi fundum* 3. *de ſervit. leg.* ubi Marcellus unam tantum quæſtionem proponit & decidit, ad cujus deciſionem alias exinde natas intertexit; ſpecies eſt, teſtator fundum & ad eum viam per alium fundum Mævio legavit, eundem fundum Titio legavit ſine via, uterque ſunt disjuncti verbis, conjuncti re, ut hoc textu adducto potius quam expenſo docuit Ramoa *de jure accreſc. cap.* 1. *num.* 32. conjuncti re habent ab initio ſolidum, & concurſu partes fiunt inter ipſos. *§. ſi eadem res inſtit. de leg.* Ulpianus in *fragm. tit.* 24. *§. ſi duobus* 12. fingamus autem, utrumque ad legatum concurrere, & partem fundi ferre, conſtat interire legatum viæ, quia ad partem fundi acquiri non poteſt. *l. pro parte* 11. *de ſervit.* ſed fingamus, Mævium prius agnoviſſe legatum deliberante Titio, poſtea Titium repudiaſſe legatum, & Mævium retinuiſſe ſolidum fundum, numquid vires ſortitur legatum ſervitutis? Reſpondet Marcellus, *& hoc magis videbatur*, quæ verba affirmativa accipiunt quamvis confuſe Accurſius, & poſt eum clarius Bartolus & Cujacius ad *hanc legem.* idem *lib.* 1. *obſ. cap.* 25. & *lib.* 23. *cap.* 11. Merillius *lib.* 3. *variant. ex Cujacio cap.* 9. & in hoc conſentiens Henr. a Suerin *repet. lect. cap.* 24. mihi tamen diutius hunc textum intuenti aliter ſedet, nempe prædicta verba tantum eſſe dubitantis, & ex fine textus petendam eſſe deciſionem propoſitæ quæſtionis, quæ negativa eſt, quod probo ex contextu totius legis. Primo enim in *verſ. quanquam*, ex quo videtur in contrarium inclinare, quamvis non inclinet, ponit uni eidemque legatario fundum ſub conditione legaſſe, viam pure, docetque, ſi cedat dies legatæ ſervitutis, prinſquam veniat conditio fundi legati, evaneſcere legatum ſervitutis propter præcocem ceſſionem, qui enim fundum nondum habet, non poteſt ad eum habere ſervitutem. *l.* 1. *§.* 1. *comm. præd.* & actus morientium non ſuſpenduntur, quamvis actus viventium ſoleant ſuſpendi. *l. ult. eod. tit.* videndi Molina & addentes *de primogeniis lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 23. Secundus caſus eſt præcedenti perſimilis, quando uni eidemque pars fundi, & via ad eum pure legatæ fuerunt, pars vero ſub conditione; ſi prius cedat partis & viæ legatum, quam veniat conditio, evaneſcit ſervitus, quia ad partem acquiri non poteſt. Tertius caſus eſt, quando duo vicini communem fundum habebant, & utrique ſervitutem ad eum teſtator legavit, ſed alteri pure, alteri ſub conditione, ſi pendente conditione deceſſiſſet teſtator, & cedente legato puro nondum venerit conditio alterius legati ſervitutis, evaneſcit ſervitus, quia uni ex ſociis legari non poteſt, ut ſupra dixi: videamus nunc rationem, quam præbet JCtus in ultimis verbis, *quia alterius legatarii perſona impedimento eſſet, quominus ſolidus fundus cum via vindicaretur.*

§. IX. Quæ verba Accurſius refert ad ultimum caſum, in quo non fundus, ſed ſola ſervitus legata fuit, ſed cum ratio de vindicando ſimul fundo cum ſervitute agat, invertit ſenſum literæ, & ita accipit, ut via vindicetur ſolido fundo, quæ explicatio rejectione non indiget. Cujacius *d. lib.* 23. *cap.* 11. refert prædictam rationem ad principium textus, quando legatarius uterque agnovit legatum, & partem fecit, ſed hoc eſt contra mentem verbaque JCti, qui hujus deciſionis magis propriam & expreſſiorem rationem reddidit ibi, *quia neque acquiri pro parte ſervitus poteſt.* ad quid ergo inſulſe alium rationem præberet difficilem nec valde propriam, quia legatarii concurrentis perſona non dicitur impedire vindicationem totius fundi cum via, ſed partem facere: ergo poſtrema verba nulli caſui quadrant niſi ſecundo, cui adornando cæteri ſubſternuntur, ſed tunc deciſio difficillima videbitur, quia in reali conjunctione ſolidum ſingulis legatariis ab initio debetur, & ſolidum unusquisque poteſt vindicare; ergo nu[illegible] pars aliena eſt in fundo duobus legato ſub conjunctione reali ad hoc, ut evaneſcat ſervitus; ſed acumen Marcelli inde provenit, quod, deliberante legatario, alter legatarius fundum vindicans dominium partis irrevocabile acquiſivit, partis vero alterius dominium revocabile. *l. ſi dominus* 17. *§.* 1. *l. Titio* 34. *ad leg. Aquil. l. ſimiles* 31. *de teſtamenta militis.* ergo quo minus irrevocabiliter totum fundum cum via vindicaret, qui agnovit legatum altero deliberante, alterius legatarii perſona impedimento erat, ut ait JCtus, & quamvis, eo poſtea repudiante, irrevocabile dominium totius fundi acquireret (ut ex prædictis textibus conſtat, & ex veriori ſententia, quam ſequuntur Goveanus *lib. ſing. animadv. cap.* 6. Faber *de error. Pragm. decad.* 49. *err.* 9. Præceptor meus *d. num.* 32.) tamen ſervitus, cujus dies inutiliter ceſſit propter partem tantum revocabiliter acquiſitam, ſemel evanuit & amplius reviviſcere non potuit, quia actus morientium ſuſpenſionem non recipiunt, ſed ſtatim perficiuntur aut omnino non valent. Ita undecim abhinc annis expoſui ex ſuggeſtu, cum primo propugnavi publica diſputatione hunc tractatum.

§. X. Opportune in præſentiarum explicandus eſt textus ſumme difficilis in *l. ult. comm. præd.* de quo ex profeſſo agit Ant. Faber *lib.* 19. *conject. cap.* 16. primo ponit regulam, quæ recepta fuit per diſputationem fori contra nimiam juris ſubtilitatem, nempe ut quamvis uni ex dominis prædii communis ſervitus promitti non poſſit, tamen ſi utrique promiſſa ſit, poſſit diverſis temporibus conſtitui; imo licet diverſis temporibus promittatur, ſi in ſolidum ſingulis promittatur, ſuſtinetur promiſſio; idem dicendum eſt, ſi duo domini

ni pro indiviſo ejusdem prædii ſervientis diverſis temporibus ſervitutem promittant vel conſtituant. Hæc regula etiam traditur in *l. per fundum* 11. *de ſervit. ruſt. præd.* in qua docemur, ſubtili jure confirmari ceſſionem primi per ceſſionem noviſſimi: non eſt jus ſubtile ſtrictum jus, quod alioquin poſcebat, ut uno actu omnes unoque contextu cederent, ſed e contra jus, quod dimanavit ex ſubtilitate JCtorum contra ſtrictum jus: ſubtilitas hæc contenta fuit, ut omnes domini prædii ſervientis poſtmodum cederent, & effectum reſpexit non tempus ceſſionis, quomodo etiam accipiendus & ampliandus eſt textus in *l. ſi quis* 6. §. *item ſi duo comm. præd.* ita hoc ſubtilius exponit Hilligerus ad Donellum *lib.* 11. *cap.* 9. *lit. G.* quo evitatur emendatio Ant. Fabri, qui in *d. l.* 11. legebat negative: æquitas tamen ita recepta fuit, ut ceſſio noviſſimi traheret ad ſe ceſſionem primi, non ut ceſſio noviſſimi retrotraheretur ad ceſſionem primi, ut cum judicio obſervant Faber *d. cap.* 16. Hotmanus apud Hilligerum *ubi proxime*, ex quo efficitur, ut ſi primus vivat, & in eodem ſtatu perſeveret, quo tempore noviſſimus cedere poteſt, non poſſit primus mutare voluntatem, nec venire contra ante actam ceſſionem, quod ex eadem benignitate receptum fuit, quia nemini licet contra proprium factum venire, nec quod ſemel placuit amplius diſplicere poteſt, ut eſt juris regula, quæ exornatur ex *l. poſt mortem* 15. *de adopt. l. venditor* 13. *comm. præd. l. cum a matre* 4. *C. de rei vindic.* Sic etiam in *d. l.* 11. in *fine.* ut explicant Accurſius & Ant. Faber, Donellus *d. cap.* 9. ubi Hilligerus *lit. K.* facit etiam textus *l.* 10. *tit.* 31. *Part.* 3. ergo per contrarium, ſi antequam noviſſimo cedat primus deceſſerit, evaneſcit conſtitutio aut promiſſio ſervitutis, quia deficiente cedente non poteſt ceſſio eſſe in ſuſpenſo. Faber *d. cap.* 16. Cujacius *tract.* 6. *ad Africanum* in *l. fundus* 32. *de ſervit. ruſt. præd.* Ant. Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 3. *num.* 12. & *cap.* 16. *num.* 16. Hilligerus *d. cap.* 9. *lit. H.* qui recte notant, idem dicendum eſſe, ſi non deceſſerit primus, ſed partem ſuam alienaverit, quia non remanet res in eodem ſtatu, cum alius ſit novus dominus, qui non ceſſit, & per conſequens, qui contradicere potuit, cum non veniat contra proprium factum: idem vice verſa dicendum eſt, ſi non agamus de pluribus ſociis cedentibus, ſed de pluribus ſociis dominis ejusdem prædii dominantis, quibus ceſſio fit, noviſſima enim ceſſio confirmat priorem, & res in eodem ſtatu debet permanere. *d. l. ult. verſ. idem juris.*

§. XI. Sequitur *verſ. ergo ex diverſo*, ubi JCtus quærit, quid dicendum ſit, ſi ei, qui nondum ceſſit, aliquid eorum contigit, nempe ut deceſſerit, vel partem alienaverit; reſpondet JCtus, novum ſocium, heredem, vel emptorem prorſus mutare cauſſam primæ ceſſionis, adeo quidem ut omnes denuo cedere debeant, alioquin ſervitus non conſtituitur: ita Faber *d. cap.* 16. & in *Rational.* quem ſequor contra Accurſium; ratio eſt, quia primus ceſſit contemplatione ſocii præſentis, & forſan non cederet, ſi alium ſocium haberet, cum quo computaturus eſſet damnum ceſſionis, igitur juſtum eſt, ut ad hunc caſum non extendatur ſuperior æquitas, per quam ceſſio primi in ſuſpenſo retinetur.

§. XII. Cum in hoc poſtremo caſu Paulus concludat, per mortem noviſſimi, qui nondum ceſſit, evaneſcere ceſſionem primi, proſequitur in *verſ. idemque* docens, idem dicendum eſſe, ſi alter ex ſociis cedat inter vivos, alter in teſtamento leget ſervitutem: ita Faber, quod prius docuerat Accurſius; ratio ut exiſtimo eſt, quia licet legatum ſervitutis ſtatim cedat a morte teſtatoris, tamen hæc ceſſio legati excurrit in tempus inhabile, nempe in tempus heredis, qui illam conſtituturus eſt, de quo ſocio non cogitavit primus cedens: ergo omnia non ſunt integra, ut ex benignitate prima ceſſio in ſuſpenſo maneat; tandem in *verſ. nam ſi omnes* quærit, quid dicendum ſit, ſi omnes ſocii ejusdem prædii ſervientis ſinguli de ſe in teſtamento legaverint ſervitutem; hoc in caſu non valet conſtitutio ſervitutis, quia fit pro partibus, neque admittitur prædicta ſuſpenſio; rationem præbet JCtus, quia actus morientium non poſſunt ſuſpendi, ſed ſtatim valent aut omnino non valent. *l.* 3. *de reg. Caton. l. cætera* 41 §. *tractari de leg.* 1. igitur uno caſu valebit legatum ſervitutis a pluribus ſociis relictæ, veluti ſi omnium ſimul adeatur hereditas; tunc enim concurrit eodem tempore jus ex omnibus teſtamentis, nec ulla ſuſpenſione vitiatur, ut in caſu ſimili, qui exſtat in *l. duo ſocii* 8. *de hered. inſtit.* ex hoc textu Cujacius in *l.* 3. *de ſervit. leg.* & *lib.* 1. *obſ. cap.* 23. exiſtimavit, legatum ſervitutis cedere ab adita hereditate, & ex *l. ſi partem* 19. §. 1. *quemadm. ſerv. amitt.* in quo cum ſequitur Merillius *lib.* 3. *variant. ex Cujacio cap.* 9. emendata *d. l.* 3. Accurſius tamen ibi & Faber in *d. l. ult.* Henr. a Suerin *d. cap.* 24. & alii communiter, quibus accedo, contra ſentiunt, nam ſolas ſervitutes perſonales, quæ non transmittuntur ad heredes, cedunt ab adita hereditate *l. unic.* §. *libertatibus C. de caduc. toll. l.* 1. *quando dies uſusfr leg. cedat. l. heredis* 7 §. *ult. cum leg. ſeq. quando dies legat. cedat.* ſed ſervitutes reales transmittuntur, ergo debent cedere a morte teſtatoris, ut dicitur in *d. l.* 3. & tamen hic diſtinguenda eſt duplex ceſſio, altera quoad transmiſſionem, quæ eſt initiativa, altera quoad diviſionem ſervitutis, quæ eſt effectiva. *d. l. ult. de ſerv. leg.* ſufficit autem ad hoc, ut recte conſtituatur ſervitus ex duorum ſociorum teſtamentis, quod utriusque ſocii ſimul adeatur hereditas, & quod ſimul ab utriusque heredibus incipiat deberi, quia magis hæc ceſſio ſpectatur quam prima: ita eleganter contra Cujacium & Fabrum amiciſſimus & doctiſſimus commagiſter olim meus Don Laurent. Santos in *acad. ad tit. de ſervit. ſect.* 1. quæ de his textibus dixiſſe ſufficiat.

§. XIII. Sed ut abſolvamus effectus, ex eadem ratione individuitatis fit, ut ſi ſemel ſervitus recte conſtituatur, non poſſit pro parte amitti adimive. *l. ut pomum* 8. §. 1. *de ſervit. l. una eſt via de ſerv. ruſt. præd.* Unde ſi dominus prædii dominantis nactus ſit partem prædii ſervientis, pro parte, quæ remanet aliena, conſervatur tota ſervitus. *l. ſi quis ædes* 30. §. 1. *de ſerv. urb. præd.* & quod magis eſt, ſi prædia ſervientia inter ſe invicem communicentur inter ſocios pro partibus, quæ alienæ remanent pro indiviſo, ſervitus retinetur. *l. ſi ususf* 34. *de ſerv. ruſt. præd* aliud tamen dicendum eſt, ſi, cum fundus Titianus communi fundo ſerviret, in communi ab utroque ſocio redemptus ſit, quo caſu ſervitus confunditur. *l. ſi communi* 27. *eod. tit.* quia cum uterque fundus ſerviens & dominans communicatur, uterque dominus partem retinet, & partem non retinet, quare retinetur ſervitus pro parte aliena; ſed cum ſerviens a duobus acquiritur, par eſt utriusque cauſſa in fundo, ex quo naſcitur confuſio; idem de ædibus dicendum eſt. *l. ſi quis* 6. §. 1. *comm. præd.* junctis *l. tria prædia* 31. *cum* 2. *ſeqq. de ſerv. ruſtic. præd.* ſed hæc vera, poſtquam jam ſervitus conſtituta eſt; cæterum quando tantum debita eſt, ſi pars prædii ſervientis vel dominantis alienetur, ſtipulatio corrumpitur. *l. exiſtimo* 98. *princ. l. ſi ſub una* 136. §. 1. *l. pluribus* 140. §. *etſi* 2. *de V. O.* quia jam conſtituta radicatur in toto fundo & in qualibet parte integre, tanquam anima in corpore; ante conſtitutionem vero debetur univerſo fundo, non partibus, quare alienatio partis corrumpit obligationem; docent Pichardus *de indiv. cap.* 11. Valentia *cap.* 7. Cheſius *d. cap.* 30. *ex num.* 16. & alii ſupra laudati.

§. XIV. Ex quo etiam apparet ratio, propter quam ad certam partem fundi ſervitus conſtitui

poteſt. *l. ad certam 6. de ſervit.* non quia certa pars pro diviſo intelligenda eſt, ut multi voluerunt apud Pichardum *d. cap.* 11. *ex num.* 164. quia hæc non eſt pars ſed totum. *l. ſi quis* 6. §. 1. *comm. præd.* ſed quia conſtituere ſervitutem ad partem nihil aliud eſt, quam deſignare partem, per quam, & non per aliam præciſe eundum ſit, ut poſt Eguinarium Baronem expoſuit idem Pichardus *ex num.* 171. quod magis pertinet ad modum uſus, quam ad cauſſam ſervitutis, cum æque individua ſit, ſive hac ſive illac eatur, quemadmodum poteſt per tempora uſus dividi: ut alternis horis vel diebus eatur. *l. via* 5. §. 1. *eod. tit.* Donellus *lib.* 11. *comm. cap.* 10. ut poteſt uſus reſtringi & modificari, ut eatur interdiu non noctu. *l. iter* 14. *comm. præd.* Cujacius *lib.* 7. *quæſt. Papiniani* in *lege* 4. *de ſervit.* Faber in *l. ſi ut certo* 5. §. *ſi duobus vehiculum ff. commod.* Hilligerus *d. cap.* 10. *lit.* C. Ant. Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 10. *num.* 15.

§. XV. Hactenus ſatis ſuperque egimus de ſervitutibus individuis omni reſpectu, reſtat ut diſquiramus de aliis, quæ in ſe individuæ ſunt. *l. ſtipulationes* 72. *de V. O.* ſed in commoditate, quæ ex illis provenit, ſunt dividuæ; inprimis aquæductus ſervitutem eſſe individuam non poſſumus negare Ulpiano expreſſe aſſerenti in *d. l.* 72. per contrarium multos effectus cernimus dividuitatis in hac ſervitute; ſi enim de ea inter plures comportionales controvertatur, redditur judicium communi dividundo, & inter plures heredes redditur judicium familiæ erciſcundæ. *l. ſi arbor* 19. §. *ult. comm. divid. l. Lucio de aqua quotidiana & æſtiva.* quod pro ſuperioribus ſervitutibus non redderetur. *l. heredes* 25. §. *an ea* 9. *fam. erciſc.* item ſi fundus, cui debetur aqua, pro parte alienatus ſit, aqua ipſa dividitur, & pars ſequitur partem alienatam, pars retinetur cum parte retenta. *l. ſi partem* 25. *de ſerv. ruſt. præd.* nec aqua augetur ſine nova promiſſione aut conſtitutione, etſi poſtea fundus augeatur. *l. non modus* 12. *C. de ſervit. & aqua.* poteſtque ad partem fundi concedi, ut reliquo fundo non debeatur. *l. ex meo* 24 *eod. tit.* quod de cæteris ſervitutibus dici non poſſet. *l. pro parte* 11. *de ſervit.* denique aqua menſuris dividitur, ut cæteræ res dividuæ. *l. cum conſtet* 5. *de aqua quotid. & æſtiv.* unde ſi impenſum eſt a corrivali, in reficiendo rivo non competit actio communi dividundo, aut familiæ erciſcundæ pro recuperanda parte expenſarum, quæ ſolet reddi pro rebus individuis. *l. heredes* 25. §. *in illa* 13. *fam. erciſc.* ſed actio negotiorum geſtorum. *l. liberto* 31. §. *ult. de neg. geſt.* quia pro qua parte alterius ſervitus eſt, in rem alienam impendit, cum hæc ſervitus dividua ſit: ita hunc textum accipio, omiſſis Cujacio ibidem *lib.* 2. *reſp. Papiniani.* Pacio *cent.* 2. *quæſt.* 63. Hæc ſunt, quæ dividuam eſſe ſervitutem aquæ decretorie mihi probant, omitto alia, quæ magis pertinent ad modum quam ad ſubſtantiam ejus, nempe ut alternis horis, diebus, vel tempeſtatibus cedi poſſit, diverſis utentibus. *l. ſi ſic conſtituta* 7. *l. ſi communem* 10. §. 1. *quemadm. ſerv. amitt. l. ſi prius* 17. *de aqua pluvia arcend. l.* 1. §. *illud* 15. *l.* 2. *l. Lucio* 4. *de aq. quot. & æſtiv.* quia iſtæ alternationes non reddunt dimidiatum uſum ſervitutis, ſed modificatum, quem recipiunt cæteræ omnino individuæ. *d. l. Lucio.*

§. XVI. Noluit hanc dividuitatem agnoſcere Bartolus in *d. l.* 72. *in oppoſ.* 1. neque Jaſo eum ſecutus *num.* 13. quin potius dixit, omnes ſervitutes quoad jus eſſe individuas, quoad commoditatem dividuas, quam doctrinam tenet Cujacius *lib.* 3. *quæſt. Papiniani* in *l. etſi forte* 6. §. *ſi ædes* 4. *ſi ſerv. vindic.* aliique multi; ſed ego non video, qualiter hæc ſervitus comparari poſſit cum ſuperioribus, quare potius ſequor doctrinam Caballini *de individ. part.* 3. *ex num.* 360. Pichardi alios referentis *d. cap.* 11. *num.* 150. ut dividuitas metienda ſit ex commodo, quod provenit a ſervitutibus, namque ſi certam finitionem non habeant vel a lege vel a neceſſitate, ut quatuor ſupra dictæ, & rurſus utilitas, quæ ex iis provenit, dividua ſit, veluti aqua, quæ dividi poteſt per menſuram, dicendum dividuam eſſe, quod accidit inter corrivales ipſos, ſi velint uſum dividere; cæterum ex parte plurium promiſſorum vel plurium heredum ejusdem promiſſoris aliter ſe habet: nemo enim liberatur, niſi totam aquam conſtituendo. *l. ſtipulationes* 72. *de V. O.* quam ſic accipio, ut ſonat, quia verum eſt, totam ſervitutem non dari, quando pars non datur, in quo ſenſu individua eſt.

§. XVII. Ex quibus planiſſime deſcendimus ad ſervitutem uſusfructus, quæ diverſis reſpectibus dividua eſt & individua, individua eſt, quia eſt qualitas, ut prædiales ſervitutes, ideo non poteſt conſtitui uſusfructus cæterarum ſervitutum, quia qualitas qualitatis non datur. *l.* 1. *de uſufr. leg.* unde ſi a teſtatore promiſſus ſit uſusfructus, & poſt conſtitutionem decedat, pluribus heredibus relictis, omnes tenentur pati, ut uſufructuarius utatur fruatur; alioquin omnes tenentur, uno prohibente, & promiſſa pœna in ſolidum committitur, quia intereſt prohibiti a nemine prohiberi. *l.* 4. §. *ult. de V. O. l.* 3. *verſ. dare de uſufr.* ante vero quam per patientiam conſtituatur uſusfructus, magis dividuus eſt quam ſervitus aquæ, inprimis quia dividitur obligatio defuncti promittentis pro portionibus hereditariis, & per legem Falcidiam quarta pars diminuitur, & perit pro parte non utendo, & acceptilatione tollitur pro parte, & venit in judicium communi dividundo: in ſumma, quidquid dicitur de rebus omnino dividuis, dicitur de uſufructu. *l. uſusfructus* 5. *l. ſi cujus* 13. §. *ſed ſi de uſufr. l.* 1. *de uſufr. accreſc. l. excepta* 14. *l. placet* 25. *quibus modis uſusfr. amitt. l. etſi forte* 6. §. *ſi ædes* 4. *ſi ſerv. vindicetur. l. communi* 7. §. *ſed etſi* 7. *comm. divid. l.* 1. §. *ſi uſusfructus. l. ſi uſusfructus* 41. *ad leg. Falc. l. Lucio* 4. *in fin. de aq. quotid. & æſtiv. l. & per jusjurandum* 13. §. 1. *de acceptil.* notant communiter auctores & poſt eos Joannes del Caſtillo *de uſufr. cap.* 31. *ex num.* 17.

§. XVIII. Servitutem etiam oneris ferendi dividuam eſſe exiſtimarunt noſter Valentia in *hoc tract. cap.* 7. *num. ult.* & Cujacius in *l. in executione* 85. *de V. O.* qui tamen videtur rectius ſentire in *recit. ad l. ſi forte* 6. §. *ſi ædes* 4. *ſi ſerv. vind.* & *lib.* 3. *quæſt. Papiniani.* individuam vero eſſe cenſuit Treutlerus *vol.* 2. *diſp.* 27. *th.* 4. cui ego conſentio, cujus naturam ut percipiamus, obſervandum eſt, hanc ſervitutem in eo conſiſtere, ut vicini paries onera vicini parietis ſuſtineat. *d. l. etſi forte* 6. §. *etiam ſi ſerv. vindic.* in quo diſtat a cæteris ſervitutibus, quæ ſola patientia contentæ ſunt. *l. quoties* 15. *de ſervit.* hæc vero petitur, ut ſerviens parietem ſuum reficiat, & aptum habeat ferendo oneri. *l. eum debere* 33. *de ſervit. urb. præd. l. etſi forte* 6. §. *etiam. l. ſicut* 8. *ſi ſervit. vindic.* ergo conſequens eſt, ut hæc ſervitus individua ſit, quia onus ferri & non ferri pro parte nequit, ex quo ſinguli domini prædii dominantis in ſolidum poſſunt agere pro hac ſervitute. *d. l.* 6. §. *ſi ædes* 4. igitur individua eſt, *arg. l. heredes* 25. §. *in illa* 9. *fam. erciſc. l.* 2. §. *& harum*, & §. *ex his de V. O.* ſi vero agant, ut domini ædium ſervientium reficiant parietem, ad impenſas agunt, quæ individuæ ſunt; idcirco pro parte experiri debent, quod non pertinet ad ſubſtantiam ſervitutis, quæ potius ſupponit parietem jam aptum oneri ferendo, & alia ratione in ſolidum contra ſingulos dominos prædii ſervientis agi non poteſt, quia in pariete communi ſocius invito ſocio nihil facere vel immittere poteſt. *l. ſi ædes* 12. *l. Sabinus* 28. *comm. divid.* ut in hoc recte advertunt Valentia *d. num. ult.* Faber in *d.* §. *ſi ædes.* cætera, quæ ad hanc ſervitutem ſpectant, pro-

proſequuntur Cæpolla *de ſervit. urb. præd. cap.* 37. *&* 58. Donellus *lib.* 9. *cap.* 21. & ibi Hilligerus *lit. J.* & *lib.* 11. *cap.* 4. *in fin.* Pichardus in §. 1. *inſtit. de ſervit. a num.* 6.

§. XIX. Secundum exemplum obligationis individuæ brevius exponendum, quia nonnulla dicta remanent ſupra *præludio* 3. igitur obligationes factorum plerumque individuæ ſunt, nonnunquam dividuæ, cujus diſtinctionis ut doctrinam præſtemus, multipliciter diſtinguenda ſunt facta in obligationem deducta: in quibusdam eligitur induſtria perſooæ, veluti ſi pictor promittat operas pictorias, vel faber fabricare domum propria induſtria & directiooe; hæc facta perſooalia noo tranſibant olim in heredem, quia conſiderabatur magna differentia inter artifices, ut ooo poſſet alter præſtare, quod alter promiſerat. *l. inter* 31. *de ſolut.* Juſtinianus vero hanc ſcrupuloſitatem ſuſtulit in *l. veteris* 13. *C. de contr. & comm. ſtipulat.* quia poteſt per æquipollens idem opus perfici, ut alias in aliis conſideratur factis in *l. ſi ita fuerit* 13. §. 1. *de manumiſſ. teſt*, quæ ita componitur cum *l. ſi non fortem* 26. §. *libertus de condict. indeb.* notaot Donellus *lib.* 15. *cap.* 12. & ibi Hilligerus *lit. E.* olim igitur non poterat dubitari de individuitate hujus obligationis, quia ad heredes non deſcendebat, hodie vero idem de illa dicendum eſt, quod dicemus infra de illis factis, quæ operæ conſummationem requirunt.

§. XX. Secundo obſervanda eſt alia diſtinctio, nam quædam facta perdurabilia ſunt, & poſt operam manent facta, veluti ioſulam fabricare, ſtatuam, & alia ſimilia; quæ opera perficiuntur, ſed poſt permanent facta, quotum ſubſtantia ex conſummatione conſtat, quia in forma exteriori conſiſtunt, quæ dat eſſentiam rei ipſi, quare hæc facta ſemper individua ſunt, quia non cenſentur facta, donec conſummentur. *l. ſi is qui quadringenta* 80. §. 1. *ad leg. Falcid. l. ſtipulationes* 72. *verſ. idem de V. O.* ex qua doctrina explicantur tria factorum exempla, quæ ſolent videri difficilia in hac tractatione, nempe ſi ex ſtipulatione de novi operis nunciatione agatur ad demolitionem operis facti contra ioterdictum, & plures ſint poſſeſſores ejusdem operis, vel plures heredes unius promiſſoris, in ſolidum adverſus ſiogulos agitur, ut ædificatum deſtruatur, & opus reſtituatur in priſtinam formam, quia ſi pro parte tantum reſtitueretur, non ſatisfieret obligationi: *l.* 4. §. *ult. l. pen.* §. *quæſitum de novi operis nunciatione. l.* 2. §. 1. *de prætor. ſtip.* item ſi ex cautione damni ioſecti eundum ſit in poſſeſſionem communium ædium ruinoſarum, unusquisque ex dominis patitur miſſiooem in poſſeſſionem in ſolidum, quia alioquin dominus ædium, quibus ruinoſæ minantur, non haberet ſibi ſatis cautum. *l. ædium* 23. *de pecul. l. in ſtipulatione* 23. *de damn. infect.* pro ea tamen parte, pro qua poſſeſſores damnum datum reſarcire tenentur, dividoa obligatio eſt, quia continet promiſſionem pecuniæ. *l. ſi quis* 6. §. 2. *comm. divid. l. non alienum* 10. *l. qui ſervum* 20. §. *ult. de interrog. in jure faciendis. l. plures* 27. *l. ex damni* 40. §. *quoties* 2. *de damn. infect. l. ſupra iter* 11. §. *officium de aqua & aq. pluv. arcend.* ideo, quod ſocius pro ſocio eo nomine præſtat, repetit actione negotiorum geſtorum, quia alienum negotium geſſit. *l. ſi communes* 40. *de neg. geſt.* ſecus ac ſi in re individua impenderet, tunc enim vel familiæ ereiſcundæ vel communi dividundo experiretur, quia proprium negotium peragit. *l. heredes* 25. §. *in illa* 13. *fam. erciſc.* denique ſi ex cauſſa aquæ pluviæ arcendæ, vel ex interdicto *quod vi aut clam* denunciandum ſit opus, quod clam factum fuit, vel per quod nocetur fundo vicini, ad demolitionem operis individua eſt actio. *l. ſi tertius* 6. §. 1. *d. l. ſupra iter* §. *officium de aq. & aq. pluv. arc. l. ſemper* 15. §. *ſi in ſepulchro quod vi aut clam.* docet Cujacius *lib.* 23. *obſerv. cap.* 6.

§. XXI. Ex eadem ratione operá promiſſá dicitur individua in *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi in opera de leg.* 3. *l.* 1. §. *ſed operis ad leg. Falcid. l. libertus* 15. §. 1. *de oper. libert. l. ſtipulationes* 72. *l. in executione* 85. §. *ſecunda ad opus de V. O.* ideo nec pro parte repeti poteſt. *l. ſi non fortem* 26. §. *libertus de condict. indeb.* eſt enim opera diurnum officium. *l.* 1. *de oper. ſerv.* quare pro parte diei edita aot ſoluta non eſt opera, quod ſi multæ operæ fabriles aut pictoriæ promiſſæ ſint, receptum fuit, ut dividantur per numerum; ergo prædicta regula accipienda eſt de una opera, cujus ſubſtantia in conſummatione conſiſtit. *l. in ſtipulationibus* 54. *in princ. &* §. 1. *de V. O.* de quo latius diſſerui ſupra *cap.* 1. *num.* 14. *&* 15.

§. XXII. Unde apparet, omnia operá, quæ manent perfecta poſt conſummationem, individua eſſe, cujus doctrinæ nullam exceptionem invenio; quoties ad factum ipſum agitur; alia opera ſunt, quæ poſſumus appellare tranſeontia; quæ nullum opus poſt ſe relinquunt, veluti iter facere, Romam ire, litem defendere, hæc aliquando dividua ſunt aliqoando individua, & ioprimis tria exempla propoſita individoa ſunt, quia nemo poteſt ire pro parte & non ire. *l. eadem* 4. §. *Cato. l. ſtipulationes* 72. *de V. O.* ſic etiam quando res a pluribus defendenda eſt, ſinguli debent ſuſcipere in ſolidum defenſionem, quia non recte res defenditur, qoando in ſolidum non defenditur. V. G. ex duobus ſociis ejusdem ſervi communis ſinguli in ſolidum tenentur eum defendere noxali judicio. *l. ſi cum uno* 4. *ſi ex nox. cauſſ. agatur. l. ſi ſervus* 8. *de noxal. action.* de quarum explicatione videndi ſunt Ant. Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 10. *num.* 13. Valentia in *hoc tract. cap.* 4. *ex num.* 8. Suarez ad *leg. Aquil. lib.* 1. *cap.* 5. *ſect.* 6. *num.* 13. unde, quidquid hoc nomine ſocius præſtat, conſequitur a ſocio judicio communi dividundo vel familiæ ereiſcundæ, quia proprium negotium facit defendendo rem communem. *l. heredes* 25. §. *ſi unus* 15. *fam. erciſc.* ſive res individua ſit, quæ defenditur. *l. loci* 4. §. *ſed ſi* 3. *ſi ſerv. vindic.* ſive dividua ſit, quia aliter res non recte defenditur, ſi inter plures ſcindatur defenſio. *l. non tamen* 38. *l. licet* 42. §. *ult. de procur. l. jam tamen* 5. §. *ſi tamen* 7. *cum ſeq. l. ex clauſula* 17. *judicatum ſolvi.* de quo ex profeſſo dicam infra *cap.* 3.

§. XXIII. Ex factis tranſeuntibus ſequitur aliud, ſcilicet *rem tradi*, quod inter facta individua diſerte commemorat JCtus in *d. l. ſtipulationes* 72. igitur qui obligatus eſt *rem tradi*, non implet factum tradendi, niſi totam rem tradiderit: facit textus in *l. ſi rem* 28. juncta *l.* 2. §. *& harum de V. O.* quia verum eſt rem traditam non eſſe, cum tota non traditur, idem dicendum eſt de obligatione *rem reſtitui*, quia reſtitutio etiam in facto conſiſtit, & quidem nudo. Secus ſi *rem dari* contineat obligatio, vel vacuam poſſeſſionem tradi, quia iſtæ obligationes continent cauſſam bonorum. *l.* 3. §. 1. *de act. empt. l. ſi ſtipulatus* 4. *de uſur. l. in conventionalibus* 52. §. 1. *de V. O.* cauſſa bonorum eſt præſtare ſtipulatori dominium, vel jus percipiendi fructus, vel uſucapiendi conditionem, qui effectus cum in re dividua dividuus ſic, conſequitur, ut ipſa ſtipulatio ſit dividua, quando vero tantum continetur factum tradendi vel reſtituendi; non alium effectum inſpicimus quam traditionem ipſam; ergo niſi in ſolidum traditio fiat, non ſatisfit obligationi: ita ſubobſcure poſt veteres Jaſo in *d. l. ſtipulationes num.* 17. *&* 18. diſſertiusque Donellus ibidem *num.* 15. *& ſeqq.* Cheſius *d. cap.* 50. *num.* 116. *& ſeq.* Valentia *d. cap.* 6. *ex num.* 27. quamvis aliter videatur explicare Pichardus in *hoc tractatu cap.* 12. *ex num.* 184.

§. XXIV. Ex qua doctrina facillime explicantur aliquot textus, qui interpretibus noſtris cerebrum excuſſerunt: docemur in *l. ſed mihi* 3. §. *heres* 3. *ff. commod.* heredem commodatario ſucce-

cedentem cum pluribus teneri actione commodati ad rem reſtituendam pro portione hereditaria, igitur præciſe hæc obligatio dividua eſt, ratio eſt, quia non eſt nudi facti ſed juris; tenetur enim rem reſtituere in eadem cauſſa & bonitate, in qua accepta fuit, aut ſuccedit obligatio ad intereſſe. *d. l.* 3. §. 1. plane uno caſu in ſolidum convenitur, ſi res ipſa reſtituenda ſit, & unus tantum ex heredibus illam teneat, habeatque rei reſtituendæ facultatem; tunc enim propter bonam fidem ſolus convenitur, cum cæteri præſtare non poſſint, etſi velint; itaque bona fides in cauſſa eſt, ut unus ſolus in ſolidum conveniatur, qui alioquin pro portione tantum hereditaria teneretur: docet Cheſius *d. cap.* 50. *num.* 130. & notavi ſupra *cap.* 1. §. *pen.* licet aliter Pichardus *cap.* 13. *num.* 220. Valentia *cap.* 6. *num.* 28. de actione depoſiti idem dicendum eſt, quippe eſt hereditaria & dividua, quia non continet merum factum, ſed reſtitutionem rei cum cauſſa, quapropter dividitur inter heredes pro portionibus hereditariis. *l. in depoſiti* 9. *l. de eo* 18. *depoſ.* ſi vero duo rei cum obligatione in ſolidum depoſitam rem acceperint, tenentur in ſolidum ſinguli, non ratione individuitatis obligationis, ſed ex voluntate contrahentium, qui ſic voluerunt obligari. *l.* 1. §. *ſi apud duos* 43. *eod. tit.* quod non efficit obligationem individuam ſed ſolidam, ut dixi *cap.* 1. §. 4. in quo lapſi fuerunt doctiſſimi alioquin Anteceſſores Pichardus *d. num.* 220. Valentia *cap.* 4. *num.* 1. 3. & 17. ex eadem ratione, ſi ambo heredes doloſe verſati ſint in re depoſita, veluti ſi lancem conflaverint, ratione doli in ſolidum tenentur, quia duo rei quodammodo conſtituuntur. *l. ſi duo* 22. *eod. tit.* juncta *l. ſi ex duobus* 15. *de tut. & ration. diſtr.* vel ſi pro parte & non communicato conſilio dolo faciant, ſingulis partem ſurripientibus, quæ correſpondeat portioni hereditariæ, ſinguli conveniuntur pro parte, quia cum hereditaria actione concurrit propria propter dolum. *d. l. ſi duo* 27. *in princ.* quam in hoc recte expoſuit Valentia *d. cap.* 4. *ex num.* 13. igitur quod diximus de pluribus heredibus unius depoſitarii, dicendum eſt de pluribus heredibus unius deponentis, dividitur quippe actio depoſiti inter eos pro portionibus hereditariis. *l.* 1. §. *ſi pecunia* 36. *eod. tit.* quem ſine cauſſa imputat Triboniano Ant. Faber *lib.* 17. *conject. cap.* 6. *num.* 8. in condictione furtiva idem obſervatur, nam ſinguli heredes pro portionibus hereditariis tantum tenentur. *l. in condictione* 9. *de condict. furt.* quia non eſt mera reſtitutio rei, ſed cum ſua cauſſa & bonitate, quam ſententiam merito defendit Faber *lib.* 4. *conj. cap.* 1. quidquid in contrarium nitatur Cujacius *lib.* 7. *obſerv. cap.* 37. unde ego infero ad rationem, propter quam in interdicto *unde vi* in ſolidum teneatur, qui rem tenet, a qua vetus poſſeſſor dejectus fuit. *l. ſi plures* 9. *de vi & vi arm.* non tantum ideo, quia interdicta ſunt remedia prætoria & ad inſtar actionum bonæ fidei. *l. ſtipulationum* 5. §. 1. *de V. O.* ſed etiam, quia illud interdictum meram rei reſtitutionem continet. *l.* 1. *eod. tit.* ideo dirigitur adverſus eum, qui habet facultatem rei reſtituendæ, licet aliter Valentia *d. cap.* 6. *num.* 28. & aliter de his quæſtionibus latiſſime Caballinus *de individuis part.* 2. *ex num.* 254.

§. XXV. In præſenti agendum erat de factis affirmativis, ſed ideo ſuperſedemus, quia de iis egimus ſupra *præludio* 3. & ut tractatui finem imponamus reſtat, ut explicemus duo teſtimonia, quæ ſolent opponi; primum ex *l. Sejo* 10. *de ann. leg.* ubi ſi pro adminiſtratione rerum filiorum annua decem legata ſint, & ex tribus filiis duo deceſſerint, tantum pro tertia parte annuum legatum debetur, quia ut labor adminiſtrationis minuitur, ita & pecuniæ legatum minuitur, ergo tam factum, quam pecunia dividuum eſt. Reſpondeo, adminiſtrationem non conſtare unico ſed pluribus factis, idcirco ſi inter plures adminiſtratio dividatur, & ipſa dividua eſt. *l. ſi ita* 13. §. *hæc quæſtio* 2. *de manumiſſ. teſt.* & ideo in *d. l.* 10. prout deficit labor adminiſtrationis, deficit etiam annuum legatum, quod pro ſalario adminiſtrationis relictum cenſetur. Secundo opponitur textus in *l. mortuo* 49. §. *ult. de leg.* 2. Ubi ſi teſtator juſſerit aliquid dari, veluti pecuniam aut munus, aut opus fieri, & alter ex coheredibus repudiaverit portionem hereditatis, docemur accreſcere portionem cæteris coheredibus cum ſuo onere pro portionibus tamen hereditariis, ergo ad cauſſam individuitatis vel dividuitatis nulla differentia eſt inter obligationem dandi, & obligationem faciendi; recte tamen reſpondet Valentia *d. cap.* 6. *ex num.* 11. præcipuam quæſtionem in hoc textu non eſſe de individuitate obligationis, ſed utrum onus faciendi deſcendat ad coheredem vel ſubſtitutum, ut onus dandi, quia illud videtur perſonale, nec ad alium tranſire poſſe. *l. quod dicitur* 130. *de V. O.* deciditque JCtus, ſemper cum ſuo onere accreſcere, quod intelligendum eſt, niſi ex qualitate facti perſpici poſſit, perſonaliſſime injunctum fuiſſe illi perſonæ, *arg. l. unic.* §. 4. *C. de caduc. toll.* non decidit igitur, qualiter implendum ſit, niſi in effectu, quo inſpecto ſemper impletur pro portionibus hereditariis, nam quidquid coheres ratione facti individui ultra portionem hereditariam præſtiterit, a coheredibus ſervavit judicio familiæ erciſcundæ. *l. heredes* 25. §. *in illa* 12. *fam. erciſc.* tenebuntur ſinguli heredes oneri ſatisfacere vel in ſolidum, ſi in facto individuo conſiſtat, vel pro parte tantum hereditaria, ſi conſiſtat in datione. *l.* 2. §. *& harum de V. O.*

CAPUT TERTIUM.

De Obligationibus individuis petitione, & dividuis ſolutione.

§. I. Cum facta pleraque individua eſſe *ſuperiori capite* dixerimus, conſequens eſt, ut etiam obligatio ſuper illis contracta individua ſit. *l. ſtipulationes* 72. *de V. O.* ergo ſi plures heredes uni promiſſori ſuccedant, ſinguli in ſolidum tenebuntur. *l.* 2. §. *ex his de V. O.* quæ enim individua ſunt, ſolida a ſingulis heredibus præſtantur. *l. ea quæ* 192. *de R. J.* quam Accurſius, Cujacius & cæteri expoſitores merito referunt ad obligationem ſervitutum ex comparatione textus in *l.* 3. *de ſervit. leg.* ſed ad omnes obligationes individuas pertinere ſuadet generalis ſententia & titulus, ſub quo collocata eſt, & ab ſpecie in factis idem probat textus in *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi in opere pen. de leg.* 3. itaque omnes effectus individuitatis, quos retuli agens de ſervitutibus, hic poſſunt repeti; igitur quoties ad factum ipſum implendum præciſe agitur, in ſolidum adverſus ſingulos heredes agendum eſt, vel adverſus ſingulos obligatos, & victoria unius cæteris proderit. Anceps apud interpretes noſtros quæſtio eſt, utrum quis ad factum præciſe compelli poſſit, quam ſub multis diſtinctionibus Claſſici uſque ad Jaſonem & Alciatum comprehenderunt in *d. l.* 72. negarunt indiſtincte Donellus *ibid.* & *lib.* 15. *comm. cap.* 3. ubi etiam Hilligerus, & alii, quos refert; non tamen ſequitur Pichardus in *hoc tract. cap.* 11. *num.* 195. Cheſius *d. cap.* 50. *ex num.* 131. ſed egregie affirmatur & defenditur a noſtris Anteceſſoribus Pichardo *ubi proxime.* Valentia *lib.*

2.

2. *illuſtr. tract.* 2. *de re jud. cap.* 4. *per totum.* Pragmatici vero diſtinctiones Bartoli in hac re ſequuntur, quorum longum catalogum recenſet Caileval *tom.* 2. *de jud. tit.* 3. *diſp.* 3. *per totam.* ego vero ne diſputem de re ſupponenda, certiſſimam eſſe exiſtimo ſententiam Anteceſſorum Pichardi & Valentiæ, quos ſupra citavi.

§. II. Sed aliquando, qui factum ſtipulatus eſt, agit ad intereſſe vel ad pœnam, quia jam ſua non refert, ut factum præſterur, ut in *l.* 1. §. *ex hoc reſcripto de inſp. vent. l. ſtipulatio* 21. §. *ſive autem de novi oper. aunciat. l. ſi quis ab alio* 13. §. *ult. de re jud. l. in ſtipulationibus* 54. §. *operarum. l ſtipulationes* 72 *verſ. Celſus. l. ſtipulatus* 115. *de V. O.* in hoc caſu nemini dubium eſt, quio obligatio pœnæ vel ejus quod intereſt dividua ſit, ut dixi in *præludiis ex* §. 17. quomodo utraque obligatio ſe habeat, varie ſentiunt Auctores: Ant. Faber, Donellus & Cujacius cenſent, factum non eſſe in obligatione, ſed tantum in ſolutione, id eſt, quod poteſt reus, ſi volt, factum præſtare, ſed ſi non præſtet, quod ſolum obſtrictus maneat ad intereſſe: Bartolus, Cumanus, Caſtrenſis & Jaſo *num.* 3. *in d. l.* 72. tenent, utrumque eſſe in obligatione tam factum quam intereſſe, illud primario & principaliter, hoc ſecundario; & quamvis Cheſins Donelli ſententiam ſequatur, non recedit ab hoc modo explicandi; ego paruo io terminis diſcedens exiſtimo, factum præciſe eſſe in obligatione, & virtualiter ineſſe id, quod intereſt; cæterum ſi pœna adjecta ſit, alternative debetur vel pœna vel factum plerumque ad electionem actoris, niſi electio debitori reſervata ſit. *l. ſi pœnam* 68. *de V. O.* de quo dixi in *tractatu de pœnali ſtipulatione.* Ex his apparet, qualiter obligatio facti ſit individua petitione, & dividua ſolutione, quia ad petitionem ejus, quod intereſt, nunquam deſcenditur, niſi petitionem rei principaliter in obligationem deductæ, veluti peto factum promiſſum, & quia mea non refert amplius id fieri, peto intereſſe, quod æſtimo tot nummis. *l.* 82. *iu fin. de leg.* 2. *l. ſi ſervum* 91. §. *ſequitur de V. O.* dixi *lib.* 7. *opuſc. cap. ult. num.* 10. ecce ubi petitur priocipaliter factum, quod individuum eſt; virtualiter vero ioterſſe exigitur, quod eſt dividuum; ergo eſt obligatio individua petitione & dividua ſolutione, ac per conſequens, quilibet ex pluribus heredibus rei pro parte tantum urgeri poterit ad ſolutionem.

§. III. Hinc facile exponitur textus in *l. in executione* 85. §. *iu ſolidum* 5. *de V. O.* ubi agitur de alio ſimili exemplo evictionis. Titius rem emit a Sejo, qui non erat verus dominus, dominus evincebat rem ab emptore, emptor tenetur citare venditorem, ut liti adſiſtat. *l. auctore* 7. *C. de eviction.* Supponamus venditorem deceſſiſſe, multis heredibus relictis, omnes citari debent, vel ſinguli in ſolidum, quia de facto defenſionis agitur, cujus cauſſa individua eſt. *l. ſi rem* 62. §. 1. *de evict. l. eadem* 4. §. *ult. l. cum ex cauſſa* 139. *de V. O.* ergo prima inteotio hujus actionis de evictione individua eſt; ſupponamus tamen, emptorem venditoremque victos, & rem evictam fuiſſe, & agere emptorem cootra heredes venditoris, vel ad duplum, vel ad intereſſe, quod venit ex natura cootractus. *l. ex empto* 11. *de act. empti.* in ſecunda intentione non agitur adverſus ſingulos heredes in ſolidum, ſed pro portione hereditaria, quia agitur ad præſtationem pecuniæ, quæ dividua eſt. *d.* §. *in ſolidum* 5. dixi de heredibus venditoris, aliud obſervatur in emptoris heredibus, quia ſi dominus rei venditæ contra unum agit, nec cæteros excutit, heredes ejus, qui inquietati non ſuot, & poſſident rem ſine controverſia, non habent regreſſum de evictione contra venditorem vel ejus heredes. *d. l. eadem* 4. §. *ult. de V. O.* quia eorum nihil intereſt, quod coheres pro parte ſua inquietetur, veluti, quando promiſſum fuit, aliquem non prohiberi, ſi multis heredibus relictis decedat, & unus prohibeatur, cæteris non committitur pœna, quia eorum nihil intereſt, quod alter prohibeatur. *l.* 2. §. *ult. cum l. ſeq. de V. O.* ut dixi *præludio* 3.

§. IV. Generaliter quoties agitur de defenſione rei ſive litis, in ſolidum agitur, quia hoc factum individuum eſt, ut dixi *cap.* 2. §. 22. ſed quando poſt defenſionem ſuccedit obligatio ad quantitatem vel rem dividuam, ipſa & actio dividitur, plane uno caſu individua eſt præſtatio. V. G. egi in ſolidum adverſus unum ex ſociis, ut noxali judicio ſervum communem defenderet; hæc intentio iodividua eſt, ut dixi *cap.* 3. §. 22. obtinui, ſed ſocius præfert ipſum ſervum pro noxa dedere; quæritur, utrum liberetur, partem ſuam dedendo; verum eſt non liberari, niſi omnes domioi concurrant, & dedant, vel ipſe omnium mandato. *l. ſi cum nao* 4. *ſi ex nox. cauſſ. ag.* idem dicendum eſt, ſi in re communi plurium dominorum damnum datum ſit a ſervo unius domini, in ſolidum quippe ipſum dare debet, nec ſatisfacit invitis creditoribus, ſi alteri partem ſervi det, alteri partem æſtimationis damni. *l. ſi ſervus* 8. *l. ſi quis* 14. *l. ſi ex duobus* 17. *l. ſi in re* 19. *de nox. act. l. ſi ſervus* 27. §. *item* 4. *ad leg. Aquil. l. ut tantum* 14. §. *ſi ſervus de ſerv. corrupt. l.* 7. *l. ex diverſo* 19. *fam. erciſc. l. communi* 7. §. *ult. comm. divid.* rationem hujus individuitatis præſtitit Valentia *d. cap.* 4. *num.* 10. & tetigit *cap.* 6. *num.* 21. & 25. quia noxæ deditio refertur ad defenſionem, & idcirco individua eſt, ſed non eſſe veram probarur ab exemplo evictionis, cujus intentio ad defendendum individua eſt, ſed præſtatio eſt dividua; ego autem exiſtimo, provenire ex natura actionis noxalis, quæ præbet domino electionem præſtandi ſervum, qui nocuit, vel dandi æſtimationem. *l. miles* 6. §. 1. *de re jud.* in his vero obligationibus, quæ habent alternationem, alterutra ſpecies in ſolidum ſolvenda eſt, nec ſatisfacit, qui in ſingulis partem vult præſtare, ut dicam *cap. ſeq.* cætera aliquanto latius, licet non plenius proſequuntur Caballious *de indivil. part.* 2. *ex num.* 455. Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 2. *num.* 39. Pichardus in *hoc tract. cap.* 10. Ramos *cap. ult.* Faber *de error. Pragm. decad.* 8. *err.* 6.

§. V. Pro coronide explicandus eſt textus in *l. pœnales* 32. §. 1. *ad leg. Falcid.* ſpecies eſt, duo ſunt heredes ſcripti, a ſingulis legata data fueruot, & ſingulæ portiones fuerunt gravatæ; Falcidia inducitur a ſingulis ſigillatim in ſua portione. *l.* 77. *cum ſeq. ad leg. Falcid.* aliqua tamen legata relicta fuerunt ab utroque herede ſimul, quod neceſſario ſupponendum eſt, ut locus fiat quæſtioni, & in hoc etiam caſu a ſingulis ſigillatim Falcidia inducitur, ot docent Accurſius *verbo pro ſuo modo*, & Goveanus in *d.* §. 1. unus ex heredibus cautionem exegit a legatariis juxta *tit. & leg.* 1. *in princ. ff. ſi cui plus quam per leg. Falcid. licuer.* forma promittendi eſt, *quanti ea res ſit, tantum reſtituam. l.* 2. *eod. tit.* ot bene notavit Goveanus; poſtea fuit locus Falcidiæ, quæritur reſtitutio quibus facienda ſit, & pro quota parte? reſpondet JCtus, faciendam eſſe ſingulis heredibus pro portionibus hereditariis, quia Falcidia ipſa pro portionibus diviſis deducitur; igitur eodem modo reſtituendom eſt quod supereſt; deinde quia omnes ſtipulationes prætoriæ de re dividua interpoſitæ dividuæ ſunt, igitur & hæc ſtipulatio, cum prætoria ſit, & de re dividua, ejuſdem erit naturæ. *l.* 2. *l. eadem* 4. §. *Cato de V. O. l.* 2. *in fin. de præt. ſtip.* quod exemplo confirmat ex ſtipulatione *judicatum ſolvi.* Ponamus eum, qui promiſit, ſe judicatum ſoluturum, deceſſiſſe multis heredibus relictis, hæc ſtipulatio dividua eſt adverſus ſingulos heredes pro portionibus hereditariis, idemque dicendum eſt de heredibus ſtipulatoris, inter quos etiam actio dividitor pro iiſdem portionibus, ſi id quod in judiciom deductum eſt individuum ſit. *l. ſtipulationum* 5. §. *ult. de V. O.*

hæc facilia ſunt, ſed poſtrema verba non carent aliqua difficultate, *hiſque adverſus quos res defenſa non eſſet, & adverſus eos, qui rem non defendiſſent.* ut legit Goveanus addita particula *&* majoris explicationis cauſſa; videntur enim innuere, ſtipulationem hanc dividuam eſſe etiam in prima intentione defendendi rem; verum hoc minime colligitur ex textu, ſed tantum dividuam eſſe ſtipulationem *judicatum ſolvi*, tam adverſus eos, qui liti adſtiterunt, quam adverſus eos, qui citati noluerunt comparere ad defenſionem, quia judicatum, ſive res in damnationem deducta, dividuum eſt. *l. ſi ex duobus* 17. *l. ult. judic. ſolv.* cæterum duæ anteriores clauſulæ, quæ in hac ſtipulatione continentur de re defendenda, & de re defendenda ſine dolo malo. *l. judicatum* 6. *l. ut quærebatur* 13. *l. hæc ſtipulatio* 15. *l. hæc clauſula* 17. *eod. tit.* §. *ſed hodie verſ. ſi vero inſt. de ſatisdat.* individuæ ſunt, quia, niſi in ſolidum res defenditur & ſine dolo malo, non recte defenditur, ut ſupra dixi, quod etiam videntur ſentire Accurſius & Goveanus in *d.* §. 1. Cheſius *d. cap.* 50. *num.* 135.

CAPUT QUARTUM.

De Obligationibus dividuis petitione, & individuis ſolutione.

§. I. Harum obligationum exempla affert Paulus in *l. in executione* 85. §. *pro parte de V. O.* ſunt vero obligatio generica & alternativa dividuæ petitione, & individuæ ſolutione: agnoſcunt Caballinus *de individuis part.* 2. *quæſt.* 5. *ex num.* 95. Valentia *cap.* 5. Pichardus. *cap.* 9. Ant. Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 11. *ex num.* 49. Cheſius *d. cap.* 50. *ex num.* 95. & omnes Claſſici in *d.* §. *pro parte*, & in *l.* 2. §. *& harum de V. O.* ſed intenti ſunt ad jus conſtitutum, nec rationem doctrinæ a priori inquirunt, quod nos forte præſtabimus.

§. II. Et ſane de conſtitutione genericæ obligationis multa dixi *lib.* 7. *opuſc. cap. ult. ex num.* 29. nunc ad pauca contraham facilioris explicationis gratia. Generica obligatio diſtat ab univerſali, quia univerſalis comprehendit copulative & determinate omnia corpora promiſſa; ita concipitur, *promittis mihi omnes homines, qui in tua familia ſunt? l. ſi ita* 43. *&* 44. *de leg.* 2. Generica vero non comprehendit omnia corpora, ſed refertur disjunctive ad unum de omnibus non determinate ſed vage & confuſe, talis eſt, *hominem promitto.* §. *ſi generalis inſt. de leg.* hic homo promiſſus eſt quædam ſpecies ſive quoddam corpus, quod componitur vage & confuſe de cunctis hominibus, ſive de cunctis ſpeciebus illius generis, ergo cum una ſpecies de multis componatur, neceſſe eſt, quod componatur partialiter, quia ex doctrina philoſophi omne totum, quod componitur ex multis, neceſſario componitur ex partibus; hoc eſt initium conſtitutionis obligationis genericæ; quando vero ad ſolutionem devenitur, non poteſt ſolvi ſpecies vaga & confuſa, ſed ſolidum corpus præſtandum eſt, ut aliqua ſit utilitas creditori: tunc ſic, talis eſt actio, qualis eſt obligatio, ex qua producitur. *l. licet* 43. §. *ea obligatio de procur.* ſed obligatio conſtituitur in toto compoſito ex partibus confuſis, igitur actio partialis eſt: iterum ſic, atqui ſolutio facienda eſt ſolidi corporis, ergo ſolutio individua eſt. Ecce quomodo obligatio ſit dividua petitione, & individua ſolutione. *d.* §. *pro parte. l.* 2. §. *& harum de V. O. l. ſi ſtipulatus* 9. *in fin. de ſolut.*

§. III. Ex his facile fluunt multi juris effectus, quos breviter recenſebo: ſi, qui hominem generice ſtipulatus fuerit, paciſcatur de Sticho non petendo, non remittit totam obligationem, quia corpus Stichi determinate in illa obligatione non continebatur, tantum efficit, ſi electionem habeat, ne poſſit Stichum petere, ſed poterit petere hominem in genere. *l. ſi unus* 27. §. *ſed ſi generaliter* 7. *de pact.* ut de ademptione Stichi, quando ſervus generaliter legatus eſt, dicitur in *l. qui hominem* 11. *cum ſeq. de adim. leg.* non perimere legatum ſed extenuare; ſed quæritur, cum aliquid operetur pactum de non petendo Sticho, cur repudiatio Stichi in legato generali adeo nullius momenti ſit, ut idem ipſe Stichus poſſit optari. *l. homine* 18. *de opt. leg.* reſpondeo, quia repudiatio tantum operatur in his, quæ delata ſunt. *l. ſi ita ſit ſcriptum* 45. §. 1. *de leg.* 2. *l.* 1. §. *decretalis* 7. *de ſucceſſorio edicto.* pactum vero plus operatur, quia remittit etiam ea, quæ poſſunt deberi & ſolvi. *l. & heredi* 21. §. *item filius* 4. *de pact.* Pichardus in *lect. ad tit. de acquir. hered. cap.* 8. *num.* 10. docuerunt Caballinus *d. part.* 2. *num.* 115. *& ſeq.* Cujacius in *d. l.* 18. & in *d. l.* 45. §. 1. poteſt etiam quæri, cur, ſi accepto feratur Stichus, tota obligatio generica per acceptilationem tollatur & non per pactum. *l. & per jusjurandum* 13. §. 4. *de accept.* Reſpondet Valentia *d. cap.* 5. *a num.* 8. acceptilationem liberare more & modo ſolutionis. *l. pen. de ſolut.* atqui ſi ſolutus eſſet Stichus, tota obligatio generica tolleretur, ergo & per acceptilationem debuit tolli.

§. IV. Secundus effectus eſt, ſi homo generaliter debeatur, & Stichi pars ſolvatur, non contingere pro parte liberationem, igitur pars ſoluta repeti poteſt, & erit in pendenti liberatio, donec reliqua pars in eodem corpore ſoluta ſit. *l.* 2. §. *& harum de V. O.* ex quo infertur, interim parte ſoluta, totum hominem in obligatione manere. *l. ſi ſtipulatus* 9. §. 1. *verſ. qui autem de ſolut.* juncto textu eleganti in *l. qui ex pluribus* 106. *de V. O.* erit ergo in poteſtate debitoris, qui ſolvit, vel ratam facere partiariam ſolutionem ſolvendo reliquam partem, vel condicere quaſi indebite ſolutam partem, quam ſolvit. *d.* §. *& harum.* quem ſic videtur recte accepiſſe Caballinus *d. part.* 2. *ex num.* 132. quamvis corrigi *principii* penultima verba exiſtimaverint Donellus, Faber, & alii laudati a Valentia *d. cap.* 5. *num.* 28. Ant Gomezius *tom.* 2. *var. cap.* 10. *num.* 9. Cheſius *d. num.* 95. niſi creditori volenti fiat ſolutio partis, nam tunc per partis receptionem videtur recedere ab inviduitate ſolutionis, & contentus eſſe partiariis ſolutionibus, ut docuit Caballinus *ubi proxime.* & hoc non tantum procedit in ipſo promiſſore, ſed & in ejus heredibus, quorum unuſquiſque ſolidum corpus præſtare tenetur, nec ſinguli ſatisfaciunt præſtando hominem pro portionibus hereditariis. *d. l.* in *executione* 85. §. *pro parte.* & in pluribus fidejuſſoribus. *l. qui hominem* 34. §. 1. *de ſolut.* quia, quæ individua ſunt, ſolida a ſingulis præſtantur. *l. ea quæ* 192. *de R. J.*

§. V. Aliud exemplum ſumitur ex alternativa obligatione, quæ ita concipitur, *Stichum aut Pamphilum promitto*, vel ſic, *Stichum aut decem.* in hac obligatione utrumque corpus ex alternatio clauditur non quidem copulative, quia unum tantum debetur. *l. ſi duo* 128. *de V. O.* ſed disjunctive hoc vel illud confuſe inter ſeſe, ita tamen, ut ex utroque corpore determinato unum quaſi vagum conficiatur: itaque in obligatione generica corpus vagum conficitur ex omnibus corporibus illius generis, ſed in alternativa corpus quaſi vagum componitur ex corporibus determinatis in ſtipula-

pulatione, & ſic quaſi partialiter conſtituitur etiam hæc obligatio, ſed quia mens contrahentium eſt, ut ſolvatur unum, non pars in ſingulis, ideo ſolutio facienda eſt unius & ſolidi corporis vel ab ipſo promiſſore, vel ab ejus heredibus. *l. 2. §. & harum. l. in executione 85. §. pro parte de V. O.* quapropter hæc obligatio dicitur dividua petitione & individua ſolutione, ut præcedens; ſolvendum autem eſt corpus, quod elegerit debitor, quia in alternativis debitoris eſt electio, niſi creditor ſibi electionem reſervaverit. *l. illud 25. de pec. conſtit. l. ſi in emptione 34. de contr. empt. l. ſi ex toto 8. §. ult. de leg. 1. l. ſi illud 27. de leg. 2. l. cum illud 25. quando dies leg. cedat. l. adigere 6. §. ult. de jure patron. l. ult. §. is qui operas, qui & a quib. manum. l. cum heredibus 5. §. ſi Titius 2. eod. tit. l. ſi quis 112. de V. O. l. Stichum 8. §. qui decem. l. ſi is 26. l. qui hominem 32. de novat. l. Stichum 95. de ſolut.* docent ſupra laudati & cum multis Carleval *tom. 2. de jud. tit. 3. diſp. 3. num. 25. & 49.*

§. VI. Ex qua differentia inter ntramque obligationem aliæ fluunt. Prima eſt, quod ſi debeatur alternative Stichus aut Pamphilus, quem debitor elegerit, & pactum fiat de uno repetendo, tota obligatio tollitur. *l. ſi unus 27. §. ſi ſtipulatus 4. de pact.* idem dicendum eſt, ſi teſtator in teſtamento damnaverit heredem ſuum, ne Stichum petat. *l. non ſolum 7. §. 1. de liberat. leg.* quia remiſſo uno corpore, ſi alterum in obligatione ſupereſſet, pactum non diſſolveret obligationem, ſed magis adſtringeret, & quod inducitur ad liberandum, deſerviret ad magis obligandum, contra textum in *l. legata 19. de adim. leg.* ſiquidem, qui alternative debet, unum vel alterum ſolvere poteſt, quod ſi electio tollitur, manet præciſa obligatio, quæ durior eſt. *l. Stichum 16. de V. O.* ſed ſi electio reſervata ſit creditori, tunc pactum de uno non petendo non perimit totam obligationem, ſed extenuat, ne ille ſervus petatur, ſed alter peti poſſit. *d. §. ſed ſi ſtipulatus verſ. ſed ſi id actum.* ideo qui alternative debet, poteſt conſtituere ſe unum ſoluturum præciſe, quia & conſtituit debitum, & quia in hoc conſtituto conſideratur utilitas ex parte utriusque paciſcentis. *d. l. illud 25. de pec. conſtit.* vel ſi alternative togæ aut lancis venditio celebrata ſit, poteſt per novam voluntatem fieri abſoluta, & determinari ad unam ſpeciem. *l. ſi emptio 4. de reſcind. vend.*

§. VII. Secundus effectus proponitur in *l. 2. §. ſi tamen 3. de V. O.* ſi cum uno ex heredibus promiſſoris ſtipulator egerit pro parte hereditaria, & abſolutus ſit, (quod merito ſupplent Duarenus & Valentia *d. cap. 5. num. 31.*) pro parte contingit liberatio, quia illam parit ſententia liberatoria. *l. Julianus 60. de condict. indebiti.* ſed abſolutio unius non liberat cæteros coheredes in petitionibus dividuis. *l. ſi petitor 31, de jud. l. ſæpe 63. de re jud.* ubi dixi *princip.* 2. ergo obligatio alternativa dividua eſt, & diviſa deſcendit ad ſingulos pro portionibus hereditariis, ſed cum devenitur ad ſolutionem, fit individua, quia ſolidum corpus a quolibet heredum præſtandum eſt. *d. l. in executione 85. §. pro parte 4. de V. O.* ſi vero unus abſolutus ſit, cæteri coheredes non præſtant ſolidum corpus, ſed in eo portiones hereditarias, ex quo perſpicitur, individuitatem hanc non provenire ex natura rei in obligationem deductæ, ſed ex utilitate creditoris, cujus intereſt, ne ei ſolvatur in partibus diverſorum corporum, ſed in uno ſolidoque corpore; idcirco ubi non eſt inconveniens, ut dentur partes diverſæ, veluti in abſolutione, contingit pro parte liberatio. *d. §. ſi tamen 3.* idem eſt in acceptilatione; poteſt enim per eam pars obligationis tolli, manente alia parte. *l. qui hominem 17. de acceptilatione.* item ſi creditor electionem ſibi reſervavit, poteſt a ſingulis heredibus partem hominis debiti petere, qua petitione renunciat individuitati ſolutionis. *l. ſi is qui 66. de procurat. l. cum debitore 17. rem ratam haberi.* nec iterum poteſt variare; & ſolidum petere ab eo, qui partem petietat, vel ab alio. *l. ſi quis ſtipulatus 112. de V. O.* contra vero in debitore, ut dixi, qui poteſt repetere partem, quam ſolvit. *l. 2. §. & harum de V. O. l. ſi non ſortem 26. §. ſi decem 13. de condict. indeb.* ratio differentiæ deſumitur ex *l. eum qui 138. §. 1. de V. O.* quia creditor non habet electionem, niſi expreſſe eam ſibi reſervaverit; quare electione facta non poteſt amplius variare; debitori vero competit electio jure tacito, idcirco variare poteſt, quia major vis eſt expreſſi quam taciti: docent Cujacius, Donellus, & alii apud Giphanium in *d. l. 138. §. 1.* & in effectu, quamvis in ratione non conſentiam, Molina & copioſe addentes *de primogen. lib. 2. quæſt. 4. num. 35. & 36.*

§. VIII. Sed in hac re notanda eſt differentia inter contractus & ultimas voluntates, nam in his neque legatarius neque heres, ſi ſemel elegerunt, variare poſſunt, ut promiſcue probatur ex *l. ſervi 5. l. hujusmodi 84. §. Stichum 9. de leg. 1. l. ſtatuliberum 11. §. ult. de leg. 2. l. apud 20. de opt. leg.* quam differentiam agnoſunt in ratione tamen diſſentientes poſt veteres Donellus *lib. 15. cap. 2.* ubi Hilligerus *lit. F.* Merillius ad 50. *deciſ. Juſt.* in *l. pen. C. de cond. indeb.* ſed facile deſumi poteſt ex nuper dictis, quia ſi legatario competit electio, ſimulac elegit, acquiſivit dominium irrevocabile rei electæ, ergo ſera repudiatio eſt, vel mutatio voluntatis. *l. jus agnationis 34. de pact.* ſi competit electio heredi, non aliter competit, quam ex expreſſa teſtantis voluntate. *d. l. ſtatuliberum 11. §. ult.* Ulpianus in *fragm. tit. 24. §. optionis. §. ſi generaliter inſt. de leg.* ſed quando competit electio ex voluntate expreſſa, non eſt locus variationi. *d. l. 138. §. 1.* ergo neque heres facta ſemel electione mutare poterit voluntatem.

§. IX. His in tranſcurſu notatis, poſtremus ſed ſubtilior effectus eſt, qui pertinet ad condictionem indebiti, de quo olim inter JCtos controverſiam fuiſſe tradit Juſtinianus in *l. ſi quis 10. C. de condict. ind.* prima inſpectio in ſuperioribus ſæpe profligata manet, nempe ſi pars unius corporis alternative promiſſi ſoluta ſit, tunc debitori competit repetitio, ſi velit partem repetere, & alterum ſolidum corpus præſtare. *d. l. ſi non ſortem 26. §. ſi decem 13. de cond. indeb. d. l. 2. §. & harum de V. O.* cui parti non derogavit Juſtinianus; cæterum ſi is, qui alternative debebat, utrumque corpus per errorem ſolvit, in hac inſpectione controverſum fuit, quis haberet jus eligendi, quod ſit repetendum. Ulpianus Marcellum Celſumque ſecutus ex *d. §. ſi decem* tribuebat creditori electionem, quia in reddendo eſt reus, qui in exigendo erat actor. Papinianus vero ex ſententia Juliani, cujus veſtigium exſtat in *l. cum is 32. de cond. indeb.* ſemper reo electionem tribuebat, quia nemo errans jus ſuum amittit. *l. ſi procurator 35. de acq. rer. dom.* quam Papiniani ſententiam approbavit Juſtinianus in *d. l. ſi quis 10.* ut recte cenſent Cujacius, Merillius, & Linglois *quæſt. 2. ad eand. leg.* Cujacius *lib. 8. obſerv. cap. 35.* Faber in *Ration. ad l. plane 21. de cond. indeb.* Donellus *lib. 18. cap. 18.* ubi Hilligerus *lit. E.* Valentia in *hoc tract. cap. 4. num. 25.* ultra quos obſervo acumen & laudabilem Triboniani induſtriam, quam ſæpe laudo, in ultimis verbis *§. ſi decem.* ibi, *quamvis utroque ſimul ſoluto mihi* (creditori) *retinendi, quod vellem, arbitrium daretur*, quæ ex mente Ulpiani continent abrogatam Marcelli ſententiam, ſed ex mente compilatorum non ſunt accipienda deciſive ſed ſuppoſitive, ut ſit ſenſus, quamvis ſupponeretur pro vero, electionem mihi creditori competere, ſi utrumque corpus ſimul ſolveretur.

§. X. Pro coronide videamus, utrum prædicta Juſtiniani Conſtitutione derogatum ſit deciſioni Pauli, quæ exſtat in *d. l. plane 21. de cond. indeb.* Species ab anterioribus textibus ſumenda eſt: duo

rei ejus obligationis vel fidejuſſor & reus, qui decem debebant, viginti per errorem ſolverunt, quæritur quid & quomodo repetant; reſpondet JCtus, ſingulos repetituros eſſe quinque, quia quantitas indebite ſoluta dividua eſt ad repetitionem, ut ad petitionem: docet utiliter & cum multis Salgadus in *Labyr. cred. part.* 2. *cap.* 4. *num.* 133. poſtea quærit Paulus, quid dicendum ſit, ſi duo illi rei non deberent præciſe rem dividuam, ſed alternative Stichum aut Pamphilum, & per errorem utrumque corpus ſimul ſolviſſent, cuinam competat electio ad repetendum vel reddendum alterum ex corporibus; & reſpondet, electionem eſſe creditoris, quæ ſententia videtur eſſe contra Papinianum & Juſtinianum ſupra laudatos, & per conſequens, dicendum erat, corruptam eſſe *dictam legem ſi quis* 10. *C. de cond. indeb.* ſed non eſt ita, quia in hac ſpecie peculiaris ratio eſt, quare electio creditoris ſit, nempe quia non poterat alteruter ex correis ſolidum corpus repetere, nec erat major ratio, quare jus repetendi uni potius quam alii daretur; rurſus pro parte ſinguli repetere non poterant, quia alternativa obligatio non admittit partium præſtationem, nec repetitionem, ergo cum repetitio ex parte correorum expediri non poſſet, debuit electio præſtari creditori ex juris neceſſitate; & hic eſt caſus ſpecialis, & ad eum elegans deciſio, quæ non abrogatur per novam Juſtiniani Conſtitutionem, ut cenſuerunt Donellus, Faber, & Cujacius ſupra laudati: tetigerunt etiam hunc textum Madera *lib. ſingul. animadv. cap.* 20. *num.* 17. Olanus *lib.* 1. *paralip. cap. ult. num.* 16. ſed de hac difficultate non curarunt.

F I N I S.

INDEX CONTENTORUM.

Prælud. I. *De Nominibus dividui & individui.* 600.
Prælud. II. *De cauſſis individuitatis & dividuitatis obligationum, & primum de Conditione.* - - - - - 602.
Prælud. III. *De pœna, quæ eſt alia cauſſa accidentalis individuitatis obligationum.* 604.
Prælud. IV. *De pignore vel hypotheca, quæ eſt alia cauſſa accidentalis individuitatis obligationum.* - - - 607.
Cap. I. *De Obligationibus omni reſpectu dividuis.* - - - - - 608.
Cap. II. *De Obligationibus omni reſpectu individuis.* - - - - - - 614.
Cap. III. *De Obligationibus individuis petitione, & dividuis ſolutione.* - - - - 620.
Cap. IV. *De Obligationibus dividuis petitione, & individuis ſolutione.* - - - 622.

JOSEPHI FERNANDEZ DE RETES,

IN ACADEMIA SALMANTICENSI PRIMARII ANTECESSORIS,

DE

FIDEICOMMISSIS PERPETUO FAMILIÆ RELICTIS,

AD TITULOS DE LEGATIS I. II. ET III.

ACADEMICA PRÆLECTIO,

DICTATA ANNO MDCLXVII.

F*initam cuique rei magnitudinem natura dedit & modum, nihil infinitum eſt*, inquit Seneca *ſuaſoria* 1. *in princ.* naturæ iuſtar magna mater Academia ingeniorum altrix, ſapientum emporium nihil infinitum in ſuis profeſſionibus eſſe voluit, ſtatuitque, ut operati per viginti annos majoribus magiſteriis tandem honoraria perfruerentur quiete, quod cum mihi uſu eventurum ſit, Deo annuente, exacto octimeſtri hoc, quod auſpicamur, conſtitui aliquid componere, quod extremum noſtri laboris fuiſſe poſteritati appareat, ſi forte ſcripta noſtra poſteritatem præſtolari poſſunt. *Juvenes adhuc confuſa quædam & quaſi conturbata non indecent: ſenibus placida omnia & ordinata conveniunt*, ut ait Plinius *lib.* 3. *epiſtol.* 1. eligimus ergo ad Scholæ Forique uſum congruam *de fideicommiſſis perpetuis* materiem jure Romano nobilem, ſed hodierna praxi longe nobiliſſimam, ex quo ad recentes majoratus traducta ſive accommodata eſt, non quia exiſtimem vigiliis meis indigere tractatum, quem externi noſtrateſque ſumma cum cura enuclearunt, & qui tritiſſimus eſt in foro, advocatis judicibuſque notiſſimus; ſed quia methodo ſcholaſtica & a propria origine ductum deductum nondum cerno; deinde quia Pragmatici, dum longius rationum & diſputationum amfractibus de re agunt, copia potius obruunt quam elucidant; nobis vero, qui ex more & inſtituto ſemper in res præſentes & præſcriptas intenti ſumus, alia docendi ratio placet ex præcepto Plinii *lib.* 2. *epiſt.* 5. *tu tamen*, inquit, *hæc ipſa, quantum ratio exegerit, reſeca; quoties enim ad faſtidium legentium deliciaſque reſpicio, intelligo nobis commendationem etiam ex ipſa libri mediocritate petendam.* Faxit Deus, ut digna Auditorum cœtu contingat tractatio, & quæ poſtrema futura ſit vobis ex dictatis meis, Chariſſimi & Clariſſimi Auditores adoleſcentes, ſit etiam optima.

CAPUT PRIMUM.

De Origine Fideicommiſſi perpetuo familiæ relicti, & cui per illud ſuccedatur.

§. I. De origine fideicommiſſorum in communi (quæ ad noſtrum tractatum non pertinet) dixi ex profeſſo *lib.* 4. *analect. de interdict. & releg. excurſu* 15. nec repeto; de origine vero fideicommiſſorum, quæ perpetuo familiæ relinquuntur, in præſenti agere inſtitui: quam ut perficiamus, obſervandum in primis eſt, hac de re vetustiſſimis JCtorum diſceptatum non fuiſſe; quare ejus principium repetendum duxi a temporibus Severi & Antonini Impp. aut circiter, quorum nobiliſſimum reſcriptum refertur in *l. filiusfamilias* 114. §. *Divi* 14. *de leg.* 1. in quo cavetur, ut prohibitio alienationis factæ ſine cauſæ expreſſione nullius momenti ſit, ubi cum doctiſſimo noſtro Fr. Sanctio Brocenſi *lib.* 4. *Minervæ cap.* 12. libet transmutationem caſus notare: ita ſcriptum eſt, *eos qui*, & inſerius, *quaſi nudum præceptum reliquerint; quia talem legem teſtamento non poſſunt dicere:* valetque ac ſi diceret Conſultus *ii qui.* Exiſtimo fuiſſe hos Imperatores Marcum Antoninum Philoſophum & Lucium Verum, qui ſimul poſt Antoninum Pium imperarunt. Moveor quod Ulpius Marcellus qui ſub Pio floruit, & utriuſque ſucceſſorum attigit tempora, (ut ex reſtituta epigraphe *legis Antoninus* 42. *de fideicomm. libert.* placet Joanni Bertrando *lib.* 1. *de vitis JCtor.* & aliis) hujus fideicommiſſi & expreſſæ prohibitionis meminit in *l. pater filium* 54. *ad leg. Falcid.* ut hinc colligamus, neceſſarium fuiſſe Principis reſcriptum ad hoc, ut fideicommiſſa perpetua ſuſtinerentur,

Digitized by Google

niſi expreſſa fuiſſet cauſſa prohibitæ alienationis, per quam conſuleret teſtator familiæ, tamen prohibitio hæc cum probatio fuit fideicommiſſorum in contraria cauſſa, & per eam certam legem accepit, id quod forte ex uſu fori & ex ampliatione voluntatis teſtatoris factum fuerat adverſus ſtricti juris regulas, exiſtimo ſub doctorum cenſura, fideicommiſſa perpetuo familiæ relicta inutilia fuiſſe ſecundum ſtrictum jus, & ex reſcripto ſuſtineri cum ſua cauſſa & indicta qualitate.

§. II. Quod ut evincamus, primo ſciendum eſt, in fideicommiſſo perpetuo una clauſula unaque voluntate totam familiam teſtatoris vocari poſſe, veluti ſi ad univerſam familiam extenderit diſpoſitionem ſuam, qua facta vocatione non tantum invitati cenſentur, qui de familia ſunt tempore mortis teſtatoris, ſed & qui ex eis deinceps ſucceſſuri ſunt. *l. omnia* 32. alias *l. cum ita §. in fideicommiſſo ult. de leg.* 2. Ibi, *niſi ſpecialiter defunctus ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit*: facit in ſua generalitate textus in *l. peto* 69. *§. fratre* 3. *eodem tit.* ibi, *omnes fideicommiſſum petent, qui in familia fuerunt*, nec addidit Papinianus, qui tempore futuri ſint de familia, an tempore mortis teſtatoris, an poſtea nati, quo etiam modo expediri poſſunt textus in *l. unum ex familia* 67. *§. ſed ſi fundum* 3. *verſ. quod ſi talia eodem tit. l. pater* 38. *§. pater filium de legat.* 3. nomine enim collectivo tota familia vocata eſt, & per hoc diſpoſitio teſtatoris facta eſt perpetua. *l. ult. C. de V. S.* docent Covarruvias in *practicis cap.* 37. *num.* 4. Antonius Gomez in *l.* 40. *Tauri num.* 43. Ludov. Molina *de jure primog. lib.* 1. *cap.* 9. *ex num.* 5. *atque ad num.* 31. Vincentius Fuſarius *de ſubſtitutionibus quæſt.* 484. *num.* 10. & 15. & fere per totam. Pichardus in *lectione ad noſtrum tit. de legat.* 2. *cap.* 12. *per totum.* quæ prima æſtimatio eſt inter fideicommiſſa perpetuo familiæ relicta, & noſtra primogenia, quæ ex vi ſuæ inſtitutionis perpetua etiam ſunt, & in infinitum ſucceſſores admittunt per lineas & gradus. *l.* 2. *tit.* 19. *Partita* 2. *l.* 40. *Tauri.* ut iidem auctores docent, præſertim Molina *d. lib.* 1. *cap.* 4. & 5. *per tot.*

§. III. Deinde ſciendum eſt, hereditates, fideicommiſſa, & legata non aliter deberi aut conſiſtere poſſe, quam ſi inſtitutus aut ſubſtitutus, aut qui ulteriori gradu vocatus eſt, ſit in cauſſa & ſtatu ſuccedendi mortis tempore, & quo tempore deſuncti hereditas defertur, quod non tantum valet in ſucceſſione teſtamentaria, ſed etiam in legitima. *l. intervenit* 24. *de leg. præſt.* ibi, *& placet ſufficere in ea neceſſitudine tunc eſſe, quando dies legati cedit. l. ſi cognatis* 19. *de rebus dubiis.* quas expnſui nuper in *adverſariis cap.* 8. *num.* 9. & 10. *l. non oportet* 52. *de legat.* 2. ibi, *qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur.* tempore enim, quo defertur ſucceſſio, & legati aut fideicommiſſi dies cedit, debet perſona exiſtere, quæ invitatur, & ſimul debet adeſſe qualitas, propter quam invitata fuit, id eſt debet eſſe in cauſſa ſuccedendi; ergo eo tempore debet adeſſe, quo moritur teſtator, ſaltem quo contingit hereditatis delatio, diei fideicommiſſi aut legati ceſſio: exempla, quæ explicant regulam, extant in *l. ſi quis cum haberet* 5. *de ſuis & legit. hered.* veluti habebat quis fratrem & patruum, deceſſit facto teſtamento, frater præcedebat tempore mortis, eratque agnatus proximior; tempore vero, quo heres ſcriptus repudiavit hereditatem, & per hoc irritum fecit teſtamentum, remque ad cauſſam inteſtati devolvit. *l.* 1. *de injuſt. rupt. cum ſimilibus.* jam deceſſerat frater, & patruus proximior inveniebatur: quæritur, utrum ſuccedat patruus ex lege: reſpondet Conſultus ſuccedere, quia proximior inveniebatur, quo tempore ab inteſtato hereditas delata fuit; quare ipſi primum defertur, nec poteſtas ipſi conſumpta fuit in alia priori delatione legitimæ hereditatis, nec alteri poſt alterum deferri poteſt. *l.* 1. *§. ſciendum eodem tit. §. placebat inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* Ecce caſum, in quo ſufficit adeſſe perſonam qualitatemque tempore delationis hereditatis, quamvis non adeſſet tempore mortis: ſimilis deciſio extat in *l. ſi quis filio exheredato* 6. *de injuſt. rupt. irr. l. ſi quis poſthumos* 9. *§. ſi filium de liber. & poſth. l. reſcripto* 7. *unde liberi.* Secundum exemplum & diſtrictior explicatio extat in *l. Titius* 6. *de ſuis & legit. hered.* Titius filium, quem unicum habebat, exheredavit, & extraneum heredem ſcripſit ſub conditione; deceſſit pater, & inter moras conditionis filius poſt mortem patris uxorem duxit, ex qua filium procreavit, quo procreato deceſſit filius ipſe exheredatus, & nepos in familia avi occupare primum gradum cœpit; hoc in tempore defecit inſtitutionis conditio: quæritur, utrum hic nepos, qui proximior invenitur tempore delatæ hereditatis, ſuccedat ab inteſtato avo ſuo: ſecundum Julianum non ſuccederet, *quia lex duodecim Tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit*: ergo quod dicimus, proximitatis qualitatem inſpiciendam eſſe tempore, quo defertur hereditas & dies fideicommiſſi, ita temperandum eſt, ſi tempore mortis heres, de cujus ſucceſſione quæritur, in rerum natura fuerit, qui ſuccedere vult. *l. inter agnatos* 5. *§. quamdiu ff. unde legit. l.* 11. *§. ſi quis proximior* 8. *ff. unde cognati.* docent poſt multos antiquiores Tiraquellus *de retractu lib.* 1. *§.* 1. *gloſſ.* 9. *num.* 82. Fuſarius *de ſubſtitution. quæſt.* 318. *num.* 2. & 3. & *num.* 46. Meris *de majoratibus part.* 2. *quæſt.* 6. *ex num.* 47. Joannes del Caſtillo *lib.* 3. *controverſ. cap.* 15. *a num.* 2. Molina & addentes *lib.* 1. *de primogeniis cap.* 6. *num.* 48. & 49. & *eodem libro* 1. *cap.* 13. *num.* 36. & 37. & *lib.* 3. *cap.* 10. *fere per totum.* Carranza in *diſputatione de partu cap.* 2. *§.* 4. *num.* 41. & 51. Antonius Faber in *Juriſprudent. Papin. tit.* 4. *princ.* 3. *illat.* 3. *confutat.* 3. Pichard. in *lecturis ad tit. de leg.* 2. *cap.* 19. & *cap. ult.* Valentia *lib.* 3. *illuſtrium tract.* 4. *cap.* 1. *num.* 6. copioſe Olea *de ceſſione jurium & action. tit.* 3. *quæſt.* 4. *ex num.* 14.

§. IV. Ex quibus præmiſſis efficitur, per fideicommiſſum perpetuo familiæ relictum eos vocari, qui tempore mortis teſtatoris, & multo poſt, in rerum natura non ſunt. *l. omnia* 32. *§. in fideicommiſſo de legat.* 2. quod cum a re communi exorbitet, neceſſe fuit, ut per reſcriptum Principis tale fideicommiſſum induceretur confirmareturve, per quod inducuntur omnia, quæ ex nova æquitate novam juris proviſionem deſiderant. *l.* 2. *de conſtitut. Princ. l.* 1. *§. ult. cum leg. ſequenti de rebus eorum.* unde in his fideicommiſſis alia regula ceſſionis ſucceſſionisque ſervari incepit quam in aliis, quæ unica vice deferuntur: in noſtris enim fideicommiſſis reſpicimus tempus, quo ultimus poſſeſſor decedit, ut in rerum natura & proximior ſit is, qui ſucceſſurus eſt, alioquin ſucceſſioni locus fieri non poſſet, & per conſequens proximitas computanda eſſet non a teſtatore, ſed ab ultimo poſſeſſore, quando non tota familia ſimul vocata eſt, ſed proximior gradatim vocaretur, quippe ſpectaretur proximitas reſpectu teſtatoris in eo, qui in fideicommiſſum ſuccedit, etſi poſt mortem teſtatoris natus & conceptus ſit; deinde quia ſi in ſingulis ſucceſſoribus proximitas teſtatoris quæreretur, ſemper & in quacunque occaſione ſuccedendi turbarentur lineæ & ſucceſſiones, & filius ultimi poſſeſſoris excluderetur propter alium, qui a communi ſtipite minus diſtaret, gauderetque inſperato commodo fideicommiſſi & ſucceſſionis ſupra tertium in *l. unic. verſ. ſi quidem C. de his qui ant. ap. tab. her. ext.* ex quo eveniret, ut quilibet poſſeſſor incertus de continuatione ſucceſſoris in ſuis proximioribus negligeret res fideicommiſſo ſubjectas, & ſemper eſſent dominia ſub incerto, ſi in fideicommiſſis perpetuis maxime ab antiquo fundationis probanda eſſet proximitas reſpectu teſtatoris. Inducitur etiam pro hac ſententia textus in

d. l. 32.

Digitized by Google

d. l. 32. §. *in fideicommiſſo*, ibi: *& qui ex his primo gradu procreati ſunt.* ubi præferuntur filii eorum, qui ex nomine defuncti fuerunt, ſi primo gradu ſunt procreati, aliiſque poſſunt proximiores eſſe reſpectu teſtatoris, veluti patruus fratribus primi vocati, ergo reſpectu hujus proximitas attenditur, non reſpectu teſtatoris, ut adverſus Covarruviam in *practicis cap.* 38. *num.* 1. *verſ. deinde* docet expenditque Molina *tit.* 3. *cap.* 9. *num.* 12. & poſt eum alii; expenditur quoque textus in *l. ult. C. de verb. ſign.* in qua ſancitur, ſervandum eſſe ordinem ſuccedendi in his fideicommiſſis, qui ſervatur in ſucceſſionibus ab inteſtato, ſed in his ſemper ſucceditur poſtremo morienti; ergo & in fideicommiſſis perpetuis: quæ eſt etiam alia comparatio inter noſtra fideicommiſſa & primogenia, in quibus tantum attenditur proximitas reſpectu ultimi poſſeſſoris non fundatoris, & inſpicitur, an conceptus ſit is, qui ſucceſſurus eſt, hujus poſſeſſoris ultimi tempore. *l.* 2. *titulo* 15. *Part.* 2. comparantur etiam in hoc feudalibus ſucceſſionibus, in quibus idem ſancitum extat in *cap.* 1. *de natura ſucceſſionis feudi in uſibus feudorum.* ut plurima plurimosque adducentes, quibus paruimus, docent Molina *d. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 36. & 37. & *lib.* 3. *cap.* 9. *per totum.* Fuſarius *quæſt.* 484. *per totam.* & in hoc tantum reſidens Pichard. in *lect. ad titulum de legat.* 2. *cap.* 20. *num.* 18. & 20. quamvis ex infirmis principiis, nec recte accommodatis contrarium per *totum caput* tentaverit.

§. V. Apparet itaque ex his, noſtram diſputationem non eſſe de fideicommiſſis quomodolibet familiæ relictis, ſed de his, quæ relinquuntur familiæ in perpetuum: illa enim unica tantum vocatione exſpirant, nec de cætero manent res fideicommiſſo ſubjectæ; quare ſimulac ad familiam ſemel pervenerunt, ſive ad eum, qui de familia vocatus fuit, poſſunt ab eo res alienari, & in quemcunque transferri: exemplum extat in *l. Lucius* 88. §. *Lucius Titius* 6. *de leg.* 2. in quo fideicommiſſum ita relictum fuit, *ne de nomine familiæ meæ exeat, donec ad unum proprietas perveniat:* datum fuerat libertis libertabusque teſtamento manumiſſis & alumnæ, & cum afferat Scævola, perſpicuam eſſe teſtatoris voluntatem omnes vocantis ad æquales partes, ſatis conſtat, in ipſis primo vocatis conſiſtere fideicommiſſum, ut omnes Claſſici agnoſcunt: de hoc etiam fideicommiſſo non perpetuo familiæ relicto intelligendus eſt ſæpe citatus textus in *d. l. omnia* 32. §. *in fideicommiſſo de leg.* 2. in qua docetur, ad hoc fideicommiſſum admitti, qui de familia ſunt teſtatoris tempore mortis, quia tractum ſubſecivum habet; pertinet etiam textus in *l. quoties ab omnibus* 11. *C. de fideicomm.* in quo docemur, conſentientibus omnibus, qui ad fideicommiſſum vocati ſunt, poſſe alienare res fideicommiſſo ſubjectas, junctis *l. nihil proponi* 120. §. 1. *de legat.* 1. quod procul dubio de fideicommiſſis non perpetuis accipiendum eſt; alioquin, ſi perpetuum ſit, donec perveniat ad ultimum de familia, alienari non poteſt, in quo poſt omnes extinctos, qui ſunt & futuri ſunt de familia, ceſſat onus reſtitutionis ex defectu ſubjecti, cui fiat, & non antea, ut expreſſe probant textus in *l. cum pater* 77. §. *libertis* 27. *l. qui ſolidum* 78. §. *prædium* 3. *de leg.* 2. quare licet conſenſus vocatorum pro tempore exiſtentium ipſis præjudicet, tamen eorum ſucceſſoribus, qui nondum exiſtunt, ac per conſequens conſiſtere non poſſunt, non poteſt præjudicare, ut docent Accurſius, Bartolus, & cæteri Claſſici uſque ad Cujac. in *d.* §. *prædium.* Molina *d. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 23. & *cap.* 8. *num.* 24. Pichard. in *prædict. lect. cap.* 19. *num. ult.* inde eleganter deducentes, bona majoratus ſubjecta fieri libera, quando perveniunt ad ultimum prorſus ex vocatis, quæ eſt alia comparatio frequens & notabilis; ex quo licet auctores noſtri varias excogitent differentias, inter hæc fideicommiſſa, & primogenia multæ, variæ, vanæque apparent; quia illas petunt a fideicommiſſis familiæ non perpetuis, quæ vix cum majoratibus aliquam habent ſimilitudinem; quod ſi petamus a fideicommiſſis perpetuis, multo pauciores differentias inveniemus, & plures comparationes, ut ex ſequentibus diſputationibus apparebit.

§. VI. Ex eodem principio fit, ut in fideicommiſſis relictis non perpetuis ſuccedatur ipſi teſtatori, ut in reliquis ſucceditur, non ultimo poſſeſſori; quamvis inter omnes de familia ſubſtitutio reciproca facta proponatur. *d. l. Lucius* 88. §. *Lucius Titius teſtamento* 6. *de legat.* 2. facit etiam textus in *d. l. omnia* 32. §. *in fideicommiſſo eodem tit.* quatenus docet, ad hæc fideicommiſſa non perpetua tantum vocari eos, qui de nomine familiaque teſtatoris fuerunt tempore mortis, quia ipſimet teſtatori ſuccedunt; in quo non diſtant fideicommiſſa familiæ non perpetua a reliquis vulgaribus fideicommiſſis, per quæ teſtatori ſucceditur, ut planum eſt, & probatur ex *l. qui heredi* 41. §. *cum filiæ* 2. *de vulg. l. ſequens quæſtio* 68. *de leg.* 2. *l. qui fundum* 87. §. *qui filios ad leg. Falcid.* ergo in his fideicommiſſis ineptum erit diſputare, cui ſuccedatur, an ultimo poſſeſſori an teſtatori; quia gradualia non ſunt: vellem ergo, ut diſtinxiſſent apertius in hac viſione inter fideicommiſſa perpetua & non perpetua auctores ſupra §. 3. relati, & Mantica *de conject. ultim. volunt. lib.* 8. *tit.* 10. & 13. Menochius *lib.* 4. *præſumpt.* 75. Stephanus Gratianus *diſcept. forenſ.* 493. *ex num.* 13. Henr. Roſenthal *de feudis cap.* 7. *concluſ.* 57. *num.* 10. Ant. Faber *de error. Pragm. decad.* 50. *errore* 4. qui omnes & innumeri ab ipſis relati confuſe decidunt quæſtionem, cui ſuccedatur in fideicommiſſis familiæ relictis, quia non diſtinguunt inter fideicommiſſa perpetua, quæ per gradus deferuntur, & non perpetua, in quibus una vocatione familia invitata eſſet, quare omnes ſimul vocati ſunt, ſucceduntque teſtatori.

§. VII. Conſtat itaque, quibus fideicommiſſis comparanda ſint primogenia Hiſpaniarum, videlicet fideicommiſſis perpetuo familiæ relictis, de quibus accipiendi ſunt Doctores Hiſpani, qui prædictam comparationem faciunt, quos cum cura adducunt Molina & addentes *lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 7. itaque alter poſt alterum ex vi cujuſdam gradualis fideicommiſſi ſuccedit. Quæri tamen poteſt, an idem effectus dari poſſit per ſubſtitutionem, quæ etiam datur in legatis. *l. ut heredibus* 50. *de leg.* 2. *l. legata* 6. *C. de legat.* ſed negandum reſpectu veteris ſubſtitutionis, quæ non minus exigebat exiſtentiam ſubſtituti tempore facti teſtamenti & mortis teſtatoris, quam primi legatarii, quia nihil relinqui poterat non exiſtenti in rerum natura utroque tempore. *l.* 3. *de his quæ pro non ſcript. habent.* quod etiam in ſubſtitutione facta heredibus præcidit *l. unic.* §. & *cum triplici C. de cad. tollend.* quare excogitari non potuit modus, per quem ordinaretur ſubſtitutio, quæ perpetua eſſet, & tractum ſubſecivum haberet, excurreretque ad illos uſque, qui poſt mortem teſtatoris conciperentur; reſpectu vero novæ Juſtiniani providentiæ, quæ exſtat in *l. ult. C. de leg.* ſubſiſtendum eſt, in ea enim Conſtitutione ſancitur, ut poſſint fieri ſubſtitutiones in legatis in ſecundum caſum; id eſt poſtquam legata adquiſita ſunt a primo legatario, ut poſt mortem ejus & poſt aliquod tempus acquirerentur ſecundo, deinde tertio, & ſic deinceps, quæ ſubſtitutio æquivalet vocationibus, quæ fiunt in majoratibus, ut docuit Pichard. in *lect. ad tit. de vulg. cap.* 1. *num.* 15. dixi vero, ſubſiſtendum eſſe, quia in prædicta Conſtitutione dicitur expreſſe, poſſe in perpetuum ſubſtitui; quare ſcrupuloſus aliquis tantum illam accipere volet ſecundum terminos juris communis de illis ſubſtitutis, qui jam exiſtunt tempore mortis teſtatoris, nec ad naſcituros deinceps audebit illam extendere, quod ſi fecerimus, nihil impedimento erit, quia Juſti-

nianus recte efficere potuit, ut perpetuo competeret teſtatori facultas ſubſtituendi, quos & quot voluerit, in caſum jam adquiſiti legati, quæ erit certa & facilis origo noſtrorum majoratuum, qui per lineas & gradus diſtinguuntur, ut dixi in *feriata ſelectione de ſubſt. in leg.* nec repeto; unde ſupervacua mihi videtur diſputatio auctorum, quos ſupra laudavi, an ſucceſſores de familia veniant jure ſubſtitutionis, an jure fideicommiſſi perpetui, exiſtimantes diſtingui utrumque jus, quaſi in ſubſtitutione ſuccedatur teſtatori, ſed in fideicommiſſis poſtremo decedenti; hi enim termini diſtinguuntur in ſubſtitutione non perpetua, quæ fit de ſuperſtitibus tempore mortis teſtatoris, non vero de ſubſtitutione, quæ in longius tempus protrahitur ad eos, qui poſtea concipiendi ſunt, ut fideicommiſſum perpetuo familiæ relictum: quare culpandi non ſunt, qui ad exemplum hujus ſubſtitutionis inducunt majoratus, etiam citata *d. l. alt. C. de leg.* apud Molinam, qui eos refert ac ſequitur *d. lib. 1. cap. 1. num. 20. Paz de tenuta cap. 38. num. 43. & 48.*

§. VIII. Quod tamen diximus, ſuccedi ultimo poſſeſſori, recipiendum retinendumque eſt, quoad prærogativam proximitatis, & qualitatem exiſtentiæ tempore mortis ejus; non vero quoad primævam cauſſam & originem ſucceſſionis; nam hæc ſemper dependet, etiam in perpetuis fideicommiſſis, a teſtatore, qui illa reliquit. *l. unum ex familia 67. §. ſi de Falcidia 1. de leg. 2.* ubi Papinianus principium hoc elucidavit, deciſa hypotheſi, quæ per hanc ſpeciem manifeſtatur: teſtator heredem ſuum rogavit, ut, cum moreretur, reſtitueret aliquod fideicommiſſum uni ex familia, heres moriens implevit fidem in teſtamento, & uni ex familia ſui teſtatoris rem titulo legati aut fideicommiſſi reliquit. Hic duplex incidit quæſtio de familia, prima reſpectu teſtatoris, qui primus reliquit fideicommiſſum, ſecunda reſpectu heredis, qui illum in ſuo teſtamento reſtituit potius quam reliquit. Ponamus, primum teſtatorem exhauſiſſe legatis & fideicommiſſis patrimonium ſuum, quæritur, utrum heres rogatus uni de familia reſtituere rem, poſſit familiam deducere, & per conſequens coheres ejus tanquam æs debitum primo heredi. Ponamus etiam, heredem exhauſtum reliquiſſe legatis & fideicommiſſis proprium patrimonium; quæritur, utrum heres heredis poſſit ex hac re reſtituenda Falcidiam deducere. [1] Papinianus conciſe ſed concinne reſpondit, per idem omnia ſervanda eſſe, ac ſi ei, cui res reſtituenda eſt, primo teſtamento legata eſſet: ex quo utraque quæſtio deciditur. Primo enim heres gravatus reſtituere rem uni de familia, quem elegerit, imponet Falcidiam, tamquam in cæteris legatis & fideicommiſſis, deinde heres heredis, qui facit reſtitutionem, nihil deducet, idque ob duplicem rationem. Prima eſt, quia facultas neceſſariæ electionis non eſt reſpectu heredis gravati beneficium propriæ liberalitatis; nihil enim de ſuo largitur, qui, quod reſtituit, neceſſario reddere debuit, potius exſolvit debitum, quam legatum relinquit. Hanc partem illuſtravi nuper in *relectione de donat. cap. 7.* cum ergo ex proprio legato, ſive ex donatione proprio teſtamento relicta detrahenda ſit Falcidia, conſequens eſt, ut ex hac reſtitutione non detrahatur. Secunda ratio eſt, quia hoc fideicommiſſum ad unum de familia ex teſtamento heredis non gravatur; ſed potius ex diſpoſitione primi teſtatoris, ergo heres primi teſtatoris imponit Falcidiam, non heres heredis gravati.

§. IX. Difficilius eam quæſtionem verſavit expoſuitque Marcellus de fideicommiſſo perpetuo loquens in *l. pater filiam 54. ad leg. Falcid.* quam breviter elucidabo. Pater habebat filium, & ex eo tres habebat nepotes, heredem ex aſſe inſtituit filium, quod merito ſupponitur, quia nulla mentio coheredis eſt. Rogavit filium præcepitque, ne fundum Tuſculanum alienaret, ſed ut in familia relinqueret; filius non alienavit fundum, dum viveret, moriensque heredes inſtituit tres filios nepotes primi teſtatoris, & de ejus familia: itaque fundus in familia remanſit: inde quæſitum fuit, utrum nepotes tamquam heredes filii gravati invicem aliquid deducere poſſent ex fundo ratione Falcidiæ, & ſane compertiſſimum eſt, patrem ipſum poſſe deducere ex ſua perſona Falcidiam, ſi primi teſtatoris patrimonium exhauſtum fuiſſet legatis. *d. §. ſi de Falcidia.* ergo & ejus heredes poterunt eandem deducere, tamquam eſſet debitum ſuo teſtatori. *l. in ratione 11. §. quod vulgo ad leg. Falcid.* hæc eſt diviſio, quam indicavit JCtus illis verbis: *an omnino, quaſi creditores unusquisque in ratione legis Falcidiæ aliquid poſſit deducere:* & expreſſius in ultima textus parte: *atque enim in alieno ære habuit fundum: neceſſitate quippe obſtrictus fuiſſet filiis eum relinquendi.* Videamus ergo, quid deducturi ſint invicem ratione legis Falcidiæ, conſtat deducturas ad portionem partium hereditariarum, ut Goveano recte placuit; ratio eſt, quia deducunt ex perſona patris, cum quadrans ipſo jure patris factus fuiſſet. *l. lineam 26. l. legis 58. l. quoties 67. ad leg. Falcid.* ergo eodem modo dividendus eſt hic quadrans, ac reliquum patrimonium: itaque non deducunt Falcidiam tanquam heredes patris gravati; ſed tanquam heredes heredis avi primo fideicommiſſum relinquentis; quia pater nihil reliquit ſed reſtituit, & ex hoc nemo poteſt Falcidiam imponere, qui eſt ſenſus illorum verborum: *ſed hac ratione nemo in Falcidia ratione quidquam deducet:* videtur autem ſupervacua & frivola deciſio, quia ſi omnes deducunt Falcidiam, nulla ſupereſt utilitas deductionis, ſiquidem omnes tantundem ferunt; verum ſupponendum eſt, aliquid nepotum intereſſe ponere Falcidiæ rationem, ut omnes agnoſcunt, vel quia nepotes ex inæqualibus partibus inſtituti ſunt, quo caſu deducere hanc Falcidiam illius intereſt, qui ex majori parte ſcriptus eſt; vel quod forte computandum eſt patrimonium heredis ad ponendam Falcidiam cum ſuis legatariis, juxta terminos textus in *l. & ſingulis 77. l. quod ſi alterutro 78. ad leg. Falcid.* quo caſu omnium nepotum intereſt, ex primo teſtamento Falcidiam deducere tamquam æs alienum. *l. in quantitate 73. ad leg. Falcid.* videtur etiam inepte quæri de Falcidia, quia totus fundus deducitur, & computatur de bonis ſecundi teſtatoris, tamquam æs alienum proveniens a primo teſtatore: dicendum tamen eſt, in hoc quoque caſu aliquid propter Falcidiam detrahi ex perſona primi heredis, cui quadrans tamquam æs alienum debebatur, & jure ordinario capi ex ſecundo teſtamento aliquid tamquam æs alienum primi teſtatoris, videlicet quadrantem, qui jure familiæ capitur, licet totus fundus dividatur inter omnes heredes pro portionibus hereditariis, diverſis tamen reſpectibus, ut notat Goveanus, cujus rationem in ſeqq. non præſtabimus, quidquid controvertat Cujac. Joannes Robertus & Antonius Mercator ſub *lib. 2. animadv. & notat. contra Rob. cap. 16.*

§. X. Idem etiam principium elucidatur ex Ulpiani ſpecie circa filios exheredatos a patre gravato in *l. filiusfamilias 114. §. cum pater filios 19. cum ſeqq. de leg. 1.* Proponit fere eandem ſpeciem: pater, qui filium habebat, & ex eo tres nepotes, heredem inſtituit filium, eumque rogavit, ne fundum alienaret, ſed eum in familia relinqueret, filius duos alios nepotes primi teſtatoris heredes ſcripſit, tertium exheredavit, fundum prohibitum alienari extra familiam extraneo reliquit; refert Conſultus, Severum & Antoninum reſcripſiſſe, non paruiſſe filium voluntati patris, cum fundum extra familiam extraneo reliquiſſet, quod planum eſt, ſed §. *ſed etſi 16.* quærit, utrum in prædicta ſpecie fundi extraneo legati poſſit filius exheredatus petere partem fundi, quem avus familiæ reliquit, reſponditque ex ſententia Marcelli, ſive unus exheredatus ſit ſive duo, poſſe fidei-

fideicommiſſum petere, quia eis nihil officit exheredatio paterna, cum veniant ex avi teſtamento, tanquam vocati ex familia primi teſtatoris. In §. *ſed ſi omnes* 17. mutat ſpeciem, videlicet quando fundus extraneo legatus non fuit, ſed in hereditate patris remanſit, & omnes filii ex diſparibus partibus heredes inſtituti fuerunt, quæritur, utrum viriles conſequi debeant an hereditarias. Reſpondet Conſultus, hereditarias omnes conſecuturos: ratio dubitandi eſt, quia fundus hic tamquam debitus ex primo teſtamento ad omnes ex familia ſpectaret pro virilibus, ſi extra familiam fuiſſet alienatus; igitur non capitur tanquam hereditarius ſecundi teſtatoris, & per conſequens nec pro hereditariis portionibus eſt dividendus. Hæc ratio dubitandi concedenda eſt Goveano in *d. l.* 54. *ad leg. Falcid.* ſed Conſultus ipſe præſtat rationem decidendi, quia primus heres eligendo unum de familia, cui fundum relinqueret, parebat voluntati defuncti, & cæteri de familia tanquam defecti conditione excludebantur a fideicommiſſi petitione. *d. l. unum ex familia* §. *ſi de Falcidia in fine de legat.* 2. ergo, modo intra familiam alienaret, parebat etiam voluntati, licet pro diſparibus partibus illum reliquiſſet; & nemo queri poteſt de minori parte ſibi relicta, ſiquidem potuit gravatus nihil illi relinquere, dum alii de familia reliquiſſet: igitur cum tres filios de familia inſtituiſſet heredes, licet ex diſparibus partibus, & fundum in familia relinqueret, conſequens eſt, ut paruerit primi teſtatoris voluntati, eligens omnes tres filios, deſignatis ad fundum eiſdem partibus, quas ad hereditatem propriam deſtinaverat. Notemus, quod diximus in §. *præcedenti*, etiam has partes, quæ ex primo teſtatore proveniunt, fieri hereditarias non viriles; alia vero ratione, quam pars illa, quæ ab herede primum gravato detracta fuit propter legem Falcidiam; hæc enim dividitur pro hereditariis portionibus inter heredes in ſecundo teſtamento ſcriptos, quia pars hereditatis eſt, & patrimonium heredis gravati, & capitur jure hereditario, reliquus vero fundus ideo pro hereditariis portionibus dividitur; quia cenſetur ſecundus teſtator pro illis partibus elegiſſe nepotes, quibus fundum reſtitueret, pro quibus eos heredes in ſuo teſtamento ſcripſerat; inde in §. *item ſi unum* 18. infert ad elegantem quæſtionem. Heres primo gravatus, ne extra familiam fundum alienaret, ex tribus filiis unum heredem ſcripſit, reliquos exheredavit, ſed fundum in hereditate & per conſequens in familia reliquit, quia illum extraneo non legavit: quæritur, utrum exheredati fundum petere poſſint, vel partem fundi; reſpondet Marcianus, nihil poſſe petere; ratio ex proxime dictis pendet, quia non venit caſus, quo omnes invitati eſſent, cum fundus extra familiam alienatus non fuerit: igitur non nocet filiis exheredatio paterna; ſed potius nocet, quod per heredis inſtitutionem filio, id eſt uni de familia fundum reliquit, quo cæteræ conditiones defecerunt.

§. XI. Admittuntur ergo exheredati, quando fundus extra familiam alienatus fuit; ſed tunc quæritur, utrum ſoli exheredati admittantur, an etiam filius inſtitutus, qui de familia eſt. Marcianus tantum docet, admitti exheredatos; de inſtitutis vero nec fatetur nec negat; ſed Papinianus expreſſe decidit, inſtitutum cum exheredatis admitti in *d. l. unum ex familia* 67. §. *ſed ſi uno* 3. *de legat.* 2. ubi ſi teſtator juſſus fundum reſtituere uni de familia, unum quidem heredem inſtituerit, & fundum extraneo legaverit, reliqui de familia ad petitionem fideicommiſſi admittuntur, qui ſi ad excludendum heredem ſcriptum allegent, eum venire non poſſe contra auctoris ſui factum, qui fundum in extraneum titulo legati alienavit. *l. cum a matre* 12. *C. de rei vindic. l. filium* 31. *de liberali cauſſ. l. ex qua perſona de R. J.* & per conſequens repellendum eſſe a petitione fideicommiſſi, excipiet adverſus eos de dolo, quia nulla declaratæ alienatione eadem ratio, quæ admittit exheredatos; admittit etiam inſtitutum, quod hactenus recte docuit Pinellus *lib.* 2. *ſelect. cap.* 8. *a princ.* & *ex num.* 20. ſed quod poſtea ſubjungit hic auctor, filios inſtitutos conſentientes alienationi a teſtatore factæ repelli tamquam indignos a petitione fideicommiſſi, vanum & cerebrinum reputo; quia adiens hereditatem, & per hoc quaſi contrahens cum legatariis & fideicommiſſariis. *l. ſi quis abſentis* 5. §. *ſi heres* 2. *de O. & A.* non poteſt non conſentire teſtatori leganti rem extraneo, ſed hic heres admittitur ad perſecutionem fideicommiſſi ex ſententia Papiniani, ergo etſi conſentiat, non removetur; nec ipſi favet aliud ejuſdem Papiniani reſponſum in *l. cum pater* 77. §. *libertis* 27. *de legat.* 2. in quo is, qui rem per fideicommiſſum familiæ relictam alienat, excluditur a petitione fideicommiſſi, maxime pro parte, quam alienavit; hæc enim ſpecies diverſa eſt, & multo fortior ratio militat in eum, qui alienat, quam in eum, qui conſentit alienationi. *l. aliud eſt vendere* 160. *de R. J.* ex quibus hanc ſententiam ſuſtineo, quam tenent Goveanus in *d. l. pater filium* 54. *ad leg. Falcid.* Cujac. *lib.* 19. *quæſt. Papin.* in *d.* §. *ſed ſi uno.* licet caute in legato vindicationis poſuerit ſpeciem, & *lib.* 30. in *l. debitor* 12. *ad leg. Falcid.* & *lib* 15. *obſerv. cap.* 1. Ant. Faber in hoc nobiſcum conſentiens *lib.* 14. *conject. cap.* 30.

§. XII. Deſcendamus ex his principiis ad materiam primogeniorum: in primis ex illis infertur, in majoratibus, quamvis conſideretur proximitas & qualitas exiſtentiæ in rerum natura reſpectu ultimi poſſeſſoris, tamen in origine & primæva cauſſa ſuccedendi ipſi ſuccedi inſtitutori, a quo ortum inſtitutio habuit, ut in effectu docent Molina *lib.* 1. *de primog. cap.* 8. *ex num.* 2. & *lib.* 3. *cap.* 6. fere per totum. Meris *de majorat. parte* 4. *quæſt.* 1. ergo in reliquis ſucceſſionibus gradualibus, id eſt de gradu in gradum decurrentibus, jure familiæ aut jure ſanguinis ſucceditur, non jure hereditario. *l.* 2. *tit.* 15. *Partita* 2. ibi, *do querque el ſenorio bovieſſen por linague e majormente en eſpana. l.* 9. *tit.* 2. *Partita* 2. ibi, *per raçon del linague:* facit textus in *l. eum qui* 3. *de interd. & releg.* ibi, *niſi quod ab ipſo patre perventurum eſſet ad eos*, videlicet filios: aliis etiam textibus utuntur auctores noſtri ad fundandam hanc evidentiſſimam ſententiam, quos tanquam a propoſito alienos adducere ex re non cenſeo: videndi ſunt Molina *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 2. & ipſius additio ad calcem operis *pag. mihi* 532. Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 8. *num.* 3. Olea *de ceſſione jurium & action. tit.* 3. *quæſt.* 3. *num.* 12. & 13. affectu & amicabili obſervantia noſter D. Nicolaus Antonius *de exilio lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 2. & 3. magnus & illuſtriſſimus Præceptor meus Dominus Ramos *de Epiſcopatibus Luſitaniæ propoſitione* 1. *num.* 5.

§. XIII. Percurramus effectus, qui ex hoc principio deducuntur, cur inprimis idem dicendum eſt de Falcidia in inſtitutione majoratus, ac diximus in fideicommiſſo perpetuo familiæ relicto; ſi enim per viam legati in extraneo inſtituitur, herede etiam extraneo ſcripto, & hereditas exhauſta vel gravata ſit legatis, heres extraneus primi inſtitutoris Falcidiam poteſt deducere; quia ex lege hæc deductio fit: quare illud minus cenſetur vinculatum, quod per hanc legem detrahitur; ſequentes vero poſſeſſores non poſſunt ullam deductionem facere; quia heredes non ſunt primi poſſeſſoris nec ſequentium, ſed inſtitutori ſucceditur, quemadmodum fideicommiſſarius primus a ſecundo fideicommiſſario Falcidiam non ſervat, quia primi teſtatoris heres non eſt. *l. lex Falcidia* 47. §. *nunquam ad leg. Falcidiam.* Hæc tamen quæſtio in filio herede ſcripto diſceptari non poteſt, cui ſua legitima relinquenda eſt. *l.* 4. *tit.* 5. *lib.* 3. *Feri. l.* 17. & 27. *Tauri. l.* 1. & 11. *tit.* 6. *lib.* 5.

Compilat. & per conſequens ejus portio minui non poteſt per legata aut alia gravamina. *l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inoff. teſtam.* Ceſſat etiam Falcidia, ſi teſtator prohibuit, ut deduceretur. *Novell.* 1. *cap.* 2. & 3. *Authentica ſed cum teſtator C. ad leg. Falcid.* Item ſi expreſſe prohibuit, ne bona alienarentur, ut integra ad ſucceſſorem devenirent; per hanc enim cautelam conſuluit primo vocato, ne aliquid ab eo detraheretur etiam occaſione aut prætextu Falcidiæ. *Novell.* 119. *cap.* 11. *Authent. ſed & in ea re C. ad leg. Falcid. l.* 6. *tit.* 11. *Partita* 6. unde vix eſt, ut in praxi locus ſit Falcidiæ in inſtitutione majoratus; quia nullus fere inſtituitur, in quo teſtator expreſſe non vetet detractionem Falcidiæ, aut ſaltem jubeat, ut una integra & ſine ulla diminutione ad primum vocatum & ſucceſſores perveniat, ut docent latius Molina *lib.* 1. *cap.* 17. *per totum.* Menochius *lib.* 4. *præſumptione* 148.

§. XIV. Secundus effectus eſt, ut quamvis poſſeſſor filium exheredet, qui ab inſtitutore vocationem habet, non excludatur a majoratus ſucceſſione; quia nullus ex poſſeſſoribus poteſtatem habet exheredandi ſucceſſorem, qui ab ipſo jus non trahit; igitur quemadmodum exheredatus ad fideicommiſſum perpetuum familiæ relictum admittitur, ſic etiam ad majoratum: docent Ant. Gomez. in *l.* 40. *Tauri num.* 71. Petrus Peralta in *l.* 3. §. *qui fideicommiſſam num.* 86. *de heredib. inſtit.* Coſta in *quæſt. de patruo & nepote pag.* 152. Molina *lib.* 1. *cap.* 9. *a principio.* Meris *de majoratibus part.* 2. *quæſt.* 4. *illat.* 1. *a principio.* Caſtillo *tom.* 5. *controverſ. cap.* 89. *num.* 81. Fuſarius *de ſubſtitution. quæſt.* 317. *num.* 15. & 16. Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 8. *ex num.* 14. Parladorius in *ſeſquicenturia different.* 18. §. 2. *num.* 3. Nec obſtat vulgaris & nobilis textus in *cap. licet univerſis* 6. *de voto & voti redemptione.* privatur quippe in eo textu filius regno Hungariæ, non propter diſpoſitionem paternam, ſed propter promiſſionem, quam noluit adimplere a ſe perſonaliter Deo factam, ut conſtat ex verbis textus ibi, *ac ſi onus a patre injunctum, & a te ſponte ſuſceptum:* & ibi, *& id aſſumto crucis ſignaculo te ſine dilatione adimpleturum eſſe promiſiſti*, ut poſt alios exponunt Gregorius in *l.* 4. *gloſſ.* 3. *tit.* 15. *part.* 2. Molina *d. cap.* 9. *num.* 5. ubi addentes: probat eundem intellectum aliis laudatis Pinellus *d. cap.* 8. *num.* 17. Non etiam obſtat textus in *l. ſi ex patronis* 10. §. *Julianus* 1. *de bonis libert.* in quo filius a patre exheredatus non tantum a paternis libertis excluditur, ſed etiam ab avitis, in quos pater ſucceſſerat: reſpondetur enim, jam fuiſſe effectos avitos libertos patrimonium patris ejusque hereditatem; unde ab iis etiam filius exheredatus removetur; quod in primogenio minime dici poteſt, cum nunquam fiat hereditas poſſeſſoris; quippe ſi ſervus ab avo manumiſſus non eſſet, efficeretur res filii ſucceſſoris: igitur manumiſſus effecit jus patronatus hereditarium. §. *unic. verſ. atqui inſtit. de fiduc. tutel.* Hæc eſt ratio, propter quam exheredatio patris privat filium jure patronatus liberti aviti, poſtquam patri adquiſitum eſt, ut docent Coſta in *quæſt. de patruo & nepot. parte* 3. *num.* 25. Benedictus Pinellus *lib.* 1. *ſelect. cap.* 8. *num.* 25. & *lib.* 2. *d. cap.* 8. *ex num.* 13. Alvarus Valaſcus *de jure emphyteut. quæſt.* 49. Cujac. licet breviter *lib.* 14. *obſerv. cap.* 5. Quare periculoſa eſt argumentatio a jure patronatus libertorum ad majoratus vel fideicommiſſa perpetua, quod ex aliis infra dicendis magis conſtabit.

§. XV. Ex nuper dictis de confiſcatione etiam dicendum eſt, ad quam arguendum eſt a fideicommiſſo perpetuo ad majoratum, ſed non a jure libertorum: certum quippe eſt, proſcriptis bonis patris proſcribi etiam libertos paternos ſecundum merum jus, & per conſequens libertos avitos, in quos jam pater ſucceſſerat: non impugnat doctrinam hanc textus in *d. l. eum qui* 3. *de interd. & releg.* quæ ſupponit, hereditatem patris libertosque amittere filios deportati, ex quo omnes concludimus, amittere tantum libertos ejus id eſt patris, non avitos; verba enim non probant expreſſe hanc diſtinctionem, ut nunc video; niſi vivo avo pater damnatus ſit; tunc enim, quia de medio tollitur patris perſona, nepos, qui in hereditatem avi ſuccedit, libertos quoque ejus adquirit, qua de re dixi ad *d. l.* 3. nec repeto; fideicommiſſum vero familiæ perpetuo relictum majoratusque non confiſcantur, quod principium diſerte probat textus in *d. l.* 3. ibi, *quæ vero non a patre, ſed a genere, a civitate, a rerum natura tribuerentur, ea manere eis incolumia:* cum ſupra probaverim, hoc a genere potius quam a jure hereditario provenire, probaturque a ſimili ex textu in *l. Imperator* 12. *de fideicomm. libert.* in quo ſervi juſſi ab herede manumitti, ſi bona heredis confiſcentur, publice id eſt a fiſco manumittendi ſunt, nec cauſſam libertatis amittunt, quam a primo teſtatore fuerunt conſecuti: e converſo eadem aſſertio probatur ex *l. ſi in libertinum* 28. *de bonis libert.* ubi ſi libertinus deportatus ſit, vel ex alia pœna publicationem bonorum ſubierit, ea pars, quæ ea lege ad patronum pertinet, non confiſcatur, quia confiſcatio non poteſt adimere ſucceſſori jus, quod ea lege ei defertur, quam partem egregie illuſtrat noſter D. Nicolaus Antonius *de exilio lib.* 2. *cap.* 25. *ex num.* 8. facit etiam textus in *l.* 3. *tit.* 2. *Part.* 2. ibi, *i mandar tomar al heredero todos los vienes que hobo de parte del traidor:* quæ ſententia communis eſt, eamque tenent poſt antiquiores Ant. Gomez. in *d. l.* 40. *Tauri num.* 91. *per totum.* Covarruvias in *regula poſſeſſor part.* 3. §. 1. *num.* 6. & ex profeſſo Molina *lib.* 4. *cap.* 1. *a princ.* alter Molina *de juſt. & jur. tract.* 2. *diſp.* 656. Meris *de majorat. part.* 4. *quæſt.* 23. Joannes Guttierrez *lib.* 2. *practicar. quæſt.* 66. Joannes del Caſtillo *tom.* 6. *controverſ. cap.* 160. *num.* 8. Verum quidem eſt, commoditatem & fructus, ut ita dicam, majoratus ad fiſcum devolvi, quamdiu vivit is, qui confiſcationem perpeſſus eſt, quod evincitur ex nobili vexatiſſimoque Pauli textu in *l. Statius Florus* 48. §. *Cornelio Felici de jure fiſci.* in quo mater rogata poſt mortem ſuam reſtituere hereditatem Cornelio Felici filio paſſa fuit bonorum omnium proſcriptionem; dum vivit mater, ſive relegata ſit ſive deportata, quod parum ad rem facit, (quamvis relegatam fuiſſe acriter defendat noſter Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 11.) in fiſcum omnia bona coguntur, cum ſua tamen cauſſa fideicommiſſi, qui interim illis fruitur, ſed matre naturaliter defuncta filio ſuperſtiti reſtituit: potuit quippe retinere bona, dum mater delinquens vixit; quia dies mortis naturalis, de quo teſtator cogitavit, non venerat; ſed adveniente die & impleta conditione fideicommiſſi ſtatim reſtituit, ut exponunt Molina *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 24. & *cap.* 20. *num.* 9. & *lib.* 4. *cap. ult. num.* 6. Chumazerus *ſelectar. diſputat. cap.* 10. Pichard. in *lectur. ad tit. de liber. & poſth. ad l. Gallus cap.* 7. Nic. Antonius *d. lib.* 2. *cap.* 10. & 16. *a princ.* expendi etiam poſſunt textus in *l. ex facto* 17. §. *ſi quis rogatus C. ad S. C. Trebell. l. cum pater* 77. §. *hereditatem* 4. *de leg.* 2. & melior textus in *l. ſi poſtulaverit* 27. §. *jubet lex* 11. *ad leg. Juliam de adulter.* in quibus expendendis immorari non licet: ſolent tamen providi teſtatores majoratuumque inſtitutores huic caſui conſulere, caventes, ut fideicommiſſum vel majoratus decidat de poteſtate ejus, qui poſſidet præambula hora, antequam crimen committat, propter quod confiſcandum ſit, & ad ſequentem in gradu tranſmittatur; quæ cautela utilis eſt & ſufficiens ad hoc, ut commoditas nec momento quidem temporis apud fiſcum maneat, ut docent Molina *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 56. & 57. & *lib.* 4. *cap. ult. num.* 15. Anton. Gomez. in *l.* 40. *Tauri num.* 91. & cum aliis Va-

lentia

lentia in *lecturis ad tit. de legat. tract. 2. cap. ult. num* 6. *&* 2. *ſeqq.* ſed quæ de confiſcatione diximus, limitantur in majoratibus ea facultate regia inſtitutis; facultas enim regia excipit tria crimina, hæreſis ſive apoſtaſiæ, læſæ Majeſtatis, Sodomiæ, propter quæ vult Princeps, ut bona majoratui ſubjecta confiſcentur, & abolita familiæ memoria perpetuo in fiſcum redigantur, adverſus quod reſcriptum nihil cavêre poteſt teſtator, qui illo utitur, ut docent Molina *d. cap. ult. ex num.* 57. *usque ad* 69. ubi late addentes, & omnes auctores ſupra relati.

§. XVI. Profligata manet hæc queſtio ex notatis ſupra §. 11. nam idem dicendum eſt de revocatione alienationis rei majoratui ſubjectæ, ac fideicommiſſo perpetuo familiæ relicto, ſed quia difficilis & quotidiana eſt, libet eam decidere ex veris juris principiis. Imprimis noto, aliquas res ex ſe & ex perpetua prohibitione eſſe prorſus inalienabiles, ut nullo modo valeant alienari, quales ſunt res majoratui & fideicommiſſo perpetuo ſubjectæ. *l. ult.* §. *ſin autem C. commun. de legatis.* ut dixi in *ſelect. ad leg. Scriboniam num.* 35. aliquas vero eſſe non perpetuo inalienabiles, ſed ratione qualitatis rerum vel dominorum, ut bona dotalia, & bona adventitia filiorum, & ſimilia; nam quamdiu in eadem cauſſa perſeverant, & dotalia ſunt vel adventitia, a marito patreve non poſſunt alienari; poſtea vero quam exuerunt illam qualitatem, nihil eſt, quod earum rerum impediat alienationem, quæ dixi in *eadem ſelectione ex num.* 26. *& ex num.* 44. Noto deinde, non eſſe novum in jure, ut una eademque perſona duarum vice fungatur, & heredis & ſui ipſius. *l. filius non impeditur* 22. §. *multo magis, &* §. *item ſi adrogavi de inoff. teſtam.* in quibus heres nomine filii exheredati, cui ſucceſſit, accuſat patris matriſve teſtamentum; qui ſi ſuccumbat, ex propria perſona petit legatum: ſic etiam in *l. tutorem* 22. *ff. de his quibus ut indignis.* de quibus dixi in *adverſariis cap. ult.* quam concluſionem ex prædictis aliisque textibus colligunt poſt multos de hac ipſa quæſtione agentes Arius Pinellus in *l.* 1. *parte* 3. *num.* 72. 73. *&* 95. *C. de bon. mat.* Alvarus Valaſcus *tom.* 1. *conſultat.* 69. *num.* 19. *verſ. ſed ego.* Dominus Salgadus in *Labyrintho creditorum parte* 2. *cap.* 7. *ex num.* 28. quibus ſuppoſitis facilis eſt determinatio quæſtionis; ſucceſſor quippe jure revocare poteſt alienationem rei vinculatæ a prædeceſſore factam, licet heres ſit liberi patrimonii ultimi poſſeſſoris; quia non revocat tamquam heres, nec ex perſona ultimi poſſeſſoris; ſed jure proprio in ſe tranſmiſſo a fundatore, a quo jus habet, quod numquam confunditur cum jure hereditario; quia provenit a familia & genere, quod diverſum eſt: ita ſentiunt licet non hoc fundamento Petrus Peralta in *rubric. de hered. inſtit. ex num.* 94. *usque ad num.* 113. Arius Pinellus *ubi proxime ex num.* 92. Benedictus Pinellus *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 8. *a princ.* Alvarus Valaſcus *d. conſultat.* 69. *num.* 19. *& ſeqq.* Parladorius in *ſeſquicenturia differ.* 18. §. 2. *num.* 5. & in hac reſidens Molina *d. lib.* 4. *cap.* 1. *num.* 30. & quamvis pro more in hac re varius ſit, tamen hanc videtur eligere ſententiam, pro qua dicit ſe conſuluiſſe, & in quadam cauſſa obtinuiſſe Vincentius Fuſarius *de ſubſtitut. quæſt.* 557. *num.* 8.

§. XVII. Nec obſtant, quæ pro contraria parte ſolent adduci auctoritates & fundamenta; illis enim ex proxime notatis facile fatisfit: non obſtat in primis textus in *l. cum a matre* 14. *C. de rei vind.* ubi filius poteſt a venditore vindicare rem propriam, quam ejus mater nullo jure vendidit; niſi heres extiterit matris; tunc enim pro qua parte heres extitit, repellitur doli mali exceptione; ratio eſt, quia, ex qua perſona quis lucrum capit, ejus factum præſtare debet. *l. ex qua perſona* 149. *de R. J.* Igitur non poteſt impugnare factum auctoris, qui ejus hereditatem adivit: non expendo textum in *l.* 1. *in fine C. de bonis mater.* quia expreſſe non loquitur de filiis patri ſuo jam exiſtentibus heredibus, ſed prædictis juribus reſpondetur, intelligenda eſſe de bonis, quæ valde & efficaciter alienari non poſſunt ex defectu dominii in perſona alienantis; quæ ratio ceſſat, ſi dominus heres extiterit ei, qui alienavit. *l. cum vir* 42. *de uſucap.* ut latius dixi in *prædicta ſelectione ad leg. Scriboniam num.* 28. non vero in illis, quæ ex natura ſua inalienabilia prorſus ſunt; quorum alienationem heres ratam habere non poteſt, etſi maxime velit; ergo non tam impugnat factum defuncti, quam nullitatem ejus allegat, ut defunctus ipſe, dum vixit, eamdem nullitatem poteſt allegare, & venire contra alienationem a ſe nulliter factam. *l. quemadmodum* 7. *verſ. nihilominus C. de agricol. & conſit. cap. ſi quis presbyterorum* 6. *de reb. Eccleſiæ alienan. vel non.* ſi ergo alienans ipſe potuit, quod nulliter fecit, impugnare, multo melius idem poterit facere heres, ut auctores ſupra citati docent; non obſtat deinde ratio textus in *l. vindicantem* 17. *de evictión. l. ſi a Titio* 72. *de rei vind. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *de except. rei vend. & trad. l. apud Celſum* 4. §. *ſi a Titio* 32. *de doli mal. except.* ex quibus omnibus hæc regula deducitur, quem de evictione tenet actio, agentem repellit exceptio. *l.* 24. *tit.* 13. *Part.* 5. ſed heres venditoris tenetur ejus nomine de evictione, ſi emptori res ſecura non ſit; ergo ipſe non poterit inquietare emptorem, quem defendere debet; reſpondent enim recte, heredem eundemque ſucceſſorem majoratus vice diverſarum perſonarum fungi; ut enim majoratus ſucceſſor eſt, extraneus reputatur reſpectu prædeceſſoris: igitur in hoc conceptu ei non obſtat prædicta regula, cum de evictione non teneatur; tenebitur ergo de evictione ut heres, pro qua parte heres eſt, confectoque inventario tantum tenebitur reſpondere emptori de evictione pro viribus hereditariis ſuæ portionis, ad quam rem utiliſſimum eſt conficere inventarium, ſi bona minus ampla ſint: addendus eſt Noguerol *allegat.* 19. *ex num.* 98. *usque ad num.* 108. quibus rejecti manent auctores contrarium ſentientes, vel de noſtra ſententia dubitantes, quos referunt addentes poſt Molinam *d. lib.* 4. *cap.* 1.

§. XVIII. Sed ut noſtra revertatur diſputatio ad originem, mihi conſtat, in ea quoque majoratum cum fideicommiſſo perpetuo convenire; ut enim facultas non eſſet teſtatoribus faciendi perpetuas ſubſtitutiones etiam reſpectu eorum, qui multo poſt mortem teſtatoris concepti & editi fuerunt, niſi vel mores diuturno utentium conſenſu comprobati, vel lex reſcriptumve Principis talem eis induliſſent poteſtatem, ſic nec majoratus perpetua inſtitutio poſſet ſuſtineri, niſi vel lex, vel mores illam approbaſſent, cum negari non poſſit, eſſe exorbitantem diſpoſitionem, ut ex infra dicendis conſtabit; & ſane in noſtro regno ab inſtitutione regni & principatus omnia primogenia traxerunt originem, ad cujus inſtar omnium regulatur ſucceſſio: ad quod meminiſſe oportebit, Hiſpaniæ regnum Gothorum tempore electivum fuiſſe; deinceps vero factum fuiſſe ſucceſſivum, licet non indiviſibile, ſublatamque fuiſſe regnorum inter filios partitionem, ſive a Ferdinando tertio cognomento *el Santo*, ſive ab Alfonſo decimo in *l.* 2. *titulo* 15. *Part.* 2. ex qua forma fluxit, ut regnum deferatur ſolidum & uni primogenito, ſervata grados prærogativa, quod normam dedit privatis; ut poſſent bona ſua perpetuo unita familiæ relinquere primogenito, aut vocatis per lineas & grados deferenda moribus; itaque cœperunt ab initio noſtra primogenia introduci ad principatus ſimilitudinem, ſed cum primogenia privatorum frequentius cœpiſſent a tempore Henrici ſecundi cognomento *el de las mercedes*, & Joannis ſecundi, ſub quo plures majoratus nobilium fuerunt inſtituti, quod ex non paucorum lectione compertum mihi eſt in legibus Taurinis editis anno 1505. ut ex earum Codice originali conſtat, quem ediderunt

Caſtillo & Ciſuentes veteres earum gloſſatores, cœpit lex formaque certa dari his primogeniis, ut ſignanter notarunt Molina in *præfatione num.* 22. & *lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 18 *Paz de tenuta tom.* 1. *cap* 2. *num.* 6. & 2. *ſeqq.* & *cap.* 5. *num.* 7. Carranza *de partu in ſcholiis ad l.* 13. *Tauri num.* 1. & 2. dicamus ergo, ex forma data unitioni & ſucceſſioni regni originem habuiſſe inſtitutiones majoratuum per *legem ſeptem partitam*; ſed extremam manum accepiſſe a Taurinis Conſtitutionibus, ut docent Palacios Rubios in *repetitione rubricæ* §. 69. *ex num.*. 24. & in *opuſculo de juſta Navarræ retentione parte* 7. §. 9. Covarruvias *lib.* 3. *variar. cap.* 5. *num.* 5. *verſ.* 4. Molina *d. cap.* 2. *num.* 8. alter Molina *de juſt.* & *jure tract.* 2. *diſput.* 576. *a princ. usque ad num.* 8. magnus & illuſtriſſimus Præceptor meus Ramos *de Epiſcopatibus Luſitaniæ in proœmio num.* 14. quæ attigiſſe ſufficist pro inſtituto.

CAPUT SECUNDUM.

Ad quæ debita teneatur ſucceſſor in Fideicommiſſo perpetuo familiæ relicto, & in Majoratu.

§. I. Expedit de hac quæſtione diſputare in præſenti, quaſi in tranſcurſu propter connexitatem principiorum; provenit quippe ejus reſolutio ex his, quæ nuper fundavimus, in his fideicommiſſis & majoratibus non ſuccedi originaliter & primitus ultimo poſſeſſori, ſed teſtatori aut inſtitutori, ex qua regula facile elucidatur præſens inveſtigatio; & in primis ſtatnendum eſt ex *d. l. filiusfamilias* 114. §. *Divi* 14. *de legat.* 1. iſtas inſtitutiones, fundationes, aut fideicommiſſa *neque creditoribus, neque fiſco fraudi eſſe debere.* ſcio nobiliſſimos auctores ex hoc textu deducere, debita a teſtatore vel majoratus inſtitutore contracta a ſucceſſore ſolvenda eſſe, quod ut aliquando verum eſt, ita his verbis minime convenire certiſſimum judico, ſed nolo eos nuncupare, ut refellam; aſſerendum ergo eſt, fideicommiſſarium particularem, id eſt, cui particularis res veluti fundus aut domus relinquitur titulo legati vel fideicommiſſi, ad debita defuncti minime teneri, quod evidens eſt ex *l. ſi fideicommiſſum* 50. §. 1. *de judiciis. l. hereditatem* 32. *ff. mandat. l.* 1. §. *ſi heres percepto. l. cogi* 16. §. *inde quæritur ad S. C. Trebell. l.* 1. *C. ſi certum petatur.* cum aliis excentis, quas in re vulgari adducunt Gregorius Lopez in *l.* 2. *tit.* 9. *Part.* 6. *gloſſa* 1. Joannes Garzia *de expenſis cap.* 11. *num.* 62. & 63. *per totos.* Ant. Gomez. & cæteri Tauriſtæ in *l.* 21. *Tauri.* noſter Valeutia cum aliis in *lectur. ad titulum de legat. tract.* 1. *cap.* 1. *num.* 197. igitur quantumvis fideicommiſſum perpetuo ſit familiæ relictum, nec primus vocatus, nec ſequentes in gradu tenebuntur ex relicto particulari æs alienum teſtatoris ſolvere, quia perpetuæ vocationes non mutant ſubſtantiam tituli lucrativi abſolute, ex quo idem de majoratu ex re certa per titulum particularem inſtituto ſecure & indubitanter cenſent omnes Claſſici in *d. l. ſi fideicommiſſum* 50. §. 1. *de judiciis.* Molina *lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 10. Pater Molina *diſput.* 640. *num.* 4. *verſ. multo minus.* cum multis apud addentes *d. num.* 10. & *num.* 2. ex quo ſi pater extraneusve in re certa inſtituat majoratum, nulli æri alieno obnoxia manet, ſed deducenda eſt de cumulo bonorum ſine ullo prorſus periculo oneris, & attribuenda eſt ei, in quo inſtituitur, quod etiam in patre procedit, ſi prælegatum hoc nec minuat filiorum legitimas, nec pertingat tertium bonorum, ſed intra quintum remaneat, de quo libere diſponere poteſt pater etiam inter extraneos; quod ſi prælegatum pertingat vel contineat etiam tertium cum quinto, quamvis in re certa deſignatum ſit, (veluti ſi in pago, caſtro, aut re ſimili) contrarium dicendum eſt; deducitur enim de hoc prælegato aut melioratione pro rata æs alienum fundatoris, quamvis filius hereditatem ejus repudiet, ut apud nos ſancitur in *l.* 21. *Tauri*, quæ eſt *lex* 5. *titulo* 6. *lib.* 5. *Compilationis.* quæ quidem a noſtris interpretibus exacte expoſita eſt; verum quia ejus praxin non penitus percallent advocati & calculatores, quod teſtor expertus, & alioquin aſſidua & frequens eſt in tribunalibus, libuit eam vobis enodare, qua majori poſſim perſpicuitate.

§. II. Fingamus, patrem, qui multo plus habet in bonis quam in ære alieno, filios ex æquis portionibus inſtituiſſe heredes, eorum alicui rem prælegaſſe, veluti fundum Tuſculanum, & illum reliquiſſe familiæ ſuæ vinculo ſubjectum, qui fundus cum reliquis legatis & funeris impenſa non excedit quintum bonorum: in hoc caſu nulli æri alieno deductionive fundos obligatur, ſed poſt debita & funeris impenſam cum cæteris bonis deducitur de cumulo bonorum, & quod liquidum ſupereſt, dividitur inter omnes heredes, filiusque prælegatarius fert fundum intactum titulo meliorationis cum onere vinculi, & hic eſt caſus, in quo titulo legati vel fideicommiſſi particularis primogenium inſtituitur, qui quidem caſus multo frequentior eſt in extraneis, qui cum aliquem inſtituunt heredem, certa & determinata bona cuidam relinquunt titulo legati ad vinculum ſeu majoratum, quem inſtituunt: etiam in hoc caſu eædem fiunt deductiones, nempe funeris impenſæ & legatorum, & quod ſupereſt, reputatur hereditas, ex qua ſolvitur æs alienum, ſi ſatis remaneat in bonis, de quo caſu accipiendi ſunt auctores *ſuperiori* §. citati. Secundus caſus eſt & etiam facilis, quando pater, qui duos pluresve filios habet, eos heredes inſtituit, & alterum in tertio & quinto meliorat, in hoc caſu ſive filius melioratus hereditatem patris repudiet melioratione contentus, ſive agnoſcat, ſemper pro rata æs alienum detrahitur de melioratione; ratio eſt, quia tertia & quinta pars dicitur reſpectu totius hereditatis, ad quam refertur, & ſic eſt prælegatum partis bonorum; bona autem non dicuntur, niſi quæ ſuperſunt deducto ære alieno. *l. ſubſignatum* 39. §. *bona de V. S.* Igitur prius de tota hereditate, de toto bonorum cumulo detrahendum eſt æs alienum; quare cum decreſcat hereditas, decreſcunt partes reſpectivæ, & per conſequens æs alienum tangit meliorationem ipſam, quam diminuit cum portionibus hereditariis. *l. ſi qui ſervum* 8. §. *ult. l. cum autem* 9. *de legat.* 2. dixi in *adverſariis cap.* 4. *num.* 13.

§. III. Tertius & difficilior calculatoribus caſus eſt, quando pater omnes filios heredes inſtituit, & caſtrum vel quid ſimile uni prælegat, eumque in illo caſtro meliorat usque ad tertium & quintum: in hoc caſu pater fungitur arbitri diviſoris officio, a qua diviſione recedere non poſſunt arbitri calculatores a partibus ſumpti. *l. ſi filia* 20. §. *ſi pater* 3. *l. ſi paterfamilias* 33. *l. ex parte* 39. §. *inteſtato* 1. *familiæ erciſcun. l. ult. C. eodem tit.* ergo licet optimum ſit caſtrum, adjudicandum eſt prælegato & majoratui, ſic tameu calculatio fit: omuia bona & ſimul caſtrum prælegatum æſtimantur, ſive, ut dicimus, taxantur, ex qua taxatione fit cumulus bonorum, quem calculatores dicunt *cuerpo de bienes*, ex quo in primis dedocitur æs alienum, & iterum reſumitur, quod ſupereſt de bonorum cumulo, quod dicunt *balor liquido del cuerpo de bienes ſacadas las deudas*; ex quo quinta pars jam ære alieno deducto, & per conſequens diminuta deducitur, hoc appellant *quintar*, ex hac quinta parte ſolvitur impenſa funeris; & cætera legata extraneis relicta præſtantur a filio meliorato: iterum deducta quinta parte reſumitur, quod ſupereſt, & ex eo deducitur tertia pars, quod appellant *terciar*, reliquum pro virilibus portionibus dividitur inter filios heredes ſcriptos, & hoc appellant legitimas filiorum; ſolet autem accidere, ut valor rei prælegatæ excedat quantitatem tertii & quinti; quo in caſu quantum excedit,

dit, decidit defalcaturque de prælegato; ſeu de melioratioue, & applicatur cumulo bonorum, ut inter omnes filios dividatur; nam melioratio excedere non poteſt tertium & quintum bonorum, ut infra dicemus; & tunc rectus calculator debet ſolvere legitimam filio meliorato in illa parte caſtri, quæ defalcætur, ut totum caſtrum idem filius ferat, partem vinculo adſectam, partem liberam, pro ea ſcilicet, quæ ad eum ſpectat ratione legitimæ, ne in communione ejuſdem rei cum alio fratre permaneat, quæ ſolet excitare diſcordias. *l. cum pater* 77. *§. dulciſſimis de legat.* 2. *l.* 1. *C. quando & quibus quarta pars.* & debet expreſſe ratiocinari, ut manifeſte declaret in parcella, quid ſit liberum, quid vinculo affectum; imo quantum poſſibile ſit, debet utrumque reducere ad quotam partem, ſive, ut dicimus, ad reſpectivam, veluti ſi mille æſtimetur caſtrum, & pro exceſſu funeriſque impenſa, & præſtatione legatorum defalcentur ducenta, debet exprimere quatuor partes manere vinculo affectas, quintam vero partem eſſe liberam, ſive ratione expenſarum, ſive ratione legitimæ, quæ gravari non poteſt, neque ære alieno, nec vinculo aut onere reſtitutionis. *d. l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inoff. teſtam.* Hæc eſt praxis deducta ex genuino ſenſu *dictæ legis* 21. *Tauri*, quam in effectu ſic exponunt Matienzus, Azevedus, & Andreas de Angulo in *d. l.* 5. *tit.* 6. *de las megoras lib.* 5. *Compilationis*, omnes Tauriſtæ ſuper *eadem l.* Molina cum ſuis addentibus *lib.* 1. *cap.* 10. *ex num.* 13. Garzia *de expenſis cap.* 11. *ex num.* 68. *& cap.* 16. *num.* 17. Pichardus in *lectur. ad tit. de adquir. hered. cap.* 28. *ex num.* 63. Valentia ad *eundem tit. toto cap. ult.* & ad *tit. de legat. tract.* 1. *cap.* 1. *ex num.* 28. ſed licet peritiſſimus calculator Avora *de partitionibus part.* 2. *quæſt.* 26. *folio mihi* 101. & Petrus Siguenca *de clauſulis lib.* 2. *cap.* 11. *§.* 31. de hac diviſionis quæſtione egerint decidentes alia dubia, quæ circa illam occurrunt, tamen ita expreſſe computationis & partitionis formam non explicant, forſan quia ſibi facilis viſa fuit partitio & computatio, quæ aliis multum negotium incutit, ut comperio, quoties de hac re a me reſponſum petitur.

§. IV. Ex his apparet, ſucceſſorem ex titulo particulari legati, fideicommiſſive perpetuo familiæ relicti, vel ſucceſſorem majoratus in re particulari fundati non teneri ad æs alienum teſtatoris, vel inſtitutoris; quid ergo eſt, quod Marcianus in *d. §. Divi* dixit, eam rem non debere eſſe fraudi creditoribus vel fiſco? quorum verborum ſenſum ut eliciamus, notandum eſt, legata vel fideicommiſſa non deberi, ſi nihil ſuperſit in bonis teſtatoris ſoluto ære alieno, vel ſi plus ſit in ære alieno, quam in bonis teſtatoris. *l.* 1. *§. Marcellus* 3. *cum ſeqq. ſi cui plus quam per legem Falcidiam licuerit. l.* 1. *§. ſi is qui quadringenta* 80. *ad leg. Falcid. l. legio* 16. *§. inde quæritur* 3. *ad S. C. Trebell.* Hilligerus ad Donellum *lib.* 5. *cap.* 1. *lit. A.* dixi in *adverſariis cap.* 17. & in *relect. de donation. cap.* 8. *num.* 12. ergo ſi teſtator, qui fideicommiſſum reliquit, deducto ære alieno nihil habeat in bonis, non valet fideicommiſſum, ne in fraudem ſeu præjudicium creditorum cedat, qui eſt certus veruſque ſenſus; alius etiam aſſignari poteſt reſpectu obligationis ſeu oneris realis, quo affecta eſt res fideicommiſſo ſubjecta; veluti ſi res per fideicommiſſum relicta vel majoratui deſtinata prius obligata fuerit pignori vel hypothecæ, planum eſt, non exui a vinculo pignoris, donec totum æs alienum ſolutum ſit, pro quo obligata fuerat. *l. ſi rem* 9. *§. omnis* 3. *l. ſolutum* 11. *cum ſimilibus de pignor. act.* Igitur primus & ſequentes ſucceſſores eadem actione reali tenebuntur, licet majoratui ſubjecta ſit, quia provenit obligatio ab ipſo fundatore & cum ſua cauſſa ſubjicitur. *l. ſi fundus* 16. *§. in vindicatione de pignor. & hyp. l. juſto errore* 44. *§. non mutat de uſucap.* optimus textus in *l. debitorem* 15. *C. de pignorib.* quem ad hoc commendat Dominus Valenzuela *tom.* 2. *conſiliis* 134. *num.* 12. qui per *totum art.* 1. hac de re copioſe dixit: in quo non video, quare culpet Bartolum & Paulum Caſtrenſem Joannes Garzia *de expenſis cap.* 17. *num.* 7. *verſ. ex quibus*, cum aliud dici non poſſit, ſervata juris diſciplina & inſpecto commodo ipſius creditoris, cui fraus per teſtatorem fieret, ſi per fideicommiſſum perpetuum poſſet rem a pignore vel hypotheca liberare; alia quæſtio eſt aliusque inveſtigationis, ad quem ſpectet pignus hoc redimere, an ad heredem, an ad fideicommiſſarium: quæ quidem quæſtio indiget diverſo principiorum apparatu: ſcilicet quando heres, & quando fideicommiſſarius teneantur rem redimere legatam, vel per fideicommiſſum relictam, quæ ab ipſo teſtatore pignori ſubjecta fuit; tenetur vero heres luere, repignerare, redimere, ſi ſciens teſtator obligatam eſſe eam legavit; ſi vero ignorans, tenetur legatarius; niſi conjunctæ perſonæ legata fuerit, & de cujus affectu non poſſit dubitari, peræque ei legaturum eſſe teſtatorem, ſi ſciret fuiſſe pignoratam. *l. ſi res obligata* 57. alias 60. *de legat.* 1. *l. Mævius* 66. *§. fundo* 4. *de legat.* 2. *l. licet* 15. *de dote præleg. l. prædia* 6. *C. de fideicomm. §. ſed ſi rem obligatam* 5. *inſtit. de legatis. l.* 11. *tit.* 9. *Part.* 6. noſter Valentia in *lecturis ad tit. de legat. tract.* 5. *cap.* 2. *num.* 42. & 43. Gaſpar Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 2. *quæſt.* 1. *num.* 6. Garzia *d. cap.* 17. *num.* 7. Jacobus Gothofredus *lib. ſingulari animadverſ. cap.* 18. Secundum hæc ergo principia aliaque, quæ ex prædictis legibus & auctoribus deſumi poterunt, regredietur fideicommiſſarius particularis, & vinculi ſucceſſor contra heredem, ut pignus redimat; verum ipſe adverſus creditores tutus non erit, quamdiu debitum ſolutum non ſit, cum hypothecaria teneatur: ſic accipienda eſt doctrina Molinæ & addentium *d. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 12.

§. V. Eadem etiam ratione fideicommiſſarius & poſſeſſor majoratus fiſco tenetur ratione onerum realium, penſionum, ſeu penſitationum, quæ ex re ſolvuntur; de quo elegans & expreſſus textus extat in *l. cum poſſeſſor* 5. *§. qui non habita* 1. *de cenſib.* Verba ſunt: *qui non habita ratione tributorum ex cauſſa fideicommiſſi prædia reſtituunt, actionem ex Divi Pii Antonini literis habent, quam legato quoque ſoluto locum habere voluit:* procul dubio loquitur textus de herede, qui reſtituit, & de fideicommiſſario qui recepit; heres ergo, qui reſtituit non recepta indemnitate pro tributis, quæ fideicommiſſarius ſolvere debebat, actionem habet ex reſcripto Antonini, legato etiam ſoluto; ſed difficilis eſt ſuppoſitio, nam pro futuris tributis, quæ deberi incipiunt, poſtquam fundus traditus eſt fideicommiſſario, ſolus fideicommiſſarius tenetur actione reali & perſonali; pro præteritis vero, id eſt decurſis tempore teſtatoris & heredis, ipſe heres tenetur propria & perſonali actione, licet præſens poſſeſſor ratione rei conveniri poſſit tam pro tributis ſui temporis, quam anterioribus. *l.* 2. *C. ſine cenſu vel reliquis fundum comparari non poſſe. l. Imperatores* 7. *de publicanis. l. cum poſſeſſor* 5. *§. ult. de cenſibus.* quia præſens poſſeſſor actionem regreſſumque habet contra heredem, ut ſibi refundat, reſarciatque penſiones ſui temporis. *l. cum ſervus* 29. *§. heres* 5. *de legat.* 1. quo jure utimur in exactione tributorum & penſitationum, quæ ratione rei ſolvuntur, videlicet ut extorqueantur a præſenti rei poſſeſſore tam tributa decurſa ſuo tempore quam præterita, & ipſi ceſſio regis nomine, vulgo *carta de caſſo*, detur adverſus anteriores poſſeſſores & debitores, cum quia ratione fructuum inſeruntur ſolvunturque, quapropter eas debet, qui fructus percepit, & pro quo tempore percepit. *l. uſufructu* 7. *§. quoniam* 2. *l. ſi pendentes* 27. *§. ſi quid* 3. *l. uſufructu* 52. *de uſufructu. l. neque ſtipendium* 13. *de impenſ. in res dotales factis. l. liberto* 21. *§. ult. de annuis legat.* *l. quæ-*

l. quæro 28. *l. generali* 32. §. *ult. de uſufr. legat.* quare propria obligatio & perſonalis contra unumquemque poſſeſſorem tam præteritum quam præſentem competit habita ratione ſui temporis; tum quia privilegiario quodam jure prædia ipſa affecta ſunt, contra quæ fit executio ſine neceſſitate excuſſionis. *l.* 1. *C. in quibus cauſſis pign. vel hyp. tac. contrah. d. l. Imperatores* 7. *de publicanis.* quapropter ſi exactio fiat contra præſentem; neceſſe eſt, ut ei detur regreſſio contra priores poſſeſſores reſpectu temporis uniuſcujusque: docent late & poſt alios Joannes Garzia *de expenſis cap.* 1. *num.* 45. & *ſeqq.* Rodriguez *de annuis reditibus lib.* 2. *quæſt.* 9. *ex num.* 51. Valaſcus *de jure emphyteutico quæſt.* 17. *a num.* 1. Joannes del Caſtillo *de uſufruct. lib.* 1. *cap.* 56. *num.* 14. & 15. Amaya in *l.* 1. *C. de annonis & tributis ex num* 4. & *ex num.* 48. Si hæc ergo ita ſunt, quid eſt, quod in *d.* §. *qui non habita* Papinianus docuit, heredem, qui reſtituit rem ex fideicommiſſo debitam, nec ſibi conſuluit pro tributis, accepta a fideicommiſſario indemnitatis cautione, habere contra eum actionem, ſi quidem debet decurſa ſuo tempore, & de futuris non eſt, cur ſit ſollicitus? Præceptor meus Nicolaus de Caſtro in *relectione ad l. ad reparatorem* 7. *C. de aquæductu num* 14. ut hanc difficultatem ſuperaret, tantisper literam invertit, & pro illis verbis *prædia reſtituunt*, quæ referuntur ad heredes, repoſuit *recipiunt*, ut referantur ad fideicommiſſarios, quæ mihi infelix criſis non videtur. Ne tamen a more abeamus genioque ſcholæ, vulgarem receptamque lectionem mordicus retinendi, dicamus cum Cujac. *lib.* 19. *obſerv. cap.* 5. & in aliis locis, & Amaya in *d. l.* 1. *num.* 8. tunc neceſſariam eſſe heredi cautionem de indemnitate, quando teſtator expreſſe cavit, ut ad onus fideicommiſſarii pertineret omnia tributa ſolvere, tam futura quam teſtatoris & heredis tempore decurſa.

§. VI. Neque enim dubium eſt, quin poſſit teſtator aliter de ſolutione penſionum diſponere, ac jure conſtitutum eſt, unde licet cavere poſſit, ut legatarius vel fideicommiſſarius etiam præteriti temporis ſolvant penſiones, ita per contrarium cavere poteſt, ut heres ſolvat eas, quæ futuris annis decurſuræ ſunt tempore poſſeſſionis legatarii: exemplum extat in *l. qui concubinam* 29. alias *l. qui quatuor* 30. §. *qui hortos de legat.* 3. proponitur teſtator, qui hortos publicos a Republica conductos habebat, ſic legaſſe: *eorum hortorum fructus uſque ad luſtrum, ſive ad quinquennium, quo conducti eſſent, Aufidio do lego, heresque meus damnas eſto ei dare eam conductionem hortorum, ſinitoque Aufidium uti frui.* Quæſitum fuit a Labeone, utrum ſic heres teneretur ſinere, Aufidium uti frui hortis legatis, ut ſimul penſionem ipſe heres Reipublicæ ſolvere teneretur: reſpondit, legatarium per totum luſtrum hortis uſurum & fruiturum, & heredem Reipublicæ præſtaturum eſſe penſiones. Reſponſum hoc non eſt ſecundum jus, ſed ſecundum circumſtantiam facti, & ſecundum voluntatem teſtatoris; ſi ſecundum jus reſponderet Conſultus, dixiſſet eum debere penſiones Reipublicæ ſolvere, qui fructus percipit. *d. l. neque ſtipendium* 13. *de impenſ. in res dotal. factis.* ſed aliud vidit ex conjecturata mente defuncti; pene enim nihil teſtator legaret, ſi ſolam locationem transferret in legatarium cum onere ſolvendæ penſionis, *arg. l. ſi fundus* 65. *ad leg. Falcid.* deinde geminata illa clauſula *damnas eſto dare, ſinito uti frui*, indicium præbuit enixæ cujusdam voluntatis, & propenſionis verſus legatarium, *argum. l. balliſta* 32. *ad S. C. Trebell.* Unde ſuſpicatus fuit Labeo, non tantum voluiſſe relinquere teſtatorem facultatem utendi, tranſlato jure locationis; ſed etiam voluiſſe liberam relinquere & immunem a præſtatione penſionis, ex quo non debemus regulam generalem per hunc textum formare, qui nititur ſpeciali ratione depromta ex voluntate teſtatoris, ut agnoſcunt licet non ita clare Garzia *de expenſis cap.* 17. *num.* 4 & *ſeqq.* Amaya in *d. l.* 1. *num.* 8.

§. VII. Quæ diximus de tributis reſpectu Principis, dicenda ſunt de oneribus realibus, quæ rem afficiunt, etiam reſpectu Reipublicæ vel privatorum, quod mihi perſuadent textus §. 5. citati, in primis in *d. l. uſufructu* 7. §. *quoniam* 2. *de uſufr.* publicis penſitationibus æquiparatur ſolarium, quæ eſt penſio, quam ſolvit Reipublicæ vel privato ſuperficiarius, vel emphyteuta, qui ſolent a domino accipi, ut ædificium ponerent ſoluto annuo canone. Amaya in *d. l.* 1. *num.* 48. & 49. Briſſonius & cæteri *verbo ſolarium*: & apud nos *lex* 22. *tit.* 32. *Part.* 3. *l.* 7. *tit.* 7. *lib.* 7. *Compilationis.* dixi latius in *academ. ad tit. de interdict. & extraordinariis actionibus part.* 5. §. 20. Deinde in *eodem* §. *quoniam* 2. comparantur tributis alimenta rei impoſita, quibus res affecta eſt: non quævis penſitatio, cui res deſtinata eſt, afficit rem onere reali, ut eſt expreſſus textus in *l. ult.* §. *ult. de contrah. empt.* docent Rodriguez *d. lib.* 2. *de annuis reditibus quæſt.* 9. *num.* 61. Noguerol *allegat.* 1. *num.* 90. Verum ſi perpetua eſt, penſio impoſita ſuper fundo afficit fundum non ſolum hypotheca, ſed etiam onere reali, ſive in contractu appoſita ſit, ſive in ultima voluntate: idem dicendum eſt, ſi ex cauſſa alimentorum imponatur, quamvis non ſit perpetua ſed temporaria, vel ad tempus alimentarii duratura. *l. fundus* 9. *de annuis legat. l. Lucius* 12. *de alimen. & cibariis legat.* ut utrubique docuit & diſtinxit magiſtraliter Bartolus, cujus doctrinam tanquam veram communemque ſequuntur Covarruvias *lib.* 3. *variar. cap.* 7. *num.* 5. *verſ.* 4. Joannes Garzia *de expenſis cap.* 4. *num.* 30. 37. & 51. Gaſpar Rodriguez *d. quæſt.* 9. *per totam.* Valaſcus *de jure emphyt. quæſt.* 32. *num.* 21. A qua doctrina non recedit, licet aliis diſtinctionibus utatur, Salgadus in *Labyrintho creditor. part.* 1. *cap.* 10. *a num.* 9. Igitur de his realibus oneribus, quamvis impoſita ſint non a lege nec a Rege, ſed a Republica vel privato, idem dicendum eſt, ac de tributis diximus, ut agnoſcunt docentque plerique ex ſupra laudatis.

§. VIII. Ex his explicantur verba *dicti* §. *Divi* 14. quæ relata manent ſupra §. 1. nempe fideicommiſſi onus neque creditoribus neque fiſco fraudi eſſe debere; quia non exeunt veterem realem obligationem res, licet ſubjiciantur fideicommiſſo perpetuo: textus optimus in *l. qui ſolidum* 78. §. *ult. de legat.* 2. quem notant Cujac. *tract.* 6. *ad Africanum* in *l. ſi quando* 109. §. 1. *de legat.* 1. & *lib.* 19. *quæſt. Papin.* in *l. peto* 69. §. *prædium de legat.* 2. Molina *lib.* 1. *cap.* 10. Cujac. tamen in *recitationibus ad eundem textum*, & *lib.* 5. *obſerv. cap.* 16. & in aliis locis exiſtimat, dici fraudem non fieri fiſco propter legem Juliam de viceſima hereditatis, per quam fiſcus detrahebat viceſimam partem totius hereditatis de legatis & de donationibus cauſa mortis, ut heres detrahebat quartam partem propter Falcidiam, ut in ea etiam comprehenderetur fideicommiſſum perpetuum, de qua lege viceſimaria fit mentio in *l. hereditatum* 68. *cum epigraphe ad leg. Falcid.* & in aliis teſtimoniis, quæ adduxi in *prædictis academicis de interdict. part.* 1. §. 1. & 2. diſſenſit ab hac expoſitione leviter Rævardus *lib.* 3. *varior. cap.* 16. in quem ſcripſit in eadem perſiſtens iterum ſententia idem Cujac. *lib.* 9. *obſerv. cap.* 24. quem ſequitur noſter Amaya in *d. l.* 1. *C. de annonis num.* 90. Ego Cujacii expoſitionem etiam illi exemplo convenire non diffiteor; verum non multum neceſſaria eſt, nimiumque acumen reputo, cum tot poſſint eſſe exempla, in quibus res fideicommiſſo perpetuo ſubjectæ obnoxiæ ſint fiſco, quot ſunt penſitationes, quæ ratione rei fiſco inferuntur, ut in ſuperioribus vidimus.

§. IX. Omnia, quæ procedere diximus circa onera realia in fideicommiſſo perpetuo familiæ relicto, procedunt ſine diſtinctione in re majoratui ſub-

ſubjecta; primus enim ſucceſſor & ſequentes, qui a primo inſtitutore cauſam trahunt, tenentur hæc onera ſuſcipere, penſionesque ſolvere, & tenentur quidem ratione præſentis poſſeſſionis non ſolum decurſas ſuo tempore ſolvere, ſed etiam tempore anteceſſorum ſine neceſſitate excuſſionis; res enim eſt, quæ illas debet, licet poſſit præſens poſſeſſor regredi contra heredes patrimonii liberi anteceſſorum pro penſionibus tempore uniuscujusque decurſis. Molina *lib.* 1. *cap.* 27. *n.* 28. ubi extat lata & elegans additio. Olea cum multis, quos remiſſive adducit, *de ceſſione jur. & act. tit.* 1. *quæſt.* 1. *ex num.* 52. Amaya in *d. l.* 1. *C. de annonis num.* 11. facit doctrina Auguſt. Barboſæ in *praxi exigendi penſiones part.* 1. *quæſt.* 2. *ex num.* 46. *usque ad* 50. Hanc tamen ſententiam limitat Aretinus in *tract. de ſolut. cap.* 81. quando creditor non fuit diligens circa exigendas penſiones ſuo tempore a ſingulis poſſeſſoribus; ſed de hac limitatione parum curo, quæ cerebrina eſt, auctoritateque & ratione deſtituitur, maxime cum res ipſa ſit, quæ debet ſemperque debuit, ac per conſequens quilibet præſens poſſeſſor ratione rei, quod late & docte adſtruit Noguerol *allegat.* 2. *ex num.* 108. *usque ad finem.* & ſic praxi receptum video.

§. X. Inde etiam conſequimur quaſi per quemdam exceſſum, ſi res majoratui ſubjecta affecta ſit cenſui, penſioni, aut oneri reali, id minus vinculatum cenſeri, quod continet ſeu diminuit penſio ipſa & ejus pretium, ex regula generali, qua docemur tantum ex bonis ſupereſſe, quantum remanet, deducto ære alieno. *l. ſubſignatum* 49. *§. bona de V. S.* Ex quo infertur, ſi cenſus a poſſeſſore majoratus redemptus ſit, pretium cenſus redituſque ejus manere libera, & in libero patrimonio poſſeſſoris redimentis, ut de illis poſſit diſponere tamquam de reliquis bonis nullo vinculo ſubjectis, quod eleganter probatur ex *l. pater* 38. *de legat.* 3. quam cum cura exponam. Species eſt, pater heredem filium inſtituit, juſſitque, ne alienaret quædam prædia, nec hypothecæ ſubjiceret, ſed ea conſervaret liberis ex juſtis nuptiis quæſitis, & cæteris cognatis. Ecce fideicommiſſum perpetuum, & in eo prohibitam alienationem: pater eadem prædia hypothecæ obligaverat pro quadam ſumma, filius adita hereditate pecuniam ab alio creditore mutuatus luit a primo creditore prædia, & obligavit illa ſecundo creditori mutuanti; quærit, an recte obligata ſint, an ſecundus creditor jus pignoris a filio conſequi poſſit non obſtante paterna prohibitione. Reſpondet Scævola, ſecundum ea, quæ proponerentur, recte detractum eſſe pignus ſecundo creditori obligatum. Supponendum tamen eſt pro vera intelligentia reſponſi, primum creditorem pecunia ſecundi creditoris dimiſſum eſſe; deinde ſupponendum eſt, inter ſecundum creditorem & debitorem pactum fuiſſe initum, ut in locum prioris ſecundus ſuccederet, quæ principia requirit caſus tranſlationis pignoris, quam dicimus ſubingreſſionem in locum prioris creditoris, ut probatur ex *l.* 1. *& ult. C. de his qui in loc. prior. cred. ſucc. l. res obligatas* 21. *C. de pignor. l.* 1. *&* 2. *C. de part. pign. l. potior* 11. *§. ult. ff. qui potior.* cum aliis, quas adducunt de hac ſubingreſſione ex profeſſo agentes Donellus & Cujacius cum cæteris Claſſicis ad *titulum C. de his qui in prior. cred. locum ſucc.* Idem Cujac. *lib.* 18. *obſerv. cap.* 40. & alibi ſæpe. Arias de Meſa *lib.* 1. *variar. cap.* 1. *&* 2. *& fere per totum lib.* Olea diſtincte & copioſe *de ceſſione jur. & actionum tit.* 4. *quæſt.* 1. *per totam.*

§. XI. Deinde ex hoc textu eleganter deducendum eſt, poſſeſſorem majoratus, qui cenſum ſolvit a fundatore impoſitum ſuper ipſis rebus a quovis poſſeſſore, cum regia tamen facultate, poſſe pecuniam a creditore alio accipere, illique rem oppignorare, ſi de pecunia ejus in continenti dimittat priorem creditorem, cum ſucceſſoribus nullam injuriam faciat, neque novum onus majoratui adjiciat. Hoc principium veriſſimum eſt, & ex hoc textu diſerte probatur, juncta *l. ſi pupillorum* 7. *§. ult. de rebus eorum.* igitur multo facilius procedet, ſi diminuti ſint reditus prioris cenſus; veluti ſi pendebantur ad rationem 5. pro 100. & novi pendantur ad rationem 4. quia tunc non ſolum ſucceſſoribus injuria non fit, verum lucrum conſiderabile illis affertur. Molina *lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 25. *&* 26. ubi extat egregia & notata additio Henrici Roſenthal *de feudis cap.* 7. *concluſ.* 9. & in *gloſſ. lit. C.* Avendanno *de cenſibus cap.* 65. Gaſpar Rodriguez *de annuis redit. part.* 1. *quæſt.* 14. *a num.* 18. Salgadus in *Labyr. credit. part.* 2. *cap.* 7. *ex num.* 2. Arias de Meſa *d. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 6. *& ſeqq.* Olea *d. titulo* 4. *quæſt.* 1. *num.* 26. *& ſeqq.* ubi ſententiam hanc veram dicit, licet majoris cautelæ cauſſa conſulat, ut recurratur ad ſupremum cameræ conſilium pro facultate vulgo dicta *de ſubir cenſos*, quam facillime expediri docet expertus Noguerol *allegat.* 32. *num.* 45. ſed ego facultatem hanc utilem minime tamen neceſſariam reputo, modo conſtet de redemptione per fidem tabellionis, & cum ſcriptura ſubrogationis denuo confecta tradatur, aſſuaturque vetus & fundamentalis ſcriptura conſtitutionis cenſus, ut in cauſſa ſatis ardua obtinuit.

§. XII. Secundo etiam elicitur, ipſum majoratus poſſeſſorem poſſe de bonis ſuis liberis cenſum redimere, & conſequi ceſſionem pro eo contra ſuum proprium majoratum, ut cenſus ille & reditus maneant liberi, & in ſuo libero patrimonio, & ſic ſuus majoratus maneat ſibi ſubjectus, ut poſſet alii extraneo ſubeſſe, in quo nullum præjudicium fit ſucceſſoribus; ratio manet expoſita ſupra *cap.* 1. *§.* 16. quia in poſſeſſore majoratus duplex perſona conſideratur, altera, qua poſſeſſor eſt, majoratumque repræſentat, altera, qua ſe ipſum repræſentat independentem a primogenio: igitur licet videatur concurrere naturaliter actio & paſſio in eadem perſona contra regulam textus in *l. Granius* 71. *de fidejuſſ. l. Stichum* 95. *§. aditio de ſolut.* attenta juris exiſtimatione minime concurrunt; ſed non quævis redemptio a poſſeſſore majoratus facta ſufficiens eſt, ut ſibi cenſus a ſe redemptus adquiratur; ſed neceſſarium eſt, ut in continenti ipſius redemptionis ceſſio ab antiquo creditore contra majoratum poſtuletur, & ut detur transferaturque per illum antiqua actio, antequam extincta ſit, id eſt, antequam per ſolutionem realem tollatur; nam poſtquam ſublata eſt, transferri non poteſt; niſi in continenti hæc omnia fiant, & ſolvens non pro ſe & ad tollendam ſuam obligationem ſolvat, ſed potius procuratorio aut fidejuſſorio nomine ad liberandum ſe a periculo & moleſtia obligationis & ad actionem adquirendam contra eum, pro quo ſolvit, quo in caſu actio præcedens non cenſetur extincta, ſed remanet ceſſibilis; ſecus vero ſi ex intervallo ceſſionem poſtulet, quando ſieri non poteſt, qua mente ſolverit; quia tunc ceſſioni locus non eſt. *l. Papinianus* 28. *ff. mandati. l. Modeſtinus* 76. *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. ex mandato* 10. *de ſolution. l.* 11. *tit.* 12. *Part.* 5. docent cum plurimis Pichard. *princ. inſt. quibus mod. tollit. obl. ex num.* 55. Noguerol *allegat.* 11. *ex num.* 34. *usque ad* 60. Olea *tit.* 5. *quæſt.* 4. *per totam.* Merlinus *de pignor. lib.* 4. *quæſt.* 70. *a num.* 30. ergo ſi poſſeſſor majoratus redimat cenſum, & in continenti poſtulet ſibi cedi actiones contra ſuum majoratum, adquiret illum tanquam liberum, ut docent Molina & addentes *d. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 27. *& cap.* 26. *num.* 10. ex profeſſo & accurate Salgadus in *Labyrintho credit. part.* 2. *cap.* 7. *per totum.* qui plurimos referunt.

§. XIII. Secunda quæſtio a Scævola propoſita in *d. l. pater* 38. eſt, ſi filius idemque heres diſtraxerit prædicta prædia familiæ relicta, ut dimitteret creditores hereditarios, quibus ſpecialiter obligata non erant, emptoreſque ignoraverint prædiorum qualitatem, videlicet eſſe prædia affecta

 vin-

vinculo aut perpetuo fideicommiſſo, an venditio teneat; reſponditque tenere, ſi non erat aliunde in hereditate, unde heres poſſet debitum a teſtatore contractum exſolvere. Ex hoc textu Molina cum ſuis addentibus *lib.* 4. *cap.* 7. *per totum.* item cum multis Noguerol *allegat.* 40 *ex num.* 36. *usque ad* 70. deducunt, obligationem contractam efficaciter & rite contra majoratum ejusque poſſeſſores (V. G. ſi a primo inſtitutore cauſſam trahit, vel ſi cum facultate regia contracta eſt) eſſe ſubſidiariam, & intelligi contra bona majoratus, quando bona libera obligantis non ſuperſunt, in tantum, ut ad bona ſubjecta majoratui aut fideicommiſſo perveniri non poſſit, niſi facta omnimoda excuſſione in bonis liberis, quod probant tam ex jure communi quam ex tenure facultatum regiarum, quæ ad obliganda bona majoratus per conſilium cameræ expediuntur. De jure communi, quia hic ordo datus eſt in *Authent. res quæ C. de fideicommiſſis.* ut non poſſint diſtrahi pro debito teſtatoris fideicommiſſum relinquentis res fideicommiſſo ſubjectæ, quando alia bona ſuperſunt; ex tenore vero regiarum facultatum, quia ſic ſemper aut ſaltem regulariter expediuntur, ut obligari poſſint bona majoratus in defectum, & quatenus non ſuperſint bona libera: manet ergo, ſubſidiariam eſſe majoratus obligationem, ut docent Caſtillo *lib.* 4. *controverſ. cap.* 26. *ex num.* 29. *& cap.* 35. *num.* 34. Pater Molina *de juſt. & jure tract.* 2. *diſput.* 653. *a princ.* Sarmiento diligenter ſuadans *lib.* 7. *ſelectar. cap.* 5. & cum multis Salgadus in *Labyr. credit. part.* 2. *cap.* 5. *ex num.* 16. quæ praxis non male deducitur ex hoc textu, in quo ſuſtinetur alienatio fundi perpetuo fideicommiſſo relicti, ſi nulla alia bona hereditaria libera ſuperſint, ſed tunc ingens exſurgit difficultas; cum nullis bonis extantibus, ex quibus ſatisfieri poſſit creditoribus, fideicommiſſum non teneat, quod in creditorum fraudem relinqui non poteſt, ut ſupra diximus ex *d. §. Divi.* & in ſimili adnoratum reliquit Papinianus in *l. qui ſolidum* 78. *§. ult. de legat.* 2. ubi conſideratur ignorantia emptorum, cum idem de ſcientibus dici debeat: agnovit difficultatem gloſſa, quam probat Olea *tit.* 1. *quæſt.* 1. *num.* 38. docuitque, idem dicendum eſſe de ignorante ac de ſciente, & ſubintelligendum eſſe apud Scævolam, maxime ſi ignoraverint, ut juſtior efficiatur titulus, accedente bona fide ſive ignorantia prohibitæ alienationis, *arg. l. ſi ſciens* 26. *de contrab. empt.* quæ tamen licet in ſe vera ſint, non ſatisfaciunt literæ, nec menti Scævolæ, qui nihili fecit ignorantiam.

§. XIV. Quare ut, quod ſentio, exponam, imprimis obſervo, teſtatorem reliquiſſe prædia pignori obligata, quæ familiæ per fideicommiſſum perpetuum reliquerat, ergo ſciebat obligata eſſe, & per conſequens volebat, ut ab herede luerentur. *l. Lucius* 21. *de probat. l. ſi res obligata* 57. *de legat.* 1. ut ſupra notavi: itaque heres ut talis debebat redimere rem, & ut unus de familia illa utebatur fruebatur, ut redemptam transmitteret in reliquos, qui poſt ipſum vocati fuerant; creditorum vero jus immutatum non fuit, qui in rem ipſam incumbere puterant. *d. l.* 57. ex qua probatur, poſſe legatarios fideicommiſſariosve heredem cogere ad redimendum pignus. Rodriguez *de annuis reditib. lib.* 2. *quæſt.* 1 *num.* 6. Ant. Faber *lib.* 11. *conjecturar. cap.* 10. & omnium optime de explicatione *dictæ legis* 57. conſulendus Gothofredus filius *lib. ſingulari animadverſ. cap.* 18. cum igitur res non liberetur ab hoc pignore realique obligatione propter fideicommiſſum perpetuum, conſequens eſt, ut ſi heres, ſive tanquam heres, ſive tamquam unus de familia primum creditorem dimittat de pecunia ſecundi, & in hunc transferat pignus, nihil videatur facere contra fideicommiſſum, quia non ſubjicimr res vinculo obligationis, ſed tamen non ideo dicimus, liberari heredem, bonaque libera teſtatoris ab onere repignerandi, luendique rem a ſecundo creditore, ut tenebantur redimere a primo: unus caſus eſt, in quo non tenentur, nempe ſi nulla alia bona libera ſuperſint ad dimittendos creditores hereditarios, ſive cum pignore, ſive ſine pignore contraxiſſent; quia quemadmodum cætera legata aut fideicommiſſa non valent, ſi plus ſit in ære alieno quam in bonis. *d. l.* 1. *§. Marcellus* 3. *ſi cui plus quam per leg. Falcid. licuer.* ſic nec valet fideicommiſſum familiæ relictum, ut ſupra dixi: hoc ergo in caſu immunis heres eſt, quia nulla bona habet teſtatoris; ergo non ſolum poterit rem ſecundo creditori obligare, ſed & vendere poterit, ut creditores quuscunque hereditarios dimittat; ſic de ſervo alienari prohibito docemur in *l. cum ſidei* 9. *de fideicommiſſar. libert.* juncta expoſitione Cuj. *lib.* 19. *quæſtion. Papin.* in *l. peto* 69. *§. prædium de legat.* 2. *& lib.* 15. *obſervat. cap.* 5. & Amayæ *lib.* 3. *obſerv. cap.* 6. *num.* 86. quia reputatur alienatio neceſſaria, quæ a teſtatore cauſſam trahit, ut docent Cujacius in *d. §. prædium.* Hillig. ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 8. *lit. F.* Olea *d. titulo* 1. *quæſt.* 1. *num.* 38. in hoc caſu facta fuit conſultatio Scævolæ parum concinne juris principiis, ſic videlicet, utrum ſuſtineretur venditio propter ignorantiam & bonam fidem emptorum; ipſe vero ignorantiam parvi pendens, quæ ad rem præſentem nullius eſt momenti, ut alioquin dicebat Conſultus in *l. heres* 28. *ff. qui & a quibus.* ſecundum jus reſpondit, propter ignorantiam non ſuſtineri alienationem; & hoc eſt, quod ex ejus reſponſo colligi debet a contrario ſenſu; ſed ſuſtineri, ſi nihil aliud ſit in bonis teſtatoris præter prædium, quod familiæ reliquerat: itaque argumentum a contrario ſenſu minime colligi poteſt ex deciſione; tantum enim deduci poteſt ex verbis conſultoris, quæ tendunt ad factum, & quæ Scævola merito omiſit tamquam continentia ineptam rationem, qui fuit mos uſitatiſſimus huic Conſulto, ut notavi *lib.* 4. *opuſcul.* in *l. Titia* 13. *de inoffic. teſtam.* & in *l. a teſtatore* 109. *de condition. & demonſtr.*

§. XV. Sed ut proſequamur, ex his apparet, ſingularem ſucceſſorem veluti fideicommiſſarium & eum, cui titulo particulari legati res vinculata relinquitur, non teneri ad debita contracta a teſtatore, teneri tamen ad onera realia & ratione hypothecæ, quamvis regreſſum habeat contra bona libera, niſi aliud teſtator diſpoſuerit; contrarium vero dicendum eſt, ſi fideicommiſſum ſit univerſale, vel majoratus factus ſit titulo inſtitutionis; fideicommiſſum univerſaliter familiæ relinquitur, ſi ita teſtator dixerit, *Titium heredem facio, rogoque ut hereditatem meam non alienet, ſed eam familiæ relinquat. l. nam quod* 14. *§. pen. & ult. l. cogi* 16. *a princ. cum §§. ſeqq. ad S. C. Trebell.* in hoc caſu omne æs alienum defuncti, impenſa funeris & reliqua legata deducuntur, decomputantur de fideicommiſſo perpetuo, & de majoratu; quia hæc omnia onera heredem ſequuntur. *l. more* 8. *de adquir. hered. l. ſi quis abſentis* 5. *§. heres quoque de oblig. & act.* & de fideicommiſſario probant textus in *l.* 1. *§. quamquam* 4. *cum ſeqq. ad S. C. Trebell. §. reſtituta inſt. de fideicommiſſ. hered.* ergo vinculum aut majoratus tantum remanet in his, quæ ſuperſunt poſt has omnes deductiones, quod planum & uſu tritiſſimum eſt, docentque, licet non propriis utantur auctoritatibus & JCtorum locis, Molina & addentes copioſe *d. lib.* 1. *cap.* 10. *a num.* 2. ergo ſi ex parte hereditatis majoratus inſtitutus ſit, idem reſpectu partis erit dicendum, *arg. l. quæ de tota* 76. *de rei vind.* de majoratu ex parte bonorum inſtituto dixi ſupra §. 4. quare nihil reſtat dicendum circa debita contracta ab inſtitutore, niſi maneret quæſtio ardua, frequens controverſa, quam decidere in præſenti e re veſtra duxi, quamvis aliquod temporis diſpendium faciamus.

§. XVI. Quæritur ergo ſic: teſtator ex melioratione tertii & quinti, vel ex re particulari, (qui

ſunt

ſunt difficiliores termini) vel ex hereditate, vel ex parte hereditatis vinculum aut majoratum inſtituit, quem aliquo perpetuo onere prægravavit, veluti ut tot aureos ſingulis annis det ad virgines maritandas, & capellano pro ſuffragiis familiæ, & tertio cuidam, & ſuis deſcendentibus, quæ dicuntur onera realia majoratus, & ſequuntur omnes poſſeſſores, an hoc onus diminutionem aliquam pati poſſit ex eo, quod bona majoratus diminuantur: in qua quæſtione per regulas procedendum duxi majoris perſpicuitatis cauſa. Prima & facilior regula eſt, ſi teſtator vel majoratus fundator juſſit, ut poſſeſſor certam partem præſtaret, veluti quartam, quintam, vel aliam quotam, & reſpectivam homogeneamque, id eſt ejuſdem generis, diminuto majoratu vel fideicommiſſo gravamen diminuitur, ad quod probandum recte expendi ſolet textus in *l. pœnales* 32. §. *ſi Titio* 4. *ad leg. Falcid.* in quo ſi legatarius gravatus ſit partem aliquam legati præſtare, veluti quinquaginta de centum, quæ eſt pars homogenea, & per Falcidiam minuatur legatum, minuitur etiam fideicommiſſum vel gravamen pro rata, niſi evidens ſit contraria teſtatoris voluntas: ergo diminutio dividitur inter utrumque oneratum, quando proportionabilis eſt portio gravaminis cum relicto principali, & homogenea, ſive in parte ejuſdem rei conſiſtens. Sit ſecunda regula, ſi gravamen ſuper rebus corpore conſiſtentibus, ſive ſuper fructibus impoſitum ſit in pecunia numerata præſtandum, quod eſt heterogeneum, ſive diverſi generis, invariabile eſt, & nec creſcit nec decreſcit, quamvis bona vel reditus fideicommiſſi augeantur vel minuantur, dummodo exſolvi poſſit ex reditibus, qui ſuperſunt: probatur hæc regula ex *l. liberto* 21. §. 1. *de annuis legatis.* Species eſt: teſtator liberto ſuo fundum legavit ferentem annua ſexaginta, & ab eo per fideicommiſſum Pamphilæ libertæ reliquit annua dena; lex Falcidia abſtulit huic liberto quartam partem fundi: vel ponamus, dimidium fundi abſtuliſſe legem Falcidiam, quod non eſt abſurdum; multoties enim ex altera ex duabus rebus uni legatis detrahitur utriusque rei Falcidia, exemplum extat in *l. ſed & ſi non ſervus* 36. §. *ſi ſolus* 3. *ad leg. Falcid.* & ſic utriusque Falcidiæ ratione poteſt heres ferre ex altera re dimidium ejus. Ponamus ergo, fundum diminutum fuiſſe per Falcidiam, vel per alterum caſum in quarta parte vel in dimidia, numquid gravamen diminuetur pro rata? Reſpondet Scævola, non diminui; ratio eſt, quia non eſt gravamen homogeneum, ſed penſionis reſpectu fundi, cujus emolumentum non tantum ex penſionibus, ſed etiam ex cultura uſu & fructu percipitur: gravamen hoc appellant auctores noſtri extrinſecum; melius tamen appellarent heterogeneum, quia eſt diverſi generis cum ſorte principali; quare etiam minuta re non minuitur, quin potius invariabile cenſetur ex determinata voluntate teſtatoris certam & præfixam quantitatem a majoratu ſuo deducentis. Eodem modo expendi poſſunt textus in *l. maritum* 25. §. 1. *ad leg. Falcid. l. ſi mihi* 97. *de legat.* 1. *l. cum pater* 77. §. 1. *verſ. ſi tamen de legat.* 2. Tertia & poſtrema regula eſt, ſi hereditas gravata non diminuatur tantum in rebus ipſis, & ipſarum valore, ſed diminuatur per evictionem pars ejus, veluti quia ſemis vel quadrans vel alia pars evicta ſit a fiſco vel ab alio, qui potius jus oſtendit, quam heres ſcriptus, pro quota parte evincitur, pro eadem gravamen diminuitur, ſive annuatim præſtandum ſit, ſive ſemel tantum, quæ regula deducitur ex *l. ult.* §. *ſi filius*, & §. *contra* 3. *de leg.* 3. in quibus ſi filius inſtitutus ſit ex dodrante, & propter bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quam filius emancipatus petiit, tres unciæ ab eo ſint evictæ, legata quidem præſtat exceptis perſonis, ſed diminuta pro parte, quæ ei ablata fuit, qua de re dixi in *adverſariis cap.* 7. *num.* 4. & *cap.* 12. *num.* 9. igitur minuuntur onera ablata parte hereditatis, quæ regula ceſſat, ſi non pars hereditatis ſed res aliqua ſingularis, quamvis conſiderabilis valoris ſit, evincatur, quia non erat propria teſtatoris, vel ex alia ratione; ratio differentiæ eſt, quia parte hereditatis evicta deficit pro parte repræſentatio defuncti; non vero deficit, ſi res ſingularis evincatur, cum hereditas ſine ullo corpore juris intellectu æſtimetur. *l. hereditas* 51. *de petit. hered.* His obſervatis regulis patebit, quibus in caſibus major affectus verſetur circa gravamen, quod ſpecialem continet voluntatem, quam circa fundationem principalem, quæ generali voluntate contenta eſt, quas regulas docent *gloſſa verbo cavere* in *l. videamus* 5. *ſi cui plus quam per leg. Falcidiam licuerit.* & in *d. l. liberto* 21. §. 1. & in *d. l. pœnales* 32. §. *ſi Titio* 4. ubi Bartolus, & omnes Claſſici eas communiter approbant.

§. XVII. Cum his oneribus, quæ in præſtatione conſiſtunt, imponunturque poſſeſſoribus majoratuum, non ſunt temere confundenda alia, quæ in operis & præſtatione ſervitii imperantur; veluti miſſarum onera, quæ a fundatoribus imponuntur capellaniis, quas de bonis ſuis fundari diſponunt; hæc enim onera reducuntur ab eo, qui in hac re poteſtatem habet diminutis conſiderabiliter reditibus; labor enim cum pecunia diviſionem recipit, id eſt poſtulat proportionem. *l. Sejo* 10. *de annuis legat.* unde iniquum eſſet, ut laborare quis cogeretur parvo & inæſtimabili ſtipendio, quod facit juſtam cauſſam reductionis miſſarum in capellaniis. *cap. nos quidem. cap. tu a nobis* 17. *de teſtament.* Concil. Trident. *ſeſſione* 22. *de reformatione cap.* 6. & *ſeſſione* 25. *cap.* 4. ubi Barboſa, Perez de Lara *de anniverſariis lib.* 1. *cap.* 15. *per totum.* quæ tamen oneribus majoratui impoſitis comparari non debent, ut nec quod dicitur de reductione ſalarii familiarium pro ſervitio; neque etiam confundendum eſt cum præcedenti doctrina de oneribus fideicommiſſi perpetui aut majoratus, quod de pariatione tributorum cum ubertate aut ſterilitate ſuperveniente docemur in *l.* 2. *C. de alluv. & paludibus. l. forma* 4. §. 1. *ff. de cenſib. l.* 1. *l. ſi peræquatore* 3. *cum.* 3. *ſeqq. C. eodem tit. l.* 1. *l. per ſingulas* 3. *C. de diſcuſſoribus.* Eſt enim hoc proprium penſitationum, quæ pro re Principi præſtantur, ut ad tempus præfixum æſtimentur patrimonia, & pro eorum quantitate tributa imperentur, ne alioquin exuberantia tributa peſſundent poſſeſſores, quod apud nos uſu receptum eſt, cum ex jure Regio de quinquennio in quinquennium remittantur per conſilium rei dominicæ proviſiones delegatoriæ, quas dicimus *receptorias del repartimiento del pecho*, ut juxta eas fiat contributio tam in civitate Matritæ, quam per ſingula municipia. *l.* 2. 3. & 6. *tit.* 7. *lib.* 6. *Compil. l.* 3. & 4. *tit.* 14. *eodem lib.* 6. ubi Azevedus: docent tam de jure communi, quam de noſtro Pancirol. *lib.* 2. *variar. cap.* 151. Bulengerus *de imperio Romano lib.* 9. *cap.* 12. Cujac. *lib.* 4. *obſerv. cap.* 30. & ad *Novellam* 17. 128. 166. & 168. Nicolaus Feſtaſius *de æſtimo & collectis parte* 1. *ex num.* 13. Flores de Mena *lib.* 2. *variar. quæſt.* 21. §. 2. *num.* 58. & *ſeqq.* Magnus & illuſtriſſimus Præceptor meus Dom. Ramos in *Academicis ad tit. C. de apochis publicis cap.* 1. & 2. tandem nec temere confundendæ ſunt mortis cauſſa capiones cum prædictis oneribus, quæ a poſſeſſore majoratus præſtantur, nam in illis diverſa militat ratio: mortis cauſa capio eſt, quæ ex voluntate teſtatoris capitur citra ſpecialem titulum legati aut fideicommiſſi. *l. qui pretio* 8. *l. ſi mulier* 12. *l. mortis cauſſa* 18. *l. inter* 38. *de mortis cauſſa donat. l. ſi quis ſub conditione* 8. *ſi quis omiſſa cauſſ. teſtamenti.* veluti ſi teſtator fundum legaverit ſub conditione dandorum decem heredi, id eſt ut legatarius heredi decem det. *l. in quar-*

ta 91. *ad leg. Falcid.* Hotmanus *lib.* 8. *obſerv. cap.* 18. Cujac. *Novell.* 1. & in aliis locis. Donell. *lib.* 8. *comment. cap.* 33. Itaque mortis cauſſa capio non eſt gravamen contra principalem honoratum, ſed potius ejus favore adjectum contra legatarium vel fideicommiſſarium. Ponamus, partem hereditatis evictam fuiſſe a patrono per contra tabulas, & ex incapacitate perſonæ legatarium vel fideicommiſſarium partem rei legatæ conſequi non poſſe, ita ut nec legatum nec fideicommiſſum integra perveniant ad legatarium, in hoc caſu ſcinditur præſtatio, & pro quota parte minuitur legatum, minuitur etiam præſtatio ipſa, ſive præſtatio facienda ſit pro re ſingulari conſequenda, ſive pro parte hereditatis; nam in hac re non diſtinguimus univerſalem a ſingulari ſucceſſione. *l. Plautius* 43. *l. qui heredi* 44. §. *ſi pars de condit. & demonſtr. l. ei qui non amplius* 20 *de mort. cauſſ. donat.* quæ diviſio aut proportio oneris cum re ſit ex interpretatione voluntatis teſtatoris, qui procul dubio tantum onus non imperaret legatario, ſi exiſtimaret, ad eum perventurum non eſſe totum relictum; provenit quippe pecuniæ præſtatio ex re & ex diſpendio legatarii, nec prægravandus eſt in re propria ultra reſpectum ejus, quod capit ex re teſtatoris: docent Coſta *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 7. *num.* 1. Donellus *d. cap.* 33. *verſ. hæc de modo.* Cujacius *lib.* 1. *reſponſ. Papin.* in *l. cum pater* 77. §. *cum exiſtimaret de leg.* 2. de quo dixi in *academicis ad tit. de vulg. cap.* 3. §. 10. Igitur ab hac æquitate non poteſt argui ad contrarium caſum, videlicet quando legatarius vel heres gravantur, ut præſtent aliquid non de ſuo, ſed de re ipſa legata; quia non proſpicitur talis voluntas teſtatoris, cum forſan majorem affectum habuerit verſus tertium, quam erga principalem gravatum, quare ex his textibus non debuerunt deducere Perez de Lara *d. lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 11. & 12. Parladorius in *ſeſquicentaria differ.* 17. §. *unico num.* 7. diminuto commodo omnes diminui, cum ſpeciali diverſaque ratione hoc principium nitatur.

§. XVIII. Qua expedita quæſtione ut pergamus, videndum eſt, quatenus fideicommiſſarius aut primus majoratus ſucceſſor in re particulari fundatus teneatur propter æs alienum heredis, qui rogatus fuit rem reſtituere: hanc quæſtionem difficilem facit varietas lectionis textus in *d.* §. *Divi verſ. nam ſi.* In lib. enim Haloandri ita legitur: *nam ſi propter heredis creditores teſtatoris bona venierint, fortunam communem fideicommiſſarii quoque ſequuntur.* Quæ lectio ſupponit, æs alienum contractum eſſe ab herede, ſubjicitque illi fideicommiſſarium, qui non ab ipſo herede ſed a teſtatore primo cauſſam trahit; nec videtur diſplicuiſſe Accurſio, nec aliter legi in libris antiquis, cum in *gloſſ. verbo nam ſi heredis* doceat, a quibusdam auctoribus fuiſſe approbatam; in lib. vero florentino, & in vulgaribus ex eo cuſis ſic habetur: *nam ſi heredis, propter teſtatoris creditores, bona venierint*, & in qua litera ſupponitur, æs alienum fuiſſe defuncti, & propter illud veniſſe heredis etiam bona, quæ ex quaſi contractu aditionis oneribus teſtamentariis obnoxia ſunt. *d. l. ſi quis abſentis* 5. §. *heres quoque de O. & A.* ut ex repræſentatione obligantur oneribus hereditariis, id eſt æri alieno defuncti. *l. more* 8. *de adquir. hered.* ne autem extendamus diſputationem, ſequimur ſtatim communem hanc & veram lectionem, ſecundum quam ſenſus eſt; ſi veneant bona heredis propter æs alienum contractum a teſtatore fideicommiſſarii, communem fortunam ſequuntur: ſed videamus, quid ſit *ſequi fideicommiſſarios fortunam communem?* dicendum cum Accurſ. *verbo fideicommiſſarii*, quem magis communiter Claſſici ſequuntur, ſequi communem fortunam cum cæteris legatariis & fideicommiſſariis eos, quibus fideicommiſſum perpetuum relictum fuit; quia omnia legata & fideicommiſſa, qualiacunque ſint, ita demum debentur, ſi dimiſſis creditoribus bona ſuperſint, ex quibus poſſint exſolvi; creditores quippe ſunt onera hereditaria, ſive æs alienum defuncti; legata vero & fideicommiſſa ſunt onera teſtamentaria, & reſpectu teſtatoris voluntaria, omnia enim relicta ſunt donationes. *princ. inſt. de leg.* neceſſe ergo eſt, ut prius dimittantur creditores de quibuscunque bonis obligatis, ſive teſtatoris ſint ſive heredis adeuntis, quam ut præſtentur hæ donationes teſtamentariæ. *l. æris* 39. *l. quantitas* 72. *ad leg. Falc. l.* 1. §. *Marcellus ſi cui plus quam per leg. Falcid. lic. l.* 1. §. *ſi is qui quadrigenta ad S. C. Trebell.* ex quibus apparet, *prædictam verſ.* allegari non poſſe ad probandum, fideicommiſſarium rei particularis teneri ad æs alienum contractum ab herede ſolvendum, cum loquatur de debitis teſtatoris, ut poſt antiquiores docent Molina *d. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 2. Petrus Peralta in *l.* 3. §. *qui fideicommiſſum num.* 106. *de hered. inſtit.*

§. XIX. Diſertior ergo locus extat in *l. pets* 69. §. *prædium* 1. *de legat.* 2. a quo me breviter expediam, quia recte expoſitus eſt a Cujac. *lib.* 29. *quæſt. Papin.* & a noſtro Valentia in *lect. ad tit. de legat. tract.* 2. *cap. ult. per totum.* Species eſt: prædium a teſtatore relictum fuit nomine familiæ, non dicit Papinianus, cui fuiſſet relictum, ſed ex contextu patet, relictum fuiſſe heredi cum reliqua hereditate, quia de familia erat: itaque perinde eſt, ac ſi dixiſſet JCtus, quod relictus fuit heredi, ut illud prædium in familia reliquerint poſt mortem ſuam: erat ergo heres, & ſimul in hoc caſu conceptum habebat fideicommiſſarii, & poſſeſſoris majoratus, dum viveret; propter æs alienum contractum ab hoc herede, qui ſimul fideicommiſſarius fuit, ejus bona venierunt, quæritur, an in venditione bonorum heredis contineatur etiam hoc prædium ipſi per fideicommiſſum perpetuum relictum: hanc quæſtionem Papinianus non decidit, quia deciſa manet affirmative in ſuppoſitione ſecundæ quæſtionis, nempe poſſe vendi prædium hoc; quæritur deinde, quamdiu emptor retinere poſſit hoc prædium: ſi alienatio eſſet voluntaria, quia ex ſponte ſua extero prædium alienat, debet illico, licet proximiores de familia admittantur. *l. cum pater* 77. §. *liberi de leg.* 2. inſpicimus enim contemptum heredis, qui non obtemperavit præcepto teſtatoris; ſed alienatio, quæ fit urgentibus creditoribus, eſt neceſſaria, in ea nullus contemptus eſt; ergo non facit heres contra præceptum teſtatoris, *arg. l. alienationes* 13. *fam. erciſc.* de qua dixi in *ſelect. ad leg. Scriboniam ex num.* 46. ideo Papinianus reſpondet, tamdiu emptorem retinere debere prædium hoc, quamdiu heres illud retineret, ſi bona non eſſent vendita per creditores, id eſt per vitam heredis, quia non tenebatur illud reſtituere, dum viveret; hic enim heres, qui ſimul erat de familia, comparatur extraneo heredi, qui rogatus eſſet, cum moreretur, prædium relinquere familiæ, licet frueretur prædio, dum viveret: ergo per id tempus debuit frui heres de familia, & per conſequens emptor, qui ab eo jus habet, *arg. l. neceſſario* 8. §. *ult. de contrah. empt.* Diverſa eſt ſpecies textus in *l. Imperator* 12. *de fideicomm. libert.* in qua non immoror, quia recte eam expoſuit Valentia *ubi proxime*, & valde affinis, quæ deciditur in *l. Statius Florus* 48. §. *Cornelio Felici de jure fiſci.* de qua tamen dixi, cum de confiſcatione agerem ſupra *cap.* 1. §. 15.

§. XX. Notemus ex hoc textu, ob debita contracta ab herede vendi poſſe rem fideicommiſſo ſubjectam, cujus ipſe poſitionem habebat, tamquam unus de familia: igitur ſi extraneus eſſet, non poſſet vendi; quia nullum jus in ea habebat, ex quo ceſſit dies fideicommiſſi familiæ relicti; ſunt enim legata & fideicommiſſa delibationes hereditatis, & quanto magis eſt in legatis, tanto minus eſt in hereditate reſpectu bonorum. *l. legatum*

116.

116. *de legat.* 1. late & poſt multos Valentia in *prædict. lect. de legatis tract.* 1. *cap.* 2. Lyclama *lib.* 3. *membran. gloſſ.* 2. Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 14. *num.* 31. Quamvis ergo hereditas defuncti per aditionem incipiat eſſe heredis patrimonium. *l.* 1. §. *veteres de adquir. poſſeſſ.* illud tamen, quod de hereditate delibatum eſt, non poteſt ejus patrimonium fieri, nec ſubjici heredis creditoribus, quod ſatis expreſſe ſupponunt Cujacius & Valentia *ſuperiori* §. laudati, ad quod principium probandum Covarruvias *lib.* 2. *variar. cap.* 6. *num.* 4. *verſ.* 3. *in fine.* Peregrinus *de fideicommiſſis art.* 40. *num.* 20. Fuſarius *de ſubſtitutionibus quæſt.* 542. & 554. & 557. *per totas.*

§. XXI. Ex quo principio facile deſcendunt auctores ad decidendam quæſtionem de debitis contractis a poſſeſſore majoratus, an ſucceſſor ea teneatur ſolvere; & quidem communia debita, ſive ex cauſſa perſonali, aut ad patrimonium liberum pertinente minime teneri ſolvere concors omnium, veriſſimaque ſententia eſt. Referunt pro illa plurimos Molina & addentes *lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 15. Vincentius Fuſarius *de ſubſtitut. quæſt.* 542. ubi ad alios ſe refert. Peregrinus *d. art.* 40. *ex num.* 20. & *art.* 47. Joannes Garzia *de expenſis cap.* 16. *ex num.* 15. de illis vero, quæ contrahuntur habito reſpectu ad majoratum, major & perplexior eſt diſceptatio, cum nec unius ſpeciei ſint, nec de illis valde conveniat inter auctores. Ut breviter rem comprehendamus, in primis ſeparanda eſt perſona poſſeſſoris a rebus ipſis; circa perſonam vero poſſeſſoris prima inveſtigatio occurrit de neceſſaria decentique impenſa funeris: ſi forte adeo egenus deceſſit poſſeſſor majoratus, ut nulla prorſus bona libera ſuperſint, ex quibus funus peragi poſſet, in hoc caſu mihi probabiliſſimum videtur, funerandum eſſe a ſucceſſore, quamvis nec filius nec frater heres ſit. Primo quia actio funeraria ex bono & æquo eſt, nec regulis ſtricti juris eſt metienda. *l. at ſi quis* 14. §. *hæc actis* 6. *de religioſis.* Igitur dari debet, ubicunque ratio boni & æqui poſſit conſiderari; deinde, quia omnes, ad quorum decorem ſpectat, ut mortuus funeretur, hac actione poſſunt conveniri; idcirco necdum pater pro filio tenetur, ſed etiam dominus pro ſervo. *l. ſi filius* 31. §. 1. *eodem tit.* quapropter ſi uxor nec dotem, nec bona alia, nec patrem habeat, qui illam funeret, a marito funeranda eſt. *l. quod ſi nulla* 28. *eodem tit.* ubi extat præclara ratio; *ne injuria ejus videretur, quondam uxorem ejus inſepultam relinqui:* facilius vero promtiusque dicimus, maritum ex re uxoria funerandum eſſe; quia cum funeris impenſa præferatur doti in exactione. *l. impenſa* 45. *eodem tit. l.* 12. *tit.* 13. *Part.* 1. *l.* 30. *Tauri*, quæ eſt *lex ult. tit.* 6. *lib.* 5. *novæ Comp.* quas late illuſtrant noſter Pichardus in *l. privilegia* 16. *de privil. credit. ex num.* 23. *usque ad* 30. & *num.* 89. & cum multis pro more Carleval *tom.* 2. *de judiciis tit.* 3. *diſput.* 29. *num.* 7. multique alii apud doctiſſimum amicum meum Joannem Hieronymum Iranzo primarium rude jam donatum univerſitatis Valentinæ in *proœmis ad tractatum de proteſtat. ex num.* 118. conſequens, ut, ſi petat dotem, concurrantque creditores funerarii, ii præferantur cum dotis diminutione, ex cujus valore impenſa ſolvitur; ſed negari non poteſt, eandem rationem decentiæ honorisque ad ſucceſſorem in majoratu ſpectare atque ad maritum, uxorem, dominum & cæteros; igitur & ſimiliter eadem actione tenebitur: rurſus, quia prudenter arbitrandum eſt, fundatorem, qui decori familiæ per inſtitutionem majoratus voluit conſulere, ut *ſequenti cap.* dicemus, hoc neceſſario & pio ſumptu & gravamine eum oneraſſe, ex quibus ita ſemper cenſeo & reſpondeo poſt omnia bona libera conſumpta, cum addentibus ad Molinam *d. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 33. & multis, quos adducunt, quamvis Molina ipſe trepidanter quæſtionem reſolverit. Garzia *de expenſ. cap.* 16. *num.* 33. Gratianus *diſceptat.* 94. *ex num.* 20. & Valaſcus *de partitionibus cap.* 14. *num.* 44. dixerit, numquam ſe vidiſſe, hoc ſervari in praxi.

§. XXII. Videamus, quid dicendum ſit de neceſſariis alimentis poſſeſſoris majoratus. Ponamus, poſſeſſorem alicujus majoratus in carcerem ob delictum fuiſſe detruſum, fructus majoratus cum reliquis bonis liberis fuiſſe ſequeſtratos, nec illi conceſſum ex fructibus, unde ſe aleret, ex regula textus, quam immites acerbique judices in promptu ſolent habere, in *l. bona fides* 31. *ff. depoſiti.* ibi, *nam male meritus publice, ut exemplo aliis ſit, ad deterrenda maleficia etiam egeſtate laborare debet.* hic caſus excogitari poteſt ad noſtram quæſtionem proponendam, vel alii, qui ſint ei ſimiles: quæritur ergo, ſi creditor ad alimenta neceſſaria pecuniam dederit poſſeſſori, qui egeſtate laborat, cui occaſionem non dedit ludus luxusque & profuſa conſumptio, ſed inevitabilis neceſſitas, an poſſit recuperare impenſas a ſucceſſore non herede: & placet poſſe Antonio de Padilla in *l. unum ex familia* 67. §. *ſi de Falcidia num.* 11. cujus doctrinam immerito reſtringunt Peralta, quem ſequitur Molina *d. cap.* 10. *num.* 32. Garzia *d. cap.* 16. *num.* 34. Barboſa, qui de ſucceſſore in beneficio loquitur, in *cap.* 1. *de ſolut. num.* 3. & 4. ratio eſt eadem ac præcedentis aſſertionis, quia moraliter certum eſt, aut valde veroſimile, fundatorem voluiſſe, ut in ſimilibus accidentibus poſſeſſor majoratus aleretur, omnesque poſſeſſores tam juſto onere gravare voluiſſe; ſed quemadmodum doctrinam hanc recipio, quæ mihi plena æqoitatis videtur, ſic non facile ſuſtineo, quod docent, mutuanti in his & ſimilibus caſibus ad hominis liberi alimenta competere contra debitorem tacitam hypothecam privilegiariam in bona ejus, per quam cæteris præferatur creditoribus: ita cum multis Mercurialis Merlinus *de pignor. lib.* 3. *tit.* 1. *quæſt.* 5. *num.* 14. & 15. & Carleval *tom.* 2. *de judiciis tit.* 3. *diſputat.* 29. *a princ. usque ad num.* 11. ſed nulla eſt lex juris communis aut regni, quæ talem hypothecam tacitam inducat, aut multo minus privilegium; ſed tacita hypotheca tota dependet a legis diſpoſitione, ut cenſet cum communi idem Mercurialis *lib.* 1. *tit.* 3. *quæſt.* 11. *num.* 40. Joannes Dominicus Gaito *de creditoribus cap.* 4. *quæſito* 5. *ex num.* 54. doctrinamque hanc egregie adſtruens Noguerol *allegat.* 1. *a num.* 5. *usque ad num.* 24. & 56. Ant. Faber *de erroribus Pragm. decad.* 1. *errore* 1. ergo in hoc caſu ex auctorum erebro judicio indueí non debet; nec obſtat, ſumma æquitate niti, & a ſimili aut paritate rationis petitæ ab aliis caſibus minus favorabilibus poſſe induci; quamvis enim totum ſuppoſitum concedamus, in tacitis hypothecis non valet argumentum a paritate rationis, imo nec a majori, niſi ex vi comprehenſiva; veluti quod inductum eſt favore pupilli, comprehendit minorem adultum vel eccleſiam, quæ omnes perſonæ conſilio alieno reguntur. *gloſſ. in cap. ex literis verbo oblata de pignor.* Mantica *de tacitis & ambig. convent. lib.* 1. *tit.* 26. *ex num.* 21. Mercurialis *d. quæſt.* 11. *num.* 41. Noguerol enixe fundans *d. alleg.* 1. *ex num.* 79. *usque ad finem.* non vero negamus, poſſe imo debere per legem induci tacitam hypothecam pro debito vere & non ſimulate contracto pro cibariis & veſtiariis neceſſariis, ut eſt in terris ſubditis eccleſiæ in temporalibus, quam refert ad literam Carleval *ubi proxime*; ſed negamus de facto talem legem apud nos reperiri, nec tam amplam facultatem audemus concedere judicibus, aut advocatis, ut illam inducant ex ſomniis auctorum in creditorum præjudicium.

§. XXIII. Nunc de rebus agendum eſt: ponamus, majoratus ædes, aut quæ fideicommiſſo perpetuo ſubjectæ ſunt, minari ruinam, aut neceſſaria refectione indigere, majori quidem, quam ſuf-

ferre poſſint reditus cum congrua decentique ſuſtentatione poſſeſſoris & familiæ: quæritur, utrum ſucceſſor majoratus teneatur has impenſas ſolvere. In qua quæſtione non diſtinguimus, utrum ſuperſint bona libera; ſed abſolute reſpondemus, hoc onus ſpectare ad poſſeſſorem majoratus; non vero ad heredem patrimonii liberi, quia a rebus ipſis proficiſcitur; imo qui mutuam pecuniam dedit ad reparationem, conſequitur tacitam hypothecam in res ipſas privilegio munitam contra cæteros creditores etiam anteriores, modo pecunia in hunc uſum data & conceſſa ſit, ex notatis a Guttierrez *lib. 1. practicar. quæſt.* 98. *num.* 2. Zevallos *communium contra commun. quæſt.* 444. *num.* 12. ratio eſt, quia hujus pecunia ſalvam fecit rem, illam ſervavit perituram, & per conſequens conſervavit jus omnium creditorum, & ipſum majoratum: probatur tota hæc doctrina & ipſius ratio ex *l. creditor 25. de rebus cred.* quæ loquitur de reſtitutione aut reparatione ædificiorum. *l. cum duobus* 52. alias *l. ſi fratres* 53. §. *idem reſpondit* 10. *ff. pro ſocio. l.* 1. *in quibus cauſſ. pign. vel hyp. tac. contr.* in quibus refertur SCtum, vel Imperatoris Marci Antonini Philoſophi Oratio, qua hypotheca hæc privilegiaria inducta fuit. *l. interdum* 5. *cum ſeq. ff. qui potior. in pign.* ubi ad alios caſus ſimiles ex prædicta oratione extenditur, redditurque ratio a nobis aſſignata. *l. qui in navem* 26. *l. quod quis navis* 34. *de reb. auct. jud. poſſid.* ſive *de privilegiis creditorum*, ut eſt in aliis libris, in quibus idem de navi cavetur, idemque de eo, qui domino ædium mandante fabro redemptori, qui per averſionem opus faciendum conduxit, pecuniam numeravit, ſancitum fuiſſe eodem SCto Ulpianus teſtatur in *l. ſi ventri* 24. §. 1. *de rebus auct. jud. poſſid.* quod in rebus etiam animatis procedere, veluti in ſervis rei ruſticæ vel animalibus, itemque in nautis, qui navi deſerviunt, dicitur in *l. hujus* 6. *ff. qui potior. in pign.* novoque Juſtiniani jure in *Novella* 93. *cap.* 3. & jure Regio in *l.* 28. *& ſeq. tit.* 13. *Part.* 5. qui omnes textus minime loquuntur de poſſeſſore fideicommiſſi perpetui, ſed eorum ratio non minus convenit rebus fideicommiſſo aut majoratui ſubjectis, quam liberis & hypothecæ anteriori ſuppoſitis: eorum concluſionem in communi illuſtrant Mercurialis Merlinus *de pignor. d. lib.* 3. *tit.* 1. *quæſt.* 5. *per totam.* Carleval *d. tit.* 3. *quæſt.* 29. maxime *num.* 5. Salgadus in *Labyrintho credit. part.* 1. *cap.* 11. *ex num.* 66. *& ex num.* 80. Covarruvias *lib.* 1. *variarum cap.* 7. *num.* 2. *&* 3. cum plurimis ibi adductis ab additionatore noviſſimo, Noguerol *allegat.* 11. *ex num.* 82. & noſtræ materiæ majoratus accommodant Molina *lib.* 1. *cap.* 10. *ex num.* 18. *uſque ad* 23. ubi extant præclaræ additiones & materiæ feudorum. Noguerol *d. allegat.* 11. *ex num.* 18. & in tantum hanc veram putant ſententiam auctores relati per addentes ad *d. num.* 20. *verſ. denique*, ut exiſtiment, afficere hanc hypothecam proprietatem ipſam rerum majoratus, ut pro illa vendi poſſint quaſi libera, & detineri ab eo, qui pecuniam dedit ad refectionem, nec ad ſolos fructus majoratus extendi, quod ex juris coacta ratione dicendum eſt; verum quoties de hac re conſulor, & ſemel cum in hac urbe pro Prætore judicarem, reliqui obligatos reditus domus pro refectione neceſſaria, capta informatione & opere per peritos taxato, taxationeque per proclamata novem publicata; quod ſi maximæ ſint expenſiones, ut de reditibus ſolvi non poſſint, ſalva decenti ſuſtentatione poſſeſſoris, tutius & uſitatius eſt recurrere ad conſilium cameræ pro facultate, quod in duobus caſibus occurrentibus refectionis domuum principalium uſu venire vidimus ſecundum doctrinam Molinæ *lib.* 4. *cap.* 6. *num.* 28.

§. XXIV. Hic eſt caſus, a quo patitur limitationem *l.* 46. *Tauri*, quæ eſt *lex* 6. *tit.* 7. *lib.* 5. *Compil.* in qua ſancitur, heredem patrimonii liberi, vel uxorem pro medietate lucrorum non poſſe deducere aut retinere impenſas factas in ædificiis majoratus a marito vel ab auctore contra novum majoratus poſſeſſorem, quod aliquam iniquitatem continere negare non poſſumus. Palacios Rubios in *ſcholiis ad eandem leg.* & in *repetitione rubricæ* §. 62. *num.* 16. a quo non videtur diſſentire Covarruvias *de ſponſal. & matr. part.* 2. *cap.* 7. §. 1. *num.* 12. & comparans *prædictam legem* cum alia contraria Portugalliæ cum judicio & ingenio diſputans Arius Pinellus in *l.* 1. *part.* 2. *num.* 71. *C. de bonis matern.* & reſtringit Menchaca tanquam exorbitantem a juris regulis & norma æquitatis *de ſucceſſionum creatione lib.* 1. §. 5. *num.* 13. tenenda tamen eſt, quin ita expreſſe ſcripta eſt, ut dicitur in *l. proſpexit* 12. *qui & a quib. manum.* quam enixe defendunt (vel colorant, ut inquit Pinellus) Didacus del Caſtillo & Ant. Gomez. in *eadem leg.* Molina & addentes *lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 27. *& cap.* 3. *ad finem*, *& cap.* 26. *a num.* 12. *& cap.* 27. *a num.* 10. *& lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 36. *& cap.* 6. *num.* 6. Garzia *de expenſis cap.* 7. *& cap.* 17. *a princ.* ponamus ergo, domum majorem aut fortalitium majoratus maximis expenſis neceſſariis indigere, ad quas nec fructuarius, nec poſſeſſor majoratus tenetur. *l. hactenus* 12. *cum ſimilibus ff. de uſufr.* ad cujus reparationem mutuam pecuniam accepit, vel cenſum ſuper re impoſuit, vel cum bona libera haberet, facta proteſtatione ipſe ſuis ſumptibus reſtituit, vel reparavit: in hoc caſu non cenſetur donare impenſas, & quidem ſi extraneus mutuam pecuniam dedit, caret res dubitatione; quin mutuans pro refectione domus relinquit illam ſibi obligatam, ipſe vero ſi de proprio expendat, eandem obligationem adquirit, & reſervat ſibi heredibusque ſuis, quia cum duarum perſonarum vice fungatur, ut dixi *cap.* 1. §. 16. eſt in hoc inſtar extranei; ſed quia hic caſus prope incurrit in diſpoſitionem *dictæ legis* 46. *Tauri*, nedum proteſtatio utilis eſt, ſed facultas etiam Regia expediens mihi videtur, ut majoratus maneat ſubjectus heredibus patrimonii liberi poſſeſſoris. Et ita in caſu occurrenti conſuluit, & facultas Regia expedita fuit per notata a Molina *d. lib.* 1. *cap.* 10. *ex num.* 18. *uſque ad* 23. quamvis trepidanter loquatur, cujus doctrinam intrepide ſequuntur addentes *ibidem*, & Guttierrez *lib.* 2. *practicar. quæſt.* 84.

§. XXV. Tandem agendum eſt de injunctis oneribus non ab inſtitutore, ſed a poſſeſſore majoratus, utrum ſucceſſor ad illa teneatur? & quidem ſi ſimpliciter nullis additis bonis onera injunxit, quæ vel in præſtatione pecuniæ, vel in alio officio conſiſtant, expedita res eſt, poſſeſſorem ſequentesque ſucceſſores ad ea ſubeunda non teneri; ratio eſt promta, quin ab eo, quem non honoro, fideicommiſſum relinquere non poſſum, nec ipſi injungere gravamen. *l. ab eo* 9. *C. de fideicommiſſ. l. ſed cum ea* 15. *de jure codicill. l. plane* 94. §. *ult. cum l. ſeq. l. filiusfamilias* 114. §. *apud Marcellum* 3. *de leg.* 1. *l. Imperator* 70. §. *cum quidam* 2. *l. cum pater* 77. §. *qui dotale* 5. *de leg.* 2. *l. nomen* 34. §. *ult. de leg.* 3. *l.* 1. §. *ſi is qui quadringenta* 80. *ad leg. Falcid. l. ex facto* 17. §. *non tantum* 2. *ad S. C. Trebell.* Gajus *lib.* 2. *inſt. titulo* 7. §. 6. ſed poſſeſſor majoratus jam inſtituti nihil relinquit moriens ſucceſſori ſuo, qui potius creditori comparatur. *l. unum ex familia* 67. *in pr. de leg.* 2. nihil enim de ſuo relinquit, qui, quod relinquit, neceſſario reddere debuit. *d. l.* 67. §. 1. ergo nulla ratio eſt, ob quam ſuſtineatur gravamen, in quam doctrinam a ſimili expenduntur textus in *l. cum filiusfamilias* 28. ibi: *quia hereditati ſuæ miles, quam vellet, ſubſtitutionem facere poteſt: verum tamen alienum jus minuere non poteſt*, *ff. de teſtam. militis. l. Lucius* 88. §. *Dama & Pamphilo* 12. *de leg.* 2. quando vero majoratus electivus eſt, quia ultimus poſſeſſor & in vita reſtitu-

ſtituerit, facultatem habet ab inſtitutore ſibi datam eligendi filium, quem prætulerit, vel alium de familia, quæritur, utrum electum gravare poſſit: & negative reſpondit Papinianus *d. l.* 67. §. 1. ubi extat ratio. Etiam quæritur, ſi, cum ad mortem facienda ſit electio, præmature elegerit poſſeſſor, & in vita reſtituerit, an onus imponere poſſit ſucceſſori: & recte diſtinguitur, non poſſe imponi onus perpetuo duraturum, poſſe tamen injungi, quod duret per vitam reſtituentis. *d. l.* 67. §. *ſed ſi fundum* 3. vel quaotum ſufferant fructos ex præmatura reſtitutione pereipiendi, quos donat, vel in quibus liberalitatem exercet: expendunt textus in *l. mater* 5. *C. de operis libert. l. non amplius* 26. *in princ. l. civitatibus* 122. §. *ult. de legat.* 1. *l.* 1. §. *ſciendum. l. Pamphilo* 39. §. *ult. de leg.* 3. *l. ſed ſi hoc* 62. §. 1. *ff. de condit. & demonſtr.* ex quibus omnibus probatur, quidquid ex re provenit, ſubjectum eſſe gravamini, ſi ex voluntate concedentis proveniat, & tanto minus provenire, quanto magis pro re erogatur: quæritur etiam, an ſuſtineatur onus injunctum imperatumve a poſſeſſore majoratus, ſt conſentiat ſucceſſor, cui injungitur; & ſane reſpectu conſentientis oneri, & agnoſcentis voluntatem defuncti non dubium eſt, quoties omnes, qui vocantur, conſentiunt. *l. quoties* 11. *C. de fideicomm.* qui tamen auctorum conſenſus officere non poterit ſuceeſſoribus, qui non conſenſerunt, neque a conſentientibus cauſſam trahunt. Arniſæus *de jure Reip. part.* 2. *cap.* 2. *ſect.* 8. *num.* 65. qui noſtros citat: ſic tota hæc quæſtio deciditur communiter & vere ab interpretibus. Peralta latiſſime egit ad *l.* 3. §. *qui fideicommiſſam ex num.* 61. *de hered. inſt.* Ant. Padilla in *d. l.* 11. *C. de fideicomm.* maxime *num.* 4. ubi multos refert. Molina *lib.* 1. *cap.* 8. fere per totum maxime *ex num.* 21. *usque ad finem*, & ibi alii apud addentes, & apud Hermoſillam ad *leg.* 8. *tit.* 4. *Part.* 5. *gloſſ.* 1. *num.* 1.

§. XXVI. Manet ergo ex tam longe petitis, ſucceſſorem in majoratu aut fideicommiſſo perpetuo ad debita contracta ab anteceſſore minime teneri, exceptis caſibus ſupra expoſitis; quia, licet alios comminiſcantur interpretes, de illis parum curo, cum fundamento deſtitui videam; aliqua tamen ſunt, quæ adverſus banc ſecuriſſimam doctrinam expendunt. Primo opponunt textum in *cap.* 1. *de ſolut.* in quo ſucceſſor in beneficio, qui comparatur ſucceſſori in majoratu, tenetur ſolvere debita pro Eccleſiæ neceſſitate a prædeceſſore contracta, ſicut filius tenetur ad debita patris: de concloſione nemo dubitat, nempe debita contracta pro Eccleſiæ neceſſitate ſolvenda eſſe a ſucceſſore vel de Eccleſiæ reditibos, priusquam ſucceſſor renuntietur, ut eſt integra, quæ babetur in Concilio Lateranenſi ſub Alexandro tertio *part.* 29. *cap.* 9. eamque illuſtrant & recipiunt poſt Claſſicos Gregorius in *l.* 4. *gloſſ.* 1. *tit.* 15. *Part.* 1. Stephanus Gratianus *diſceptat.* 94. *ex num.* 30. Molina *lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 24. & Barboſa in *collectaneis ad eundem textum per totum.* qui inde deducunt argumentum ad ſucceſſorem in majoratu. Sola comparatio difficilis videtur; quia ſi filius heres non eſt patris, ad oulla debita prorſus tenetur. *l. neceſſariis* 57. *de adq. hered.* ſi heres eſt, ad omnia tenetur. *l. more* 8. *ff. eodem.* ergo terminus comparationis filii amplior eſt, quam terminus ſucceſſoris, a quo ſumitur comparatio. Scio, quemdam juris Canonici primarium & quidem doctiſſimum caſum filii reſtrinxiſſe ad ſingularem ſpeciem, quæ proponitur in *l. ult. C. de primipilo.* nempe ad obligationem contractam ex cauſſa primipilari, cujus ratione filius obligatur, quantumvis heres patris non ſit: ex reſcripto Aureliani *noſtra l.* 16. *tit.* 9. *Part.* 2. primipilarium interpretata fuit *Alferez Major*, recte quidem uſu veteris militiæ, ut prodit Vegetius de primipilo totius legionis loquens *lib.* 2. *de re milit. cap.* 21. ubi notat Stewechius, Lipſius *lib.* 2. *de militia Rom. dialogo* 8. *prope finem.* Wolfgangus Lazius *de Rep. Rom. lib.* 8. *cap.* 17. ſed ex uſu poſterioris juris onus primipili erat colligendi diſtribuendique inter milites annonam militarem, apud nos *abaſtecedor o probebedor del exercito:* multa adducit nuper Jac. Gothofredus in *paratitl. ad titulum C. Theod. de cohortalibus.* & in *l. primipilaribus* 6. *C. eodem titulo.* reliqua ergo contracta ex hoc officio tenent filios etiam non heredes, afficiunt etiam dotes. *l. pen. C. de cohortalibus l. cum ſatis notum* 4. *C. in quibus cauſſ. pig. vel hyp. tac. coatr.* ob peculiariſſimum favorem. Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 16. *num.* 6. & 7. ubi multos adducit de Faria. Cujac. ad *tit. C. de condict. ex leg.* & idem ad *l. uxorem* 11. *C. de decur.* Hent. Salmuth in *notis ad memorabilia Panciroli part.* 1. *tit.* 53. *pag. mihi* 281. ſed vereor, ne hoc nimium acumen ſit horum auctorum, nimisque reſtringat comparationem, & caſum excogitet, qui forſan in mentem non venit Patribus Concilii; quare ego ſic comparationem accipio: quo jure filius, qui fit heres patris, ad debita a patre contracta tenetur, eodem ſucceſſor, ſi ſint pro neceſſitate aut utilitate Eccleſiæ contracta, quia uterque tenetur ratione ſucceſſionis, ut comparatio non complectatur generaliter caſus, ſed referantur ad vim obligandi & obſtringendi, quando datur ſimilis caſus, in quo ſucceſſor obligetur: qui intellectus ex longo noſtro diſcurſu integre maniſeſte deducitur, & licet non ita dilucide & expreſſe, communis eſt interpretum.

§. XXVII. Opponunt etiam textum in *cap. licet univerſis* 8. *de voto & voti redempt.* in quo videtur ſupponi, ſucceſſorem univerſalem in regno Hungariæ teneri ex obligatione ſucceſſionis hereditariæ implere patris anteceſſoris ſui votum; ſed de hujus capitis perfecta intelligentia dixi ſupra *cap.* 1. §. 14. cum de exheredatione egi, quare in præſenti merito abſtineo. Denique opponunt *l.* 4. *tit.* 15. *Part.* 2. in qua filius regis defuncti non tenetur taotum funerare patrem in regno anteceſſorem, ſuffragiaque ſolvere pro ejus anima, ſed etiam debita, modo regalia non alienet: ex qua diſpoſitione maniſeſta repugnantia ſupra dictis infertur; hoc enim ſpeciale eſſe in ſucceſſione regni conſtabit cuilibet *prædictum textum* legenti, nec inde deduci poſſe argumentum ad noſtram ſucceſſionem majoratus, ut ibi luculenter notavit Gregor. Lopez *gloſſ.* 1. non quia regnum hereditas ſit, nec jure hereditario capiatur, quæ æri alieno obliget, ut enixe perſuadere voluit Garzia *de expenſis cap.* 16. *ex num.* 15. ubi latiſſime egit de intellectu prædicti textus; ſed quia, quod non dedecet privatos, dedecet reges, item quia forma hereditatis aditionis & inventarii non ſervatur in ſucceſſione regum, qui ſemper ſupra leges ſunt, & in his ſucceſſivis regnis, quæ ſeriem ab antiquo ducunt, non ſunt diſtincta regia bona a privatis; quare non tantum de honeſtate, ſed etiam de jure, qui omnia per ſucceſſionem adquirit, oneribus hereditariis manere debet ſubjectus: tandem qoia, ſi intuitu regni contracta ſunt ex coacta juris ratione, quemlibet ſucceſſorem obligant. *d. cap.* 1. *de ſolut.* ſi vero ex alimentis familiæ & perſonæ regiæ ſumptu proceſſerint, pariter tenetur, cum prorſus alia bona non ſuppetant, ex quibus ſolvi poſſint, ut in ſuperioribos notavi: itaque decentiæ ratio, quam lex conſiderat, in hoc ſolum conſiſtit, ut ad amuſſim non examinetur cauſſa debendi, nec bona mobilia & reditus decurſi cum debitis ſtrictim parientur. Tenendum ergo eſt propter ſpecialem quamdam rationem, quæ non militat in majoratibus privatorum, regem ad prædeceſſoris ſui debita contracta teneri: docent cum plurimis Molina *d. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 30. & 31. Barboſa in *collectan. ad dict. cap.* 1. *num.* 1. *de ſolution.*

§. XXVIII. Denique vidimus, cui ſuccedatur per fideicommiſſum perpetuum, & de ejus origine,

ne, ſequitur de cauſſa disquirere, quia ſi eam præ ſe non ſerat, non poteſt tale fideicommiſſum conſtitui; cauſſa ergo ejus eſt, ut ſtatim rem aperiamus, ſi teſtator per hoc fideicommiſſum familiæ conſulere voluit, id eſt voluit res prohibitas alienari familiæ reſervari ſuæ. *l. filiusfamilias* 114. §. *Divi* 14. *de legat.* 1. in qua inveſtigatione duplex quæſtio occurrebat. Prima eſt, quæ perſonæ veniant familiæ appellatione, ſecunda eſt, quæ pœna ſit transgredientis præceptum teſtatoris, & quando transgreſſum dicatur; ſed quia prohibitio alienationis ſine cauſſa nudum præceptum dicitur in *l. pater* 38. §. *Julius Agrippa ff. de leg.* 3. quamvis hoc non indigeat accurata expoſitione, tamen *ſequenti cap.* quin nudum præceptum ſit, eſt videndum.

CAPUT TERTIUM.

De cauſſa probibitionis alienationis, ut familiæ conſulatur, & de ejus effectu re alienata.

Deërat in Autographo; citatur vero a Joh. Puga & Feyoo *Tract. Academ.* XXII. *de rebus eor. qui ſub tut. vel cur. cap.* 4. *num.* 11.

F I N I S.

DOCTORIS NIETO,

TRACTATUS ACADEMICUS

DE

PRÆLEGATIS,

NUNC PRIMUM EDITUS

EX BIBLIOTHECA

GREGORII MAJANSII,

GENEROSI VALENTINI.

Digitized by Google

DOCTORIS NIETO,

TRACTATUS

DE

PRÆLEGATIS.

CAPUT PRIMUM.

Quid Prælegatum, quo differat à cæteris legatorum ſpeciebus.

§. I. TESTANDI facultas Lege XII. Tabb. Civibus Romanis patribusfamilias conceſſa, ut habetur *l. verbis legis* 120. *ff. de V. S. l.* 1. *ff. ad leg. Falc.* §. 1. *inſt. de leg. Falcid. Novell.* 22. *c.* 2. *verſ. diſponat.* legati fuit origo illis verbis, *uti quisque rei ſuæ legaſſit, ita jus eſto*, quæ referuntur in dictis locis, & in *l. ſæpe* 53. *ff. de V. S.* Ulp. in *fragm. tit.* 1. §. 9. & *tit.* 11. §. 14. quod Legis XII. Tabb. fragmentum *lib.* 1. *ad Herennium*, & 2. *de inventione* tranſcripſit Cornificius, immutatum tamen paulisper, de cujus vera lectione conſule Petrum Fabrum *lib.* 3. *ſemeſtrium c.* 24. *pag.* 382. & notata per Fornerium ad *d. l.* 120. & *l.* 53. *de V. S.* Hillig. ad Donell. *lib.* 8. *comm. c.* 1. *lit. B.* & de illius expoſitione videndus Franc. Hotmanus *lib.* 3. *antiquit. Rom. col. mihi* 437. Coraſius in *l. ult. C. de poſth. her. inſt.* Dionyſius Gothofr. in *notatis ad Leg.* XII. *Tabb.* Roſinus *lib.* 8. *Antiquit. Rom. col. mihi* 1266. quibus in locis fere omnes probant, verbum *legaſſe* idem eſſe, quid decernere, &, ut vulgus loquitur, diſponere de his, quæ poſt mortem fieri teſtator vult, tam in hereditate & legatis, quam in cæteris mortis cauſſa animi judiciis: ſic intelligendus Livius *lib.* 1. *decade* 1. ibi *Numitori gentis Silviæ regnum legat*, & quoniam legati, qui in exteras gentes mandata populi Romani perferebant, prævio ex animo eligebantur, & maturo conſilio de illorum electione decernebatur, ideo *legati* appellantur, quaſi decreti & electi: ita intelligitur Varro *de lingua latina.* ibi, *legati qui lecti, publica quorum opera & conſilio uterentur.* Alii dicunt verbum *legare* derivari a *lege*, & *legis actionem*, hoc eſt, legem dicere ſignificare, quoniam ea, quæ teſtator dicebat, pro lege habebantur: tradit Roſinus *lib.* 8. *cap.* 12. *colum.* 1262. ab his tamen diſcedo, quia ſi hoc verum eſſet, ſupervacanea adjicerentur ea verba, *ita jus eſto*, cum in verbo *legaſſet* juxta illorum doctrinam eadem ſignificatio haberetur; nec ſatis probant hoc commentum ex veteribus ſermonis latini monumentis: vide Aleiatum in *l. centuria num.* 72. *ff. de vulg.* & in *l.* 120. *ff. de V. S.* P. Greg. *lib.* 42. *Syntagm. cap.* 32. *num.* 1. Don. *lib.* 3. *comm. cap.* 1. & ibi Hillig. *lit. C.* Cujac. in *Paratit. de legatis.* & Ant. Fab. *lib.* 6. *conject. cap.* 1. & *lib.* 14. *cap.* 13.

§. II. Et ut nihil eorum, quæ ad nos ſpectant, penitus ignoretur, ſcire oportet, legatum eſſe donationem quandam teſtamento relictam, ab herede præſtandam, ex mente Modeſtini Conſulti in *l. legatum* 36. *ff. de leg.* 2. tranſcripſit Juſtin. in §. 1. *inſt. eodem*, & Alphonſus Rex in *l.* 1. *tit.* 9. *Part.* 6. *in dictis locis ordinariis.* Interpretes Duar. *in rub. de leg.* Cujac. *ibidem.* Pichard. Weſemb. Joan. Fab. & Marcilius in §. 1. *inſt. eod.* Don. *lib.* 8. *comm.* ubi Hillig. *lit. G.* quam plurimos adducens. A. Gomez. *lib.* 1. *var. c.* 12. *num.* 3. Aliter Florentinus definit in *l. legatum* 116. *ff. de leg.* 1. ſed unius & alterius definitionis eadem pene ſententia eſt; probant jam relati, & facit Coraſius in *l. cum virum C. de fideicommiſſ. num.* 4. ſed in his non immorabimur, nemo enim juris adeo expers aderit, qui legatum ignoret, & quid ſit neſcire fateatur: ſin autem plurima vultis circa definitionis indaginem & quæſtiones, ultra eos, quos retulimus, videndi Jacobus Niger in *rub. de leg.* 1. *num.* 40. Crotus in *l.* 1. *num.* 48. *ibidem.* Imola *col.* 1. Lancellotus *col.* 2. Caldas Pereira in *l. ſi curatorem habens, verbo ſine curatore num.* 18.

§. III. Non igitur omnibus in legatis eadem invenitur natura, ſed quadrifariam dividuntur, (ut conſtat ex §. *ſed olim inſt. de leg.* notarunt Juſtiniani Interpretes, qui omnes adducunt Paulum *lib.* 3. *ſent. tit.* 6. *de leg.* Ulp. in *fragm. tit.* 25. *verſ. legamus.* Cajum *lib.* 2. *inſt. de leg.* quo Gothofr. aliqua notavit) ſcilicet per vindicationem, damnationem, ſinendi modo, & præceptionem, quæ ſingula, ut in *dict. locis* conſtat, diverſo jure capiebantur; non autem operæ pretium credimus, inſtituere omnium tractationem largam, ſed miſſa faciemus ea, quæ ad nos parum ſpectant; qui velit multa, legat Conſultos in triplici tractatione ſatis ampla *Dig. de legatis* & *C. eod.* & *tit.* 9. *Part.* 6. ubi ordinarii interpretes Duar. in *ad hunc tit. Commentariis.* Cujac. in *repetitionibus ibidem*, & ſuis in *commentariis Conſultor.* Don. *lib.* 8. ubi Hillig. Ant. Fab. *lib.* 6. *conjectur.* per multa capita; Coraſius *ubi ſupra.* Illud ſolummodo oportebit noſſe, vindicationis legatum cuilibet perſonæ adquiſitionis capaci relinqui poterat ſub illa formula: *Lucio Titio do, lego:* probant *l. in conditionibus* 19. §. 1. *l. Publius* 36. *l. nonnunquam* 51. *l. falſa* 33. §. *quid ergo ff. de condit.* & *dem. l. ſi pluribus* 33. *l. ſi fundus* 5. §. *Titio*, & §. *his verbis. l. hujusmodi* 84. §. *quibus ff. de leg.* 1. *l. in ſingulos ff. de annuis leg. l. Stichum ff. de man. teſtam. l. cum ita ff. de opt. leg. l. ſi ita l. cum delationis* §. *liberta ff. de fundo inſtructo. l. actionum genera* 25. *ff. de oblig.* & *act. l. cum filius* 76. §. variis

variis ff. de leg. 2. §. appellamus inſt. de actionib. etiam relinquebatur hujusmodi legatum ſub illa formula: *rem tibi habe*, *vindica*, *præſume*. Cajus *lib. 2. inſtitut. tit. 5.* ſic etiam *capito*, *ſumito*. Ulp. *tit. 24.* probat Briſſonius *de formulis lib. 7. pag. mihi* 698. & in *d. §. ſed olim* Juſtiniani interpretes, præcipue Pichard. & Hotman. & illi, quos recenſent: legabanturque per vindicationem ſolummodo res illæ, quæ mortis tempore teſtatoris fuerunt, quo fiebat, ut neque res heredis, vel alienæ, neque fructus, qui adhuc non erant nati, ſed ſperabantur, per vindicationem legari poſſent, uti probat Cajus *ubi ſupra*, & recta via tranſibant a teſtatore in legatarium, adeo ut nullo in tempore heredis fuiſſe legata hujuscemodi crederentur, ut conſtat expreſſe in *l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. *l. a Titio* 65. *ff. de furt.*

§. IV. Egimus de vindicationis legato latiori ſtilo, quoniam, ut recte advertit Fab. *lib. 6. conject. cap.* 1. ſapit naturam legati præceptionis, de qua nobis futurus eſt ſermo. Secunda legatorum ſpecies damnationis appellabatur ex eo, quod illa formula huic legato erat, *heres meus damnas eſto dare, vel dato facito*, *heredem meum dare jubeo*, quo non ſolum teſtatoris res, ſed etiam heredis, & alterius cujusque, & fructus, qui adhuc nati non erant, poterant legari, neque recta via a teſtatore in legatarium hoc legati genus transferebat res legatas, ſed a defuncto in heredem, a quo in legatarium fiebat tranſlatio. Tertia legatorum claſſis ſinendi modo appellatur, cujus formula ſic fuit: *heres meus ſinito, vel damnas eſto, ſinere Lucium Titium ſumere illam rem, ſibique habere*, quod legatum omnibus pæne in rebus ejusdem conditionis eſt cum damnationis legato. Hæc omnia leguntur late in jam dictis legibus, & Briſſonio Conſultorum teſtimonia plurima adducente, Fab. *d. lib. 6. conject. cap.* 1. Ulpiano & Cajo *ubi ſupra.*

§. V. Sequitur jam præceptionis legatum, quod quartam ſpeciem legatorum conſtituit, & ultimam. Illius formula habetur in Ulp. *d. tit.* 25. §. 5. in hæc verba: *Lucius Titius illam rem præcipito.* facit *l. prædia* 27. §. *liberto ff. de inſtructo vel inſtrumento legato. l. ſi Fortidianum* 7. *C. de leg.* ita etiam hujus legati concipiebatur formula: *e medio ſibi ſumat. l. ult. ff. de dote præleg.* ibi, *quod filio dedi, id ſibi præcipiat, ſumat, habeat. l. Lucius Titius* 88. *ff. de leg.* 2. ita etiam *e media hereditate, vel e medio ſumito, præcipito, tibique habeto:* conſtat expreſſe ex *l. uxorem* 41. §. *Feliciſſimo ff. de leg.* 3. *d. l. Lucius* §. *quisquis de leg.* 2. *l. pediculis* 32. §. *item cum ff. de auro & arg. leg. l. apud Aufidium* 20. *ff. de opt. leg. l. ult. ff. de pecul. leg.* probat Briſſonius *de formulis ubi ſupra.* Idem *de verbis juris verbo præceptio, & verbo prælegatum.* Joan. Savaro in doctiſſimis *comm. ad Sidonium Apollinarem lib. 6. epiſt. 12. verbo præcipue pag. mihi* 383. Gothofr. in *notis ad d.* §. 6. Ulp. in *fragm. tit.* 24. Cujac. *ibid.* Franciſcus Hotman. *lib. 1. Antiquit. Rom. pag. mihi* 329. idem Hotm. *de V. S. verbo præceptio, & verbo prælegatum*, & in *comm. inſtitutionum enunciatione* 3. in §. *ſed olim de leg.* ubi paucula Weſembecius, Marcilius, & Balduinus, qui alia in parte ea de re ſe acturum pollicetur, ſed quo ſe conferat, non inveni, Eguinarius Baro prorſus nihil adduxit in *ſcholiis d.* §. Pichardus aliquantula repoſuit in §. 1. *de leg. num.* 15. omitto cæteros, qui omnium teruntur manibus, & ex Notis Magnonis, & Petri Diaconi conſtat, formulam hujusce legati ſub his litteris ſubintelligi P. S. T. Q. H. hoc eſt, *præcipito*, *ſumito*, *tibique habeto.*

§. VI. Poterant igitur per præceptionem legari res, quæ per vindicationem, eodem fere modo, de quibus diximus §. 3. ſin autem ſervata formula legatum eſſet, valebat perinde, ac ſi per damnationem legatum fuiſſet, quod SCto Neroniano fuit cautum, ut refert Ulp. *d. tit.* 24. §. 11. ibi, *quod minus pactis verbis legatum eſt, perinde ſit, ac ſi optimo jure legatum eſſet, optimum autem jus legati per damnationem eſt.* Ait Conſultus illud legatum *optimum*, quoniam latius & expeditius, ut bene notat Gothofr. *ibi* ex *l. 1. C. de uſuris*, & ex *l. fidejuſſor* 26. § *pater ff. de pigneribus.* unde etiam formulam *verba pacta* probat Cujac. *ibidem* ex Cicerone *pro Roſcio*, & Arnobio *contra gentes.* Sed omnes illæ formolæ ſublatæ fuerunt a Conſtantino in *l. legales C. de leg.* & refert Juſtin. in §. *ſed olim*, & Euſebius adductus a Balduino *ibi.* Poſtea Juſtinianus communem fecit legatorum naturam, quoad eorum petitionem. §. *olim inſt. de leg.* §. *ult. inſt. de obligationibus, quæ ex quaſi contractu. l. 1. C. communia de leg.* ut bene notat Cujac. in *recitatione ſolemni ad l. 1. col. 4. ff. de leg.* 1. hoc igitur legatum præceptionis ultimam ſpeciem conſtituit, licet ſint, qui dicant, partitionis legatum, quo pars hereditatis vel bonorum alicui relinquitur, quintam ſpeciem legatorum facere, ut probat Turaminus *de exequendis legat. cap. 2. num. 4. & ſeq.* ex Theuphilo in §. 5. *inſt. de fideicomm. libert.* & Ulpiano *tit.* 25. §. 25. recenſet Hillig. *lib. 4. comm. c. 12. lit. S.* Ego vero non diverſum a cæteris hoc legatum eſſe credo ea ratione, quia cum omnibus illis concurrere valet, ſed ſolummodo eſſe quoddam legatorum accidens fateor, non autem legati ſpeciem diverſam. Hoc nobis ſatis; qui plura velit, videat *l. omnem* 164. §. 1. *ff. de V. S.* ubi Gothofredus Ciceronem adducens *lib. 2. de legib.* facit *l.* 8. §. *ult. l. 9. ff. de leg.* 2. cum ibi notatis ab Accurſio; de quorum jurium conciliatione melior omnibus egit Cumanus in *comm. ibid.*

§. VII. Præceptio, de qua loquimur, heredi ſolum poterat relinqui, de quo jure latius agemus: interim videndi ſint Cajus *inſtitutionum tit.* 5. §. *ult.* ibi, *præceptionis legatum non niſi uni ex heredibus dari poteſt.* Paul. *lib. 3. ſent. tit. 5. in princ.* ubi Cujac. idem Cujac. in *d. recitat. ad l.* 1. Donell. *lib. 8. comment. cap.* 3. ubi Hillig. *lit. A.* Ant. Faber *de erroribus Pragmat. decade* 36. *errore* 36. *num* 7. hoc veriſſimum juris principium ſatis omnibus apparet, ut probant jam citati §. 5. & plurima Conſultorum teſtimonia ab illis adducta, & præcipue a Briſſonio, & Hotmano *ubi ſupra*, nuncupabaturque *præceptio* hoc legatum, quia heres, cui relinquitur, *præcipuum* illud habet, hoc eſt, quod neque in collationem neque in diviſionem venit, ut recte Briſſonius in *l. 1. §. nec caſtrenſe ff. de collationibus.* ubi filius, qui caſtrenſe peculium in collationem non adducit, *præcipuum habere* dicitur. *l. fideicommiſſa* 23. §. *ſervum peculii in ſine ff. de fideicommiſſ. libert. l. miles* 4. *ff. de caſtr. pec. l. cum quis* 2. §. *ult. ff. de dote præleg.* ibi, *habebit præcipuam dotem*, hoc eſt, ſine diminutione & diviſione, vocaturque *præcipuum* eo, quod ante capiatur, quod heres legatarius facit, nam poſtea capit hereditatem. Sic Feſtus *excipuum, quod excipitur, ut præcipuum, quod ante capitur.* Sic Suetonius in *Galba cap. 5. cum præcipuum inter legatarios habuiſſet*, ubi notat Beroaldus: ſic Sidonius Apollinaris *lib. 6. epiſt. 12. ut JCti dicunt præcipui titulo*, ubi Savarus: ſic Donatus in *lib. 5. Æneidos*, *præcipuum eſt, quod præter communionem ſingulis proprio nomine deputatur.*

§. VIII. Hoc igitur legati genus fuit etiam *prælegatum* dictum, ut conſtat ex *l. Sextiam* 32. *ff. de leg.* 3. ubi quæ antea *præceptiones* dictæ fuerunt, nuncupantur poſtea *prælegata*, idemque probat ex Laurentio Valla Briſſonius *ubi ſupra.* Sic etiam intelligi debent *l. unum ex familia* 67. §. *ſi duos. l. cum pater* 78. §. *evictis ff. de leg.* 2. *l.* 3. §. *pen. l. in fideicommiſſaria* 13. §. *ult. ff. ad S. C. Treb. l. Titia* 86. *ff. ad leg. Falcid.* cum ſexcentis aliis: probat Cujac. *lib. 23. Pauli ad Edictum*, in *l. heredes* 25. §. *ult. ff. familiæ erciſcundæ.* & in *commentariis ad l. unicam* §. *his ita definitis C. de cad. toll.* Donell. *lib. 8. comment. cap.* 3. ubi Hillig. *lit. A. & cap. 7. lit. C.* Petr. Gregor. *lib.* 42.

Syn-

Syntagm. cap. 34. *num.* 2. unde recte Hotmanus *verbo prælegare* ait, *prælegare eſt alicui ex heredibus præter partem hereditariam legare*, quod qualiter debeat accipi, in §. *ſeq.* dicemus; hujusque nominis cauſſa fuit & origo, quia illud, quod præ cæteris heredibus alicui datur eorum, quaſi antea datum intelligitur, ut in præceptione dicebamus: ſit etiam ſecunda ratio, quia in prælegato hereditario jure pro parte illi heredi obventura erant, quæ hoc modo legantur, nam *prælegare* illud etiam ſignificat, legare quod ipſius legatarii erat; quodammodo hac ratione peculium ſervo, & filio *prælegari* dicitur. *l.* 1. §. *ſi ſervus ff. de exceptione rei venditæ. l.* 3. §. *cum igitur ff. de ſtatulib. l.* 10. *& l. ult. ff. de peculio leg.* eadem ratione dos, quæ uxori debebator, *prælegari* dicitur. *toto tit. ff. de dote præleg. l. verius* 30. *ff. de pactis dotalibus.* facit elegans deciſio textus in *l. non ſolum* 8. §. *pen. ff. de liberat. leg.* de cujus enodatione ſatis ſunt, quæ Accurſ. ibi tradit, dicebanturque *prælegationes. l.* 2. *&* 3. *ff. de dote præleg. l.* 93. *ff. de leg.* 3.

§. IX. Animadvertere etiam oportet, quod heredi legatum, non ſemper præceptionem vel prælegatum eſſe, ut conſtat ex *l.* 1. §. *qui vero ff. quod legatorum.* ibi, *ex cauſſa præceptionis*, & poſtea, *idem erit dicendum, etſi alio genere legati uni ex heredibus legatum ſit.* bene igitur ſequitur, legata heredes adquirere, non ſolum præceptionis cauſſa: probat Don. *lib.* 8. *comm. cap.* 7. ubi Hillig. *lit.* C. & pro ſe adducit *l. Titia* 86. *ff. ad leg. Falc.* de cujus interpretatione ſuo loco: probat etiam A. Fab. *lib.* 6. *conjectur. cap.* 4. *col.* 4. Dominua Don Joan. Chumazerus *ſelectarum juris diſputationum cap.* 5. *num.* 23. Sed diſcrimen legati heredi relicti & prælegati non facile ab interpretibus traditur; ſed omiſſis, quæ Chumazerus *ubi ſupra* contra Fab. veriſſimum credo Hillig. *d. lib.* 8. *comm. cap.* 7. *lit. C.* dum ait prælegatum ex omni parte conſiſtere, ſcilicet partim ex hereditaria portione, partim jure legati; quapropter aliquando totum retinetur, ut in reſtitutione hereditatis per fideicommiſſum relicta, ut mox dicemus, & interim videndus Don. *lib.* 7. *comm. cap.* 25. *& cap. ult.* ubi plures alios recenſet effectus; legatum vero heredi relictum pro portione heredis legatarii penitus intercidit, & inutile redditur. *l. & quidem* 18. *l. plane* 34. §. *ſi duobus.* melior textus in *d. l. plane* §. *inde dicitur ff. de leg.* 1. unde venit intelligendus Florentinus JCtus in *l. legatum* 116. §. 1. *ff. de leg.* 1. ubi duo heredes æquis partibus inſtituti fuerunt, & eorum alteri fuit legatum relictum ſimul cum duobus extraneis heredibus, retinet heres legatarius ſolum legati ſextam partem, quia ſemia legati debetur ab ipſo herede ſibi & legatariis, cumque ex ſua parte conſiſtere nequeat, collegatariis in univerſum adquiritur ex doctrina *d. l. plane* §. *ſi duobus.* altera vero pars dimidia legati, quæ ex coherede non legatario debetur duobus extraneis, & coheredi ſuo legatario, pro tertia parte ſingulis competit, quo ſit ut extranei illi collegatarii heredis ſemiſſem legati fundi ab eo accipiant, hoc eſt partem dimidiam ſine diminutione; ab alio vero herede trientem fundi conſequantur; ergo legatarii extranei habent decem partes fundi legati, & legatarius coheres duas ſolummodo partes, quæ hypotheſis ſive ſpecies veriſſima illius textus eſt, ut juri conſona remaneat.

§. X. Sed jam ex diametro pugnat Ulpianus in *d. l. plane* §. *inde dicitur ff. de leg.* 1. ubi duobus heredibus inſtitutis, uno ex uncia, & altero ex undecim unciis, fuit legatum relictum illis, & ait Conſultus, *unciarum heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.* En textum, ubi legatum relictum heredibus valet pro ea parte, pro qua heredes ſunt, at quilibet eorum ſibi ipſi præſtat, quod a ſe debet; igitur non bene dicebamus, inutiliter heredi ſibi apud ſe legatum relinqui, quam difficultatem ut effugiat Accurſ. ait centum relicta fuiſſe legatario, & a legatario rurſus fuiſſe legatum fundum illum heredibus; ſed hoc a principiis juris penitus abhorret, cum legatum a legatario relinqui non poſſit, ſed ab herede præſtandum: probant omnes in *d.* §. 1. *inſt. de leg.* quapropter omiſſis aliis, quæ ibi Accurſ. non ſatis expendit, loco *unciarum heredem*, *unciarium heredem* legendum credo, quod licet non ita inveniatur, neque in vulgatis codicibus, neque in Alexandri, & Florentiæ pandectis, tamen in aliquibus ex multis Pandectarum editionibus inveniri credo, quoniam, poſtquam hoc ſcripſi, in Editione Lugdunenſi anni 1566. ſub Leonis ſigno *unciarium heredem* legi; negarique non poteſt, rationi & juri recte convenire: agnoſcit Briſſonius *verbo unciarius*, quo ſenſus eſt, unciarium heredem, hoc eſt, heredem ex una uncia, ut *lex unciaria* apud Feſtum, undecim partes conſecuturum, coheredem, hoc eſt, qui ex undecim unciis fuit inſtitutus, partem unam fundi conſequi ea ratione, quia alter alteri recte tenetur, non autem ſibi, & legatum non conſiſtit in his partibus, neque debetur in portionibus, quibus heredes ſunt, ex doctrina *d.* §. *ſi duobus.* ſed in his, in quibus non ſunt heredes, ideoque heres in undecim unciis pro his undecim, in quibus heres eſt, non poteſt conſequi legatum, ſed tantum pro reſidua una, in qua non eſt heres, alter vero, qui ex uncia fuit inſtitutus, pro ea parte nihil conſequitur, ſed ex cæteris undecim, in quibus non fuit heres, quo pacto heres ex uncia undecim partes fundi ſibi habet, heresque ex undecim unciis unam fundi partem conſequitur, quæ illius §. ſententia recte congruit veritati juris; poſtea vero aliter hunc textum expendemus vulgatiori retenta lectione.

§. XI. Sequitur ex dictis verior interpretatio textus in difficili & ſatis vulgata *l. qui filiabus* 17 §. *fin. cum l. ſeq. ff. de leg.* 1. ubi Ulpianus conſultus docet, quod ſi fuerit uni ex heredibus relictum legatum, & ille hereditatem adierit, conſequetur judicio familiæ erciſcundæ, quod ei legatum eſt; ſin autem repudiaverit hereditatem, legatum adquirit, moxque in *l. ſeq.* ſubjicit, & totum adquiri legatum, quamvis a ſemet ipſo inutiliter legatum ſit. In cujus textus enodatione pugnat *lex miles* 75. §. *pro parte de leg.* 2. late agunt antiquiores, præcipue Accurſ. in *l. filis* 87. *ff. de leg.* 1. Connanus, Cujac. in *d. l. qui filiabus* §. *fin.* Dominus Joan. Chumazerus plures referens *ſelectarum diſp. cap.* 5. quorum ſententias recenſere & refutare longius inſtituto noſtro eſſet, hoc unum nobis ſufficiat, textum in *d. l. miles* §. *pro parte* de prælegato loqui, quod ſolum ab herede poteſt capi, ut latius in *cap.* 2. dicemus, cumque ille, qui repudiavit, heres non ſit, prælegati portionem, quam jure hereditario caperet, ſi fuiſſet heres, non conſequitur, dum heres non exiſtit, at vero in §. *fin. l. qui filiabus* non prælegatum, ſed legatum fuit uni ex heredibus relictum, juxta quam legati naturam, ſi heres adiret, ut dicebamus §. *præcedenti*, inutile penitus legatum pro portione hereditaria fuiſſet, cum autem hereditatem repudiaſſet, recte totum legatum conſequitur, quia jam ea ratio ceſſat, ut ſibi apud ſemet ipſum actio detur, quam interpretationem compoſui ex jam dictis, & ex his, quæ tradit Cujac. *lib.* 31. *Dig. Juliani* in *d. l. & quidem* 18. *ff. de leg.* 1. & Ant. Fab. *d. lib.* 6. *conjectur. cap.* 4.

§. XII. Hinc etiam infero ſententiam textus in *l. quæſitum* 91. §. *duobus ff. de leg.* 1. ad cujus interpretationem ſcire oportet, ſervo legato poſſe relinqui legatum. *l. ſervo legato* 69. *ff. de leg.* 1. tuncque cedit ſervi legati dies a morte teſtatoris; rei vero legatæ ſervo ab adita hereditate. *l. heredis* 7. §. *fin. l. cum legato* 17. *ff. quando dies leg. ced. l. unic.* §. *libertatis C. de caducis toll.* & quoniam regula Catoniana non ſpectat ad legata, quæ

 ab

ab adita hereditate cedunt. *l. 3. ff. de reg. Caton.* utiliter legato ſervo legata relinquuntur, licet teſtamenti facti tempore inutile legatum ſit; unde venit, quod, ſi ſervo legato ſit relictum legatum, debetur, poſteaque vivente teſtatore manumiſſus ſervus fuerit, legatum, quod ſibi relictum eſt, ſibi habet. *l. ſervus legatus* 27. *§. ſervo legato ff. de adimendis leg.* ſic etiam interpretor textum in *l. ſi Pamphila* 10. *ff. de opt. legata.* cum Bened. Pincllo *lib. 2. ſelectar. cap.* 16. contra Petrum Fab. *lib. 2. ſemeſtr. cap.* 22. *circa finem*, ut & *l. ſi domino* 99. *ff. de leg.* 1.

§. XIII. His jam ſtatutis, in *d. l. quæſitum §. duobus* legatus fuit Stichus uni ex heredibus, & Sticho fuit relictum legatum, poſteaque manumiſſo Sticho in vita teſtatoris adquiritur, quod ei legatum erat, & totum ſine diminutione, quod fieri Julianus ait ea ratione, *quod ſi heres, cui legatum fuerat*, (ſcilicet Stichus) *hereditatem non adiiſſet*, *ſolidum* (hoc eſt totum legatum Sticho relictum) *ab altero herede conſequi poſſet*: quem textum non de prælegato loqui credo, ſed de legato relicto uni ex heredibus; ideoque Conſultus ait, quod ſi heres, cui legatum relictum erat, non adiiſſet, ſolidum caperet ex doctrina, quam tradidimus, quia non adeunte herede recte totum legatum ſuſtinetur, ſecus autem ſi prælegatum fuiſſet, quod diximus repudiante herede tantummodo deberi pro parte coheredis, non in ſolidum, qua ſententia retenta vincuntur facile Gofredus & Bart. in *d. §. ſi duobus.* ubi etiam Cujac. *lib.* 36. *Dig. Juliani*, qui omnes in prælegato textum illum accipiebant.

§. XIV. Ex hoc primo venit notandum, quod ſi in propoſita ſpecie heres, cui legatum erat relictum, adierit hereditatem, non ex eo minus conſequitur Stichus liber factus in vita teſtatoris, quia licet pro parte infirmaretur legatum, ſi ad heredem pertineret, cum adiit (ex doctrina *d. l. plane* 34. *§. ſi duobus. d. l.* 18. *de leg.* 1. *l. legatum* 116. §. 1.) hereditatem, tamen cum ab initio in ſolidum conſtitiſſet, eo modo, quo conſtitit, hoc eſt ſine diminutione, ad Stichum manumiſſum debet pertinere; ſic intelligatis velim ea verba *d. §. duobus. totum legatum ei debebitur*, *nam in ſolidum conſtitiſſe cauſſam legati in ejus perſona*; quoniam tempore teſtamenti utiliter, ut vidimus, relinquitur, poſtea vero Sticho libero facto nil eſt, quod remoretur totius legati adquiſitionem; verba autem, quæ *in fine* ſequuntur, *hoc quoque argumento*, Triboniani manum ſapiunt, quæ non legis fuiſſe ſuſpicor, ſed quoniam hic non omnibus datur jura corrumpere, ut interpretentur, ab hac noſtra conjectura abſtineo; quapropter ea verba ſic interpretanda cenſeo duplici ratione: Stichus liber effectus legatum illud conſequitur, & quia in ejus perſona conſtitit ex dictis §. 12. & quia, licet uni ex heredibus, cui legatus erat ipſe Stichus, quodammodo ſuccederet, tamen totum debet habere, quia etiam heres ipſe, ſi repudiaſſet, conſequeretur totum, & defunctorum voluntates plenius ſemper, & in caſu, quo melius valere poſſint, interpretantur, ut ſæpiſſime probant Mantica *de conjecturis*, & nuperus Caſtillo *de conjecturis voluntatum*: facit elegans textus in *l. legatum* 16. *de uſufr. leg. l.* 6. *ff. de aſſignandis libertis. l. Lucius §. Marcellus ff. ad S. C. Trebell.*

§. XV. Hinc etiam Papinianum intelligo in *l. filio pater* 87. *ff. de leg.* 1. ubi filius a patre inſtitutus fuit heres pro parte, legatumque ei reliquit, cum autem filius ab hereditate abſtinuiſſet juxta beneficium a Prætore datum in *l. neceſſariis* 57. *ff. de adquir. heredit.* quæſtio vertitur, an legatum debeatur filio, reſponditque Papinianus, deberi; dubitandi ratio ea fuit, filius in hac ſpecie in poteſtate patris fuit mortis tempore, ut ex verbis Conſulti conſtat, ideoque patri ſuus heres extitit juxta doctrinam Juſtiniani in *§. ſui autem inſt. de heredum qualit. l.* 1. *§. ſuos heredes ff. de ſuis & legitimis.* Cajus *lib.* 2. *inſtit. tit.* 3. *§.* 7. hic ergo ſui heredes a morte teſtatoris ſine aditione pro heredibus habentur. *l. in ſuis* 11. *ff. de lib. & poſth. l. in ſuis* 14. *ff. de ſuis & legit.* legata autem ex eo tempore debentur; cum ergo in *d. l. filio pater* a morte teſtatoris debeatur legatum filio heredi relictum, & cum eo tempore ille ſolus inveniretur heres, ſibi apud ſemetipſum legatum non conſiſtere dicendum eſt ſecundum *d. l.* 18. cum ſupra citatis, *ff. de leg.* 1. quam dubitandi rationem recte conſiderat Cujac. *lib.* 18. *quæſt. Papin.* in *l. filio pater* 87. *de leg.* 1.

§. XVI. Ratio autem decidendi ex eo petenda eſt, quod habetur in *l. ſi filius* 12. *§.* 1. *ff. de interrog. action. l. pro herede* 20. *§. Papinianus ff. de adquir. heredit.* ubi filius, qui ab hereditate patris ſe abſtinuit, habetur Prætoris beneficio ut emancipatus, qui repudiavit, & ſicut repudians hereditatem filius emancipatus conſequitur legatum ei relictum. *l. nemo* 89. *ff. de leg.* 1. item in *d. l. filio pater* filius, qui ſe abſtinet, licet ſuus heres fuerit, legatum ſibi habebit, & totum, ſi non præceptionis fuiſſet, ut jam diximus, qua in ſpecie credo etiam loqui textum in *d. l. qui filiabus §. fin.* quod abſtinuerit ſe hereditate, Conſultus ait, ut denotet ſuum heredem fuiſſe; abſtentio enim proprie illis erat, ut cæteris repudiatio: notant omnes in dict. juribus, & in *d. l. neceſſariis.* illa autem quæſtio in *d. l. filio pater* ab interpretibus agitatur, qua ratione filius legatum conſequatur omittens patris hereditatem, & illa ex cauſſa judicium teſtatoris impugnans, quod penitus indignum facere debebat omni emolumento teſtamenti, juxta doctrinam in *l. Papinianus* 8. *§. meminiſſe ff. de inoff. teſtam.* uti in *Rational.* Ant. Fab. & late Cujac. in *d. l. filio pater*, quo loci hanc quæſtionem optimo jure diluit, & aperit ſententiam difficilem *l. pen. in princ. ff. de exceptione rei judicatæ.*

§. XVII. Illud igitur perpetuum ſemper manebit juxta doctrinam ſuperius traditam, nempe legata heredi relicta integra deberi, ſi repudiet heres; prælegata vero pro portione coheredis ſolummodo, in quam ſententiam intelligo textum in *l. eum qui* 18. *§. pro parte ff. de his quæ ut indignis. l. ſi patroni* 55. *§. neque ignoro ff. ad S. C. Trebell. l. apud* 4. *§. ſi quis ex uncia. l. pater* 17. *§. merito ff. de doli mali exceptione.*

§. XVIII. Hinc etiam lucem capit a nemine, quem viderim, expoſitus Scævola in *l. Sextiam* 32. *de leg.* 3. ubi Marcio heredi pro parte inſtituto præceptiones fuerunt relictæ, cumque hereditatem repudiaſſet, quæritur, an Sextia, quæ Marcii erat coheres & ſubſtituta, conſequi debeat prælegata ex ſubſtitutione, an vero pertineant ad heredem legitimum Marcii; reſpondetque JCtus, *Sextiam in legatis*, *quæ Marcio data eſſent*, *ſubſtitutam non eſſe*, quæ verba ut recte intelligantur, meminiſſe oportebit, prælegata, ut ſæpius diximus, partim jure hereditario, partim ut legata capi, conſultusque Scævola, utrum legatum pertineat ad ſubſtitutum, hoc eſt, ea omnia, quæ prælegati nomine Marcio data ſunt, tam enim partem, quæ jure hereditario erat capienda, quam illam, quæ legati jure, ait legata non pertinere ad Sextiam ſubſtitutam, hoc eſt, illam portionem, quam legati jure Marcius haberet, quam legati nomine appellat ea ratione, quia titulo legati capitur. Quæ portio cum ſemper heredi debeatur, ſive adeat, ſive repudiet, ut jam diximus, utiliter ei cedet, transmitteturque ad heredem legitimum. *l. ſi poſt diem* 5. *ff. quando dies legati ced.* de cætera vera portione, quæ jure hereditario ad Marcium pertineret, ſi fuiſſet heres, nihil Scævola reſpondit, ut denotaret, eam non ad heredem Marcii, ſed ad Sextiam ſubſtitutam ſpectare, quia ex ſententia noſtra Marcius heres repudians hereditatem de prælegatis ſibi relictis ſolum transmittit ad heredem legitimum, quæ conſequi

ſequi potuit: conſtat igitur ex jam dictis, & ex *d. l. miles §. pro parte.* tantummodo poſſe habere, dum repudiat, portiones, quæ pro coheredibus conſtiterunt; bene ergo Scævola reſpondit, legata, hoc eſt, portionem, quæ jure legati debebatur, non ad ſubſtitutam, ſed ad heredem legitimum pertinere, qua ſententia retenta ceſſat antiquum illud diſcrimen, quod in *d. l. Sextiam* interpretes hallucinantur, dicentes in ſubſtitutione non venire prælegata, in fideicommiſſaria autem reſtitutione venire, cujus rei rationem nunquam ſatis explicant; ſed ad rem noſtram longe verius, quod diximus.

§. XIX. Eſt enim advertendum, in his omnibus principem obtinere locum teſtantis voluntatem, quod recte confirmatur ex *l. ſed ſi non alias* 88. *ff. de leg.* 1. ubi ſpeciem *d. l. filio pater* proſequitur Marcianus dicens, quod ſi pater voluit non alias filium, quem pro parte heredem inſtituit, legata habere, quam ſi heres exſtitiſſet, tunc nec adverſus heredem dandam eſſe legati petitionem, quæ verba ſatis denotant, quod ſi heredi legatum fuerit relictum ea lege, ut heres fiat, non aliter admittitur, niſi hereditatem adierit, quod non eſt neceſſum, ut conditionaliter exprimatur, ſed ſolum ſufficit, quod probetur, teſtatorem intellexiſſe, (verba ſunt Marciani pauculis mutatis *d. l. ſed ſi non alias.*) ex quibus ſatis conſtat prælegati, quod ſecundum teſtatoris voluntatem partim jure hereditario, partim jure legati capitur, partem, quam heres repudiat, non poſſe adquiri ex ea portione, quæ hereditario jure erat capienda, cum jam non ſit heres, qui repudiavit, ex qua etiam voluntate capitur totum legatum heredi relictum, etiam poſt repudiationem, quia ſatis apparet, eam fuiſſe teſtatoris voluntatem, dum ſub legatorum formula heredi legavit.

§. XX. Deſcendit igitur ex hac teſtatoris voluntate nobile Papiniani reſponſum in *l. quid ergo* 90. *§. plane ff. de leg.* 1. quo textu ſive legamus cum Florentinis, ſive cum vulgatis Pandectis, ut voluit Gothofredus *ibidem*, Ant. Fab. *lib.* 3. *conjectur. cap.* 2. *in fine*, ſic ſpeciem conſtituo. Pater pluribus filiis inſtitutis legatorum verbis bona inter eos diviſit, non ut legaret, ſed ut diviſione proſpiceret diſſenſionibus propinquorum ſedandis, quas materia communionis ſolet excitare, quod recte conſiderat Cumanus in *d. §. plane.* ex doctrina *l. cum pater* 77. *§. dulciſſimis ff. de leg.* 2. cum igitur teſtatoris voluntas non ſit, ut portiones illæ jure prælegatorum capiantur, ſed ut quilibet diviſam portionem jure heredis accipiat, hinc ſequitur, quod ſi quis repudiaverit hereditatem, nihil habeat ratione legatorum, quia non legata fuerunt relicta, ſed verbis legatorum diviſa bona, neque neceſſum eſt cum Bart. in *d. l. quid ergo num.* 1. dicere, vicem hereditatis in ea ſpecie prælegata ſubire juxta *l. ſi donatione* 36. *§. ſponſus ff. de donat. inter V. & U. l. Imperator* 70. *§. fin. cum l. ſeq. ff. de leg.* 2. *l. filiæ* 28. *§.* 1. *ff. de condit. & dem.* quæ etiam Bartoli ſententia extat in Jaſone in *d. l. filio pater num.* 26. Angelus *ibidem num.* 2. Baldus etiam in *princ.* Caſtrenſis in *l. cum reſponſo* 12. *C. de leg. num.* 2. ſed melius eſt affirmare, nunquam prælegata fuiſſe, tantum enim verbis legatorum bona dividuntur, quoniam, ut diximus, teſtatoris voluntas legandi non fuit, & in legatis potior eſt verbis voluntas, qua ratione in *ea l.* ait Albericus, prælegata penitus pendere ex teſtatoris voluntate, ut recte conſiderat Goſredus in *d. §. plane num.* 2. pro ſe adducens *legem ex facto* 35. *ff. de heredib. inſt.* notansque Accurſium in *d. §. plane*, qui tamen *ibidem verbo voluntatis* in ſententiam inclinat: probat Paulus de Caſtro in *d. l. filio pater num.* 8. & inquit, hoc eſſe notabile, quod, ſi non haberemus illum textum, eſt ſatis dubium, & miror ſane, Cujacium commentaria edidiſſe in *hanc legem lib.* 18. *quæſtionum Papiniani*, & illam difficultatem omiſiſſe penitus.

§. XXI. Sed jam ex diametro pugnat *l. cum reſponſo* 12. *C. de leg.* ubi præceptionis legatum omiſſa parte hereditatis vindicari poſſe reſcripſit Gordianus Papiniani veſtigia ſecutus, quem textum Bart. Alex. Baldus, Salicetus, Paulus de Caſtro, Albericus, Bellapertica, & Butrigarius accipiunt de herede, cui prælegatum fuit relictum, & qui repudiavit hereditatis partem, qua erat inſtitutus, ex eaque repudiatione totum prælegatum conſequi docent, quoniam ſub ea conditione relictum credebant, de quo in *cap.* 2. dicemus latius: nunc autem Papiniani reſponſum a Gordiano tranſcriptum explicemus, quod ſic ſe habet: *filiæ mater prædium ita legavit, præcipito, ſumito extra partem hereditatis, cum hereditati matris filia renunciaſſet, nihilominus eam recte legatum vindicare viſum eſt*; quo in jure licet affirmarem, non recte Gordianum Papiniani ſententiam aſſecutum, nam ſi reſponſum, de quo extat mentio in *d. l. cum reſponſo*, illud eſt, quod habetur in *d. l. filio pater*, ut Cujac. *ibidem* docet, jam vidimus quam alienum ſit, quod illic Papinianus dicebat, ab his, quæ Gordianus in præſenti voluit, ſed hanc Cujacii conjecturam infirmam credo; nam ſpecies *d. l. filio pater* in *lib.* 18. *quæſtionum* habetur, ut ex epigraphe conſtat, & Cujac. ipſe fatetur; at vero in *d. l. cum reſponſo* Papiniani reſponſum refertur, quod non in *libris quæſtionum* collocaretur recte, ſed in *reſponſorum libris*, qui ab illis longe diverſi, ut in *commentariis utriusque tractatus* Cujac. docuit, & Ant. Auguſtinus *de nominibus JCtorum*, dum ſcripta Papiniani commemorat.

§. XXII. Sed, licet conjecturam Cujacii omittam, non tamen Papiniani reſponſum illud eſſe nego; apparet enim in eo tanti auctoris doctrina; fuit igitur quæſitum a JCto, ſi heredi filiæ legatum ita detur: *præcipito, ſumito ex hereditate*, utrum ſi repudiaſſet filia, legatum peti poſſit, quod ex eo pendebat in illa formula vindicationis legatum, an vero præceptio inſtitueretur; nam ſi prælegatum erat, repudiata hereditate non conſequebatur filia, ſin autem vindicationis fuiſſet, totum conſequeretur ex jam dictis; ſed ex verbis *præcipito, ſumito ex hereditate* non ſatis liquido conſtabat, quod potius legatum eſſet præceptionis ſive vindicationis, nam ſi in memoriam revocemus ea, quæ in principiis diximus, in legatorum formulis illud verbum *præcipito* præceptionem ſapit; ſed dum teſtator extra hereditatem præcipi jubet, conſtat præceptionem non eſſe, illud namque ſemper in præceptione perpetuum fuit, ut ex hereditate perciperetur, non extra hereditatem: late ſupra §. 5. & 6. quoniam ſi ita non fiat, pars non capitur jure hereditario, quod in prælegato neceſſarium diximus; cum ergo in præſenti extra hereditatem præſumere teſtator velit, conſtat prælegatum non eſſe, ſed vindicationem: neque verbum *præcipito* alienum a vindicatione eſt, quinimo ſub ea formula *præcipito, tibique habeto*, vindicatione legabatur, ut in fine ſupra §. 5. ex Ulpiano & Briſſonio diximus.

§. XXIII. Hanc fuiſſe Papiniani mentem quis negabit? ſolus certe Gordianus, qui non bene juris peritus ex eo Papiniani reſponſo inferri vult, præceptiones deberi hereditate repudiata, ſed quoniam neque leges corrigere, neque earum auctores reprehendere nobis licet, ſic Gordianum defende. In Papiniani reſponſo legatum in hac formula relictum, *præcipito, ſumito extra partem hereditatis*, voluntatis quæſtionem continet, ut ex eodem Papiniano docemur *lib.* 18. *quæſt.* in *l. quid ergo* 90. *ff. de leg.* 1. ubi filio inſtituto ſub hac formula fuit legatum: *hoc amplius filio meo*, quæ verba eandem ſententiam continent, nimirum filium extra hereditatem hoc amplius habere, & voluntatis quæſtionem ibi eſſe docet Conſultus; notat ibidem Cujac. *lib.* 1. *obſerv. cap.* 29. agitur ergo volunta-

tis quæſtio in utroque caſu: igitur dum teſtator heredi pro parte inſtituto legat ſub formulis *d. l. quid ergo*, & *l. cum reſponſo.* duplex ſeotentia in verbis continetur, nam vel teſtator voluit, ut extra hereditatis partem, id eſt, non jure hereditario caperetur legatum, & non erit præceptio, aut voluit, ut extra hereditatis partem, hoc eſt, extra eam portionem, qusm ex inſtitutione heres debet habere, illud habeat amplius cæteris coheredibus, & tunc præceptio erit, quæ voluntas duplex in qualibet earum formula continetur, ſed quoniam defunctorum voluntates plenius debeant interpretari, recte Papinianus docet, in utroque jure legatum eſſe, non præceptionem, & ideo totum deberi, quod licet ille expreſſe non dixerit, ſic confirmo: in *d. l. cum reſponſo* prædium fuit legatum, & reſpondit legatum deberi, ſcilicet prædium; igitur dum non diſtinguit, ut legatum eſt, debetur; ſi ergo totum fuit legatum, debebitur totum, & in *d. l. quid ergo* ait, teſtatorem inſpexiſſe providentiam filii, nimirum ut totum caperet, quia ad capiendam partem opus oon erat hac teſtatoris inſpectione, cum pars, quæ pro portione coheredis conſiſtit, ſemper capiatur.

§. XXIV. Jam Gordianum ſic accipio, dum ait, *præceptioais legatum omiſſa parte hereditatis vindicari poſſe*; credo enim non perpetuum illud eſſe, quod Imperator docet, ſed ſolum in ſpecie Papiniani ab eo adjectam locum habere, quod ex verbis textus aperte conſtat, ibi, *cum reſponſo Papiniani præceptionis legatum, omiſſa parte hereditatis, vindicari poſſe declaretur.* igitur nihil aliud ab Imperatore declaratur, niſi quod Papinianus in ſua ſpecie expoſuit, & cum in Conſulti reſponſo quæreretur, an præceptione, an vindicatione legatum fuiſſet, appellat Imperator legatum illud præceptionis, ut utrumvis naturam legati, de quo erat quæſtio, ſignificaret, nam præceptionis legatum non ſolum prælegatum, ſed etiam vindicationem ſigtuificare poterit, quia ſub ea forma *præcipito*, ut vidimus, relinquitur otrumque, & ante capitur, quod forſan ſubtilis Albericus breviſſimo commentario in *d. l. cum reſpoaſo* explicuit, dicens præceptionis, id eſt, ante captionis, ut denotaret, ea verba complecti vindicationem & prælegatum; ambo enim antecaptionis nomine veniunt, quoniam ante capiuntur; ideoque obſervo, Imperatorem non præceptionem dixiſſe, ſed præceptionis legatum: durius ſane erat, ſub præceptione vindicationem intelligere, & non æque durum, ſub legato præceptionis; legatum enim rectius ſignificat vindicationem, quam prælegatum; nam illud non legatum, ſed prælegatum dici ſolitum, licet etiam legatum poſſet nuncupari, ſed non ita proprie, & nomine, rectius præceptio ſignificatur, & minus recte vindicatio; ideoque in utroque verbo facta compenſatione proprietatis & improprietatis æque vindicatio & præceptio nomine legati præceptionis ſignificatur, quibus jam conſtat principiis anterioribus conſonum eſſe; Gordianus enim dicit, præceptionis legatum, hoc eſt illud, de quo quæſtio eſt in Papiniani reſponſo, omiſſa hereditate deberi, quia non prælegatum fuit, ſed vindicatio, quod & idem diximus.

§. XXV. Legabatur etiam heredi ſcripto a cæteris coheredibus, quo in caſu integrum legatum conſequebatur, ſive adiſſet, ſive repudiaſſet, ut probat Briſſonius *de formulis lib.* 7. §. *mihi* 143. ex *l. legatam* 116. §. 1. *l. plane* 34. §. *ſi duobus. l. & quidem* 18. *ff. de leg.* 1. quibus in locis Accurſ. & antiquiores; unde fluit interpretatio textus in *l. ſi quis Attio* 7. *ff. de uſufructa accreſcendo.* ubi ſi quis Attio & heredibus uſumfructum legaverit, uſusfructus dimidiam partem conſequentur heredes, non quia in illis rebus uſumfructum habent cauſſalem, ut voluit Fab. in *Ration. ibidem*, neque ex eo, quia ſui heredes erant, ut docet Bart. *ibi*, & in *l. hujusmodi* 86. §. *ſi Titio ff. de leg.* 1. Bald. in *l. unica* §. *ubi autem C. de caducis toll.* Salicetus in *l. fin. C. de impubertum & aliis ſubſtitution.* & fere omnes antiqui in *d. l. ſi Attio.* ſed quia utrique heredi ad invicem a coherede fuit legatum, a quo heres, ut diximus, utiliter legatum capit ſine diminutione. Accurſ. in *hujus legis gloſſa verbo partes*, qui non bene ad caſum ait *vel a legatario*, juſte reprehenſus a Fabro *ubi ſupra*, quia a legatario non poterat legari. *l.* 2. *C. communia de leg.* §. 1. *inſt. de ſingulis rebus per fideicommiſſ. relictis.*

§. XXVI. Ex his omnibus, quæ adhuc diximus, ea veniunt notanda. Primo ſi ex voluntate teſtatoris apparet, an heredi pars vel totum pure vel ſub conditione ſit legatum, pro lege obſervetur, quod teſtator voluit. Secundo ſi non liquido de voluntate conſtat, & prælegatum fuit relictum, tunc vel heres adivit, & omne prælegatum erat in ſua perſona jure hereditario, ex perſonis coheredum jure legati; ſin autem repudiavit, conſequetur ſolummodu partem illam, quam a coheredibus erat habiturus, ſi adiiſſet. Tertio aut fuit relictum legatum uni ex heredibus, non adhibita illa diſtinctione, ut cæteri coheredes præſtarent ſolummodo, & tunc ſi adiit pro ea parte, qua heres eſt, legatum evaneſcit, quia & ipſe pro parte præſtare tenetur, & ſibi apud ſemet ipſum non poteſt conſiſtere, aut repudiavit, & totum legatum eo in caſu debetur; ſin autem legatum ſit uni heredum, ut coheredes ei præſtent, ſive adeat, ſive repudiet, totum conſequitur. Quarto ſi neque conſtat de teſtatorum voluntate, neque ſatis apparet, an prælegatum an legatum ſit relictum, tunc nullo jure antiquitus debebatur, quod ita relictum erat; poſtea vero SCto Neroniano fuit cautum, ut perinde valeret, quod ita relinqueretur, ac ſi per damoationem fuiſſet legatum, ut probat Ulpianus in *fragm. d. tit.* 24. §. 11. & nos ſupra diximus, qua diſtinctione adhibita plurima Conſultorum reſponſa luce donantur.

§. XXVII. Pro coronide addendum eſt, prælegatum jure noſtro Regio pro melioratione accipi eo diſcrimine adhibito, quod ſi repudiet heres melioratus, totam meliorationem conſequitur. *l.* 2. *tit.* 2. *Part.* 6. ubi Greg. *verbo la manda. l.* 5. *tit.* 6. *lib. novæ Compil.* ubi Azevedo *num.* 1. Matienzo *ibidem num.* 1. *l.* 21. *Tauri*, ubi Ant. Gomez. brevi commentario plures referens: facit Meris *de majoratib. parte* 4. *quæſt.* 16. *num.* 113. & Molina *de Hiſpanorum primogeniis lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 14. qui omnes ſatentur, meliorationem eſſe prælegatum, ſed prælegati nomen non ita ſtricte ut nos accipiunt, cum potius melioratio reſpondeat partitionis legato heredi relicto; ideoque, ſi repudiat, tota debetur melioratio, & oneribus hereditariis pro ea parte tenetur, qui eam adquiſivit, de quo poſtea agemus.

CAPUT SECUNDUM.

De modo, quo Prælegata heredis efficiuntur.

§. I. Poſtqnam diſcrimen legatorum, quæ heredibus relinquuntur, *ſuperiori cap.* vidimus, ſequitur recta diſputandus modus, quo prælegata ad heredem ſpectant, qua in re validior fuit ſeotentia exiſtimantium, prælegatum conditionaliter heredi relinqui pro ea parte, qua jure hereditario illud capit, ſcilicet ſub conditione, ſi repudiaverit, qua conditione expleta jure legati totum heredi repudisnti debetur; ſi vero adiiſſet, deficiente conditione partis illius prælegatum conſiſtebat ſolummodo pro portionibus coheredum; pro parte vero heredis, cui prælegatum erat, deficiebat, quo fieri docent, heredem adeuntem jure hereditario partem prælegati, quæ a ſe ſibi debetur, capere, & jure legati partem, quæ a coheredibus præſtatur: ſic Accurſ. in *l. filio pater* 87. *ff. de leg.* 1. quem ſequuntur Bart. Paulus, Jaſon, Albericus, & Gofredus *ibi*, & in *l. miles* 75.

§. 1.

Digitized by Google

§. 1. *ff. de leg.* 2. Salicetus & Baldus in *l. cum reſponſo C. de legatis.* Cujac. in *repetitione ſolemni ad l. qui filiabus* 7. *ff. de leg.* 1. admittebantque illam conditionem, quia heredi adeunti ſibi apud ſemet ipſum pro ea parte, qua heres eſt, deberi prælegatum non poſſe crediderunt ex doctrina *l. legatum* 116. §. 1. *ff. de leg.* 1. ut ergo totum, quod prælegatum eſt, deberetur, neceſſario repudiationem deſiderabant, qua doctrina adhibita lucem dederunt *legi qui filiabus* 17. §. *fin. cum l. ſeq. ff. de leg.* 1. pugnanti cum *l. miles* 75. §. *pro parte ff. de leg.* 2.

§. II. Sed illam ſententiam juſte reprehendit Dominus Chumazerus *ſelectarum juris diſput. num.* 90. ultima ratione, quia ſi conditionem admittunt, ne heres ſibi debeat, non ſolum erat ſupponenda conditio, ſi repudiaverit, ſed etiam illa, ſi non adierit, quia herede non adeunte eodem modo ſibi non debet, ac ſi repudiaſſet: ſi ergo prælegati pars, quæ heredi a ſe ipſo relinquitur ſub conditione, ſi non adierit, relicta cenſetur, dicendum venit, quod ſi heres moriatur non adita hereditate, antequam repudiet vel adeat, hoc legatum debebitur, & transmittetur: textus expreſſus in *l. ult. ff. quando dies legati cedat.* quia conditio adimpletur in ultimo vitæ ſpiritu, qui vitæ ſemper tribuitur. *l. qui duos* 18. §. 1. *de manumiſſis teſtamento. l. fin. ff. de conditionibus inſtitutionum. l. Seja* 42. §. 1. *ff. de donationibus cauſſa mortis.* Cujac. *lib.* 3. *obſervat. cap.* 34. Coſta *lib.* 2. *ſelectarum cap.* 1. videmus ergo, in *d. l. miles* §. *pro parte* illam prælegati portionem, quæ ſub conditione, ſi non adierit, relinquitur, (ſi conditio admittenda eſt ex doctrina antiquorum) ad heredes legatarii non transmitti; bene igitur ſequitur, illud impedimentum transmiſſionis non ex conditione oriri, ſed ex natura prælegati, quæ ſic ſe habet.

§. III. Præceptionis legatum, ut ſæpius diximus, illud eſt, quod heredi relinquitur, non alteri, qui heres non ſit. Cajus *lib.* 2. *inſtit. tit.* 5. §. *ult.* ibi, *præceptionis legatum non niſi uni ex heredibus dari poteſt.* Paulus *lib.* 3. *ſentent. tit.* 5. *in princ.* ubi Cujac. probant late pluribus Conſultorum teſtimoniis Briſſonius & Hotmanus *verbo præceptio, & prælegatum.* ideoque qui non adivit hereditatem pro ea parte, quia ſibi apud ſemet ipſum prælegatum debebatur, illud adquirere non potuiſſe. *d. l. miles* §. *pro parte.* diximus ſupra *cap.* 1. §. 11. & evidentius hoc patet, nam qui heres eſſe non poteſt, adquirere prælegatum non valet. Nec obſtat Papinianus in *l. eum qui* 18. §. *pro parte ff. de his quæ ut indignis.* ubi Cujacius Accurſium & antiquiores fere omnes ſecutus *lib.* 11. *reſponſorum Papiniani* exiſtimat, prælegatum eſſe, quod ibi heredi relinquitur, non recte; nam ſi prælegatum fuiſſet, pertineret ad fiſcum portio, quam jure hereditario retinebat heres, ut pertinens ad fideicommiſſarium in *l. in fideicommiſſaria* 18. §. *fin. ad S. C. Trebell.* & ablata hereditate non totum deberetur ex doctrina noſtra; quapropter eo in textu legatum fuiſſe relictum conſtat expreſſe ibi, *prædii legatum acceperat*, & licet ibi hereditas auferatur, debetur totum, nam ſi repudiaſſet, totum conſequeretur, ut latius in *noſtro cap.* 1. & in *verſ. ultimo* hoc apertius conſtat, ſi in memoriam revocemus, rationem juris facere poſſeſſionis legati varietatem herede adeunte, cui legatum fuit relictum, quia pars, quæ a ſe ipſo capitur, pro herede poſſidetur, quæ a coherede, pro legato; ſed ſi hereditas auſertur, ceſſat ratio juris, ceſſat varietas poſſeſſionis, & illis ceſſantibus voluntas non dividitur, ſed integra remanet, & totum legatum deberi facit, quæ ſententia veriſſima eſt *ultimi verſ.*

§. IV. Si igitur præcipere ſolus ille poteſt, qui heres eſt, bene ſequitur, eum qui heres non poterit eſſe, nec præcipere poſſe, ex quo principio recte intelligitur Plinius *lib.* 5. *epiſt.* 7. dum ait, *neque heredem inſtitui, neque præcipere poſſe Rempublicam*; tunc enim temporis, cum Plinius floruit, imperante Trajano, nondum erat Rebuspublicis conceſſa facultas capiendi ex teſtamento indulgentia SCti Aproniani, cujus mentio extat in *l. in omnibus* 26. *ff. ad S. C. Trebell.* Illud namque SCtum fuit factum Pætino & Caſſio Aproniano Coſſ. Adriani tempore, ut voluit Ant. Auguſt. *de SCtis*, vel Paulo & Aproniano Coſſ. Marco Antonino florente, ut docet Hotmanus, neque eo SCto fuit cautum, ut directo Reſpublicæ inſtitui valerent ab omnibus, ſed ſolum a ſuis libertis, vel per fideicommiſſum a cæteris; nam Ulpianus multis annis poſt Apronianum SCtum ſcripſit, *nec municipia, nec municipes heredes inſtitui poſſe*, in *fragmentis.* 22. §. 5. poſteaque hujus SCti mentionem fecit. Hoc omne longa temporis ſerie poſt Plinium fuit, ut ex hiſtoriographis eſt facile & ex Baronio cognoſcere, & Gualtero anno ſalutis 100. Sicque Plinius ſecundum ea jura, quæ, dum ſcripſit, vigebant, non poſſe Remp. inſtitui, neque poſſe præcipere recte dixit, quia præceptionis, ut diximus, legatum capiebant ſolum inſtituti heredes, quod diſcrimen ſi animadvertiſſet in prælegato Balduinus in §. *incertis inſt. de legatis.* non miraretur, Plinium talia ſcripſiſſe, illum acriter carpens.

§. V. Non autem omne legatum, quod heredi relinquitur, prælegatum eſt, ut jam vidimus *noſtro cap.* 1. & probat Hillig. in Donell. *lib.* 8. *comment. cap.* 3. *lit. A. circa finem*; ſed illud, quod per præceptionem ibi dabatur, in quo cum de media hereditate caperet, partim a ſe partim a coheredibus capiebat, ſed conſiſtebat totum, ut Donell. innuit *lib.* 7. *comment. cap.* 25. & Hilligerus teſtatur *lib.* 8. *cap.* 7. *lit.* C. cujus rei unus erat effectus, qui cogitur in *l.* 3. §. *pen. ad S. C. Trebell.* & ex ea doctrina interpretatur Donellus textum in *l. Titia* 86. *ff. ad leg. Falcid. cum l. in fideicommiſſaria* 18. §. *fin. ad S. C. Trebell.* de quibus nobis poſtea, ubi alios effectus recenſebimus; ſed jam urget, quod antea dicebamus, legatum heredi relictum pro portione hereditatis, quam adiit heres, intercidere, quia a ſe ipſo ſibi legari non poteſt. *l. legatum* 116. §. 1. *de leg.* 1. ne actio & paſſio concurrant, quod jus noſtrum non admittit. *l.* 2. *ff. de ſtipulatione ſervorum. l. tutor* 19. *ff. ad S. C. Vellejanum. l. heres* 22. §. *quod ſi ſtipulator ff. de fidejuſſoribus.* Igitur eadem ratione pars, quæ heredi in prælegato a ſe ipſo debetur, intercidere debet, alias enim ipſe heres creditor eſt & debitor contra juris regulas. Obſtat ſecundo; nam ſi jure hereditario portio illa prælegati habetur, habebitur etiam ut hereditas; quid enim aliud eſt jure hereditario habere ab eo, quod eſt habere hereditatem? ſi igitur hereditas jam ex aditione eſt adquiſita, nihil novi ex ea portionis adquiſitione fieri poterit, quia quod noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri nequit ex vulgari juris regula. Obſtat tertio, quia ſi illius portionis adquiſitæ ex aditione novam admittimus adquiſitionem, duplex cauſſa lucrativa concurret contra textum in *l. plane* §. *ſæpius. l. non quocumque* 82. *ff. de leg.* 1. *l. Mævius* 66. *cum ſuis* §§. *ff. de leg.* 2. nec dicas, hereditatis adquiſitionem aliquando oneroſam eſſe, nempe cum ſolvendo non ſit, ut in ſpecie *l. ſi ſervus legatus* 108. §. *item ſi domino ff. de leg.* 1. noſtra enim doctrina potior viget in hereditate lucroſa, quæ ſolvendo eſt.

§. VI. Quibus difficultatibus neque Donellus, neque Hilligerus *dictis locis*, neque alibi quiſquam alius ſatis dedit ex his, quos vidi; credimus enim, hoc fieri ex natura prælegati, quæ petit, partem jure hereditario heredem a ſe ipſo accipere, nec tunc obſtat prima dubitationis ratio; non enim eam portionem a ſe capit heres jure legati; nam cum donatio teſtatoris ab herede legatario præſtanda, ut nos ſupra diximus ex Juſtiniano in *princ. inſt. de legatis. l. legatum* 116. *ff. de leg.* 1. non poteſt

idem heres eſſe & legatarius, creditor & debitor; capit ergo jure hereditario, quod ſic explico; retinet eam partem ut heres voluntate defuncti, aditione namque hereditatem adquirit, & nova teſtatoris voluntate retinet partem illam prælegati, neque tunc actio & paſſio concurrunt; imo retentio præſupponit habere jam, quod retinetur, qua ratione dicitur in *l. non dubito 7. ff. de captivis & poſtliminio reverſ.* fœderatos & exteros, eum apud nos ſunt, retinere dominium rerum ſuarum; ſic etiam eleganter Paulus in *l. ſi non expedierit 6. ff. de rebus auctorit. jud. poſſiden.* hereditatem retinere docet ſuum heredem, qui non abſtinuit: probant Briſſonius & Hotmanus *de verbis juris verbo retinere.*

§. VII. Hoc enim, quod diximus, exemplo Pegaſiani SCti apparebit apertius: fuit cautum Pegaſiano SCto, ut heredes quartam retinerent in reſtitutione hereditatis. *§. ſed quia heredes inſt. de fideicommiſſ. heredit. toto tit. ff. & C. ad S.C. Trebell.* quam retentionem non faciebat heres a fideicommiſſario, nam ut ex *d.* §. conſtat, antequam reſtitueret, retinebat; igitur a ſe ipſo hæc retentio fiebat; neque dicas poteſtate legis admitti in herede actionem & paſſionem; non enim id Senatus fecit, ſed ſolum exoneravit heredem in præſtatione fideicommiſſi pro quarta parte, & cum jam ille ex aditione hereditatem haberet, quartam immunem a fideicommiſſario legis poteſtate factam jure hereditario retinet; ita heres, cum a ſe capit partem prælegati, jure hereditario non adquirit, quod ſuum non erat; nam ſi hoc feciſſet, idem eſſet creditor & debitor, ſed quod jam ex aditione adquiſivit, retinet jure hereditario, hoc eſt jure heredis, quia ſi heres non fuiſſet, non retineret portionem hereditatis, quam non habebat: optimum textum in hanc rem noviter obſervo in *l. facta 63. §. ſi quis majorem ff. ad S. C. Trebell.* ubi Gajus Conſultus retentionem vocat, quam antea præceptionem dixit: expendo etiam *l. ſi ſponſus 6. §. ſi quis rogatus ff. de donationib. inter V. & U.* ubi, quod heres a ſe præcipit, deductionis nomine ſignificatur, & deducere idem valet ac retinere, veluti cum fundus deducto uſufructu legatur, intelligimus retento ab herede uſufructu. *l. ſed ſi uſucapio 14. §. 1. ff. familiæ erciſcundæ.* ſic etiam deducto uſufructu proprietas legata. *l. ſi extraneo 46. ff. de uſufructu.* facit *l. ab omnibus* 104. *§. ſi Attio ff. de leg.* 1. in ſexcentis aliis adductis a Briſſonio *verbo deducere*, melior cæteris *l. deducta 58. ff. ad S. C. Trebell.*

§. VIII. Quibus jam ſtatutis non obſtat confuſionis ratio, neque ſecundo viget juris regula, quæ prohibet, ut quod noſtrum eſt, amplius fieri noſtrum non poſſit, nam in præſenti non amplius hæc portio heredis fit, ſed quæ jam illius erat aditione, ex voluntate teſtatoris retinetur. Neque tertio obſtat, duas cauſſas lucrativas concurrere, cum in hac ſpecie non ex duplici cauſſa adquiratur, ſed ex prima, hoc eſt aditione adquiritur, & ex ſecunda, hoc eſt præceptione retinetur, quod, ut in dictis juribus vidiſtis, juri noſtro non repugnat.

§. IX. Non e contra, ſi dicas, non bene leges loqui, ſi hoc verum eſſet, dum legatum præceptionis ſub una formula relinqui docent, cum potius deberet concipi formula duplici, hoc eſt, pro ea parte, quam heres retinet, ut diximus ſub formula, quæ retentionem ſignificaret; pro portionibus vero coheredum ſub altera formula, quæ denotaret adquiſitionem: cum igitur eadem ſit, quæ utramque captionem inducit, videtur ſequi, uniformem deferri adquiſitionem, quæ cum non poſſit uniformis eſſe, ne a ſemet ipſo adquirat eodem modo, quo a coherede, infirmari neceſſum eſt pro ſua parte, ut in alio quocunque legato ſcripſimus, quæ ſententia antiquorum fuit fortaſſis hac ratione. Eam difficultatem ut enodemus, noviter obſervo, recta juris ratione ſub formula *præcipito* relinqui prælegatum, illud namque verbum, ut ſupra *cap.* 1. diximus, idem ſignificat, quod antecapere, & verbum *capere* duplicem continet ſignificationem in jure noſtro. Prima, capere ex teſtamento idem eſt, quod adquirere teſtamenti cauſſa. *l. ult. ff. de leg. 1. l. in fraudem 10. ff. de his, quæ ut indignis.* unde capiendi jus in *l. 1. §. 1.* in *l. 2. §. Divi fratres ff. de jure fiſci.* Secunda, etiam *capere* ſignificat cum effectu, hoc eſt, quod non reſtituitur, vel ſolvitur. *l. non videtur 51. ff. de R. J. l. aliud 71. ff. de V. S. l. civitatibus 122. §. ult. ff. de leg. 1. l. cum ei 42. ff. de leg. 2.* facit *rubrica de mortis cauſa donat.* In hac igitur ſecunda ſignificatione præcipere ſignificat cum effectu capere, hoc eſt, ſine diminutione, ut late diximus *cap. 1. §. 6.* quibus præhabitis facile diluitur, quod objecimus; heres namque portionem, quam a ſe retinet, & illam, quam a coheredibus adquirit, utramque ſine diminutione capit; itaque rectiſſime JCti præceptionis nomine & formula *præcipito* hoc ſignificarunt.

§. X. Hinc noviter obſervo præceptionis originem & principium, quod illud eſſe credo, nempe prælegata indulta fuiſſe ante legem Furiam, & Voconiam, atque Falcidiam, ut ſpe futuri lucri heredes judicium teſtatoris agnoſcerent, hereditatem adeuntes: hoc ut facile intelligatur, in memoriam revocare oportet, fuiſſe antiquitus legandi facultatem conceſſam ampliſſime Lege XII. Tabb. ut diximus in *princ. noſtri cap.* 1. eumque heredes tenerentur præſtare, quidquid legatum eſſet, & ſolum ſibi haberent, quod in hereditate remaneret exſolutis legatis. *l. legatum 116. ff. de leg.* 1. cum vulgaribus, quo evenit, ut teſtatores ſæpe omnia bona legatis abſumerent, & cum heres nihil commodi in hereditate haberet, adire recuſaret: multis conſiderant Guibertus *quæſtion. juris cap. 6. num.* 4. Pratejus in *Jurisprudentia veteri ad legg. Romuli cap. 27. &* 31. Brechæus in *l. 120. ff. de V. S.* eratque ignominioſum valde ſine herede decedere, ut in *§. 2. inſt. quibus ex cauſſis manumit. non licet.* & in *l. ita fidejuſſores 23. ff. de fidejuſſoribus* notant DD. Ut igitur bene conſultum eſſet omnibus, & teſtatores heredes haberent, & heredes adirent hereditatem ſemper lucroſam, primum lex Furia fuit rogata anno ab urbe condita 651. de qua Ulpianus *tit. 1. in fragm. §. minus.* Petrus Greg. *lib. 42. Syntagm. cap.* 34. *num.* 2. Roſinus *lib. 8. Antiquit. Rom. cap.* 18. Pancirol. 2. *variar. cap.* 269. Poſtea vero anno 684. ab urbe condita lex Voconia lata, cujus mentio extat apud Divum Auguſt. *lib. 3. de Civitate Dei cap.* 21. meminit Cicero 3. *in Verrem.* Dion *lib.* 56. & utriusque legis ſententiam tradiderunt pene omnes juris interpretes in *rubr. legis Falcidiæ*, & in *§. 1. inſt. eodem.* denique anno 702. ab urbe condita, ut voluit Ant. Auguſt. vel 713. ut Roſinus *d. cap.* 18. lex Falcidia lata, cujus longiſſima extant commentaria in jure noſtro: poſtea temporibus Neronis SCtum Trebellianum fuit factum, ac demum florente Veſpaſiano SCtum Pegaſianum promulgatum, ut *toto tit. ad S. C. Trebell. ff. & C.* ut & *§. 5. inſt. de fideicommiſſ. hered.* habetur: hæc omnia facta ſunt, ut legatis & fideicommiſſis imponeretur modus, quo heredes, cum lucroſam hereditatem ſperarent, facilius adirent, & ignominia teſtatoris vitaretur.

§. XI. Hoc fuit legibus ſtatutum, ſed antequam hæ leges latæ fuiſſent, teſtatores prælegatis heredibus relictis ſibi providebant; præceptiones namque cum immunes eſſent a legatorum & fideicommiſſorum præſtatione, ut jam diximus, & mox probabimus, lucrum certum heredibus faciebant, & ſpe lucri illius facile adeuntes heredes implicabantur oneribus hereditariis, cujus rei veſtigium eſt in *l. Marcellus 3. §. quidam. l. liberis 4. l. facta 63. §. ſi quis majorem. l. ita tamen 27. §. ſi præceptis ff. ad S. C. Trebell.* optimus textus in *l. acceptis 93. ff. ad leg. Falcid.* ubi quarta Trebellianica

nica quaſi præcepta pecunia cenſetur, quia præceptiones & SCtum Trebellianum pariter eo tendunt, ut lucrum certum faciant heredi adeunti; ideoque privatur æque præceptione & Falcidia, qui coactus adit. *l. ſi patroni filius* 55. §. *nec ignoro ff. ad S. C. Trebell.* expendo etiam *l. ſponſus* 5. §. *ſi quis rogatus ff. de donationibus inter V. & U.* ubi ſi maritus præcepta quantitate uxori ſuæ hereditatem reſtituere rogatus ſit, idemque ſine diminutione reſtituat, quæritur, an donaſſe videatur, & Conſultus reſpondit, ſecundum textum non videri donationem eſſe, quia potius maritus adimplet voluntatem teſtatoris, quam de ſuo donat, cum plene reſtituit noſtra hac ratione, quoniam teſtatoris voluntas fuit, ut reſtitueretur penitus, commodumque præceptionis relictum heredi creditur, ut adiiſſet, quod expreſſe confirmatur ex his, quæ ſequuntur; ait enim Ulpianus, hoc locum etiam habere in eo, qui erat cum prælegato rogatus reſtituere, & omiſſo Pegaſiani SCti commodo omnem hereditatem reſtituit, qui non donare videtur, ſed pleniorem fidem ſequi; bene igitur ex his conſtat, eodem jure retineri præceptiones, quo retinentur ea, quæ Senatus & leges modo legatis impoſito heredibus impoſuerunt; conſtat ſecundo, teſtatores præceptionibus uſos fuiſſe, ut heredes facilius adirent: faciunt, quæ tradit Cumanus in *d. l.* 1. §. *ſi heres ff. ad S. C. Trebell.*

§. XII. Hinc etiam lucem damus Celſo in *l. pater meus* §. *fin. ff. de leg.* 2. de cujus enodatione nihil melius his, quæ tradidit Melchior de Valentia *lib.* 1. *illuſtrium cap.* 3. quam plurimos adducens, ultra quos Fab. *lib.* 18. *conjectur. cap.* 15. qui loco verbi *capit* repoſuit *cadit*. Cujac. in *fragm. Ulpiani tit.* 18. Cumanus in *l. licet Imperator ff. de leg.* 1. & in *d.* §. *fin.* ubi Goſredus, qui voluit filium exheredatum fuiſſe injuſte, duobus extraneis inſtitutis, ruptoque teſtamento ſibi fuiſſe locum. Sed his omnibus ſuo in robore manentibus, quod noſtram ſententiam decet, ſic ſe habet; credo enim in *d.* §. *fin.* probari aperte; coheredem cum onere accipere coheredum deficientem portionem juxta *l. ſi tuus* 62. §. 1. *l. cum patronus* 28. *ff. de leg.* 2. *l. qui fundum* 87. §. *qui filiam ff. ad leg. Falc. l. quædam* 14. *ff. de jure codicillor. l.* 2. §. *ult. ff. de ſuis & legit. heredibus.* de quorum textuum pugna cum *l. ſi plures* 98. *ff. de leg.* 3. *l.* 1. §. *id quod ex ſubſtitutione ff. ad leg. Falcid. & d. l. ſi pater* 29. §. *quod alicujus ff. de leg.* 2. videndi jam citati, & videndus Donell. *lib.* 8. *comm. cap.* 23. ubi Hillig. illuſtrat, ſed ab ea quæſtione abſtinendum; longe enim eſt alienum ab inſtituto noſtro illam diſputare, credimus tamen, portionem heredis gravatam legatis coheredi accreſcere cum onere præſtationis legatorum, hocque probari in *d.* §. *fin.* cujus ſpecies ſic ſe habet.

§. XIII. Teſtator filium & extraneum inſtituit heredes, quemlibet in ſemiſſe, filioque prælegatum dedit ſextantis portionis & a coherede filii integrum ſemiſſem legavit, repudiavit coheres hereditatem, ſemiſque ille repudiatus jure accreſcendi filio fuit quæſitus, poſtea legatarii illius ſemiſſis integrum ſibi præſtari deſiderabant ſine aliqua prælegati deductione, filius dicebat, ſe debere retinere ſextantem prælegatum, unciam ſcilicet ex ſemiſſe ſibi relicto, & alteram unciam ex ſemiſſe, quem accreſcendi jure adquiſivit, a quo ea uncia detracta non ſemiſſem integrum legatarii habebunt, ſed quincuncem: ſententiam filii probat Celſus in illis verbis, *non præſtabit legatum, quod jure antiquo capit,* quæ ſic interpretor; legatum, quod jure antiquo capitur, præceptio eſt, nam prælegatum legatum eſſe conſtat ex Fab. *lib.* 6. *conjectur. cap.* 1. & late diximus in *princ. capitis* 1. jureque antiquo capit prælegatum, ut Celſus ait, quoniam ante leges Furiam & Voconiam præceptiones, ut nuper dicebamus, relinquebantur ea ratione, ut ſpe illius lucri heredes adirent, moxque ſecutis legibus, quæ eadem in re diſpoſuerant, modo legatis impoſito; merito jus antiquum appellantur; præceptionesque priores fuerunt inventæ circa eandem rem: ſic etiam jus antiquum dicitur jus accreſcendi in *l. unica C. de caducis toll. & tit.* 18. Ulpiani, quia poſtea lex Julia & Papia de ea re lata fuit, ideoque leges novæ appellantur; ſic intelligenda *l. fin. ff. de regula Caton.* ubi Cujac. *lib.* 2. *obſervat. cap.* 4. & Hotmanus *lib.* 2. *obſerv. cap.* 3. & 17. noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtrium cap.* 3. *num.* 12. Balduinus *pag.* 468. in *l. unica C. de caducis toll.* Robertus *lib.* 1. *animadverſionum cap.* 13. Donell. *lib.* 3. *comm. cap.* 13. *in fine*, ubi Hillig. Neque obſtat, præceptiones non jure ſed voluntate teſtatoris fuiſſe inductas, cum teſtantium voluntates pro jure habeantur; præceptionemque eſſe legatum, illud juvatur etiam ex verbo *capit*, quod propriiſſimum in prælegato, quia ſine diminutione capitur: late conſtat ſupra §. 9. & ut recte conſiderat Fab. *lib.* 18. *conjectur. cap.* 15. legatum eſt, quod capitur, non hereditatis portio, ut ex textus verbis apparet. Ait ergo Conſultus, *non præſtabit legatum &c.* hoc eſt, præceptionem ſextantis, ideoque non præſtabit, quia retinet ſextantem prælegatum, quo retento vel non præſtito quincuncem legatariis ſolum dabit filius, ablata uncia ex eo ſemiſſe in retentionem ſextantis prælegati, ut in ſpecie diximus.

§. XIV. Obſervo etiam, in *d.* §. *fin.* heredem, cui prælegatum eſt, filium fuiſſe, non extraneum, cujus rei rationem dum Faber jam citatus enodare conatur, longe a veritate diſtat; credo enim, in filio potiorem fuiſſe dubitandi rationem, qui cum patri heres ſuus & neceſſarius eſſet ab ipſa teſtatoris morte. *l. ſi Stitho* 13. *ff. de optione legata. l. in ſuis* 14. *ff. de ſuis & legitimis heredib. l. in ſuis* 11. *ff. de liberis & poſtb.* dicendum videbatur, præceptionem non videri filio relictam, ut heres eſſet, cum ille neceſſario heres patre moriente inveniretur; at vero poſtquam Prætor abſtentionis beneficio neceſſitatem filiis abſtulit; loco extraneorum habentur, ſicque & præceptiones, ut adirent) hoc eſt ut non abſtineant, ab hereditate patris recte capiunt, tanquam extranei, ut latius diximus *cap.* 1. §. 15. & 16. quæ tranſcribere iterum non oportet, ſed iterum legenda.

§. XV. Jam vero ex his, quæ diximus, difficilis apparet §. *quod alicujus* proxime antecedens, ubi agitur de fideicommiſſo relicto ab herede, quod non adeunte fideicommiſſum non deberi Conſultus ait, & licet in Florentinis Pandectis non connexus ſit §. *ille* cum *noſtra finali*, in vulgatis tamen non ſolum ſcriptura connectitur, & *unum* §. conſtituit uterque, ſed etiam ſententia, nam ubi definit §. *antecedens*, eadem linea incipit noſter adjecta lectioni Florentinæ particula *unde*, in hæc verba: *unde ſi filio heredi &c.* quæ quidem particula ſententiæ conſequentiam inducit. *l.* 3. *ff. de ſponſalibus. l. unde* 7. *ff. commodati. l. unde* 75. *ff. pro ſocio.* ſi igitur interpretatio noſtra vera eſt eo modo; ſequitur ex eo, quod relictum fideicommiſſum ab herede illo repudiante non debeatur. Hæc autem omnia facile reſitantur, ſi vulgatam lectionem rejicimus, Florentinamque retinemus, quod ſæpius doctoribus placet; nunc vero nobis diſplicet, ut nihil difficultatis intactum relinquamus, verſiculumque & illationem eſſe §. *finalem antecedentis* §. eademque ſententia gaudere ſic conſtabit.

§. XVI. *Quod alicujus heredis nominatim fidei committitur, poteſt videri, ita demum dari voluiſſe, ſi ille extitiſſet heres*; verba ſunt §. *quod alicujus*, ubi loco verbi *heredis* leviſſima emendatione *heredi* lego, quo ſenſus erit, teſtator heredi relinquens nominatim fideicommiſſum ita demum dari voluiſſe videtur, ſi ille extitiſſet heres; quia non ſolum prælegata, ut diximus, heredibus ut adirent relinquebantur, ſed etiam legata & fideicommiſſa: ſingularis textus in *l. ſed ſi non alias* 88. *ff. de leg.* 1. unde recte ſequitur, in ſpecie §. *fin.* filium

agnoſcentem hereditatem prælegatum retinere, quod ei relictum fuit, ut adiret: hic conſtat, quam juſte particula *unde* congruit, quod magis ex his, quæ diximus, poteris juvare; nos autem ex animo abhorremus emendare jura, ideoque eam emendationem, licet nimis facilem, improbamus ex eo etiam, quia in vulgatis legitur, *quod alicujus heredis fidei nominatim quis committit*, de qua lectione, licet emendatio noſtra valeat ſuſtineri, tamen durior aliquantulum apparet.

§. XVII. Vulgata etiam ſcriptura penitus ſecuta hic erit ſenſus; cum teſtator unicum heredem ſcripſerit, ab eoque fideicommiſſa daret, eo non adeunte, quæſtio fuit, an heredes ab inteſtato venientes fideicommiſſa deberent; (poterant enim præcedentes ab inteſtato fideicommiſſis onerari. *l. conficiuntur* 8. §. 1. *ff. de jure codicil.* cum vulgatis) hæc fuit dubitandi ratio, obtinuitque, fideicommiſſa non debere præſtare legitimos heredes, quia cum teſtator heredem teſtamento ſcripſerit, non præcedunt legitimi ex judicio illius, & ideo onerari non debent ad voluntatem teſtatoris adimplendam, quia nihil ea illius voluntate acceperunt. *d. l.* 8. §. 1. *l. illud* 13. §. *tractari ff. de jure codicillorum.* ubi Cujac. *lib.* 19. *quæſtionum Papin.* hæc fuit decidendi ratio, unde bene ſequitur ſpecies *d.* §. *ſi filio heredi*, quia cum filius ea voluntate teſtatoris ſuccedat in ſemiſſe illi teſtamento relicto, videtur etiam ex voluntate præſumpta ſuccedere in altero ſemiſſe, quem adquirit a coherede jure accreſcendi. *l. ſi Titio & Mævio* §. *Julianus ff. de leg.* 2. Ant. Fab. *de erroribus Pragm. decade* 49. *errore* 1. *num.* 11. Duarenus *lib.* 1. *de jure accreſcendi cap.* 1. Hilliger. ad Donell. *lib.* 7. *cap.* 12. *lit. B.* neque adverſatur noſter Valentia *lib.* 1. *illuſtr. cap.* 1. *num.* 6. *cum ſeqq.* ſecutus Fabrum *ubi ſupra*, qui illum docent, jus accreſcendi poteſtate juris conſiſtere & effici, non tamen dicunt, præter voluntatem vel contra judicium teſtantis ſemper induci, imo Ant. Fab. in hæc verba loquitur: jus accreſcendi ex voluntate teſtatoris deſcendit, cum vel teſtator id ipſum expreſſit, vel de eo nihil cavit, quia in dubio nihil aliud velle creditur, quam quod lex præcipit. Filius igitur in utroque ſemiſſe factus heres teſtatoris voluntate in ſua parte expreſſa, in altera præſumpta omne illius judicium adimplere tenetur, ideoque debentur legata & prælegatum eo modo, quo in ſpecie diximus §. 13. unde venit dicendum, quod ſi filius voluntate teſtatoris expreſſa ſecluſus fuiſſet a jure accreſcendi, licet teſtantis voluntas non impediret accreſcendi jus, quia nemo poteſt facere, ne leges in teſtamento ſuo locum habeant: vulgaris textus in *l. nemo poteſt ff. de leg.* 1. faciunt, quæ dixerunt Fab. & Valentia *ubi ſupra*; tamen legata pro parte ſemiſſis vacantis non deberentur, quo apparet, etiam in jure accreſcendi voluntatem teſtatoris aliquando operari, quoad legata & præſtationes ſcilicet.

§. XVIII. Sed jam obſtat, quod ſæpius diximus, nempe prælegatum, quod heredi relinquitur pluribus inſtitutis, a ſe ipſo jure hereditario conſiſtere; a coheredibus vero jure legati: igitur in propoſita ſpecie *d.* §. *fin.* ſi præceptionem integram filius capit, ſextans prælegatus conſiſtet jure hereditario ex uncia, quæ retinetur ea ſemiſſe filii, & jure legati ex altera uncia, quam habet ea ſemiſſe coheredis, quo repudiante, ut in ſpecie diximus, ſibi apud ſemet ipſum jure legati filius adquiret unciam illam, quod expreſſe adverſatur *legi & quidem* 18. *l. plane* 34. §. *ſi duobus. l. legatum* 116. §. 1. *ff. de leg.* 1. ſed illud non obſtabit, ſi advertas, prælegatum jure legati conſiſtere pro portionibus coheredum, ſi coheredes adierint; ſi enim non adiit coheres, ſemis ejus accreſcit filio, & eodem jure ſemiſſem utrumque retinet; cum igitur ea ſuo ſemiſſe unam unciam jure hereditario deducere valeat, poterit etiam eodem jure ex altero ſemiſſe, quem pari ſorte habet, reliquam unciam deducere, quod latius mox dicemus, juraque in contrarium adducta loquuntur in legato heredi relicto, quod diverſum a prælegato, ut conſtat ſupra *cap.* 1. §. 11. hoc etiam voluntate teſtatoris innititur; voluit enim teſtator, filium habere omne illud præceptionis emolumentum, ne ab hereditate abſtineret, & repudiante coherede, cum non poſſit portionem illam jure legati adquirere, eam a ſe ipſo filius præceptionis titulo capit, & recte creditur hoc teſtatorem voluiſſe; intererat enim ejus, heredem habere filium, quod ſpe lucri in præceptione venientis fieri ſperabat teſtator; nihil ergo refert, an jure legati, an præceptionis jure adquirat, ſed hoc unum, præceptionem ad filium pertinere; ſi igitur repudiante herede a ſe ipſo totum emolumentum capit, recte voluntas teſtatoris adimpletur.

§. XIX. Ex dictis apparet, præceptionem immunem eſſe a legatorum præſtatione; quod ſic probo, qui in re certa inſtitutus eſt, præceptionis jure capit. *l ſi certarum* 17. *ff. de teſtamento militis.* & inſtitutus in re certa loco legatarii habetur. *l. quotiens* 13. *C. de heredibus inſtituendis.* ubi Alexander *num.* 5. Mantica *de conjecturis lib.* 9. *cap.* 13. *num.* 10. conſtat etiam, legatarios non debere præſtare legata. *princ. inſt. de legatis. l. legatum* 116. *ff. de leg.* 1. & in *l.* 1. *eodem. l. ſi quis ſervum* 8. §. *fin. cum l. ſeq. ff. de leg.* 2. *l. ſi hereditatem* 32. *ff. mandati.* notant univerſi juris interpretes, unde quæſtiones plurimæ exoriuntur. Covarr. 2. *variar. cap.* 2. *num.* 7. multa dicens plurimos adducit: bene igitur ſequitur, heredem, qui in prælegato legatarius eſt, pro ea parte obnoxium non eſſe legatorum ſolutioni, quod expreſſius apparet; nam prælegatorum & legatorum contributio fit. *l. ex facto* 35. §. 2. *in fine ff. de hered. inſtit.* ubi Bart. Bald. & Imola; & Falcidiæ locus eſt in prælegatis, ut in legatis. *d.* §. 2. *legis ex facto. l. a coheredibus* 17. *C. ad leg. Falcidiam. l. filium, quem habentem C. familiæ erciſcundæ. l. Neſennius* 22. *ff. ad leg. Falcidiam.* de qua celebri quæſtione dicemus *ſequenti cap.* interim videndus Mantica *loco ſupra citato.* Cujacius in *l. qui non militabat* 78. *ff. de heredib. inſtit. lib.* 6. *reſponſorum Papiniani.*

§. XX. Hoc omne verum credo, etiamſi prælegatum vel legatum partis hereditatis ſit, vel partis bonorum, quod relinquebatur aliquando heredibus. *l. generali* 32. §. *fin. ff. de uſufructu legato.* ex eoque non deberi legata conſtat ex Ulpiano *tit.* 25. *de legatis* §. *ſicut ſingula* 25. juncto §. *a legatario* 20. facit *l. cum filius* 76. §. *Lucio ff. de leg.* 2. ubi notavit Gofredus *num.* 6. ſed quamvis actio ſolummodo legatariis detur adverſus heredes, illi tamen contra legatarium partiarium pro rata legatorum onera conſequuntur: facit *l. ratio* 2. *C. de hereditate vel actione vendita.* quod ea ratione nititur, quia ſcilicet præſtatione legatorum ut heres tenetur, ut ſæpe probavimus, vel qui heredis loco habetur, qualis fideicommiſſarius univerſalis eſt, ille etiam legata præſtat. *l.* 1. §. *ſed ſi quadringenta ff. ad S. C. Trebell.* cum vulgatis, quam differentiam conſtituo inter legatarium partiarium, & fideicommiſſarium univerſalem, licet illam non agnoſcat Cumanus in *l.* 8. §. *fin. ff. de leg.* 2. *num.* 1. *in fine.* neque Bartolus *ibidem*; ſequitur exinde, non poſſe legatarium partitionis cogere heredem adire, ut recte conſiderat Gofredus in *l. mulier* 22. §. *fin. ff. ad S. C. Trebell. num.* 1. ſequitur etiam, quod non retinet quartam legatarius partitionis, cum gravatus eſt reſtituere in *d.* §. *fin.* ſequitur ulterius, limitandam eſſe *l.* 2. *C. communia de legat.* quam ſolum locum habere exiſtimo in ſpecialibus fideicommiſſis & legatis; ut recte probat Gofredus *d.* §. *fin. num.* 3. & 4. doctrina cujus facile convinces Bartolum & Cumanum *ibidem* contra pugnantes: eas differentias addimus quatuor aliis, quas recenſet Hilliger. ad Donell. *lib.* 8. *commentar. cap.* 11. *lit. S.* inter

par-

partitionis legatum & fideicommiſſum univerſale: ex his ergo conſtat, pro prælegata parte heredem non teneri legata præſtare: hæc ſufficiant, quia multa in difficilioribus nos ſpectant.

§. XXI. Qualiter ergo heres, cui prælegatum relictum eſt, teneatur æri alieno pro portione prælegati, facile conſtabit, ſi in ea parte heredem illum ut legatarium habeamus; prius enim omne æs alienum deducendum. *l. non amplius* 26. *ff. de leg.* 1. *l. in imponenda* 6. *l. ſucceſſores* 16. *C. ad leg. Falcid.* & Baldus in *l.* 3. *in fine C. ut in poſſeſſione leg.* Bartol. in *l. fin.* §. *licentia C. de jure deliberan.* quod & idem in prælegatis obſervari tenet gloſſa, & Baldus in *l.* 5. *verſ. quæro de ratione C. ſi certum petatur.* hoc autem verum eſt, ſi prælegatum rei certæ fuerit; ſin autem pars bonorum prælegata ſit, idem juris obſervabitur juxta textum in *d. l. ſi quis ſervum* 8. §. *fin. cum l. ſeq. ff. de legatis* 2. ubi Peralta *num.* 1. *cum ſeq.* Rodericus Suarez relatus a Molina *de Hiſpanorum primogeniis lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 7. quibus adde *l.* 1. *C. ſi certum petatur.* ubi late Salicetus *l.* 1. §. *ſi heres ff. ad S. C. Trebell.* ſi vero prælegata fuerit hereditatis portio, cum oneribus æris alieni tranſit in heredem prælegatatium. *l.* 1. juncta *l. mulier* 22. §. *finali ff. ad S. C. Trebell. l. finali C. eodem.* faciunt *l. fin. ff. de uſufructu legato. l. generali* 32. §. *finali ff. eod* Cujac. ibi in *repetitione ſolemni.* Covarruv. *lib.* 2. *variar. cap.* 2. *num.* 2. *in fine.* Molina *de primogeniis d. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 6. Gomez. in *l.* 20. *Tauri num.* 2.

§. XXII. Hinc venit intelligenda *l.* 21. *Tauri*, quæ jam extat in *nova Compilatione l.* 5. *tit.* 6. *lib.* 5. qua docemur, melioratum in tertio & quinto bonorum teneri pro rata æri alieno, etiamſi in re certa melioratio facta ſit, quibus legem illam adverſari juri communi docent Ciſuentes, Tellius Fernandez in *commentariis ad eam legem.* Covarruv. *lib.* 2. *variar. cap.* 2. *num.* 2. Rodericus Suarez in *l. quoniam prioribus C. de inofficioſo teſtam. exceptione* 7. *num.* 8. idque a juris noſtri interpretibus receptum eſſe docet Molina *ubi ſupra num.* 13. qui ſecutus Gregorium Lopez in *l.* 2. *tit.* 9. *Part.* 6. *verbo la manda* ait, eos omnes lapſos fuiſſe, & *d. legem* 21. conſonam penitus eſſe communi juri, quod aperte probat ex illis verbis, *tanto que ſean pagados primero las deudas del defuncto &c.* quod idem in prælegato bonorum obſervatum jure communi, cui reſpondet melioratio ſecundum Molinam; neque obſtant, quæ ſequuntur y *por las otras que deſpues pareſcieren, ſean obligados los tales mejorados a las pagar por rata de la dicha mejoria, como ſi fuiſſen herederos*: non autem ſatis conſtat, an teneantur pro parte meliorationis ſatisfacere creditoribus directo, an vero heredi, ut ille creditoribus ſatisfaciat, quod voluit Molina *ubi ſupra*, & illum ſequitur Azevedo *d. l.* 5. *tit.* 6. *lib.* 5. *novæ Compil. num.* 10. Neque obſtare dicunt illa verba, *como ſi fuiſſen herederos*, nam ſimilitudinem illam ſolum agnoſcunt in eo, qui pro rata portionis teneatur heredi ſcilicet, ut creditoribus ſatisfaciat, non creditoribus directo.

§. XXIII. Hoc enim licet Pandectarum jure debeat admitti exemplo Edicti, ſi cui plus quam per legem Falcidiam, & *legis ratis ſecunda C. de hereditate vel actione vendita.* tamen jure Regio expreſſe verſatur textus verbis, ut recte notantes Molinam probant Matienzo *d. l.* 5. *tit.* 6. *libro* 5. *Compil. gloſſa* 4. *in fine.* Joannes Garzia *de expenſis cap.* 12. *num.* 63. *verſ. in altero.* Peralta in *d. l. ſi quis ſervum num.* 9. & Velaſquez in *d. l.* 21. *Tauri*, ubi tenet Fernandez *num.* 4. & Caſtillo *num.* 21. Gutierrez *practicarum quæſtionum lib.* 2. *quæſtione* 59. *num.* 19. cujus ſententiæ rationem alii eam eſſe dicunt, ſcilicet *d. l.* 21. loqui in herede meliorato & repudiante, qui omiſſo hereditatis incommodo deſiderabat meliorationem accipere, & ita creditoribus non teneri, & pœnam hujus conſilii ea lege conſtitutam eſſe, ut creditoribus hereditariis reſpondeat melioratus pro parte meliorationis: hanc rationem nobis dedit Angulo *de meliorationibus* in *d. l.* 5. *gloſſ.* 4. *num.* 5. ſed falſam credo, nam meliorato nihil pœnæ imponitur, dum jubetur creditoribus hereditariis ſatisfacere, cum etiam ille juxta contrariam ſententiam heredi teneatur pro eadem parte. Alii ſcripſerunt, creditorum favore hoc fieri, ut plures habeant debitores, quod etiam credo falſum, nam qua ratione facere creditores debemus in jure noſtro Regio favorabiliores, quam in jure communi non video; melius enim cum Joanne Guttierrez *ubi ſupra* hoc fieri dicamus vitandi circuitum cauſſa, ad quid enim creditores heredem, & heres melioratum convenire debent? cum facilius ſit uno actu melioratum creditoribus ſatisfacere, & jure Regio jubemur omni circuitu poſthabito ſola facti veritate ſpectata judicare. *l.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *novæ Compil.* qua ratione retenta convincitur manifeſte Angulo *ubi ſupra num.* 6. & Peralta *num.* 9. 10. & 11. qui dicunt, quod ſi melioratus adeat hereditatem, & poſt bonorum diviſionem creditores noviter appareant, tunc ſolummodo conveniri debere pro hereditaria parte, quam a ſe retinet, non habita ratione meliorationis, pro parte legati ſcilicet, quam capit a coherede, quod penitus falſum; nam in hac ſpecie etiam circuitus vitandus eſt, & licet heres, cum adit meliorationem, accipiat jure hereditario partim, & partim jure legati, tamen portio illa bonorum, quam retinet jure legati, manet obnoxia creditoribus, qui poſtea apparuerint ex doctrina *d. l.* 21. quia plus accepit, quam illi debebatur, qui non deducto omni ære alieno, ut ex poſtfacto conſtat, prælegatum bonorum conſequitur. Remanent explicanda *ejuſdem legis* verba, quæ jubent idem, quod in melioratione tertii & quinti dictum eſt, obſervari etiam in re certa meliorationi aſſignata, ibi, *ora la dicha mejoria ſea en coſa cierta.* Sed recte Molina *ſupra*, quem fere omnes ſequuntur, debere intelligi ait in melioratione tertii & quinti, cujus ſolutioni teſtator rem certam aſſignavit, ut ſi pluris æſtimatio rei aſſignatæ eſſet, quam tertii & quinti bonorum, id quod amplius eſt, meliorationi detrahatur, ſin vero minoris fuiſſet tertio & quinto, ab herede ſuppleatur: in cæteris, quæ juxta doctrinam juris communis tradidimus, penitus conſentit utrumque jus, ut ex Molina *ubi ſupra* ſatis apparet.

§. XXIV. Hæc omnia, quæ diximus in prælegato de contributione ejus cum cæteris legatis, & ejus æris alieni, & legatorum ſolutione pro ea parte, quam heres capit a coherede, facile conſtant, cum in portione illa pro legatario heres habeatur, ut ſæpius probavimus, in ea autem parte, quam jure hereditario a ſe retinet, difficile ſane eſt, quid ſtatuendum ſit, & longa diſputatione dignum: ſed cum jam tempus inſtet, quæ vera credimus, tantummodo dicemus. Pars igitur, quam heres a ſe retinet in prælegato jure hereditario, eodem modo in ære alieno, & in contributione, & in cæteris legatis ſecundum noſtram ſententiam judicatur, ſicut & pars altera, quam jure legati capit heres, quod aperte conſtat ex Papiniano relato ab Ulpiano in *l. in facto* 35. §. 1. *ff. de heredibus inſtituendis.* ubi cum heredes duo inſtituti eſſent, unus ex fundo Corneliano, alter ex fundo Liboniano, & fundorum unus faceret quadrantem bonorum, alter quadrantem, quaſi ex æquis partibus heredes inſtituti cenſentur, velut ſine partibus inſtituti, & fundos ut præceptiones excipiunt; cum igitur bona ſufficiant æris alieni ſolutioni, ait Papinianus, pro hereditariis portionibus eos agnoſcere æs alienum debere, ſed quæſtio remanebat, ſcilicet an tenerentur heredes pro hereditariis portionibus, quas capiebant in præceptionibus, an vero pro hereditariis partibus, quas aditione conſequebantur, velut ſine

parte inſtituti, quam quæſtionem ut ſolveret JCtus, ſic explicat: *pro hereditariis portionibus, hoc eſt, pro ſemiſſe: fundos enim vice præceptionis accipiendos*, quo aperte conſtat, cum bona æri alieno ſufficiant, non debere ex omni pro hereditaria parte; quæ in præceptione venit; ſed ſolum pro ea, quam in inſtitutione conſequitur heres, quod accipiendum, cum res certa vel bonorum pars in præceptione ſit, quia ſi pars hereditaris per præceptionem data eſſet, exemplo legati partitionis ære alieno pro rata teneretur. Poſteaque Papinianus, eum ageret de recontributione præceptionum cum cæteris legatis ratione Falcidiæ, ita inquit, *ut non plus quisque eorum habeat, quam eſſet habiturus, ſi legatum accepiſſet, vel aliud, vel etiam præceptiones*! de cujus quæſtionis diſputatione difficillima nobis erit dicendum *cap.* 3. Deincepsque cum in §. 2. *ejusdem legis* agatur de contributione legatorum cum præceptionibus; ut pro rata diminuantur, quando eorum omnium præſtationi hereditas non ſufficeret, ita inquit: *proinde etſi aliis fuerint legata relicta, contributio admittenda erit*, quo aperte conſtat, communem penitus ſortiri naturam cum legatis cæteris prælegata quoad retentionem, cum pariter neque legata neque præceptiones æs alienum non ſolvant, & contribuantur in Falcidia in diminuendis legatis, quod in præceptionibus expreſſe JCtus fatetur ſine diſtinctione partis hereditariæ, & alterius partis, quæ jure legati conſiſtit.

CAPUT TERTIUM.

Utrum unico heredi poſſit prælegatum relinqui, & unico exiſtente filio, an liceat patri meliorationem facere, & gravamen imponere tertio bonorum.

§. I. Prælegatum communi interpretum Juris placito idem judicatur cum legato heredi relicto, ut ſæpius vidimus *noſtro capite* 1. unde cum diſputant Jurisprudentes, an unico heredi inſtituto prælegatum dare valeat teſtator, fere ſine controverſia univerſi docent, neutiquam poſſe, qui ſolus invenitur heres, prælegatum a ſe accipere ex eo juris principio ſatis omnibus noto; & in his commentariis ſæpiſſime ſcripto, nempe heredem a ſe ipſo legatum capere non valere, quod confirmant ex *l. & quidem* 18. *l. plane* 34. *§. ſi duobus. l. filio pater* 87. *cum* 3. *ſeqq. l. quæſitum* 91. §. 2. *l. legatum* 116. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. Titia* 34. §. 1. *ff. de leg.* 2. faciunt etiam *l. cum quidam* 12. *l. heredi* 15. *l. eum qui* 18. §. *pro parte de his quibus ut indignis. l. ſi patroni* 55. §. *neque ignoro. l. in fideicommiſſaria* 18. §. *fin. ad S. C. Trebell. l. apud* 4 §. *ſi quis ex uncia. l. pater fin.* §. *marito ff. de doli exceptione. l. cum reſponſo* 12. *C. de legatis.* Ulpianus *tit.* 24. §. 22. cum multis aliis: probant in dictis juribus Accurſ. & ordinarii interpretes, præcipue in *d. l. legatum* §. 1. Bartolus, Gofredus, & Odofredus, Cujac. *lib.* 21. *Dig. Juliani* in *d. l. & quidem* 18. Donellus *lib.* 8. *comment. cap.* 12. Caſtillo *lib.* 2. *controv. cap.* 13. *num.* 3. plures referens *num.* 1. Molina *de primogeniis lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 3. & fere omnes communes utriusque juris, & Regii interpretes, quorum plurimos ſuis in locis dicemus.

§. II. Hæc ergo communis ſententia ea nitebatur ratione, nimirum prælegatum conſiſtere partim hereditario jure, partim jure legati, & pro ea parte, qua heres a ſe capit, haberi perinde, ac ſi relictum non fuiſſet, quia nullatenus conſiſtere valet; unde inferunt, quod ſi totum prælegatum unico relictum ſit heredi a ſe, totum ſibi debebitur, & nulla ex parte conſiſteret, ne actio & paſſio concurrant. *l. tutor* 19. *ff. ad S. C. Vellejanum. l.* 2. *de ſtipulatione ſerv.* & pro eis etiam expendo Cajum *lib.* 2. *inſtit. tit.* 5. *de legatis* §. *ult.* ubi ait, præceptionis legatum eſſe, quod uni ex heredibus relinquitur; igitur plures heredes neceſſario deſiderantur, ut prælegatum uni relinquatur: facit etiam Paulus *lib.* 1. *ſentent. tit.* 6. *in princ.* ibi, *per præceptionem uni ex heredibus &c.* facit tertio prælegati natura ea, quæ eſt ut partim jure hereditario capiatur; & partim jure legati; at cum unicus heres invenitur inſtitutus, nihil ex prælegato poterit jure legati adquirere, quia ab herede ſibi ipſi legari non poteſt; ergo in unico herede prælegatum non conſiſtit. Quarto JCti, cum de prælegatis loquuntur; ſemper in ſpecie, quam diſputant; plures heredes conſtituunt, igitur vel dicendum eſt, non poſſe prælegatum admitti, niſi pluribus exiſtentibus heredibus, vel improprie locutos eſſe JCtos. Quinto prælegatum conſtat legatum eſſe, ut late vidimus in *noſtro cap.* 1. §. 5. bene ergo ſequitur, heredi unico non poſſe relinqui, cum legatum ſit donatio teſtamento relicta ab herede præſtanda, & fieri non valeat, ipſum heredem ſibi teneri, & actionem ex teſtamento, quæ adverſus heredem legati cauſſa competit; ſibi adverſus ſe ipſum competere, quia nihil abſurdius in jure. Sexto quod noſtrum eſt, fieri amplius noſtrum non poteſt, ergo unico herede jam ex inſtitutione habente, quod prælegatum illi eſt, amplius illud conſequi non valebit, ac per conſequens deficiet. Septimo & ultimo duplex lucrativa cauſſa in jure non admittitur, igitur ſi jam heres unicus, quod in prælegatum ei relictum fuit, in hereditate, quæ ſolvendo erat, habuiſſet, prælegatum evaneſcit; quæ omnia teſtimoniis JCtorum & interpretum non illuſtramus, & quia juris aptiſſima principia ſunt, & ut brevitati conſulamus.

§. III. Sed licet tot ac tanti ſint, qui defendant, unico heredi non poſſe prælegatum vel præceptionem relinqui, contrariam ſententiam longe veriorem eſſe credo, nec me movet tot virorum auctoritas, dum veritatem in contrarium video, illi ſane non ſatis prælegati naturam examinarunt, ut ex dictis facile conſtat, & in dicendis apparebit apertius, nec mirum, nec ſuperbum, nos altius tantis viris doctiſſimis præcalluiſſe prælegati materiam, cum ſemper ibi ea in re per tranſennam perfunctorieque commentaria ederent, nobis incumbentibus huic juris nobiliſſimæ parti multis vigiliis, & labore prolixo; non igitur, ſi quid majus in his erit, mihi tribuatur, ſed ſtudio, lectorque, donec rationes, quibus nitimur, videat, non me audacem nimis judicet, ſed prius animi depoſito aſſenſo, ſi quem dedit communi opinioni, utriusque ſententiæ noſtræ & contrariæ fundamenta æquilibri judicio conferat, veritasque, ſi pro nobis aderit, ſit victoria nobis; ſin contra, reprehenſio. Jam ergo poſſe unicum heredem prælegatum vel præceptionem habere ſic probo: non omne, quod heredi teſtamento legatum eſt, præceptionem eſſe ſupra vidimus *cap.* 1. § 9. poterat enim, ut late probavimus, legatum heredi relinquere, cum habebat coheredes, tuncque pro partibus coheredum conſiſtebat jure legati: pro ſua autem parte legatum deficiebat, quia a ſe ipſo non poterat legari ſibi aliter, atque ſi prælegatum fuiſſet, conſiſtebat namque in totum prælegatum pro partibus; quas a coheredibus adquirebat legati jure; pro ſua autem parte heres non adquirebat, ſed retinebat hereditario jure portionem illam, quam ex aditione jure inſtitutionis jam habebat adquiſitam, quod recte primus conſideravit Hilligerus *lib.* 7. *comment. Donelli cap.* 7. *lit. C.* & nos latiſſime *ſuperiori cap.* unde facile ſequitur, unico herede exiſtente prælegatum conſiſtere; ſi enim exiſtentibus pluribus heredibus pro parte prælegati, quam a ſe heres recipiebat, præceptio valet, neceſſario fatendum erit, unico etiam heredi prælegatum relinqui poſſe, & totum validum remanere, cum eadem ratio vigeat in parte, quæ in toto; igitur idem jus debet ſtatui. *l. illud* 32. *ad leg. Aquil.*

l. a

Digitized by Google

l. a Titio 108. *de V. O.* Parladorius *lib.* 1. *rerum quotidianarum cap.* 7. *num.* 5. quam doctrinam fuſius poſtea illuſtrabimus pluribus fundamentis, nunc autem hoc unum nobis ſufficiat, ut in contrarium adducta facile diſſolvantur.

§. IV. Non obſtant, quæ dixerunt contrariæ ſententiæ aſſeclæ ſupra §. 1. *in princ.* nullum diſcrimen conſtituentes inter legatum heredi relictum & prælegatum, quum longe a veritate diſtant; prælegatum enim totum durat & valet, legatum pro parte heredis, cui relinquitur, evaneſcit; unde etiam convincitur primum argumentum, quod ex eo principio ita deducebant: prælegatum vel legatum heredi relictum, quando coheredes habet, pro ſua parte deficit, nullum eſt; igitur ſi coheredes non habuerit, in totum deficit. Sed hoc argumentum antecedenti laborat, in legato equidem heredis rectiſſime ratiocinantur, de quo debent intelligi fere omnes textus adducti ſupra §. 1. & ſi qui alii ſunt illius ſententiæ, ſed in prælegato falſum eſt ſuppoſitum; nam ut *ſuperiori* §. vidimus, pro parte coheredis prælegatarii conſiſtit retentionis jure: non bene ergo inferunt, unico herede exiſtente inutile prælegatum reddi, imo potius ſententia noſtra eodem argumento roboratur, ut diximus §. 3.

§. V. Neque adverſatur ſecundo Cajus, qui non plures heredes deſiderat, ut prælegatum relinqui valeat; ea equidem verba *uni ex heredibus* ſignificant, prælegatum dari poſſe illi, qui heres ſit, ſive ſoli, ſive cum pluribus; alias enim, ſi tantum ſignificarent, præceptionem non aliter relinqui valere, niſi uni heredi pluribus aliis exiſtentibus, veniret dicendum, ſingulis heredibus ſimul, cum plures eſſent inſtituti, non poſſe relinqui prælegatum, quod fieri permiſſum expreſſe fatetur Scævola in *l. fin.* §. *quatuor de leg.* 2. igitur Cajus, dum ait præceptionem non niſi uni ex heredibus dari poſſe, ſatis dabat intelligi in ea ſententia, præceptionem non niſi heredibus relinqui poſſe, cum omnibus & ſingulis poſſit dari, ut ipſe fatetur *eodem loco.* At tunc pluralis numerus etiam in ſingulari verificatur; non enim eſt ſine liberis, qui filium habet, vel filiam. *l. non eſt ſine liberis* 126. *de V. S. l. ſed etſi* 20. *ad S. C. Trebell.* ut ergo Cajus doceret, præceptionem non poſſe relinqui, niſi heredibus, vel uni ex pluribus inſtitutis, vel aliquibus ex multis, vel omnibus, vel uni ſoli, ea phraſi utitur *uni ex heredibus*, quæ omnes illas ſpecies complectitur, tres priores aperriſſime, nam eorum quilibet reſpectu cæterorum heredum unus eſt, ſive uni ex pluribus, ſive aliquibus, ſive omnibus præceptio heredibus data ſit, quartam etiam ſpeciem eodem themate recte ſignificat, ſi ea verba accipiamus ex ſenſu *uni ex heredibus*, hoc eſt, non uni ex his, qui eodem teſtamento inſtituti ſunt heredes, quod ita ſtricte verificari non potuit unico herede ſcripto, niſi ad translationem pluralitatis pro ſingularitate confugiamus, ſed uni ex his, qui nomine heredum funguntur, qualis etiam eſt unicus heres, quam ſignificationem hæc verba etiam capere, vel mediocriter doctus in ſermone latino non negabit: ſic etiam dicitur *unus ex fortibus*, id eſt, unus fortis, *unus ex militibus*, id eſt unus miles: probat Laurentius Valla *elegantiarum lib.* 3. *cap.* 69. ſic intelligendus Ovidius *lib.* 4. *metamorphoſ.*

——— ——— ——— excipit unus
E numero procerum ——— ———

Sic Propertius *lib.* 4. *eleg.* 9.

Atque uni Stygias hominum luxiſſe tenebras,

Hoc eſt, Herculi, qui tunc ſolus erat. Sic Catullus *lib.* 1. *epigramm.* 2. *unus Italicorum:* ſic Valerius Maximus *lib.* 5. *cap.* 4. *cum unus ex numero perſonarum &c.* ſic Apulejus *lib.* 2. *Floridorum. Hippias e numero Sophiſtarum*, id eſt Sophiſta. Cum ergo ea locutio omnes ſpecies complectatur, quæ inſidere poſſunt, recte illa fuit uſus Cajus, nulloque alio dicendi modo uti poterat, qui tot caſus breviſſimo verborum compendio contineret, uti moris eſt Conſultis.

§. VI. Hoc etiam, quod diximus, ſervari poterat ex *l. nomen* 34. §. *uni ex heredibus de leg.* 3. ubi non conſtat, plures heredes inſtitutos eſſe, & ita ſignificatur, qui poſtea heres dicitur: facit etiam *l. unum ex familia* §. *rogo de leg.* 3. ubi ſicut ex libertis rogatur heres reſtituere, unico liberto debetur fideicommiſſum: melior textus in *l. cum pater* 77. §. *a te peto de leg.* 2. ibi, *a te peto marite, ſi quid liberorum habueris, illis prædia relinquas &c.* juncta *d. l. non eſt ſine liberis.* jubet filio unico exiſtente maritum reſtituere debere fideicommiſſum: facit *l. in vulgari* 162. *l. illa verba* 163. *l. ſi cum fundum* 126. *de V. S. l. qui duos* 9. *de rebus dubiis.* notat Parladorius *lib.* 1. *rerum quotidianarum cap.* 7. *num.* 10. & cui hæc noſtra interpretatio adhuc diſplicet, ſciat is juſte ſe probare debere, non ſolum eo themate *uni ex heredibus* magis proprie ſignificati unum heredem pluribus aliis inſtitutis eodem teſtamento, ſed etiam nullatenus, & minus proprie intelligi poſſe de unico herede, qui unus eſt ex his, qui cognomine dicuntur, cujus probatio ſane impoſſibilis.

§. VII. Sed ut omnia, quæ difficultatem important, penitus abolita appareant, ſcire oportebit, Caji inſtitutiones vim textus habere non poſſe, illæ namque ab Aniano Conſiliario Alarici Gothorum Regis in epitomen redactæ ſunt. Cujac. in *præfatione ad Cod. Theodoſ.* ubi dicit, non omnem deperiiſſe dignitatem Cajo, ſed reſtare adhuc inter lateres Aniani male coctos elegantes Conſulti lapillos, quos ut inter noſtros evaleamus, conferendæ ſunt inſtitutiones Caji cum his, quæ in Pandectis habentur, quæ Cujacii ſententia aperte evincit, libellum illum textus auctoritate deficere, neque ex eo argumentum recte deduci, niſi & idem Pandectarum libris ſit conſtitutum; cum igitur illud, de quo nobis quæſtio, in Pandectis ita ſcriptum non ſit, quid oportet in *Inſtitutionibus* Caji eſſe; & circa juris civilis auctoritatem videndi ſunt Joannes Tilius, & Petrus Pithœus in *præfationibus ad Theodoſ. Cod.* & faciunt huc etiam, quæ dicemus ad quartum argumentum primo reſponſo.

§. VIII. Non obſtat tertium argumentum, prælegati naturam velut conditionem neceſſariam deſiderare duplicem illud adquirendi modum, & jure legati, & jure hereditario, quod etiam & nos *ſuperiori cap.* non ſemel probavimus multis auctorum teſtimoniis; illud namque illi ſcripſerunt, & nos diximus, cum prælegatum uni ex pluribus heredibus relinquitur, pariter ab omnibus præſtandum; tunc enim duplex illa adquiſitio neceſſaria ex rationibus latiſſime traditis; ſi vero non a ſe ipſo retineat heres prælegatum totum, ea ratio ceſſat adquiſitionis duplicis, neque aliqua juris ratione juvatur; imo ſi neceſſarium eſt coheredibus inſtitutis jure legati partem adquiri, erit etiam neceſſarium unico exiſtente herede nullam partem a ſe ipſo jure legati capere, ſed totum jure hereditario retinere; neque mirum, hoc in caſu locutos non fuiſſe juris interpretes, cum illud non agnoſcerent, ſed omnino in irritum prælegatum ire crederent, ut legatum heredi relictum.

§. IX. Quartum argumentum etiam non obſtat, cui primum reſpondeo, multa Conſultorum ſtare reſponſa in Pandectis, quibus unico heredi prælegatum relinquitur, ut mox videbimus; ſecundo licet omnia jura, quæ de prælegatis agunt, duos vel plures heredes conſtituerent, non ex eo evincitur, plures deſiderari inſtitutos, ut prælegatum teneat, ſed ita Conſultis traditum, quia vel in diſputatione difficilius, vel in facti ſpecie ſic ſe res habebat.

§. X. Non obſtat quintum argumentum, quia licet verum ſit, prælegatum legatum eſſe, non ex eo actionis & paſſionis concurſus invenitur in herede unico præceptionem capiente, quia, ut diximus §. 3. cum præcipit heres, non adquirit, quod ſuum antea non erat, ſed retinet ex nova teſtatoris conditione in prælegato explicata, quod jam habebat adquiſitum ex aditione hereditatis. Neque obſtat Juſtiniani definitio in §. 1. *inſt. de legatis.* dum ait, *legatum ab herede præſtandum*, unde ſequitur, legatarium diverſum eſſe debere ab herede, quia præſtatio legati translationem dominii ſignificat ab herede in legatarium, quod in una eademque perſona admitti nequit. Sed reſpondendum eſt, omiſſis quæ dixerunt Fab. *lib. 6. conjectur. cap.* 1. noſter Pichardus & Hotmanns in *d.* §. Hilligerus plures referens *lib.* 8. *comm. Donelli cap.* 1. *lit. J.* ea verba, *ab herede præſtandum*, ſignificare, heredem præſtare ſemper legata, non ut eorum poſſeſſionem, vel dominium in legatarium transferat, ſed tantum, quia in eo conſiſtunt, illo namque repudiante defecit, quod legatum eſt, & illo adeunte omnia conſiſtunt, & debentur ſecundum juris rationem propriam unicuique legato; itaque cum proprium præceptionis ſit, ut a ſe ipſo heres unicus retineat, totum eo modo præſtatur, ac jure conſiſtit: ſic etiam ſine facto heredis vindicationis legatum capitur. *l. legatum* 80. *de leg.* 2. *l.* 3. §. *ſi rem de leg.* 3. *l. a Titio* 64. *de furtis.* Caj. *lib.* 1. *inſtit. tit.* 5. *in princ.*

§. XI. Quibus etiam facile refutatur ſextum argumentum, quoniam noſtrum amplius fieret prælegatum, ſi adquireretur ab herede unico, cum illud præcipit; ſed non adquiritur, quia retinetur, & proprium jam eſt heredis. Non obſtat juris regula, & ut quarta Falcidia, & Pegaſiana appareat, quo etiam diluitur ſeptimum & ultimum argumentum, nam duplex cauſſa lucrativa convenit, cum duplex adquiſitio lucroſa invenitur, at in herede unico prælegatum capiente non duplex adquiſitio deſideratur, ſed una adquiſitio, retentione poſtea ſecuta: faciunt, quæ late diximus §. 7. *& ſeqq.*

§. XII. Jam ergo non adverſantur, quæ in contrarium diximus, neque adverſabuntur omnia, quæ dici poterunt, ſi doctrina noſtra recte perpendatur, quam ut illuſtriorem reddamus, hæc notanda veniunt. Iniquum ſane eſſet, libera teſtandi facultate conceſſa, ut in *principio noſtri capitis* habetur, teſtatoribus non licere heredem ſibi facere, qui certum aliquod lucrum in hereditate haberet, ut legatarii habent, nam heres, qui in univerſum jus ſucceſſor eſt, magis teſtatori dilectus cenſetur cæteris ſpecialibus ſucceſſoribus, nempe legatariis, & *arg. l. licet Imperator* 74. *de leg.* 1. ſi minus dilectus legatarius emolumentum ex hereditate ſecure capit, jure etiam hoc denegandum non eſt heredi magis dilecto, dum adeſt voluntas teſtatoris, maxime juris ratione non reclamante, ut ex reſponſis argumentorum conſtat.

§. XIII. Confirmatur etiam, quod aſſerimus, quia præceptiones in jure noſtro idem valent, ac prælegata, & ea duplici voce eadem res ſignificatur, ut ex *l. Sextiam* 32. *de leg.* 3. & aliis pluribus Conſultorum, & interpretum teſtimoniis late probavimus *cap.* 1. §. 8. conſtat ergo, præceptiones unico heredi poſſe relinqui. *l. ſi ſponſus* 5. §. *ſi quis rogatus de donationibus inter V. & U. l. ſi heres centum* 125. *de leg.* 1. *l.* 1. §. *heredi. l. ita tamen* 27. §. *ſi præceptis. l. ſi legatis* 30. §. *penult. l. facta* 63. §. *ſi quis majorem ad S. C. Trebell.* Sic etiam accipio *l. Statius Florus* 46. *in princ. de jure fiſci.* quibus in omnibus heres unicus inſtitutus, & gravatus de hereditate reſtituenda præceptiones capit; igitur prælegata capit, quia, ut nuper diximus, nullum diſcrimen conſtitutum inter prælegata & præceptiones.

§. XIV. Sed forſan, qui adhuc ſententiæ contrariæ inhærent, ea omnia jura dicent in herede loqui gravato reſtituere, qui præceptionis commodo invitatur ad hereditatem adeundam, ne, ſi emolumentum eſſet nullum, repudiaſſet, & reſtitutio ceſſaret, eaſque præceptiones heredis gravati diverſas eſſe ab illis, de quibus quæſtio nobis, quod non male probatur ex *l.* 1. §. *ſi is qui quadringenta ad S. C. Trebell.* ubi præceptio ſeu deductio heredis reſtituentis obnoxia eſt præſtationi legatorum, ut ſupra *cap.* 2. diximus; prælegata nullatenus præſtationi legatorum ſunt obnoxia, ſed cum illis pariter contribuuntur. *l. ex facto* 35. §. 1. *de heredibus inſtituendis.*

§. XV. Sed ut hæc omnino dignoſci valeant, poſtquam conſului Goſredum, Alberieum, Cumanum, Paulum de Caſtro, & Bartolum in *dictis juribus*, nihil fere docentes in his omnibus, ſic ſe jam habere exiſtimo. Præceptiones multifariam relinquebantur heredi unico. Primo ut ſine diminutione aliqua præciperet heres abſque ulla contributione cum legatis vel fideicommiſſis: ſic accipi poterunt *l.* 1. §. *heredi. l. filiam* 56. *l. deducta* 58. *in princ.* & in §. *exceptis. l. de evictione* 69. *l. heres præcepto* 72. *ad S. C. Trebell.* ſecundo poterant præceptiones relinqui, ut diminuerent fideicommiſſum hereditatis, non autem legata; ſic interpretor *dictam l.* 1. §. *ſi is qui quadringenta ad S. C. Trebell.* ubi ideo ex præceptione legata debentur, quia non reſpectu legatorum fuit data præceptio, ſed tantum fideicommiſſæ hereditatis intuitu; ſic intelligo *l. ita tamen* 27. §. *ſi præceptis. l. ſi legatus* 30. §. *penult. l. facta* 63. §. *ſi quis majorem ad S. C. Trebell. l. ſi ſponſus* 5. §. *ſi quis rogatus de donationibus inter V. & U. l. Statius Florus* 48. *in princ. de jure fiſci. l. ſi heres* 40. *l. exceptis* 43. *in fine ad leg. Falcidiam.* Tertio relinquebantur unico heredi præceptiones reſpectu legatorum, ut communem cum illis ſortirentur effectum in contributione, & æris alieni ſolutione, juxta doctrinam *d. l. ex facta. l.* 1. *C. ſi certum petatur.* & quod heredi prælegatum erat, retinebat perinde, ac ſi legatarius eſſet: ſic accipio *legem prædiis* 91. *de leg.* 3. *l. apud Aufidium* 20. *de optione legata.* ſecundum interpretationem Briſſonii *lib.* 7. *de formulis pag.* 699. *l. pediculis* 32. §. *item cum de auro & argento leg. l. bonorum* 22. *de legatis præſtandis.* quæ præceptionis ſpecies legato vindicationis ſimillima erat, ut mox dicemus. Quarto præceptiones dari ſolitas, ut pariter diminuerentur cum legatis & hereditate fideicommiſſa: textus elegans in *l. ſi heres centum* 125. *de leg.* 1. ubi etiam unicum fuiſſe heredem exiſtimo. Quinto præceptiones fiebant, ut ex eis legata præſtarentur ab herede indemni fideicommiſſario relicto, qui alias teneretur. §. *& Neronis inſt. de fideicommiſſariis hereditatibus. l.* 1. §. *cujus verba ad S. C. Trebell.* ſed cum hujuſmodi præceptiones relinquebantur, ſolus heres legata præſtabat: ſic intelligo *l.* 3. §. *item Pomponius ad. S. C. Trebell.* ubi non duplex quarta deducitur, ſed una ex duabus cauſſis: melior textus in *l. cum heres* 51. *ad S. C. Trebell.* ubi Cujacius *lib.* 17. *quæſtionum Papin.* interim videndus; poſtea enim *cap.* 4. de illius *legis* enodatione agemus: faciunt *l. Divus Pius* 7. *ſi cui plus quam per leg. Falcid.* qui textus loquuntur in herede unico, & faciunt etiam, licet in uno ex pluribus loquantur. *l. quidam* 96. §. *penult. l. ſi a pluribus* 107. *de leg.* 1. *l. cum unus* 10. *de alimentis legatis.*

§. XVI. Ecce jam in unico herede prælegata ſeu præceptiones admittentes textus omnes, quos §. *præcedenti* retulimus, ſi addimus pauculos illos in *fine* §. ſcriptos, ubicumque in his omnibus heredem eſſe, facile apparebit, ſi illa jura recte perpendantur, quod lector ſibi facit, ſi principiis dicti & dicentis bene utatur, idque eo etiam argumento conſtat, quia plures leges extant, quæ prælegata uni ex heredibus relicta eſſe referunt: in argumento quarto dicebamus, & ut nuper vidimus,

Digitized by Google

mus, multa etiam habemus Conſultorum reſponſa, quibus heredi ſine alia adjectione prælegatum relinquitur: ſi ergo doctrinam noſtram impugnas, hæc omnia jura de uno ex pluribus heredibus debes accipere ea ratione, quia, dum prælegatum capit, affirmas unum ex pluribus heredibus eſſe debere; quod ſi feceris, fatendum eſt, improprie locutos fuiſſe Conſultos, dum toties dixerunt, prælegatum relictum uni ex heredibus, vel heredi pro parte, quia, ſi ſemper ſubintelligi debebat ea conditio, fruſtratoria omnino eſſet adjectio, velut ſi diceres, ſervus in poteſtate domini conſtitutus, ergo dum jura habemus in prælegatis, quæ in herede ſine alia adjectione loquuntur, & alia jura, quæ in uno ex heredibus, vel herede pro parte ſpecies apponunt, dicendum eſt, hoc diſcrimen verborum diverſam efficere ſententiam, ſcilicet alia loqui in herede unico, alia in herede pro parte.

§. XVII. Neque oberit, ſi dicas, eas præceptiones, quæ unico heredi relinquuntur, legatum eſſe vindicationis heredi relictum, quod quia recta via a teſtatore in legatarium tranſit, ut ſæpius diximus, antequam heres adeat, jam illud ſibi habet, & retinere poterit exemplo *l. plane* 34. §. *plane de leg.* 1. credo enim, unico inſtituto heredi vindicationis legatum utiliter relinqui, quia omnia illa, quæ diximus, ut prælegatum capiat unicus heres, in vindicatione pariter locum obtineant; neque obſtat *lex legatum* 116. §. 1. *de leg.* 1. ibi enim non docemur, heredem a ſe ipſo non poſſe retinere præceptionem ſeu vindicationem, ſed non poſſe heredi a ſe ipſo legatum dari, quæ verba manifeſte loquuntur in legato damnationis, vel ſinendi modo, prælegata ab herede dantur, non præceptiones aut vindicationes; dare enim, ut Seneca ait *lib.* 1. *de benefic. cap.* 10. *aliquid a ſe dimittere eſt, & id, quod tenuerit, habendum alteri tradere.* §. *ſic itaque diſcretis inſt. de actionibus. l. ubi autem* 75. §. *fin. de V. O.* neque obſtat verbum *vindicare*, quo poſtea utitur Conſultus, nam legata quævis vindicari dicuntur, & quod magis eſt, fideicommiſſa, ut bene notat ex Duareno in *l.* 1. *de leg.* 1. Hillig. *lib.* 3. *comment. Don. cap.* 12. *lit. D.* Si ergo poteſt vindicationis legatum heres a ſe ipſo capere, cur non poterit prælegatum adquirere? ſed inter utrumque ea diſcrimina notetis velim. Primo vindicationis legatum legatarius heres conſequitur, antequam hereditatem adeat. Cajus *lib.* 2. *inſtit. tit.* 5. §. 1. Ant. Fab. *lib.* 6. *conjecturarum cap.* 1. præceptionem non antea conſequi exiſtimo, quam heres ſit, quia ei relinquitur, ut hereditatem non repudiet, & in præmium quodammodo aditionis: diximus *cap. proximo* §. 10. & facit optime textus in *l. Sejæ* 22. *de fundo inſtructo.* & ex formula præceptionis conſtat, *heres meus præcipito &c.* ergo prius heres eſſe debet, quam præcipiat, ideoque ſi repudiat, præceptionem amittit heres. *l. miles* 75. §. 1. *de leg.* 2. ſecundum noſtram interpretationem.

§. XVIII. Hinc venit ſecundum diſcrimen, ſi uni ex heredibus legatum ſit, tunc equidem, ſi ante aditionem heres pro parte & legatarius vindicationis legatum acceperit, non tenebitur interdicto *quorum legatorum*, ut Cajus ſupra citatus fatetur, & juris ipſa ratio ſuadet, quia nullo temporis momento penes heredes legatum illud manere debet, ut in præceptione relicta uni ex heredibus locus eſt interdicto *quod legatorum* pro partibus coheredum ſcilicet. *l.* 1. §. *ſi vero quod legatorum.* ubi ea verba, *idemque erit, etſi alio genere legati*, debent intelligi de damnatione, & ſinendi modo, in quibus interdictum locum habet, non autem de vindicatione; nec mirum eam non comprehendi, cum interdictum ad legatum illud non pertineat, unde bene infertur, non antea præceptiones capi, quam hereditas adeatur; hoc autem interdictum, ſi unicus fuerit heres, pariter in utroque legato ceſſat, quia ſi locum non habet pro ea parte, quæ jure hereditario retinetur, cum plures ſint heredes, etiam unico exiſtente totum prælegatum jure hereditario retinente nulla in parte habebit locum interdictum. Hinc lucem capit Papinianus in *l. duos* 70. *de conditionibus & demonſtrat.* ubi omiſſo Accurſio & Cujac. *lib.* 16. *quæſt. Papin.* patrem a prælegatis ſubmoveri exiſtimo, non tantum quia obſecutus fuit voluntati uxoris ſuæ, ut in textu legitur, ſed etiam alia ratione, quam ſubintelligi probat particula *quoque*, nimirum quia præceptiones pro his partibus, quas ut heredes adquiſierunt filii, remanere debent penes filios, ne alias commodum, quod illis datur, ut adeant, patri quæratur, & illi oneribus hereditariis maneant implicati contra juris regulam, commoda enim ſequi debent incommoda, ne alias refragetur teſtantis voluntas; unde infertur, quod, ſi vindicationis legatum relictum filiis fuiſſet, ad patrem totum pertineret, infertur etiam, præceptiones unico herede exiſtente non cedere, niſi a die hereditatis aditæ, quod in vindicatione diverſum.

§. XIX. Tertium diſcrimen ſit, per vindicationem ea ſolum teſtator poterit heredi unico relinquere, quæ ipſius teſtatoris erant utroque tempore, mortis ſcilicet & facti teſtamenti, ut ex Ulpiano *tit.* 24. conſtat, quia nullo medio tempore vindicationis legata tranſeunt a teſtatore in legatarium, ſed recta via; per præceptionem vero ea omnia heres capere poterat, quæ in hereditate inveniebantur, ſive ea teſtator, dum vixit, habuiſſet, ſive poſtea hereditati fuiſſent adquiſita, & ratio eſt, quia hoc legati genus non recta via a teſtatore in legatarium, ſed a teſtatore in hereditatem tranſit, & ab hereditate in heredem, quod ex formula conſtat ibi, *e media hereditate præcipito;* ergo prius hereditas eſſe debet, & poſtea præceptio: faciunt etiam, quæ diximus in primo diſcrimine; hinc lucem capit textus in *l. heres* 72. *ad S. C. Trebell.* ubi heres præcipit æſtimationem fundi alieni per præceptionem dati, quia pretium, quod loco rei ſuccedit, in hereditate erat, & illud videtur legatum, ratioque hoc ſuadet; præceptio enim heredi relinquebatur, ut commodum ſentiat in aditione; cum ergo in fundo & in ejus æſtimatione pariter commodum inveniatur, recte fundo deficiente præſtatur æſtimatio, ſed cur fundus non comparatur a vero domino, & præcipit heres illum? quia ſi hoc fieret, non rem hereditariam præciperet heres, quod neceſſum in hoc legato eſt, quibus aperte conſtat, fundum illum per vindicationem legatum non fuiſſe, nam ſi vindicationis eſſet legatum, fundus alienus comparandus erat, ut legatario præſtaretur, quia cum in teſtatore leganda pareat voluntas, & vindicatio in re aliena conſiſtere nequeat, tranſire deberet vindicationis legatum in legatum damnationis ex SCto Neroniano relato ab Ulpiano in *fragm. tit.* 24. §. 11. & fundum alienum tanquam per damnationem legatum heres redimeret, & ſibi haberet juxta §. *non ſolum inſt. de legatis.* neque obſtat ſupra dictis Ulpianus *tit.* 24. §. 11. dum ait, *per præceptionem legari poſſunt res, quæ etiam per vindicationem:* quæ verba non ſignificant res per præceptionem legatas utroque tempore, mortis & facti teſtamenti, ut in legato vindicationis, teſtatoris eſſe debere; ſufficit enim, ut diximus, in hereditate eſſe, cum heres adiit; ſed quod Ulpianus docet, illud eſt, res, quæ per vindicationem legari poſſunt, etiam per præceptionem legari valent, non tamen eodem modo, neque ſolum res illæ, ſed etiam, quæ in hereditate inventæ fuiſſent; ita in ſinendi modo res, quæ per præceptionem legari poterant, & non ſolum illæ, ſed etiam, quæ heredis fuiſſent, ac demum in damnatione, quæ per ſinendi modum poterant legari, & res etiam alienæ: ſic gradatim unus ad alterum legandi modum continebat.

§. XX. Nec obſtat interpretationi *d. l. ſi heres*

 tex-

textus in *l. cum pater* 77. §. *evictis de leg.* 2. in primo reſponſo, ubi omiſſo Cujac. *lib.* 8. *reſponſorum Papin.* qui voluit fratres coheredes non teneri de evictione, teneri tamen fideicommiſſum fratri præſtare, veriorem credo Cumanum in *d.* §. dicentem, rationem juris illius eam eſſe: patet, qui unum filium prælionoravit fideicommiſſo illi relicto, (quod fideicommiſſum prælegatum fuit, ut mox dicemus) non eſt credendus contra debitum naturale, ſi ſciret prædia aliena eſſe, velle coheredes fratres imminutis ſuis portionibus hereditariis æſtimationem alteri præſtare, quod qualiter debeat extendi & limitari, recte proſequitur Cumanus: præſentit Accurſ. cui ſe ſubſcribunt Gofredus & Bart. *ibidem.* hæc autem ratio merito ceſſat in *d. l ſi heres.* ubi unicus invenitur ſubſtitutus.

§ XXI. Quarta differentia ſit, non poſſe per vindicationem heredi unico partem hereditatis legari, quia, ut diximus, recta via tranſit vindicatio a teſtatore in legatarium; cum ergo hereditas teſtatoris nunquam fuiſſet, ſed poſt ejus mortem eſſe incipiat, per vindicationem pars hereditatis legari non poteſt, quia hoc ſecundo legandi genere hoc modo præſtantur res, quæ utroque tempore mortis & facti teſtamenti teſtatoris fuerunt, ut §. *proxime* diximus; per præceptionem vero, cum ea relinquantur, quæ in hereditate ſunt, recte poterit unicus heres portionem hereditatis præcipere: ſic intelligo textum in *l. deducta* 58. *ad S. C. Treb.* ubi Cujac. *lib.* 9. *reſponſ. Papin.* & facit Juſtinian. in §. *ſi quis una inſt. de fideicommiſſ. heredit.* unde infero, non poſſe partitionis legatum unico heredi relinqui, quia pars hereditatis legata tranſire recta via nequit in legatarium, ſed mediis ſtipulationibus ab herede interpoſitis, ut late diximus ſupra *cap.* 2. §. 19. *& ſeq.* & videndus Hillig. ad Donell. *lib.* 8. *comment. cap.* 11. *lit. S.* adducens Turaminum, Contium, & alios: prius ergo, ut legatum partitionis conſiſtat, neceſſum eſt, ut hereditas penes heredem ſit, qui poſtea ſtipulationes interponat, & partem hereditatis legatario præſtet, ut ex formula conſtat, *heres meus hereditatem meam partito*, relata ab Ulpiano *tit.* 24. §. *ſicut ſingulæ.* unico igitur exiſtente herede hoc legati genus adquiri non poteſt, quia ſibi apud ſemet ipſum nec interponi ſtipulationes, nec partitionem fieri jus noſtrum patitur, & licet vere non repugnaret, fruſtranea eſſet in herede unico hujusmodi hereditatis partitio, cum pariter etiam poſt partitionem oneribus hereditariis maneret implicatus, tam in ea parte, quam vice legati haberet, quam in re, quam jure inſtitutionis conſequitur.

§. XXII. Quintum etiam diſcrimen invenio, cum prælegatum relinquitur unico heredi ſuo & neceſſario, vel neceſſario ſolum, qualis ſervus eſt. Sed antequam diſcrimen proferamus, in obſcuro ſane eſt, quo pacto fieri poſſit, ut præceptionem capiat neceſſarius heres vel ſuus, qui non ſuo facto, non ſua voluntate, ſed poteſtate legis heredes exiſtunt, quapropter Græci eos heredes apparere dicunt. *l. penult.* §. *pen. de bonis lib. l. unica* §. *fin vers C. de curatore furioſi:* notat bene Cujac. *lib.* 1. *quæſt. Pauli* in *l. geri pro herede* 88. *de adquirenda heredit.* Donellus *lib.* 5. *comment. cap.* 1. ubi Hilligerus; unde venit, ſuo herede exiſtente vel neceſſario, hereditatem non eſſe, quia nullum medium tempus conſideratur inter mortem teſtatoris & exiſtentiam heredis neceſſarii vel ſui. *l. in ſuis* 11. *de liberis & poſth. l. in ſuis* 14. *de ſuis & legit. heredib. l. non optio* 13. *de optione legata.* faciunt, quæ diximus *cap.* 1. §. 13. ſi hereditatis non eſt, neque præceptionem eſſe videtur ſequi, unico herede neceſſario vel ſuo exiſtente, quia, ut ſæpius diximus, præceptio e media hereditate fiebat: deficiente ergo hereditate & præceptionem deficere conſequens eſt; ſed aperte conſtat, etiam heredem ſuum & neceſſarium capere prælegatum poſſe, & præceptionem. *l. ult. de leg.* 2. *l. filis* 31. §. *ult. de adimendis legatis. l. ult. de peculis legats. l. Titia* 34. §. *Lucius. l. cum pater* 77. §. *filia de leg.* 2. cum aliis adductis a Briſſonio *lib.* 7. *de formulis pag.* 715. quod, etiamſi unicus heres ſuus vel neceſſarius fuerit inſtitutus, verum eſſe exiſtimamus, & ſic fieri credimus.

§. XXIII. Heres ſuus & neceſſarius, licet ipſo jure & eodem inſtanti, ut diximus, quo teſtator moritur, inveniebatur heres, tamen cum beneficium abſtentionis neceſſario heredi detur. *l. neceſſariis* 57. *de adquir. heredit.* & ſeparationis beneficium neceſſario heredi detur. *l.* 1. §. *ult. de ſeparationibus.* textumque illum accipio non ſolum, quando debitum erat aliquod naturale inter ſervum & dominum, ſed etiam ſi nihil debitum eſt, poterit ſeparatio peti, ut ſervus non plus teneatur præſtare, quam illud, quod in hereditate eſt, licet poſtea aliquid amplius adquirat, quo Prætoris auxilio uterque fruitur, antequam bonis immiſceatur; ideoque medio illo tempore ante immixtionem poſt mortem teſtatoris, quamvis ipſo jure heredes ſint cum effectu, tamen non tenentur oneribus hereditariis, unde venit, poſſe eos cum creditoribus defuncti paciſci, ut minus ſolvatur, quod pactum tenet. *l. juris gentium* 7. §. *ante aditam, & ſeq. de pactis.* ubi Cujac. in *recitatione ſolemni:* hinc ergo ſequitur, immixtionem quodammodo ſubire aditionis imaginem, ac per conſequens bona teſtatoris quaſi hereditatem eſſe, antequam immiſceat ſe ſuus vel neceſſarius heres, quod quidem ſufficere credo, ut præceptio valeat; non enim neceſſarium eſt, ut e media hereditate præcipiatur, veram eſſe hereditatem, qualis qualis fuerit hereditas, ſufficiet, nam & petitio hereditatis etiam datur pro caſtrenſi peculio. *l. item veniunt* 20. §. *non ſolum de petitione hereditatis.* peculiumque caſtrenſe non vera hereditas, ſed quaſi hereditas eſt. *l.* 2. *& tois tit. ff. de caſtrenſi peculis.* cum vulgatis; juvaturque, quia licet e media hereditate præcipere jubetur heres, non tamen præcipit, niſi poſtquam heres eſt, & licet jam hereditas non ſit, & ſtricto loquendi modo ex hereditate non præcipiat, tamen ex bonis, ſcilicet quæ vel teſtatoris vel hereditatis fuerunt, ut diximus ſupra §. 18. ex *l.* 1. §. *qui vero quod legatorum.* conſtat jam, ſuum & neceſſarium poſſe prælegata capere, licet unicus heres inveniatur inſtitutus, quod etiam extendo, ſi pater heres inſtitutus ſit a filio in caſtrenſi peculio, quod ea ratione nititur, quia peculium caſtrenſe, ut nuper dicebamus, etiamſi pater inſtitutus ſit, imaginem hereditatis ſuſtinet. *d. l.* 2. *de caſtrenſi peculio. l. filiusfam.* 18. *ad leg. Falcid.* & ſic intelligo cum Gothofredo in notatis ad *d. l.* 2. textum in *d. l. item veniunt* 20. §. *non ſolum de petitione hereditatis. l. ſi quis a liberis* 5. §. *item reſcriptum eſt*, ibi *heredes filii*, *de lib. agnoſ.* poterunt ergo heres ſuus & neceſſarius, & pater in caſtrenſi peculio præceptionem habere, etiam ut illius ſpecie judicium teſtatoris conſervent, quod evertere poterant, ſuus per abſtentionem, neceſſarius partim etiam evertit per ſeparationem. *d.* §. *fin. l.* 1. *de ſeparationib.* & patrem ſeparationis etiam beneficio gaudere ratio ipſa Edicti ſuadet, & non male colligitur ex *d. l.* 1. §. *ſi filiusfam. de ſeparationibus.*

§. XXIV. Ex dictis conſidero, bona teſtatoris, quæ ipſo jure eo moriente ſui vel neceſſarii heredis facta ſunt, imaginem hereditatis præferre, quod licet verum ſit, fructus tamen & acceſſiones, quæ bonis illis obvenerunt, imaginem hereditatis nullatenus facere, quia cum acceſſiones illæ nunquam teſtatoris fuiſſent, & hereditas ſit ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit. *l. hereditas* 62. *de R. J.* merito dicendum erit, eas acceſſiones, quas teſtator nunquam habuit, hereditatem effici non poſſe: neque obſtat, ſi dicas etiam, quando extraneus inſtitutus invenitur, hereditatis acceſſiones teſtatoris non fuiſſe, & tamen hereditatem augere. *l. quod ſervus* 38. *ff. de leg.* 2.

leg. 2. *l.* 1. §. *Scævola*, ubi gloſſa, *ſi is qui teſtamento liber eſſe juſſus eſt.* reſpondeo enim, tunc hereditatem eſſe, quæ vicem teſtatoris ſuſtinet, ex *d. l. hereditas*, quæ adquiſitionis capax eſt, niſi in his ſolummodo, quæ perſonam requirunt. *l. uſusfructus* 26. *de ſtipulatione ſerv.* & cum nemo alius ſit, cui hereditatis acceſſiones adquirantur, niſi ipſi hereditati adquiſitionis capaci, recte adquirit acceſſiones, illisque augetur: & in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione ea de cauſſa venit, quidquid hereditati jacenti fuit adquiſitum, quia omne, quod hereditas eſt, debet reſtitui. *l. ita tamen* 27. §. 1. *in fine ad S. C. Treb.* ubi Cujac. *lib.* 40. *Dig. Juliani.* Donellus *lib.* 7. *comment. cap.* 25. Peregrinus *de fideicommiſſis art,* 49. *num.* 13. & nos latius diximus in *commentariis ad l. in fideicommiſſaria* 18. *ad S. C. Treb.* §. 4. qui textus in fructibus debet accipi, quos heres capit, poſtquam adivit, ideo igitur præceptiones, quæ in bonis locum habent in hereditate inventis tempore aditionis, etiam in his, quæ poſt mortem teſtatoris hereditati acceſſerunt, locum ſibi faciunt herede extraneo inſtituto. Si vero ſuus vel neceſſarius inſtitutus inveniatur, cum eo tempore & inſtanti heres ſit, quo teſtator moritur, quidquid ante immixtionem acceſſerit, & obvenerit bonis teſtatoris jam heredis factis, illico ex illius perſona adquiritur ei, quia jam bona illa non hereditas, ſed patrimonium heredis eſt, & idem operatur mors teſtatoris in ſuo vel neceſſario, quod in extraneo aditio, ut ex dictis conſtat, & quamvis imaginem vel exemplum hereditatis eſſe ante immixtionem dicamus, non illud accipio quoad perſonam imaginariam repræſentativam teſtatoris, quam perſonam juris fictio ſolum admittit, cum vere hereditas eſt; herede autem ſuo exiſtente eſſe nequit perſona illa jure ficta, quia perſona heredis jam vera eſt, quæ repræſentet; accipimus ergo exemplum hereditatis, ut formula præceptionis locum habeat, in his bonis tantum quoad ſuſpenſionem juris hereditarii, hoc eſt, ut omnes obligationes & actiones, quæ defuncto & in defunctum dabantur, ſine effectu pendeant ante immixtionem, & licet jure competant, exerceri nequeant ab herede & in heredem; unde ſequitur, ſuo herede exiſtente, fructus poſt mortem teſtatoris ante immixtionem adquiſitos non debere reſtitui in hereditate per fideicommiſſum relicta, ut non reſtituuntur, qui poſt aditionem heredis fiunt. *d. l. in fideicommiſſaria.* neque præceptiones etiam fieri poſſe ex bonis, quæ poſt mortem teſtatoris acceſſerunt, quia non hereditatem neque imaginem hereditatis conſtituunt, ſed penitus heredis patrimonium, & cum præceptiones non poſſint ex patrimonio heredis, ſed e media hereditate fieri, recte ſequitur, eorum bonorum præceptionem eſſe inutilem.

§. XXV. Jam illud ſequi videtur, nimirum nullam diſcriminis rationem verſari inter vindicationis legatum, & legatum præceptionis heredi unico ſuo vel neceſſario relictum, cum non poſſit, ut diximus, prælegatum e media hereditate in hac ſpecie relinqui, quia hereditas non eſt, tamen ea non obſtante ratione verius exiſtimo, quintum diſcrimen adhuc locum obtinere, ideo ſcilicet, quia legatum vindicationis non aliter, ut ſæpius diximus, valet relinqui, niſi utroque tempore, & mortis & teſtamenti facti, teſtatoris fuiſſet; at in ſpecie propoſita juxta ſuperiorem doctrinam, licet neceſſum ſit, ut legatum præceptionis teneat, rem per præceptionem legatam teſtatoris fuiſſe, non tamen neceſſum eſt utroque tempore, mortis & facti teſtamenti, illius eſſe; ſufficit enim, ut verificetur rem prælegatam teſtatoris fuiſſe, ut tantum mortis tempore ejus eſſet, unde jam diſcrimen apparet inter vindicationem & præceptionem, heredi ſuo vel neceſſario relictam, nimirum vindicatio duobus illis temporibus mortis & teſtamenti deſiderat teſtatoris rem legatam fuiſſe; præceptio vero, licet tempore teſtamenti res aliena eſſet, dum tamen illius fuiſſet, cum teſtator moritur, tenebit, & legatum conſiſtet.

§. XXVI. Hic venit interpretandus textus in *l. Titia* 34. §. *Lucius Titius de leg.* 2. quo in textu plura notatu digna omitto circa verſionem Antonii Contii, ibi *ſyntheſin ſterilium villarum*, ſed ea miſſa facimus, qui plura velit, adeat Pancirolum *lib.* 2. *var. cap.* 68. & Petrum Fab. *lib.* 2. *Agoniſt. cap.* 17. ſpecies ergo, quæ ad nos ſpectat, ſic ſe habet: Lucius Titius paterfamilias filiam & filium heredes fecit, & cuique eorum præcipua prædia dedit in portionibus ſuis, ea lege, ut neuter a coherede partem caperet, ſed a ſe ipſo totum, quod prælegatum eſt, acciperet, & Modeſtinus reſpondit, *non ſic interpretandam ſcripturam, ut inutile fideicommiſſum fiat*, cum antea dixiſſet ita, *cum inutiliter a ſemet ipſo quemque eorum, quam habet partem, accipere voluit*: ex quibus verbis duplex illud videtur ſequi. Primo, quod contra nos magnopere facit, inutiliter a ſemet ipſo quemque eorum a ſe ipſo accipere, quod prælegatum eſt; igitur ſi unicus fuiſſet inſtitutus heres, inutiliter a ſe ipſo capiet. Secundo, quomodo fideicommiſſum inutile effici dicitur, ſi ſermo antea factus non de fideicommiſſo, ſed de prælegato erat.

§. XXVII. Accurſius, ut has difficultates evertat, quinque ſolutiones adduxit, quas omnes incongruas eſſe judico, & quoniam longum eſſet recenſere & refutare, ab utroque officio abſtineo. Gofredus in *præſenti num.* 3. contendit, inutile effici prælegatum pro ea parte ſolummodo, quam heres a ſe capere debebat, pro portione vero coheredis coheredi creſcere, ſed hoc a veritate alienum, cum teſtantis voluntas non ea ſit, ut coheres filius a filiæ parte quidquam capiat, ſed quilibet eorum tantum a ſe ipſo, neque jus accreſcendi debet admitti, niſi aliqua in parte voluntas teſtatoris adſit, quæ ad ſe portionem vacantem juris poteſtate attrahat. *l. plane* 34. §. *ſi duobus de leg.* 1. Cujacius *lib.* 10. *reſponſorum Modeſtini in hoc textu* aſſeverat fideicommiſſum fuiſſe relictum, quod probat ex verbo græco *βούλομαι*, id eſt, *volo*, quod non neceſſitatem præceptionis imponit heredi, precarium enim verbum eſt non directum, quod non poſſe heredem a ſe capere Cujacius in ea ſpecie docet, & ne inutilis reddatur teſtantis voluntas, partim jure hereditario a ſe ipſo capit, partim jure legati a coherede, quod contra voluntatem defuncti ratio juris neceſſaria hanc varietatem poſſeſſionis inducat exemplo *legis cum qui* 13. §. *fin. ff. de his quibus ut indignis.* ſed a Cujacio diſcedo, etiam quia jus noſtrum nihil inducit contra teſtantis voluntatem, imo potius ſtudet illi ſuffragari, neque textus in *d.* §. *finali* pro Cujacio facit, com varietas illa poſſeſſionis non ibi contra voluntatem ſed ex præſumpta teſtatoris voluntate inducatur, ut late ſupra expoſuimus: cæteri ſcribentes ſequuntur gloſſam.

§. XXVIII. Nos autem ex doctrina ſupra tradita contendimus, poſſe filium & filiam heredes Lucii Titii capere eorum quemlibet a ſe ipſo præceptionem ſibi relictam, nam ſi unicus heres inſtitutus præceptionis capax eſt, eadem juris ratione poterit in ſua portione, qui habet coheredem, a ſe ipſo præcipere, neque obſtant illa verba, *cum inutiliter a ſemet ipſo quemque eorum, quam habebat partem, accipere voluit*, quæ ſic interpretor: teſtantis voluntas his verbis explicatur, *volo filiam meam a ſe ipſa accipere villam Gazam cum impoſitionibus, & Octavianum filium præcipuum accipere ſyntheſin ſterilium villarum &c.* quæ verba duplicem obtinere valent ſignificationem, prima, ut acciperentur jure legati, non præceptionis, ſed alterius generis, quod verbo *accipere* comprehendi poteſt: faciunt quæ diximus *cap.* 2. §. 9. ſecunda, *accipere* ſignificationem continet etiam præceptionis, nam ſæpe pro capere in jure noſtro videmus admiſſum, ut in his verbis notat Briſſonius;

nius: ex hac ergo duplici verborum quæſtione illud venit, ſi ea formula teſtator relinquere voluit legatum, quod præceptionis non fuiſſet vel vindicationis, cujusque heredum a ſe ipſo inutilis redditur diſpoſitio ex *l. legatum* 116. §. s. *ff. de leg.* 1. eum vulgatis, & in ea ſententia debent intelligi, *eum inutiliter a ſemet ipſo quemque eorum &c.* quæ pro ratione dubitandi adducuntur, ut ex interrogatione, qua notantur, apparet. Sed Modeſtinus reſpondit, non ſic interpretandam ſcripturam, nam ſi ita interpretaremur, inutilis fieret diſpoſitio: ut ergo valeat, quod teſtator dixit, debemus illa verba accipere ſignificatione ſecunda, hoc eſt, ut heres quisque a ſe ipſo capiat jure præceptionis, ſicque inutile non redditur, quod prælegatum eſt: juvatur noſtra interpretatio ex Cumano in *ſummario d.* §. ibi, *valet prælegatum, ut ſinguli coheredes a ſe aliquid præcipiant*, & poſtea *num.* 5. ait, *verbum* a ſe ipſo *non reſpicit verbum* lego, *ſed verbum*, capiat; quo ſane Cumanus aperte docet, non poſſe heredem legati jure adquirere, poſſe tamen capere; ſed in eo aberrat, dum credit, in hac ſpecie partim jure legasi partim jure hereditario præceptionem adquiri. Hinc lucem capit Ulpianus in *l. ſi conditione* 6. §. *finali ff. de heredibus inſtituendis.* & in *l. ex parte.*

CAPUT QUARTUM.

De imponenda ratione legis Falcidiæ, & quartæ Pegaſianæ in Prælegato.

§. I. Brevi Commentario hoc noſtrum caput illuſtrare conabor, & quia premimur temporis anguſtiis, & quia hac de re ſcripſere multi ex noſtris Salmanticenſibus, tantumque ea dicemus, quæ vel notatu digniora, vel quæ nemo alius ante nos dixit. Prius enim præmittere oportet, in Falcidia lege imputationem fieri, quæ quidem imputatio illud nuncupatur, quod adjudicatur heredi pro quarta parte hereditatis, quam poteſtate legis Falcidiæ conſequitur heres: ſic loquuntur *lex non eſt* 50. *l. id autem* 70. *cum* 2. *ſeqq. l. Titia* 86. ibi, *in quartam imputantur*, & ibi *id ei imputabitur. l. in numerationibus* 44. *ff. de ſolutionibus.* eſt etiam animadvertendum, computationem diverſam eſſe ab imputatione; computantur enim in Falcidiam, quæ hereditatis cumulum augeant, ut ex ea aggregatione fiat quartæ deductio. *l.* 1. §. *ſi debitor. l. Neſennius* 22. *ff. ad leg. Falcidiam. l. deducta* 58. *ff. ad S. C. Trebell.* notant Berengarius in *repetitione legis in quarta parte* 2. *num.* 5. Hilligerus *lib.* 3. *comment. Donelli cap.* 24. *num.* 9. Julius Pacius *centuria* 6. *quæſtione* 47. contributio denique a computatione & imputatione differt, quoniam contributio locum habet inter legatarios, ut, cum Falcidia imponenda eſt, pariter legata minuantur. *l. ex facto* 35. *de heredibus inſtituendis. l. in ratione* 11. §. *quæſitum ff. ad leg. Falcidiam.*

§. II. His ergo jam ſtatutis exiſtimo, prælegata penitus contribui cum legatis cæteris, ſi Falcidiæ locus fuerit, non tantum pro portionibus coheredum, ſed etiam pro ea parte, quam heres a ſe ipſo retinet, & moveor ea ratione, quia, ut diximus, ea portio conſiſtit etiam jure legati præceptionis; unde recte ſequitur, contributionem etiam debere fieri illius portionis, quæ etiam legata eſt, & ut legatum præceptionis tenet, ut probat aperte Papinianus in *l. ex facto* 35. *ff. de heredibus inſtituendis.* unde ſequitur, omne prælegatum etiam pro parte heredis prælegatarii in computationem venire, ut ex prælegato pariter cum legatis cæteris deducatur Falcidia, & cumulus hereditatis augeatur, quod ex *eodem textu* expreſſe apparet, & facile ex doctrina noſtra poterit defendi. Non ita facile nec aperte conſtat, qualiter in Falcidia imputentur prælegata, cujus rei diſputatio habetur in *l. in quartam* 91. *ff. ad leg. Falcidiam.* quo in textu fere antiquiores omnes docent, ea ſolum, quæ jure hereditario capit heres, imputari in Falcidiam, unde etiam inferunt, prælegatum, quod partim jure hereditario capitur, & partim jure legati, pro ea parte ſolum, quæ hereditario jure retinetur, in quartam imputari; ſin autem gravatus heres ſit de hereditate reſtituenda, tunc in quartam Pegaſianam, quam heres reſtituens detrahit, imputari ea omnia, quæ judicio teſtatoris veniunt, unde videtur ſequi, prælegatum univerſum tam ex parte, quam a coheredibus accipit, quam ex ea, quam a ſe ipſo retinet heres, in quartam Pegaſianam imputari, & ut non obſtet *legis in quartam* 4. *verſ. pro ea vero parte &c.* dicunt verba illa referenda eſſe ad Falcidiæ legis imputationem, cujus mentio facta in *princ. l. in quartam.* & hujus diverſitatis rationem eam eſſe dicunt, ſcilicet heredem magis teſtatori dilectum eſſe legatariis, fideicommiſſarium vero magis dilectum herede; ideoque ut amplius capiat heres reſpectu legatariorum, non imputantur ei in Falcidiam niſi tantum illa, quæ hereditario jure capit; ſin autem hereditas reſtituitur, potior eſt cauſſa fideicommiſſarii magis dilecti, qua ratione imputantur heredi omnia, quæ ex judicio defuncti capit, ſive hereditario, ſive alio quolibet jure, ne imminuatur fideicommiſſum hereditatis: hæc communior ſententia eſt, licet alii alia dixerint: videndi ordinarii juris interpretes, & latiſſime Gofredua, Cumanus, & Albericus, qui duo antiquiores ſecuti brevi commentario ſunt contenti. Donellus *lib.* 7. *commentariorum cap.* 30. & *lib.* 8. *cap.* 26. ubi Hilligerus *lit. H.* Antonius Faber *lib.* 6. *conjecturarum cap.* 3. & 4. Contius *lib.* 2. *ſubſecivarum lectionum cap.* 5. Charondas *lib.* 2. *veroſimilium cap.* 4. Coraſius *lib.* 2. *miſcellaneorum cap.* 1. Duarenus *lib.* 2. *diſputationum cap.* 10. Goveanus *animadverſionum cap. penultimo.* & in *d. l. in quartam.* ubi Ripa & Alciatus, & *lib.* 6. *paradox. cap.* 4.

§. III. Sed diſcrimen illud imputationis in Pegaſiana quarta & Falcidia non bene nititur ea ratione majoris affectionis, quoniam non video, qua ex cauſſa potior ſit fideicommiſſarius affectu teſtatoris legatariis; ſi enim magis dilectus eſt, illud eſſe debet & conjecturari vel ex repræſentatione teſtatoris, vel ex commodo, quod præcipitur ex judicio ejus, non ex repræſentatione, quia pariter fideicommiſſarius & legatarius non repræſentant teſtatorem, ſed ſolus heres. §. *Neronis inſt. de fideicommiſſariis hereditatibus.* neque etiam ex commodo, quia in legatis non minus lucri conſequitur legatarius, quam fideicommiſſarius univerſalis: imo ille, cui reſtituitur hereditas, oneribus hereditariis manet implicatus, quod in legato ceſſat, niſi partitionis fuerit: bene ergo ſequitur, non magis dilectum fideicommiſſarium legatario, ac per conſequens non magis dilectum fideicommiſſarium herede, ſi heres magis dilectus eſt legatariis; unde venit, diſcrimen illud ea ratione dilectionis attenta ruere penitus, licet amplexaverint Fachinæus *lib.* 5. *controverſiarum cap.* 5. Goveanus in *l. in ratione* 30. §. *tametſi ad leg. Falcidiam num.* 3. & Hilligerus ſupra citatus repulit illam; nec rejecit aliter Cujacius *lib.* 8. *obſervationum cap.* 4. qui contendit, idem juris obtinere & obſervari in deductione quartæ, ſeu legata ſint præſtanda, ſeu fideicommiſſa hereditas relicta, pariterque imputari ait in utroque caſu ea ſolum, quæ hereditario jure capiuntur, non autem illa, quæ alio titulo veniunt, licet ex judicio teſtatoris; ſed eam ſententiam carpit Faber *ubi ſupra*, & quoniam locus nobis non eſt eam penitus evertere, quæ veriora judico, ſic ſe habent.

§. IV. In ratione Falcidiæ legis non imputari exiſtimo prælegatum, neque pro ea portione, quam a ſe capit heres, quod non ſatis aperte tradit Goveanus, licet ſubintelligi valeat in his, quæ dixit

Google

dixit in *principia dictæ legis in quartam.* cujus noſtræ ſententiæ ratio eſt; prælegatum namque, ut ſæpius diximus, firmum remanet & validum, etiam pro parte heredis prælegatarii; & in ea portione non hereditas, ſed præceptionis legatum eſt: ſi ergo non imputantur in quartam ea, quæ jure legati capit heres, ut *princ. d. l.* 91. conſtat, ſequitur inde, neque etiam imputari debere portionem prælegati, quam a ſe heres capit, quæ jure legati præceptionis conſiſtit; ſed jam dices, ſæpius nos affirmaſſe, prælegatum a coheredibus capi jure legati, & a ſe ipſo heredem retinere illud jure hereditario; ſi igitur in quartam imputaotur ea, quæ capit heres hereditario jure, ſequitur portionem imputari jure præceptionis, quam heres a ſe retinet; ſed difficultas illa ita explicari debet: portio præceptionis, quam a ſe capit heres jure hereditario, retinetur, non quia hereditas ſit pars illa, & communem ſortiatur cum cætera hereditate naturam, ſed quia non alius quam heres partem illam adquirere valet, unde ſequitur, duplicem eſſe capionem jure hereditario; hereditas namque jure hereditario capitur, & præceptio etiam, quia ſolus heres capit hereditatem, & heres ſolus capit præceptionem, ſed in eo diſcrimen eſt, hereditas, quæ jure bereditario capitur, hereditas manet oneribus hereditariis implicata; portio vero præceptionis non remanet hereditas, ſed præceptionis legatum, neque hereditariis oneribus tenetur. Sed tunc obſtat *princ. legis in quartam.* ubi imputantur, quæ jure bereditario capiuntur; ſine diſcrimine igitur, dum abſolute lex loquitur, debent imputari, quæ jore retinentur hereditario.

§. V. Huic objectioni ſane difficili reſpondendum eſt ex verbis textus, quæ ſic interpretor, *imputantur res*, (Marcianus ait) *quas jure hereditario capit*, & quoniam ea verba amplexabantur pariter utrumque illud, quod agnoſcimus, hereditarium jus, & quo hereditas capitur, & quo præceptio retinetur, limitat Conſultus ſententiam *verſic. ſeq.* ibi, *non quas jure legati &c.* ac ſi diceret, licet jure etiam hereditario capiat heres portionem legati præceptionis, quam a ſe capit, non tamen imputatur in quartam, quia pars illa non ſolum conſtitit jure hereditario, ſed etiam jure legati capitur, & ea ſolum imputantur, quæ tantum jure hereditario, non autem, quæ ſimul jure hereditario & jure legati capiuntur. Sed huic interpretationi obſtat, quod ſi Marcianum intelligimus de legato præceptionis, quod etiam jure hereditario capitur, ſequentia verba ibi, *vel fideicommiſſi, vel implendæ conditionis cauſſa accipit*, debent intelligi de fideicommiſſo, & de conditionis adimplemento, quod fiat etiam hereditario jure, quia unum contextum efficiunt cum illis verbis, *non quas jure legati*, & eandem limitationem debent conſtituere, ſed fideicommiſſum, vel quod adimplendæ conditionis cauſſa accipitur, jure hereditario capi non poteſt, quia utrumque illud hereditas non eſt, neque retinetur præceptionis jure.

§. VI. Cui difficultati reſpondeo, fideicommiſſum relinqui poteſt heredi coherede inſtituto, qui præſtet; ſed duplici modo hoc fieri valet. Primum, ut fideicommiſſum heredi præſtetur, ſi adierit, non autem ſi repudiaverit, in quo caſu, ſi heres non fuerit, fideicommiſſum non adquiret, *arg. legis ſed ſi non alias* 88. *ff. de leg.* 1. Secundo poteſt fideicommiſſum dari heredi abſque eo, quod teſtator dicat, ſe velle illud præſtari heredi adeunti, ſed tantum Titio, qui inſtitutus erat; tum enim, etiamſi repudiaverit, conſequetur fideicommiſſum a coheredibus adeuntibus, exemplo *legis qui filiabus* 17. *cum l. ſeq. ff. de leg.* 1. quod etiam in conditionis adimplemento conſidero. In primo ergo caſu, cum heres accipiat, vel fideicommiſſum, vel conditionis commodum, quia heres eſt, jure hereditario accipere videtur: ait ergo Marcianus, hujuſcemodi lucrum, licet heres capiat hereditario jure, non imputari in Falcidiam, quia ſolum ea imputantur, quæ non jure legati, vel fideicommiſſi, vel conditionis implendæ cauſſa; ſed ſine his titulis hereditario jure capiuntur, quæ ſententia JCtum ſapit, & non ita ſaperet, ſi cum vulgo interpretum diceremus, *verſ. illum non quas jure legati &c.* debere intelligi de adquiſitionibus omnibus, quæ non fiunt hereditario jure; hoc enim JCto non erat opus exponere, dum dixerat, in quartam imputari res, quæ hereditario jure capiuntur, unde facile ſequebatur, res, quæ non jure hereditario, ſed legati vel fideicommiſſi, vel conditionis adimplendæ nomine capiuntur, non imputari. Obſervo etiam, dixiſſe Marcianum *res, quas jure legati*; quia non ſolum prælegatum poterat jure hereditario capi, ſed etiam legatum cujusvis generis, ſi a coherede relictum eſſet heredi, ut adiret, neque omnes capiones, quæ jure heredis obvenire poterant, complecteretur ſic loquutus, qui etiam verbo *accipit* uſus fuit, nam ſub eo verbo intelligi valent prælegata, & legata quævis, & cæteræ capiones, quas recenſet.

§. VII. Sed jam illud reſtat explicatione dignum, quænam res illæ ſint, quas jure hereditario capit heres, & in quartam ei imputantur? dices hereditatem eſſe, quam jure inſtitutionis & hereditario jure heres adquiſivit, vel portionem legati heredi relicti, non prælegati, quæ portio inutilis efficitur hereditate adita, & penes heredem remanet eodem jure, quo hereditas, ut late ſupra *cap.* 1. & ſi quæ alia ſunt hujuſcemodi. Sed Ant. Faber *lib. 6. conjectur. cap. 4. circa finem* aſſerit, indignum eſſe elegantia JCtorum, dicere in quartam hereditatis imputari, quod hereditas eſt, proprisque imputationis ſignificatio non illa, ſed ut, quod hereditas vere non eſt, quartæ adjudicetur, quam adjudicationem imputationem dicunt JCti in quartam hereditatis, ex qua doctrina deducit, neque hereditatem, neque portionem legati heredi relicti, quæ inutilis efficitur, & hereditas remanet, in quartam imputari; ſed ea, quæ jure hereditario capiuntur, & hereditas ſunt, imputari debere, e quorum numero portio prælegati eſt, quam heres a ſe capit. Sed a Fabro diſcedo, quia ipſe ſibi contrarius exiſtit; nam *eadem conjectura columna 4. in princ.* aſſerit, prælegatum & legatum eodem jure capi ab herede, ſi adierit, tuncque partem illam, quam a ſe conſequitur, inutilem reddi pariter in utroque: igitur in ſententia Fabri portio illa legati & prælegati eodem modo ſine diſcrimine, quo hereditas, manet penes heredem; ſi ergo pars legati, quam a ſe capit heres, non imputatur ſecundum Fabrum, quia hereditas eſt, nec etiam imputabitur portio prælegati in ſua ſententia, quia hereditas cenſetur: ergo contrarium docet, dum non ſemel fatetur, portionem prælegati, quæ jure hereditario adquiritur, imputari.

§. VIII. Secundo, ut omnino hæc & alia quælibet obſtacula diluamus, obſervo, non ſemper ita ſtricte debere accipi Conſultos, ut ſub imputationis nomine cadere non poſſit, quod hereditatis eſt, & quamvis hoc gratis Fabro demus, adhuc jura conſtabunt; his namque duabus ſpeciebus juris hereditarii, quas ſupra retuli §. 4. tertiam addendam cenſeo, quæ res contineat jure hereditario venientes, diverſas aliquatenus ab hereditate, & a cæteris capionibus jam dictis, quæ ſtrictiſſimo loquendi modo in quartam imputantur: hæc ſunt legata, a quibus ſubmovere legatarios heres poteſt, quæ non ex voluntate teſtatoris penes heredem remanent, ſed præcipue ex poteſtate legis, quæ eorum legatorum conſiſtentiam & præſtationem aliqua ex cauſſa impedit, hujuſcemodique capio ab hereditate differt, quia ex voluntate teſtatoris incepit legatum eſſe, quo inutili effecto heredi & hereditati nectitur, & in quartam imputatur. *l. id autem 26. l. non eſt dubium 50. cum l. ſeq. ff. ad leg. Falcid.* Secundo capitur etiam jure hereditario pretium, quod ex hereditate fit, quia

licet vere pretium non ſit hereditas, & in eo ab hereditate diſtet, cum ſuccedat loco rei (optimus textus ſecundum noſtram interpretationem in *l. heres* 72. *ff. ad S. C. Trebell.*) idcirco in quartam pretium imputatur hereditatis, & jure hereditario capitur. *l. in ratione* 30. *§. vendere*, *& §. tametſi. l. qui fundum* 87. *ff. ad leg. Falcid.* Tertio ſi legata relicta ſint heredi ea lege, ne quartam deducat, ſi Falcidiæ commodo uti mallet, deneganda erit actio legati. *l. ſed ſi* 75. *ff. ad leg. Falcid.* quo ſeqoitur, legata hæc imputari in quartam.

§. IX. Sed jam obſtat objectio, quæ tertio loco recenſita eſt, jure legati & jure hereditario pariter heredi quæruntur, ergo ex ſupradictis non debebant in quartam imputari. Reſpondeo tamen, hæc legata, quæ pro quarta præſtantur, ex judicio defuncti vicem illius quartæ ſubeunt, ut pretium, quod pro hereditate datur, quo differunt a legatis, quæ jure legati & hereditario capit heres, & non imputantur: vel dic, in quartam non imputari legata hæc heredi relicta, ut Falcidia non utatur, ſed quartam excludere, quod aliud eſt, nec legi fraus ſit; poterit enim, ſi velit heres, Falcidia uti legatis omiſſis, quod innuere videotur ea verba, *ſi lege Falcidia uti mallet*, *deneganda erit actio legati.* Hæc igitur, & ſi quæ alia hujus naturæ ſunt, penes heredem remanent, non ut hereditas abſolute, quæ ſemper hereditas fuit ſine alia teſtatoris voluntate, neque ut legatum, vel fideicommiſſum, vel implendæ conditionis cauſſa lucrum heredi datur, ut adeat, ſed alio jure aliquatenus diverſo ſed hereditario; ergo heredi imputantur in quartam, quia hereditario jure capit heres, non alio & legati, fideicommiſſi, vel conditionis, de quibus ſi *principium legis in quartam* accipiamus, non obſtabit ratio Fabri ſupra adducta de prioris ſermonis proprietate. Ratio autem, propter quam hoc modo imputatio fit, ea eſt, quia lex Falcidia, ut mox dicemus, quartam hereditatis partem ipſo jure ſibi vindicat, ut ex *l. lineam margaritarum* 26. notat Faber *ubi ſupra*, licet Cujacius *lib.* 8. *obſerv. cap.* 2. contrarium contendat; ideoque nihil aliud, niſi quod hereditas ſit, vel hereditatis vicem ſubeat, (qualia ſunt ea, quæ imputantur, ut diximus) in quarta eſſe debet; legata vero, fideicommiſſa, & conditionis commoda, licet jure hereditario in ſpeciebus aſſignatis §. 6. capiantur, non tamen hereditas ſunt, neque hereditatis vicem ſuſtinent, qua ex cauſſa imputari nequeunt.

§. X. Sequitur imputatio in Pegaſianam quartam, in qua cum Cujacio *lib.* 8. *obſerv. cap.* 4. & Goveano in *princ. d. l. in quartam* verius exiſtimo, prælegati partem, quam heres a ſe retinet, in Pegaſianam imputari, pro portionibus vero coheredum extra quartæ imputationem eſſe, quod expreſſe ex verbis textus conſtabit; neque neceſſum erit cum antiquioribus *verſiculum pro ea vero parte* referre ad *legis principium*; neque cum Goveano particula *&* addita, *ſed & in fideicommiſſaria &c.* neque illis verbis, *in quartam id ei imputatur*, opus eſt negationem addere, quod Faber *d. cap.* 4. neceſſarium judicavit ad Cujacii tuendam opinionem. Ego vero florentinam lectionem ſine emendatione ſine violentia hunc ſenſum efficere exiſtimo: ſi heres unicus inveniator, vel quia ſolus inſtitutus fuit, vel quia coheredes hereditatem repudiarunt, ea omnia, quæ ille ex hereditate conſequitur, ſive relicta fuerint jure inſtitutionis, ſive legati, fideicommiſſi, præceptionis, retentionis, vel deductionis, qualitercunque hoc ſit, in quartam imputantur Pegaſianam, quia, cum ſolus heres ille dominus hereditatis inveniatur effectus, hereditario jure lucratur, quidquid commodi quovis titulo penes eum remanet, qua in ſpecie Marcianus loquitur, dum ait: *ſed in fideicommiſſaria bereditate reſtituenda*, *ſive legatum vel fideicommiſſum datum ſit beredi*, *ſive præcipere*, *vel deducere*, *vel retinere juſſus eſt*: *in quartam id ei imputatur.* adhuc Marcianus, qui poſtea diſputat, quid juris ſit, quando duo heredes inſtituti, & ambo adierunt, quorum alteri legatum vel fideicommiſſum fuit relictum, reſpondetque, imputari ſolum in quartam Pegaſianam portionem, quam heres a ſe capit, non autem imputari partem, quam a coherede accipit, quo nihil apertius illis verbis continetur, *pro ea vero parte*, *quam accepit a coherede extra quartam*, *id eſt*, *quod a coherede accipitur.* Indeque infero, extra quartam id non eſſe, quod a ſe ipſo heres capit, quibus etiam conſtat, in priori ſpecie nihil a coherede accipi, cum totum ſine diſcrimine imputari debere JCtus docet, qua in ſpecie Papinianus loquitur in *l. in ratione* 11. *ff. ad leg. Falcid* igitur in primo caſu vel unicus heres adivit, vel ſi plures adierunt capiones, de quibus illic agitur, non relictæ fuerunt, ut coheredes omnes præſtarent, ſed ut a ſe ipſo caperet heres, cui relictæ ſunt, juxta *l. Titia* 34. *§. Lucius* 1. *ff. de leg.* 2. ſecundum noſtram interpretationem habitam ſupra *cap.* 3. denique, eum de Pegaſiana Marcianus agit, in primis ait, in Pegaſianam imputari, quæ capit heres a ſe ipſo, indeque infert, non imputari, quæ a coherede accipit; cum vero de imputatione quartæ Falcidiæ diſputat, ea tantum imputari aſſerit, quæ jure hereditario capit, non titulo legati vel fideicommiſſi, vel cujuslibet capionis, alio etiam titulo venientis.

§. XI. Sed jam diſcriminis rationem imputationis Falcidiæ, & Pegaſianæ partim ſequutus Fabrum *lib.* 6. *conject. cap.* 3. Donellum *lib.* 8. *comment. cap.* 26. partim proprio Marte ductus ſic conſtituo. Falcidia lex liberam teſtandi facultatem ultra dodrantem prohibuit, ideoque legata ipſo jure invalida effecit in quadrante, quidquid contendat Cujacius *lib.* 8. *obſervat. cap.* 2. *& cap.* 4. SCtum vero Pegaſianum, quidquid fideicommiſſi cauſſa relinqueretur, non infirmabat, ſed tantummodo in reſtitutione hereditatis fideicommiſſæ quartam detrahere permiſit heredi, ut ex Juſtiniano colligitur in §. 5. *&* 6. *inſtit. de fideicommiſſariis libert.* unde evenit, in imponenda ratione legis Falcidiæ tempus mortis teſtatoris inſpici. *l. cum quo* 56. quæ non obſtat *legi ſi creditor* 83. ſi expendas §. 1. *dictæ legis*, cum *l. in quantitate* 73. *ff. ad leg. Falcid.* qua de cauſſa ſequitur, acceſſiones omnes hereditatis, neque proficere neque nocere legatariis in Falcidiæ legis ratione. *d. l. in quantitate. l. in ratione* 30. *ff. ad leg. Falcid.* Contra in quarta Pegaſiana non mortis tempus inſpicitur, ſed aditæ hereditatis, quo fideicommiſſum deberi incipit, & quartæ deductio fit reſtitutionis tempore: faciunt *l. in fideicommiſſaria* 18. ubi gloſſa *verbo accepta feruntur ff. ad S. C. Trebell. l. in fideicommiſſi* 3. ubi Accurſius *verbo non lucrum ff. de uſuris.* pro qua ſententia adducit *l. ita tamen* 27. *§. ſi ſervum. l. poſtulante* 44. *§. ſed in bis. l. beredes mei* 57. *l. deducta* 58. *§. pen. ff. ad S. C. Trebellianum.* probant Donellus *lib.* 7. *comment. cap.* 25. Cujacius *lib.* 40. *Dig. Juliani* in *d. l. ita tamen §. ſi ſervum.* Peregrinus *de fideicommiſſis art.* 49. *num.* 3. Alciatus in *d. l. in fideicommiſſaria num.* 2. unde recte Faber *ubi ſupra* conſiderat, Pegaſianam quartam dari heredi, ut adeat, in præmium quodammodo aditionis, quod Senatus induxit, forſan ſecutus præceptionum exemplum, quæ pro aditionis præmio a teſtatoribus relinquuntur, ut late ſupra obſervavimus; quapropter prius adit heres, quam debeatur Pegaſiana quarta; merita enim præmia antecedunt, quo fit, ut ſi velit heres fidem teſtatoris pleniſſime exequi, & voluntatem ejus omnino adimplere, poterit ſine quartæ deductione hereditatem reſtituere, nec videbitur donaſſe quartam. *l. ſi ſponſus* 5. *§. ſi quis rogatus de donat. inter V. & U.* quod aliter videretur, ſi quarta eſſet Falcidia; neque tunc maritus integra legata uxori ſolvere poſſet ſine donatione.

§. XII.

§. XII. Ex his juris principiis diſcrimen jam apparet, & ratio diſcriminis apparebit inter imputationem Falcidiæ legis, & Pegaſiani Senatus; imputantur namque in quartam Falcidiam ea ſolum, quæ ipſo jure vel hereditas ſunt, vel hereditatis vicem ſuſtinent, quia infirmatis in quadrante legatis nihil, quod legatum duret, poterit in Falcidiam imputari. Indeque evidenter conſtat, prælegata omnia, quæ legati jure durant, & cætera hujuſcemodi, de quibus in *princ. dictæ legis in quartam.* non poſſe imputari in Falcidiam, quia neque hereditatis vicem occupant, neque communem cum hereditate naturam habent. In quarta vero Pegaſiana, quæ heredi præſtatur in aditionis præmium, ea omnia, quæ lucratur heres, quia heres eſt, imputantur, quia omnia, quæ heredi relicta ſunt, ut adeat, pro præmio aditionis relicta videntur; idcirco portio prælegati, quam a ſe heres retinet, in Pegaſianam quartam imputabitur; non autem pars, quam a coherede accipit; hanc enim, etiamſi heres non ſit, capit, illam non aliter, quam ſi adierit; unde infero, licet in *d. l. in quartam* expreſſum non ſit, imputari etiam eadem ratione legata, vel fideicommiſſa, quæ præſtat coheres, ſi ea lege relinquantur heredi, ut adeat, quod ex eisdem juris principiis ſequitur.

§. XIII. Videamus ergo, cur Falcidia lex ipſo jure legata infirmet in quadrante moriente teſtatore, & SCtum Pegaſianum non fideicommiſſum hereditatis ipſo jure annullet tempore mortis, ſed detrahat quartam reſtitutionis tempore, qua in ratione omitto, quæ Faber *ubi ſupra*, & Hillig. ad Donell. *lib. 8. cap. 26. lit. H.* dixerunt, & ultra eos noviter obſervo, Falcidiam legem & Pegaſianum SCtum non inducta eſſe, ut voluntatem teſtatoris everterent, imo potius judicium teſtatoris conſervare ſtudent: faciunt *l. 1. ff. ad leg. Falcid. l. 1. ff. ad S. C. Trebell.* cum ibi notatis ab interpretibus: non igitur Falcidia ſententiæ teſtatoris in legatis repugnat, ſed voluntatem ejus interpretatione juvat in melius, quod ita fit: credit Falcidia lex, teſtatorem velle heredem, quem eligit ſibi ſucceſſorem, non omni commodo & emolumento privare, & legatariis, qui juris ſucceſſores non ſunt, univerſa dare bona; ideoque ſupponit, ſi teſtator omnia, quæ in bonis habebat, legaſſet, hoc feciſſet, vel quia ampliores facultates ſuas judicabat, vel quia aliquod commodum heredi obventurum exiſtimabat ex univerſali ſucceſſione, quo judicio teſtator ductus tam ampla legata relinquere creditur, ut univerſum patrimonium conſumerent legata, quod non faceret, ut lex præſumit, ſi de vera bonorum quantitate, & de his, quæ heredi obventura erant, liquido teſtatori conſtaret; vellet namque in hoc caſu ex præſumptione Falcidiæ legis, quartam partem hereditatis penes heredem remanere, ut oneris & honoris ſucceſſor eſſet, & facilior adiret, qua conjectura mentis defuncti quarta ſemper ipſo jure illibata heredi per Falcidiam ſervatur: itaque apparet, legem Falcidiam non impugnare teſtatoris voluntatem, ſed tantum interpretari. Hoc in Pegaſiano Senatu aliter ſe habet; Pegaſiano enim locus eſt, cum heres hereditatem univerſam rogatur reſtituere, & appellatione hereditatis reſtituendæ, maxime ſi ſub formula, *quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, reſtitue*, aperte conſtat teſtatorem voluiſſe, nec partem ullam penes heredem remanere; appellatione enim hereditatis univerſum jus teſtatoris venit. *l. hereditas ff. de R. J.* quapropter ſi Senatus quartam fideicommiſſi infirmaret, expreſſe teſtatoris oppugnaret judicium, quoniam expreſſum erat, univerſam hereditatem reſtitui velle, idcirco non ut Falcidia quartam infirmat, ſed detrahit tempore reſtitutionis, nam ſi heres velit plenam teſtatoris fidem adimplere, univerſa hereditas reſtituitur, ut diximus, nulla Senatus interpretatione. Cum autem heres gravatus, qui ex aditione nullum commodum ſperabat, fere ſemper repudiaret hereditatem, niſi ſpes aliqua lucri in aditionem invitaret. Ideo Pegaſianum SCtum quartæ retentionem heredi reſtituenti hereditatem permiſit, ſi velit retinere, quod etiam ex conjecturata mente teſtatoris venit, quia, ſi videret teſtator heredem nolentem adire, quia omni commodo carebat, ac per conſequens fideicommiſſum & teſtamentum infirmari, præſumit Senatus tunc, teſtatorem velle, ne totum hereditate repudiata corrueret, heredi permittere quartæ retentionem, reſtituique fideicommiſſum pro dodrante; neque ante reſtitutionis tempus quartæ fit detractio, quia, donec heres reſtituere integram hereditatem nolit, voluntas teſtatoris eſt, ut tota reſtituatur, & cum de modo, quo heres vult reſtituere, non antea conſtet, quam in ipſo tempore reſtitutionis, ea cauſſa fit eo tempore detractio quartæ Pegaſianæ, quod in Falcidia longe aliter ſe habet. Hæc ſi recte perpendantur, optime faciunt, quæ pro diſcrimine imputationis prælegati in utraque quarta pro parte ſcripſimus, unde infero, ex fideicommiſſis ſpecialibus quartam Pegaſianam non deduci, ſed Falcidiam, quia eodem modo, & eadem ratione vigent & debentur ut legata: ita Juſtinianus intelligendus in §. *ſed quia heredes in fine inſt. de fideicommiſſ. heredit.* cujus ultima verba de lege Falcidia debent accipi.

§. XIV. Hinc obſervo diſcrimen inter legatum & prælegatum circa hereditatis reſtitutionem; herea enim, ſi rogatus ſit portionem hereditatis reſtituere, reſtituet etiam partem, quam a ſe capit ex legato ſibi relicto, quia, ut diximus, inutile ex ea parte legatum eſt, & hereditas remanet, atque ita gravatus de portione hereditatis reſtituenda etiam reſtituet legati partem illam, quæ hereditas eſt, qua in ſpecie intelligo textum in *l. in fideicommiſſaria* 18. §. *fin. ff. ad S. C. Trebell.* ſin autem prælegatum fuerit heredi relictum, non tenebitur, qui gravatus eſt reſtituere hereditatem fideicommiſſario, præſtare portionem prælegati, quam a ſe retinet, quia hereditas pars illa non eſt, ſed jure legati conſiſtit: aperte conſtat ex *l. Marcellus* 3. §. *quidam liberis ff. ad S. C. Trebell.* ubi reſtituitur præceptionis portio illa, ut Ulpianus ait, *quia non portionem hereditariam teſtator commemoravit, ſed ſimpliciter portionem; in portionem autem & præceptiones videri cecidiſſe.* Igitur aperte conſtat, quod ſi teſtator portionem hereditariam reſtitui velit, non venient in reſtitutionem præceptiones. Aliter antiquiores omnes interpretantur, quos ſequutus fuit Hilligerus ad Donellum *lib. 7. cap. 25. lit. G.* referens Pet. Gregorium *lib. 42. Syntagm. cap. 29. num. 16.* Pacium *cent. 6. quæſt. 50.* Fabrum *lib. 6. conject. cap. 4.* quibus addo etiam, quod ſi quis partem ſuam ſimpliciter reſtituere gravetur, quoniam omne id, quod ex judicio defuncti capit pro ſua portione, portio ſua eſt, ſive legatum fuerit pro ea parte inutile, ſive prælegatum utile, in eadem parte reſtituere tenebitur.

§. XV. Sin vero gravatus ſit heres reſtituere, quidquid ex hereditate ad eum pervenerit, reſtituet pariter & legatum & prælegatum. *l. cum virum 16. C. de fideicommiſſis.* quia utrumque ex hereditate provenit, licet non ut hereditas, quo textu particula *etiam* includit utrumque, unde lucem capit Scævola in *l. poſt emancipationem* 40. §. *Sejam ff. de leg.* 3. ubi Mævius ex quadrante inſtitutus fuit, & Seja ex dodrante, gravataque reſtituere, quidquid ex hereditate ad eam pervenerit retentis hortis, dodrans, quem in hortis ex perſona ſua retinere debet, non venit in reſtitutionem, quia licet teſtator voluit reſtitui, quidquid ex hereditate ad Sejam perveniſſet, aperte excepit hortos, dum eos retinere juſſit, ſed non in aſſem, hoc eſt in totum, hortos retinebit Seja, quia Mævius coheres quartam retentionis, id eſt prælegati ex portione ſua præſtare Sejæ debet, ſed cum alio capite teſtamenti teſtator dixiſſet, ut, quæ-

quæcunque ab heredibus præſtare juſſit, ea omnia reſtituerentur illi, cui Seja gravata erat reſtituere, ideo Mævius coheres quadrantem in hortis, quem ex prælegati cauſſa Sejæ dare debebat, ex hac nova teſtatoris voluntate non Sejæ ex cauſſa prælegati præſtat, ſed fideicommiſſario filio reſtituere debet Mævius quadrantem illum ex fideicommiſſi cauſſa, qua interpretatione conſtant optime omnia difficillima verba, quæ ibi ſcripta ſunt, ſi recte perpendantur, &, quamvis non ita aperte, Accurſius, & antiqui in ea ſententia ſunt, licet Faber *lib.* 1. *conjecturarum cap.* 14. velit in *fine textus* pro *Seja* legere *Sejæ.* neque noſtræ interpretationi obſtat *l. cum pater* 77. *in princ. de leg.* 2. quæ non inſubtiliter induci valet contra ea, quæ nuper dicebamus, ſed illum textum accipio juxta interpretationem *legis deducta* 58. §. *exceptis ad S. C. Trebell.* quam ſupra retulimus latiori ſtilo: faciunt *lex unum ex familia* 67. §. *fin. l. ſequens* 68. *de leg.* 2. *l. ſi Titius* 96. *de leg.* 3.

§. XVI. Hinc interpretor *legem Titia* 86. *ff. ad leg. Falcid.* ubi ſic ſpecies fingenda eſt. Titia in bonis habebat 36. inſtituit fratrem Titium in triente, hoc eſt in duodecim, & Sempronium ponamus in beſſe reſiduo, hoc eſt, quod in textu ſubintelligitur, Titio fratri prælegavit prædia, quorum æſtimatio ſit duodecim, accepit trientem prælegati, hoc eſt quatuor a ſe, quia in triente erat inſtitutus, & eadem ratione a Sempronio beſſem prælegati capit, hoc eſt 8. quo facto Titius duodecim jure portionis ſuæ habebat, in octo inſtitutionis jure hereditas erat, in quatuor prælegatum, habebatque amplius illa octo, quæ jure legati a coherede accepit, fuit etiam Titius gravatus reſtituere hereditatem Secundæ & Proculæ, retenta quarta parte, quæritur, quid reſtituendum, quid in quartam Pegaſianam imputandum: (Pegaſiana enim quarta eſt, de qua ibi agitur, nam ex fideicommiſſa hereditate deducitur, quæ ſæpius Falcidia dicitur) ex dictis videbatur dicendum, in reſtitutionem tantum venire 8. quæ Titius habet in hereditate jure inſtitutionis; quatuor vero, quæ a ſe cepit in prælegato, non debere reſtitui, quia hereditas non ſunt, & gravatus ſolum eſt de reſtituenda hereditate, ſed imputari debere videbantur in Pegaſianam illa quatuor, quæ habet Titius jure hereditario in prælegato ex ſupra traditis, quod ita fieri textus in *fine* ait, ſi Titia teſtatrix expreſſe non juſſiſſet quartam retineri a Titio; ſed cum hoc ita expreſſum eſſet, Titius debet reſtituere hereditatem, retenta ex hereditate parte quarta, quia tanto minus reſtitui voluit expreſſe Titia: habet ergo Titius in hereditate octo, dicebatque ſe retinere juſſum quartam partem non ſolum fideicommiſſæ hereditatis, hoc eſt octo, ſed totius portionis illi a Titia relictæ, hoc eſt 12. quorum quarta pars tria ſunt; deſiderabat igitur tria deducere ex octo, quæ in hereditate habebat, & quinque tantum Secundæ & Proculæ præſtare, reſpondet Julianus, Titium quartam ex duodecim illi relictis debere conſequi, hoc eſt tria pro retentione quartæ, quam Titia fieri juſſit, ſed hoc modo fiet deductio 2. ex octo, quæ in hereditate habet reſtituere gravatus, quæ duo quartam partem faciunt ex octo reſtituendis, & una pars, quæ quarta totius portionis eſt, non deducetur, ſed imputabitur ex quatuor, quæ ex prælegato a ſe capit Titius; quia, dum Titia voluit quartam partem Titium retinere, voluiſſe creditur retineri quartam totius portionis ei relictæ, quæ quarta ex omni portione erat detrahenda, igitur ex parte etiam prælegati; retinebit ergo heres Titius tria, duo ex his, quæ reſtituit, unum propter imputationem ex prælegato. Itaque recte conſtant verba textus, quæ retentio quartæ poterat diſputari, an prælegatum eſſet; ſed tempus inſtat, lector ex dictis cogitet, & pro hujus textus exornatione ultra antiquiores videat Cujacium *lib.* 20. *Digeſt. Juliani in d. l. Titia.* Goveanum *ibidem*, qui noſtram doctrinam non leviter confirmat. Donellum *lib.* 7. *comment. cap.* 30 ubi Hilligerus *lit. F.* Fabrum *lib.* 6. *conject. cap.* 4. Petrum Gregorium *lib.* 42. *Syntagm. cap.* 29. *num.* 16.

§. XVII. Jam ſequitur *l. Neſennius* 22. *ad leg. Falcid.* cujus ſpecies hæc eſt. Titia in bonis habebat 36. inſtituit tres filias primam, ſecundam, & tertiam, quamlibet in duodecim unciis, & a ſingulis legata invicem dedit, a prima tamen legavit & coheredibus, & extraneis legatariis, nimirum 5½. legatæ fuerunt ſororibus, & alteræ 5½. extraneis; duodecim ergo legatis unam retinebat unciam: cum igitur jure Falcidiæ tres retinere deberet, quæritur, an poſſit a ſororibus unam unciam detrahere ex 5½. illis legatis, & alteram unciam ex aliis 5½. legatis extraneis. Reſpondit Papinianus, poſſe primam filiam a ſororibus detrahere unciam, ſed exceptione elidi, quia, cum ab illis etiam legata accepiſſet, compenſari debet uncia illa pro eo, quod a coheredibus ſororibus accepit: ſed jam quæritur, an legatarii extranei præſtare debeant, non tantum unciam unam ex quinque & dimidia ſibi legatis, ſed etiam unciam alteram, quam ſorores non præſtant, & recte Papinianus ait, legatarios ſolum pro ſua parte, hoc eſt unam unciam debere præſtare, quia nec illis proficit, quod filia prima heres cauſſa legati a coheredibus ſororibus accepit, nec etiam nocet, deductionem non fuiſſe factam ex quinque & dimidia ſororibus relictis, quia uncia ex hac parte detrahenda compenſata fuit cum his, quas accepit prima heres a coheredibus ſecunda & tertia, & compenſatio ſubrogatur in Falcidiæ locum, quia quæ compenſantur, vicem hereditatis obtinent. Plane ſit concluſio, legatarios extraneos non præſtare duas uncias ratione Falcidiæ, hoc eſt univerſum, quod deducendum erat ex omnibus legatis ſibi & ſororibus relictis, ſed præſtabunt ſolummodo unciam unam, quam præſtitiſſent, etiamſi a ſororibus nihil accepiſſet prima filia heres gravata, nam tunc a ſororibus unciam detraheret, & quod eo in caſu operaretur detractio, in hac ſpecie operatur compenſatio, quæ ſententia eſt ultimi difficilis *verſiculi plane.* ſed notandum eſt, textum hunc in legatis loqui, qui etiam in prælegatis eadem ratione locum habebit, & optime juvat doctrinam noſtram: quam ſpeciem ſic conſtituerunt Goveanus in *præſenti*, & Cujacius *lib.* 6. *reſponſ. Papin.* in *l. qui militabat* 78. *ff. de hered. inſtit.* faciunt pro hac compenſatione *lex cum pater* 77. *de leg.* 2. ubi fundi Tuſculani debet compenſatio dari. *l. Pamphila* 39. §. *duas de leg.* 3.

§. XVIII. Difficilis venit interpretandus textus in *l. filium, quem habentem* 24. *C. fam. ercifc.* ubi fundum illum non in peculium filio datam exiſtimo, ut antiquiores dixerunt, & voluit Faber *lib.* 6. *conject. cap.* 5. neque donatum fuiſſe a patre filio inpoteſtate exiſtenti, ut voluerunt Azo & Hugolinus relati ab Accurſio *gloſſa* 3. ſed prælegatum fuiſſe judico cum Joanne antiquo gloſſatore, cujus textus ſpecies diverſimode apponitur. Accurſius tres filios inſtitutos fuiſſe docet, quorum unus gravatus de hereditate reſtituenda, & Accurſium ſequuntur multi ex antiquioribus, Alciatus *lib.* 6. *paradox. cap.* 5. Donellus in *Cod. in d. l. filium.* Alii quinque heredes conſtituunt, qualis Pacius *cent.* 6. *quæſt.* 51. Vacconius *lib.* 4. *declar.* 59. *num.* 2. ſed melior omnibus Cujacius ſecutus Arnaldum Ferrerium Præceptorem ſuum *lib.* 6. *reſponſ. Papin.* in *d. l. qui non militabat de hered. inſt.* quem in hac parte ſecutus fuit Faber *lib.* 6. *conject. cap.* 5. & doctiſſimus primarius Doctor Paulus de Maqueda in *commentariis hujuſce legis* ſeptem heredes appoſuerunt.

§. XIX. Erit ergo caſus. Teſtator, qui in bonis habebat 700. inſtituit ſeptem heredes, primum, ſecundum, tertium filios, & quartum, quintum,

ſex-

ſextum, & ſeptimum extraneos pro æquis portionibus; itaque unusquisque eorum centum accepit jure inſtitutionis, prælegavit etiam primo filio heredi fundum, cujus pretium erat 28. in quo prælegato a ſe quatuor cepit, a cæteris coheredibus 24. nimirum quatuor ab eorum quolibet, cumque filium rogavit ſub conditione reſtituere hereditatem ſecundo & tertio filiis, & quarto & quinto extraneis coheredibus, quæritur, quid ex prælegato imputetur in quartam, & qualiter ratio Pegaſianæ inducatur: reſpondet, quatuor, quæ in prælegato jure hereditario capit filius a ſe ipſo, imputantur in Pegaſianam, & 16. quæ recepit a quatuor coheredibus, quibus reſtituere gravatur, compenſantur ex doctrina *dictæ legis Neſennius.* facit ergo utraque ſumma 20. ad quartæque ſupplementum tenentur fideicommiſſarii, hoc eſt ad quinque, quia centum illius erat portio, qui reſtituit, cujus quarta deducenda 25. ſunt, cumque jam 20. habeat primus filius heres gravatus, nimirum quatuor, quæ imputantur, quia jure hereditario capit illa a ſe ipſo, & 16. quæ compenſantur, quia ab ipſis fideicommiſſariis accepit, remanent deducenda 5. & 95. reſtituentur. Illa vero octo, quæ in prælegato accepit a ſexto & ſeptimo coheredibus, quibus nihil reſtituit, primus filius heres, ſine diminutione jure legati habebit, neque in computationem, compenſationem, vel imputationem venient, ut bene notat Cujacius *lib.* 8. *obſerv. cap.* 3. quia in ratione Pegaſianæ nullo modo, quæ omnino legata ſunt, adducuntur, ut diximus in *verſ. pro ea vero parte legis in quartam. l. quod de bonis* 15. *§. pen. ff. ad leg. Falcid.*

§. XX. Sed labitur Cujacius in calculatione, & ex conſequenti in ratione juris, licet optime caſum appoſuiſſet in heredum numero & bonorum, & eum lapſum fuiſſe ſic apparet; nam fideicommiſſarii, ut ipſe fatetur, dodrantem tantummodo debent accipere, & heres gravatus quartam partem eorum, quæ reſtituit, debet retinere. Si ergo 95. accipiunt fideicommiſſarii, dodrans erit 95. igitur as totus eſſe debet 126. & aliquid amplius; igitur hujus aſſis quarta pars penes heredem gravatum remanere debet: eſt ergo quarta aſſis hujus 31. paulo minus, ſed penes heredem in caſu Cujacii non remanent niſi 25. quo apparet; Cujacium non recte calculare, decipiturque in eo, quia non adducit in computationem 20. quæ primo filio heredi imputantur & compenſantur, nimirum 16. quæ coheredes præſtant, & compenſantur, & quatuor, quæ a ſe capit, & imputantur, quæ quidem computari debent, & cumulum hereditatis augere in calculatione, quia ſi pro quarta hereditatis hæc 20. heredi præſtantur, unum corpus cum hereditate efficere debent, alias quarta ejus non erit, quæ totum pro quarta parte non conſtituit: debet igitur ita fieri calculatio, & computatio: centum in hereditate ſunt, cujus cumulo addenda ſunt 20. hæc quæ a ſe ipſo & a coheredibus fideicommiſſariis heres capit, eruntque 120. In bonis, ex quibus, ut recte calculatio fiat, quarta detrahenda eſt, nempe 30. quæ heredi debent ita adjudicari: 16. compenſantur ex partibus prælegati, quas accepit a coheredibus fideicommiſſariis, quatuor, quæ a ſe ipſo in prælegato accepit, imputantur, quæ 20. efficiunt, & quoniam 30. debent eſſe in Pegaſiana, reſidua 10. deducenda ſunt ex centum, quæ in hereditate inveniebantur, quo facto fideicommiſſarii habebunt 90. & primus filius heres 30. ratione Pegaſianæ triplici titulo, 16. jure compenſationis, quatuor jure imputationis, & reliqua decem per deductionem, & amplius habebit illa 8. quæ a coheredibus ſexto & ſeptimo, quibus nihil reſtituit, capit, ut in fine *§. præcedentis* diximus, quæ quidem ſubtiliſſima & veriſſima *legis* ſpecies eſt, & optime congrua illius verbis: faciunt *l. Lucius Titius* 78. *§. pluribus ff. ad S. C. Trebell.* qui textus debet intelligi ex voluntate teſtatoris expreſſa in formula: aliter ſed non bene Coraſius in *l. cum virum C. de fideicommiſſis.* ſunt etiam videndæ *l. nomen* 34. *in* 3. *§§. ff. de leg.* 3. *d. l. Lucius §. maritus ad S. C. Trebell. l. filio* 94. *ff. ad leg. Falcid.* quæ facile ex his, quæ diximus, illuſtrantur, & pro omnibus, quæ in *hoc cap.* continentur, facit optime *d. l. ex facto* 35. *cum ſuis §§. ff. de hered. inſtit.* & doctiſſime rem omnem explicuit noſter Maqueda jam citatus.

F I N I S.

INDEX CAPITUM.

CAP. I. *Quid Prælegatum, quo differat a cæteris legatorum ſpeciebus.* - - 645.

CAP. II. *De modo, quo Prælegata heredis efficiuntur.* - - - - 650. b.

CAP. III. *Utrum unico heredi poſſit Prælegatum relinqui, & unico exiſtente filio, an liceat patri meliorationem facere, & gravamen imponere tertio bonorum.* 656. a.

CAP. IV. *De imponenda ratione legis Falcidiæ, & quartæ Pegaſianæ in Prælegato.* 661. a.

Digitized by Google

GERARDI MEERMAN,

JCTI ET REIPUBL. ROTERODAMENSIS SYNDICI,

S P E C I M E N

ANIMADVERSIONUM CRITICARUM

I N

CAJI JURECONSULTI INSTITUTIONES,

SECUNDIS CURIS AUCTIUS.

ACCEDIT EARUNDEM

CAJI INSTITUTIONUM SUMMARIUM,

A

PETRO ÆGIDIO

ANTVERPIENSI

PRIMUM PUBLICI JURIS FACTUM

ANNO MDXVII.

NUNC VERO ITERUM, ET EMENDATIUS QUIDEM, IN LUCEM EDITUM.

ILLUSTRISSIMÆ ATQUE NOBILISSIMÆ

COMITISSÆ,

MARIÆ GABRIELI,

DE PONS CHOISEUIL PRASLAIN,

ILLUSTRISSIMI ATQUE NOBILISSIMI

COMITIS

HENRICI ANNÆ

DE FULIGNY ROCHECHOUART

BARONIS IN MARIGNY, AUBIGNY,

DOMINI DE AGEY, ATHIEVILLIERS, PARGUES

ETC. ETC. ETC.

VIDUÆ,

GERARDUS MEERMAN

S. P. D.

TARDIUS quidem, quam in votis habueram, Nobiliſſima Comitiſſa, hoc qualecunque Opuſculum antidori loco ad Te mitto, quod antequam Lutetia proficiſcerer, menſe Junio anni proxime elapſi in amicorum ſolum, qui id deſiderabant, gratiam imprimendum Bibliopolæ Pariſienſis curæ commiſeram, verum quod neſcio quo infortunio tam lentos expertum ſuit Typotheras, ut quum poſt peragratas interea Galliæ Provincias eodem anno jam vergente in patriam reverſus forem, illud a prælo adhuc madidum eſſe intellexerim, indeque per interruptionem mutui inter noſtras nationes commercii, jam demum ſelicibus auſpiciis reſtaurati, non niſi nuperrime ad me delatum ſuit. Ne itaque tamdiu quaſi carceri incluſum ſine patrono ſoras exiret, quidquid hoc libelli eſt, Præclariſſimum Nomen Tuum eidem præfigere in animum induxi. Cujus rei, ne quis forte me temeritatis accuſet, multæ atque prægnantes rationes in promtu ſunt. Nihil jam dicam de Illuſtriſſimi Nominis Tui ſplendore, quod vel ſic decus haud leve Opuſculo meo adferre poſſet. Nemo enim eſt in Genealogico ſtudio vel parum verſatus, qui neſciat, Gentem Veſtram, ſive de Tua ipſius, Illuſtriſſima Comitiſſa, ſive de Nobiliſſimi Conjugis quondam Tui loquar, tam longa illuſtrium imaginum ſerie fulgere, ut cum primis Galliæ familiis de antiquitate certare poſſit, atque adſcendendo ad quarteria gentilitia inter Majores Tuos numerare Galliæ Mareſcalcos, Duces, ipſosque, ſine arrogantia dictum ſit, Reges. Quantula illa videantur Naturæ dona, quæ nobili Te naſci loco voluit, exigua tamen ſunt atque levia præ ſingularibus & raris ingenii Tui animique dotibus, quas uti proxime intueri

D E D I C A T I O.

mihi contigit, ita in admirationem ac ſtuporem me rapuere. Profecto, quem à Majoribus hereditatis jure adquiſiviſti generoſum atque excelſum animum, hunc quovis ſtudio usque adeo excoluiſti, ut noſtro ſexui non poſſit non eſſe invidiæ. Quod enim veſtrates Mulierculæ, ut ut natura ſuaves, humanæ, ac ingenioſæ, eaque de cauſa multum amabiles, pretioſum tempus ſive Romanenſes Fabulas, ſimilisve commatis jejuna & inania ſcripta legendo, ſive denique aliis occupationibus ſæpe parum proficuis tranſigere ſolent, id tam ſapienter Tu impendiſti, ut ab ineunte ætate optimorum Auctorum Libris diurna nocturnaque manu verſandis, humanioribusque Literis excolendis totam Te addixeris: cujus aſſidui laboris atque induſtriæ Tuæ tam uberes, etſi ætate adhuc fruens juvenili, jam fructus percepiſti, ut memoria pollens excellentiſſima, ingenio fertiliſſimo, judicio limatiſſimo, quidquid ipſa velis, præſtare valeas, & quidquid præſtes, omnibus ſit numeris perfectum. Sive enim ſoluto ſermone uteris, Epiſtolas adeo cultas adeo terſas exaras, ut Nobilis Sevignea eas ſibi vindicare ſummo honori duxiſſet, ſive vero ligato, carmina tanta facilitate tantaque venuſtate pangis, ut a Deshouleria elegantiſſima veſtrati Poëtria profecta videantur. Quid quod & aliæ Linguæ æque Tibi familiares, atque ipſa illa, quam a Matre imbuiſti, idque ne gratis dixiſſe videar, provocare licebit ad ſpecimen, quod cum publico communicaſti Fatis Acacii & Zirphiles ex Gallico ſermone in venuſtiſſimum Italicum transferendis, etſi Interpretis nomen pro modeſtia Tua in obſcuro latere volueris. Tot tantasque dotes Tuas probe, dum viveret, novit optimus ille ingeniorum arbiter, Veſtræque Burgundiæ grande decus, at triennio abhinc immaturo fato nobis ereptus Ill. Præſes Bouherius, qui Te uti ſexus Tui rarum atque inſigne ornamentum unice coluit & prædicatus eſt, quemadmodum ex ore digniſſimi ipſius Generi Ill. Bourbonii accepi. Idemque ego virtutum Tuarum teſtis & admirator eſſe cœpi, ex quo in itinere meo Gallicano benigna mihi fortuna hoc felicitatis indulſit, ut non ſolum in notitiam Tui pervenerim, verum etiam, quod nunquam ſperare auſus fuiſſem, ſingularis Tuæ amicitiæ atque humanitatis vinculis me obſtrinxeris, quæ arctiora & fortiora ſucceſſu temporis eſſe voluiſti. Non poſſum ſane non cum maximo animi oblectamento in memoriam mihi revocare præteriti temporis ſpatium, quod menſe Auguſto anni præteriti Lugduni tranſegi, ubi tam penes Eminentiſſimum Cardinalem de Tencin Eccleſiæ illius Metropolitanæ Archiepiſcopum, quam quidem penes Illuſtriſſ. Marchionem de Rochebaron Provinciæ Lugdunenſis Vice-gubernatorem ſuaviſſimo Tuo conſortio ſæpius frui licuit, quando contractam ibi amicitiam pro ſolita Tua humanitate minime deinceps interrumpi nedum exſtingui paſſa es, verum poſtmodum, ubi Lugduno valedicto in Arcem Tuam ſedemque ordinariam Ageam haud procul Divione reverſa eſſes, meque interea per Sabaudiam, Genevam, atque Veſuntionem identidem in Burgundiam adveniſſe intellexiſſes, comiter me atque liberaliter invitaſti, ut lauto Tuo fruerer hoſpitio, amicisque, qui ibi degebant, intereſſem, indeque per integrum quinque ſeptimanarum ſpatium apud Vos retinuiſti, quod uti jucunde maximoque cum fructu ibi tranſactum, ita tam rapide elapſum eſt, ut præteritos hoſce dies mecum reputanti totidem illa fuiſſe videantur temporis momenta. Neque hic humanitatem Tuam ſubſiſtere voluiſti, verum ad patrios Lares reverſo commercium Literarum mecum ſine intervallo exercere dignata es, quæ mihi, quoniam Reipublicæ jam admoto ad Vos iterum excurrere Tuaque præſentia frui non licebit, hoc ſaltem adferunt ſolatii, quod illas dum intueor, perpetuo vivam Tui virtutumque Tuarum imaginem mihi repræſentem, atque ob oculos ponam. Ne vero, tot tantorumque in me collatorum beneficiorum nomine dudum Tibi debitor, plane ingratus videri poſſim, accipe interea, Nobiliſſima Domina, dum ſolido ſolvendo adhuc impar ſum, leve hocce munuſculum, atque ab eo id profectum reputa, qui inter juſtiſſimos Nominis Tui æſtimatores primum ſibi locum vindicare audet. Quod reſtat, Deum Opt. Max. precor, ut Illuſtrem Tuam Perſonam Patriæ Tuæ, lectiſſimæque Familiæ, Reipublicæ denique Literariæ bono per multos annos ſervet incolumem. Dab. Roterodami die XX. Auguſt. MDCCXLVIII.

LECTORI

LECTORI BENEVOLO

S.

INTER eos, qui *Juriſprudentiæ Romanæ reliquias pro virili illuſtrare & emendare conati fuerunt, oppido pauci dantur, qui illa Juris Ante-Juſtinianei monumenta, quæ Alaricus Wiſigothorum Rex auſpiciis Referendarii ſui Aniani in unum corpus colligi voluit, attigerunt; quum tamen nulla Juris Civilis portio meo judicio emendatrice manu magis indigeat, quam illa, quam nobis adſervavit Anianus, & cumprimis Inſtitutiones Caji JCti: in his etenim longe plus ſibi indulſit Vir ille Spectabilis, quam vel in Codicum Theodoſiani, Gregoriani, & Hermogeniani Fragmentis, vel in Imperatorum Novellis, vel in Julii Pauli Sententiis; quum hic, non, uti alias, duntaxat Interpretationes ſuas contextui ſubjecerit, ſed imo ipſum præclariſſimum ſane Caji opus totum quantum interpolandi, decurtandi, & ad Gothica Jura adcommodandi ſumſerit licentiam, ita ut fere Cajum in Cajo vix amplius agnoſcas: at vero, quas barbaras nobis reliquerat Anianus Inſtitutiones Caji, haſce corruptiores adhucdum ad nos transmiſit ſubſequentis ævi barbaries, & librariorum tum imperitia, tum negligentia; ita ut ad illas, non quidem priſtino nitori reſtituendas (quis hoc enim præſtiterit?) at ſaltem a ſcribarum mendis repurgandas vix quidquam ſupereſſe videatur ſubſidii, quam antiquiſſimorum Codicum manuſcriptorum, vel quæ eos expreſſerunt, vetuſtiorum Editionum copia; quibus proinde ſi inſtructiores fuiſſent, qui Cajo noſtro egregias ſane ſuppetias tulerunt, Viri Doctiſſimi Aleander, Oiſelius & Schultingius, otium profecto mihi hac in parte feciſſent, neque aliquod reliquiſſent poſt uberrimam meſſem ſuam ſpicilegium: quum vero mihi non tantum prima Inſtitutionum Cajo-Anianicarum Editione, Lutetiæ-Pariſiorum apud Petrum Vidovæum Anno* MDXXV. *ad vetuſtiſſimum Alm. Bouchardi exemplar excuſa, eaque Cl. Schultingio inviſa, verum etiam antiquiſſimo, & optimæ notæ Codice MS. antehac Voſſiano, nunc Bibliothecæ Lugduno-Batavæ uti contigerit, lubuit aliquando per otium, quod a forenſibus negotiis mihi supereſt, ingeniolum in hoc campo exercere, &, num illis inſtructus adminiculis parumper lucis Aniano adferre valerem, periclitarier. Neque tamen proprio Marte loca nonnulla, quæ corrupta videbantur, reſtituere jam in animum induxeram meum, probe gnarus, juvenile ingenium nimis pronum eſſe ad quævis loca, etiam ipſa ſaniora, pro arbitrio inmutanda, corrigenda, quin & depravanda, ac ſatius idcirco eſſe, hujuſcemodi conjectanea ex ingenio enata nonum in annum premere, donec matureſcens judicium ea aut adcuratiore lima perpoliat, aut in ſpongiam incumbere jubeat. Hac igitur de cauſa illas tantum emendationes in Cajum cum publico communicare volui, quæ aut ex libro quodam ſive manu exarato ſive impreſſo depromtæ eſſent, aut ſaltem, quibus vitioſa alicujus vetuſti Codicis lectio anſam præbuiſſet. Paucis quoque in locis præſidio nobis fuit Epitome Inſtitutionum Aniani, aliquot abhinc ſæculis a Monacho quodam, ut videtur, licet imperite ſatis compoſita: hanc autem nobis reperire licuit in univerſi Corporis Alariciani Summario, quod non ſolum duo Codd. MSS. Bibliothecæ Leidenſis (quorum alter, isque antiquiſſimus, quondam Alexandri Petavii, alter autem, at recentioris notæ, antehac Iſaäci Voſſii fuit) exhibent, verum, quod etiam publicam lucem adſpexit apud Theodoricum Martinum Aluſtenſem Anno* MDXVII. *fol. minor. curante Petro Ægidio Antverpienſi, cujus Operis Titulum in gratiam curioſi Lectoris adponere haud gravabor: eſt autem ſequens:* SUMMÆ SIVE ARGUMENTA LEGUM DIVERSORUM IMPERATORUM, EX CORPORE DIVI THEODOSII, NOVELLIS DIVI VALENTINIANI, AUG. MARTIANI, MAJORIANI, SEVERI, PRÆTEREA CAI ET JULII PAULI SENTENTIIS, NUNC PRIMUM DILIGENTISSIME EXCUSA, CÆSAREI JURIS STUDIOSIS UTILITATEM ALLATURA NON MEDIOCREM, EX VETUSTISSIMO ARCHETYPO. *Quum autem liber ille P. Ægidii nunquam deinceps iterum typis deſcriptus fuerit, eaque de cauſa ſummæ jam raritatis ſit, ac memoria hominum ferme exciderit, ſaltem ex Interpretibus noſtris ſoli, quod ſciam, Cujacio viſus fuerit,* (*vid.* Epiſt. Dedicat. ad Emar. Ranconet. in Jul. Paul. Sentent. pag. 190. in Juriſpr. Ante-Juſt. Cl. Schulting. & Not. ad Paul. Sent. Lib. 1. Tit. 17. §. 1.) *rem Lectori non ingratam me facturum credidi, ſi modo laudatum Inſtitutionum Caji Summarium Animadverſionibus noſtris adjungerem: licet enim illius Auctor, quisquis is fuerit, neque ab eruditione, neque a judicio, neque a diligentia commendari mereatur, attamen ob antiquitatis venerationem non poterit non illud aliquo modo haberi in pretio; maxime quum, ut in Obſervationibus meis*

oſtendi, ex eo Aniani verba hic illic emendari queant. Cæterum illius Ægidianæ Editionis, utpote caſtigatioris, fidem religioſe admodum ſequutus ſui, præterquam iis in locis, quæ rectius legebantur in prædictis Codd. MSS. ita tamen, ut ſemper Lectorem ejusmodi emendationum certiorem fecerim. Omnes variantes lectiones adnotare & nobis moleſtum, & Lectori inutile fuiſſet, quum duo illi MSS. Codd. inprimis Petavianus, ſic ſatis vitioſe exarati, & manifeſtis ſæpe librariorum ſphalmatibus inquinati ſint. Ut autem eruditi Lectoris, Aniani & Epitomatoris verba inter ſe conferre volentis, commodo inſervirem, margini adpoſui numerum paragraphorum Inſtit. Aniani juxta Cl. Schultingii Editionem, quibus Breviatoris noſtri verba reſpondent. Tantum erat, mi Lector, quod tua ſcire forſan intererat: hiſce itaque vale. Ex Muſeolo Hagæ-Comitum, *Calend. Septemb.* MDCCXLIII.

Et ita quidem præfatus ſui, quum prima vice Opuſculum hoc in publicum evulgarem. Non ingratum illud litterato orbi fuiſſe vel exinde conjicere licet, quod dignum id Germani cenſuerint, ut, quod ob inſignem ejus raritatem paucis notum erat, prælo iterum apud eos ſubjiceretur, & cum Eruditis communicaretur. Vidi ſane, quum in Germania duobus ferme abhinc annis peregrinarer, alteram Libelli hujus Editionem, aut Helmſtadii aut Lipſiæ, prout auguror, impreſſam, ad amuſſim, etiam quoad annum & locum impreſſionis, atque Typographi nomen, priorem exprimentem, retentis fideliter, imo & de novo additis, ne quid deſideres, mendis operarum. Si Cl. Editori placuiſſet, conſilia ſua mecum communicare, non recuſaſſem, nova ipſi ſubſidia offerre, quo ſi non nitidiori habitu, ſaltem auctior ſua Editio lucem adſpiceret. Verum maluit ille publico pro genuina ac rara Editione offerre, quæ clam & furtivim impreſſa erat, quo merces ſuas carius venderet.

Ab eo tempore plus ſimplici vice novam & longe ampliorem Editionem meditatus ſui, id quod tamen ſatius duxi tamdiu differre, donec Codices MSS. quos Regis Chriſtianiſſimi Bibliotheca adſervat, contuliſſem. Quum igitur ſub initium hujus anni Lutetiam adveniſſem, non deſtiti ſæpius apud Bibliothecæ Regiæ Præfectum Rev. Abbatem Salierium inſtare, ut eos conferendi licentia mihi concederetur. At ſive propter varias Viri Reverendi occupationes, ſive propter aliam tandem qualemcunque cauſam factum eſt, ut repetitis licet precibus, voti mei compos fieri haud potuerim, quo nomine maxime dolui. Continet ſane Regia Bibliotheca novendecim Exemplaria diverſæ ætatis manu exarata Codicis Theodoſiani, ad cujus calcem præter alia Juris Fragmenta Caji quoque Inſtitutiones reperiuntur, quæ recenſita videre licet in Catalogo Codicum MSS. Bibliothecæ Regiæ Tom. III. a N. 4403. ad N. 4419. item N. 4696. & 4697. *quæque dubio procul multum lucis Auctori noſtro adferre potuiſſent. Quum igitur omnem hanc ſpem evaneſcere viderem, nolui Editionem noſtram diutius procraſtinare, ſed potius eam illis adminiculis, quæ jam in Belgio parata habebam, inſtructam in Gallia evulgare.*

Videbis igitur hic de novo mentionem factam Codicis MS. cujus copiam mihi ex inſtructiſſima ſua Bibliotheca largitus fuit Ampliſſimus Curiæ ſupremæ apud Batavos Senator Joh. van Niſpen, quique antea fuit Viri Cl. Nic. Joſ. Foucault Comitis Conſiſtoriani Regis Chriſtianiſſimi. Uſus ſui & aliis antiquis Editionibus, quas antea ignoraveram, & quæ pariter Cl. Schultingium ſugerant, atque hiſce ſubſidiis, quoniam alia ad manus non erant, Cajo noſtro lucem qualemcunque fœnerari conatus ſum. Tu, Lector benevole, conatibus noſtris porro favere perge. Dab. Lutetiæ-Pariſiorum die V. menſis Junii MDCCXLVII.

GERARDI

GERARDI MEERMAN, JC[TI],

SPECIMEN

ANIMADVERSIONUM

CRITICARUM

IN

CAJI INSTITUTIONES.

Si nllus ex veteribus JCtis, quorum reliquiæ nobis Aniani Tribonianique beneficio ſuperſunt, hilariore quidem ſama, at obſeuro inſimul nomine ad noſtram pervenerit memoriam, vel maxime in hunc cenſum venire oportet Cajum JCtum; quum non modo de ipſius ætate acriter inter Eruditos diſceptetur, verum etiam haud defuerint, qui Fr. Connano *lib.* 2. *Comment. Jur. Civ. cap.* 4. §. *ult.* præeunte ſtatus controverſiam eidem movere auſi ſint, hac potiſſimum moti ratione, quod JCtus hic unico duntaxat nomine (eoque ſervili. vid. Jac. Cujac. in *Commentar. ad Tit. C. de oper. libert. Tom.* 9. *Opp. pag.* 662. *Edit. Pariſ.*) notus ſit, id quod ſane inſolitum quid ac extraordinarium eſſe negari nequit: licet enim nonnulli ex Interpretibus noſtris eum *Titi Caji* adpellatione inſigniverint, id tamen, quaſi ex ſola conjectura enatum, diſplicuit Cl. Schultingio in *Not. ad Caji inſtit. Inſcript. in princ.* At vero hac in parte mihi certiora proferre licebit, quippe cui varias Inſtitutionum Caji Editiones Cl. Schultingio inviſas, easque inter & Pariſienſem Anni 1525. manibus tractare contigit.

Ab hac igitur ſola Editione *, quæ prædictis Inſtitutionibus ſequentem præfigit ἐπιγραφὴν, Titi Gaii Institutionum liber primus, illius rei originem repetendam exiſtimaverim, quum neque anterior Petr. Ægidii Editio Anni 1517. neque ulla ex ſubſequentibus ejusmodi Inſcriptionem agnoſcat: quamvis ex errore id enatum fuiſſe vel ea de cauſſa ſuſpicer, quod JCtus hic non modo in Corpore Juris noſtri, ſed & a Servio, Boethio, Diomede, Priſciano, Pſeudo-Papiano, ac Pariatore Legg. Moſ. & Rom. ſimpliciter *Cajus* nominetur: & quum memorata Pariſienſis Editio ſine ullo correctore, ut Cl. Noordkerkius jam notavit in *Disquiſit. de Leg. Petron. cap.* 4. §. 3. ad Codicem MS. Almariei Bouchardi typis expreſſa fuerit, conjicere licet, hac in parte Codicis Scripturam haud recte adſecutum fuiſſe librarium: forte enim in eo, ſicut in Codice MS. antehac Voſſiano, nunc Bibliothecæ Lugd. Bat. ad finem Novellarum ſic conjunctim ſcriptum erat, Explicit liber Novellarum. Incipiunt tituli Legum Gaii; ac deinde poſt interſtitium quoddam, tit. i. (quod non denotabat *Titi*, verum *Titulus primus*) & poſtea, *Gaji Inſtitutionum liber primus dt.* (ſeu *dicit*) *omnes homines aut liberos eſſe aut ſervos*: quare, cum prædictus lib arius Novellas non ederet, ſubſcriptionem illam, quæ eum iisdem cohærebat, Explicit liber Novellarum. Incipiunt tituli Legum Gaii, neglexiſſe videtur, haud animadvertens, quatuor poſteriora verba male cum anterioribus cohærere: igitur, ne Caji Inſtitutionibus Inſcriptio deeſſet, initialia Operis verba *Gaji Inſtitutionum liber primus* (omiſſo τῷ *dt.* ſeu *dicit*) ut Inſcriptionem conſideravit, ſicque ex verbis, tit. i. *Gaji Inſtitutionum liber primus dt. omnes homines aut liberos eſſe, aut ſervos*, confecit, Titi Gaii Institutionum liber primus. *Omnes homines aut liberos eſſe, aut ſervos.*

Quod ſi vero hæc conjectura alicui non ſatis adrideat, alia etiam ratio in promtu eſt: videlicet, evenire potuit, ut in MS. Exemplari Alm. Bouchardi opus ipſum initium ſumſerit a verbis, *Omnes homines aut liberos eſſe, aut ſervos*, perinde atque apud Epitomatorem cum in Edit. Ægidii, tum etiam in duobus Codd. MSS. Bibl. Lugd. Bat. & quemadmodum in Cod. MS. Niſp. ubi ſequens inſcriptio & initium operis. Incipit Gaji Institutionum liber i. *Dicit omnes homines* &c. forte, quod verba illa Gaii Institutionum liber primus, quæ in Inſcriptione occurrebant, principio contextus repetere neglexerint exſcriptores, uti etiam in Suetonii libro de vita Julii Cæſaris accidiſſe notant Iſ. Caſaubonus & M. Z. Boxhornius in *Not. ibid. cap.* 1. *in princ.* Quum igitur in Codice Bouchardi ſine ulla interpunctione legeretur, Incipt Titi Gaii Institutionum liber primus, Editor Pariſienſis hæc ſic accepit, Incipit Titi Gaii Institutionum liber primus; quum tamen illa aliter plane, & hac quidem ratione explicanda eſſent, Incipiunt Tituli Gaii Institutionum. Liber primus.

Addo & tertiam, ne quid a me deſiderari poſſit,

* Ita quidem olim ſuſpicabar, quum prima vice opuſculum hoc in lucem darem, at deinceps in Germania peregrinationem inſtituenti Wirceburgi die 18. Septemb. 1745. antiquiſſimum illum Codicem Theodoſianum cum reliquis Juris Fragmentis MS. inſpicere mihi contigit, in quo auctor noſter etiam Titus Gajus adpellatur: unde aut forſan ita revera nominatus fuit JCtus noſter, aut ſaltem errorem hunc antiquiſſimum eſſe oportet, quum codex ille ſummæ vetuſtatis ſit, & ſæculo vel ſexto juxta Cl. Ritterum in *Præfat. Tom.* I. *Cod. Theod* vel ſaltem ſeptimo ſecundum Cel. Eccardum *lib.* 23. *Rer. Franc. pag* 458. ſcriptus.

fit, conjecturam: nempe, ſimpliciter forſan in MS. legebatur. INCIPIT GAI INSTITUTIONUM LIBER PRIMUS. Jam fingi poterit, (quidni enim liceat?) ſciolum quendam, qui aut ægre ferebat, tantum JCtum uno duntaxat nomine inſigniri, aut perſonatum plane hunc *Cajum* exiſtimabat, addidiſſe TITI, id quod non ſignificabat *Titi*, (prout Editor Pariſienſis perperam opinatus fuit) ſed imo *Titii*, quomodo etiam a Fr. Ragnello in *Commentar. ad cap.* 11. *C. de repud. pag.* 348. JCtum noſtrum *Titium Gajum* vocari video.) Imo potuit ad hoc ipſum induci, quod ſimiliter in *cap.* 89. *pr. ff. de ſolut. & liberat.* dominus aliquis ſub ficta *Gaji Titii* adpellatione occurrat, ſicut & duplici nomine inſignitus fuit famigeratiſſimus ille Proteus *Lucius Titius*, cujus vitam peculiari Opuſculo deſcribere Pap. Maſſonus ſategit, at recte eo nomine exploſos a V. Ampl. Bynkershoekio *lib. ſing. ad l. Lecta cap* 3. & Jo. Guil. Hoffmanno in *Meletem. ad Pand. Diſſ.* 3. §. 1. Neque hæc conjectura noſtra temeraria prorſus, omnique fundamento deſtituta cenſeri debet; nam & Jac. de Ravanis apud Cynum in *Comment. ad cap. unic. C. de uſucap. transf.* JCtum noſtrum etiam *Gajum Sejum* vocat, (notiſſimo itidem nomine ficto, ut vel Ant. Auguſtino ſilente *lib. de Nomin. Prop. Pand. Flor. cap. 6. pag.* 436. *ſeqq. edit. Tarrac.* 1579. Plutarchus teſtatur *Quæſt. Rom.* 30.) neque hoc Dialecticum illum Jacobum ex ſua penu hauſiſſe, verum potius in Codice MS. qui ſimiliter naſutuli manum expertus fuerat, inveniſſe probabile eſt. Sic vero, qui unico nomine antea nobis innotuerat, quemque proinde in ſervitute permanſiſſe, nimiſve duriter forſan a domino habitum verebamur, jam eundem aureo libertatis beneficio donatum lætabimur, utpote tribus, ſi Dis placet, nominibus *Titii Gaji Seji* inſignitum, ac duo ſcilicet eorundem a manumittente adſumentem, juxta Artemidorum *lib.* 1. *Oneirocrit. cap.* 47. Sed tædet diutius his minutiis immorari.

Quemadmodum vero de ipſius Caji nomine, ætate, ac ſcriptis in diverſa abeunt Eruditi, ita & harum Inſtitutionum Auctor multis viſus fuit ſuſpectus, veluti Fr. Balduino & Eguin. Baroni in *Commentar. ad Proœm. Inſtit. Juſtin.* §. 6. aliiſque, qui eas vel a quodam juniore Cajo, vel a nonnemine ſub fictitio Caji nomine conſcriptas opinati ſunt: ulterius autem progreſſus fuit Fr. Hotmanus, qui, quum Latinam illius libri orationem cum JCtorum veterum conſuetudine haud convenire animadverteret, *lib.* 8. *Obſerv. cap.* 4. eum Græce primum ab aliquo exaratum, & ab imperito deinde Latine redditum eſſe conjiciebat, ſimili ferme errore, quo noſtra ætate Joh. Jenſius univerſum Corpus Juris Civilis Græca lingua compoſitum fuiſſe exiſtimavit. Et jam olim Jo. Bodinus idem de Codicibus Theodoſiano, Hermogeniano & Juſtinianeo opinatus fuit, quem ridet eo nomine Cujacius *lib.* 18. *Obſ. cap.* 38. & in *Comm. ad Tit. C. de tempor. & repar. appellat.* Vid. Joſ. Fernandes de Retes in *relect. Academ. de Donationibus cap.* 13. *n.* 16. At vero, ſi Inſtitutiones illas attentius perlegiſſet Hotmanus, Gothicus potius quam Græcanicus ſtilus ipſi ſuboluiſſet: & tamen hac conjectura ſibi usque adeo placuit, ut JCtum noſtrum ſæpius Cajum Græco-Latinum adpellaverit. Vid. *ad* §. 18. & 25. *Inſtit. Juſtin. de R. D.* licet neminem, quod ſciam, hac in parte ſibi adſentientem nactus fuerit præter Alber. Gentilem *lib.* 5. *de Nupt. cap.* 11. Suſpicio autem hæc inde Hotmano oborta fuit, quod Auctor noſter *lib.* 1. *Inſtit. tit.* 6. §. 3. imaginarium illum emtorem, qui filium a patre naturali mancipio accipiebat, *fiduciarium patrem* vocet, quam *patris* adpellationem quum nullo modo huic emtori convenire putet Hotmanus, conjicit, in Græco contextu extitiſſe πράτης, (quoniam videlicet hic fiduciarius initio quidem emtor, poſt tertiam vero manumiſſionem *venditor* erat) hinc vero imperitum interpretem confeciſſe πάτης, indeque vertiſſe *pater*: at vero, ſi in *d.* §. 3. pro *fiduciarius pater* ubique ſubſtituamus *fiduciarius venditor*, ineptiſſimus plane ſenſus redundabit, ſicque non Interpretem, at vero ipſum Scriptorem imperitum fuiſſe neceſſe erit dicamus: & quamvis Celeb. Schulting. in *Not. ad d. l. Caji* n. 39. ac Joh. Gotl. Heineccius in *Antiq. Rom. ad Tit. Inſt. Juſt. Q. M. I. P. P. S.* §. 8. *in not. fiduciarii patris* nomen tali emtori haud quadrare exiſtiment, id tamen mihi non usque adeo liquidum videtur, ſicut nec Cl. Wernhero in *Progr. de reb manc. pag.* a. a. *verſ.* ac Celeb. Scheltingæ in *Diſſert* 1. *de Emancipat. cap.* 3. §. 1. *lit.* (i) in *not.* Sane imaginarius hic emtor recte *fiduciarius* dici potuit, aut ideo, quod plerumque pater liberos emanciparet contracta fiducia, hoc eſt, ſub lege remancipandi poſt tertiam mancipationem, unde & ipſe noſter Anianus in *Interpret. l.* 3. *C. Th. de legit. hæred.* ſimiliter *fiduciatam filiam* vocat eam, quæ contracta fiducia emancipata eſt, aut etiam, quod in prima ſecundave mancipatione uſitata fuerit formula, MANCUPO TIBI HUNC FILIUM, QUI MEUS EST, EA LEGE, UT EUM MOX MANUMITTAS, UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET, NE PROPTER TE TUAMQUE FIDEM FRAUDER, alioqui enim emtor filium illum loco ſervi aliquamdiu retinere, emancipatoremque fruſtrari potuiſſet, quod nonnunquam etiam factum fuiſſe ex Ulpiano in *Fragm. Regul. tit.* 23. §. 3. & Collat. Legg. Moſ. ac Rom. *tit.* 16. §. 2. & 3. eleganter colligit Cl. Scheltinga *d. l. Patris* vero adpellationem ideo huic emptori tribuiſſe exiſtimo Anianum, quod filios ipſi mancipatus ante manumiſſionem non in patris naturalis, ſed in emptoris poteſtate erat, usque adeo, ut ſi naturalis pater condito interea teſtamento filium præteriiſſet, id valeret, quamvis ex primo ſecundove mancipio manumiſſus filius illud ex poſtfacto rumperet, quaſi adgnatione ſui heredis. Vid. Ulpian. *d. l. ibique notata.* Magis autem forſan juvare potuiſſet Hotmanum, quod Connanus *loc. ſupr. cit.* obſervat, Cajum noſtrum *lib.* 1. *Inſtit. tit.* 1. §. 1. & *tit.* 2. §. 1. *Ecclesiam* Græco vocabulo poſuiſſe pro *cenſu*, ſi modo verum foret, Græcos ita nonnunquam loquutos fuiſſe; aſt a Theophilo quidem *cenſus* Latino more vocatur κῆνσος, alibi vertitur ἀποτίμησις, nonnunquam etiam ἀπογραφὴ, nuſpiam vero ἐκκλησία. Vid. Car. Ann. Fabrott. in *Not. ad Theophil. Paraphr. tit. Inſt. de libertin.* §. *ult.* Nobiliſſ. Rover ad *Ulpiani Fragm. de Manumiſſ.* §. *ult. n.* 4. Jac. Oiſel. ad *Caji Inſtit. lib.* 1. *tit.* 1. §. 1. n. 17. *junct.* Celeb. Schulting. *ibid.* Rectius igitur omnino Andr. Alciatus *lib.* 2. *Parerg. cap.* 26. Jac. Cujacius in *Not. prior. ad* §. 34. *Inſt. Juſtin. de R. D.* & *lib.* 7. *Obſerv. cap.* 16. Barn. Briſſonius *lib. ſing. de Jure Connub. pag. m.* 70. Ant. Contius *lib.* 1. *Diſput. cap.* 12. & in *Not. ad Inſtit.* in *Præfat.* & reliqui deinceps Viri docti ſtatuerunt, Inſtitutiones has utique ejusdem Caji eſſe, cujus fragmenta in Digeſtis ſuperſunt, verum ab Aniano interpolatas, & ad Jos Gothicum haud raro adcommodatas, uti etiam ex *Interpretat. cap. unic. Cod. Theod. de Reſponſ. Prud.* abunde liquet.

Et hæc quidem de Cajo, ejusque Inſtitutionibus hactenus dicta ſunto: nunc agedum, cominus ad Auctorem noſtrum accedamus, & veniamus in rem præſentem.

AD LIBRUM PRIMUM.

TIT. I.

DE LIBERTATIBUS SERVORUM. Ita in omnibus Editt. hunc Tit. inſcribi ait Celeb. Schulting. in *Not. h. l.* verum in Addendis ad Juriſpr. Ante-Juſt. corrigit ſe V. Cl. quum ait, *in melioribus fere Editt.* At ne ſic quidem, uti exiſtimo, recte. Ecce enim in Editione Baſilienſi Joh. Sichar-

Sich[illegible]di Anni 1[illegible]8. ad quam paulo poſt in *Notis* [illegible] ipſ[illegible] celeberrimus, Titulus hic di[illegible] inſcribitur DE STATU H[illegible]MINUM, nec aliter eſt in [illegible]ne harum Inſti[illegible]tio[illegible]m L[illegible] va[illegible] 157[illegible] [illegible] ſ[illegible] juncta [illegible] Honor. [illegible]ra[illegible] [illegible]menti[illegible] Civi[illegible] c[illegible]mmunis deſcriptis, qu[illegible] non [illegible]. Schultingi[illegible]; item in [illegible] apud [illegible] Peſ[illegible] Anno 155[illegible]. [illegible] Br[illegible] J[illegible] & U[illegible]iani Fragmentis [illegible], quæ [illegible] modo C[illegible]leb. Schultingio, ſed & [illegible]us Brachylogi [illegible] V. [illegible] [illegible] Sch[illegible]bergio [illegible]ota fuiſſe videtur; [illegible] & [illegible] ne L[illegible] [illegible]menſi, q[illegible]e ſimil[illegible] [illegible] Jur[illegible] & U[illegible]iani Fragmentis, ad[illegible]s t[illegible] [illegible] Pauli Sententiis ex ejusdem [illegible] [illegible] pr[illegible] [illegible]no 1559. quam vid[illegible] qu[illegible] m[illegible] at non ſatis d[illegible]enter contulit Cl. Schultingius. Imo, quum hæc I[illegible]criptio etiam reperi[illegible] Indice Titulorum Editionis Parifinæ Alm. [illegible] Anni 1525. eaque altera DE LIBER[illegible]TIBUS SERVORUM [illegible]neralior ſit, magi[illegible]que [illegible] conveniat materiæ, non eſt, quod de [illegible] [illegible]p[illegible]us diſputemus.

[illegible] *Sed ex [illegible] qui liberi ſ[illegible]t, alios eſſe in[illegible], al[illegible] l[illegible]ertinos.* Lege cum C[illegible]dice MS. [illegible] Lugd. Bat. *ſed ex [illegible] ipſis*, quomodo [illegible] C[illegible]dice Got[illegible] no[illegible] [illegible]ſtare nus docet [illegible] [illegible] Cl[illegible]berr. Jo. Da[illegible]. Ritt[illegible] quam in E[illegible] [illegible]sprud[illegible] Ante-Juſtin[illegible] [illegible] Lip[illegible] [illegible] [illegible]ſt. In E[illegible]itt. [illegible]. Bouc[illegible] [illegible] [illegible]riptum eſt, *ſed ex iis ipſis*; [illegible] [illegible] [illegible]ius occurrit pro *hiis* ſ[illegible] *his.*

[illegible] *l[illegible]tino, qui pro juſta ſervitute manu[illegible] [illegible]ſt.* Illud *pro* recte omiſit Jac. Oiſe[illegible] [illegible] emendatioribus Codd. abeſſe jam [illegible] [illegible]nn. Fa[illegible]tus in *Not. prior. ad Theo[illegible] Paraphr. Tit. Inſt. de Libertin. in princ.* Ju[illegible] [illegible]lum Cod[illegible] MS N[illegible]ſp. item Editt. Bouchar[illegible], Sichardi, & Lugdunenſes binæ Peſnotii Anni 1[illegible]3 [illegible] 1[illegible]9. quæ prædictam particulam itidem hab[illegible]nt.

[illegible] *[illegible]bert[illegible]rum vero ideo non unus eſt, quia tria [illegible]enera libertorum.* Magis adrid[illegible] lectio Codi[illegible] MS. Niſp. atque Ed[illegible]nis Bouchardi. *Libertinorum vero [illegible], [illegible] ſunt g[illegible]nera li[illegible]b[illegible]tum* R[illegible] [illegible] [illegible]ptum eſt [illegible]rtino[illegible], [illegible]m in pr[illegible] dixerat Cajus, ex [illegible]o[illegible]bus liber[illegible] [illegible], al[illegible] *libe[illegible]ti nos* [illegible]tur, poſtquam [illegible]ſolu[illegible], qui [illegible] *ingenui*, jam [illegible] de *li[illegible]*. Eadem de cauſa in ſe[illegible] [illegible] hujus §. ver[illegible]is pr[illegible] *libert[illegible]* [illegible]cribere [illegible] *li[illegible]ertini*: quamvis enim Editio Bouchar[illegible]i [illegible] at *liberi*, potuit tamen in ipſo Codice MS [illegible] contr[illegible]cte ſcriptum fuiſſe pro *li[illegible]*: ita etiam, ſi quis in §. 4. *h. t.* pro *liberto[illegible]* [illegible] [illegible] *[illegible]inorum*, non multum interce[illegible] [illegible] C[illegible]ſtat [illegible]ne, a JCtis noſtris *liber[illegible]inos* di[illegible] [illegible] [illegible]ppoſi[illegible] [illegible] [illegible]ne habit[illegible] ad [illegible] [illegible]g[illegible]larum Ulpiani, [illegible] de Manumiſ[illegible]oibus, quod Doſitheus Græce pr[illegible] m[illegible] d[illegible] ex Græca ſua v[illegible]ſione L[illegible] [illegible], *liberti* q[illegible]oque vocantur relatione [illegible] ad [illegible]m & conditionem; ſed in Fragmen[illegible] Regul[illegible]rum Ulpiani exi[illegible]imo τὸ *liberti* per compendium ſcript[illegible]m fuiſſe pro *libertini*, uti etiam in Inſcriptione Titul[illegible] Inſtitutionum Juſtiniani in variis Codd. [illegible] [illegible]*rtis*; Græculum vero Magiſtrum hanc d[illegible]ferentiam latuiſſe ſuſpicor, quippe qui forſaſſe [illegible]inabat, *[illegible]ertin[illegible]* tantum [illegible]os vocari, qui ex libertis procreati ſunt, uti temporibus A[illegible] & deinceps aliquamdiu factum narrat Suetoni[illegible] [illegible] *Claudio cap.* 24. & pluribus docet Franc. Ramo[illegible] Manzano in *Commentar. ad Le[illegible]g. [illegible] Juliam & Pap[illegible]am* [illegible]. 2. *cap.* 21. §. 3. Nec enim [illegible] [illegible]cripiſſ[illegible] U[illegible]pianum veroſimile eſt, qui paſſim in Fragmentis, quæ in Dige[illegible]s exſtant, adcurate d[illegible] [illegible]re ſol[illegible] in[illegible] *[illegible]bert[illegible]* & *libertinos.* Vid. inpri[illegible] *cap. ult. D. ſi ingen. eſſe dic.* Cæterum,

dum Doſithei mentio incidit, opportune ei lucem adſerre conabor l[illegible] vexatiſſimo: ſcribit videlicet in §. 8. [illegible] id eſt: *Sed nunc habent propriam libertatem* [illegible] *qui inter amicos man[illegible]tant[illegible]r, & ſiunt Latini J[illegible]iani; quoniam [illegible], quæ [illegible]atem [illegible], exæquavit eos Lat[illegible] Colonar[illegible], q[illegible] [illegible] eſſ[illegible]t [illegible]ves Romani li[illegible]b[illegible], tamen [illegible] [illegible] dederant.* Turbat [illegible] [illegible] ἀπελευθέρων. V[illegible]r elegantis ingenii & do[illegible]cti[illegible] [illegible] M[illegible]h. Rover, cui hoc Fragmentum Græ[illegible]c[illegible] d[illegible]emus, in N[illegible]. ibi [illegible]gendum conjiciebat, πολῖται Ῥωμαίων, ἢ ἀπελεύθεροι, *c[illegible]ves Romani vel li[illegible]berti*, quam [illegible] emendationem ſequitur adlinedum in *Sp[illegible] u. In[illegible]g. ad loca quædam Jur[illegible] C[illegible] [illegible] depravata cap.* 14 *pag.* [illegible]7. *& ſeq.* vetum ibi præ[illegible]ea ſuſpi[illegible]atur, ipſum Ulpianum ſcripſiſſe *ci[illegible]te[illegible] Rom[illegible] [illegible]l Latin[illegible]*, male autem Doſitheum τὸ *Latinos* [illegible]ertiſſe per [illegible]. Ego exiſtimaverim (ſalv[illegible] unic[illegible]ne [illegible] judicio) alio quoque modo locum illum ſan[illegible] po[illegible], videlicet ſi pro ἀπελευθέρων [illegible] ſcr[illegible]mus [illegible], eamque vocem ad ante[illegible] [illegible]ramus hoc p[illegible]ct[illegible]: [illegible] id eſt, [illegible] *[illegible] ſun[illegible], q[illegible] [illegible]tatem [illegible]is manumiſſis d[illegible] [illegible] Latinis Colonariis, qui cum eſſent [illegible]ves Romani, nomen [illegible] in [illegible]oloniam dederant.* Q[illegible] in uno poſt [illegible] fere ſuſp[illegible]r exc[illegible]diſſe [illegible], quam vocem modo præ[illegible]dens [illegible] abſorbuiſſe videtur: v[illegible]l potius, ſcripſit Doſitheus, [illegible] Ῥωμαικὴν, (ita [illegible]nim loqui amat Magiſter pro [illegible]. vid. Docliſſ. Rover *ad* §. 5. *ejusd Fragm. not.* 3. quaſi vero, ſicut nemo iverit inficias, Doſitheum in *Adriani Imp. Sententiis* §. 1. & 17. de ſermone Latino loquentem recte ſcripſiſſe Ῥωμαιστὶ, ita & eadem ratione ipſi largiremur, col[illegible]niam vel etiam mulierem Latinæ conditionis ab eo jure dici Ῥωμαικήν. Et c[illegible]ntrarium plane obſervatum v[illegible]deas in *d[illegible]. Adr. Sent.* §. 11. ubi recte [illegible] co[illegible]textu ſcriptum e[illegible] Ῥωμαικὴν, male aut[illegible] [illegible] verſione *Latinam.* vid. Jac. [illegible]jac. *lib.* [illegible]. [illegible] *cap.* [illegible] S[illegible] vero ſtatuerem, vocem [illegible] Ῥωμαικὴν per inc[illegible] librariorum cum præcedenti Ῥωμα[illegible] coal[illegible], inde[illegible] etiam in Latin[illegible] interpr[illegible] [illegible] f[illegible]iſſe: ſic ſane [illegible]chre [illegible] cum [illegible]is Ciceronis *O[illegible]at. pro Cæ[illegible] cap* [illegible]. *Ce[illegible], qua[illegible] hoc ſ[illegible]re me non præter[illegible]t, quema[illegible]modum, ſi [illegible] adimi non poſſit, in colonias Latinas ſæpe noſtri [illegible]ves profect[illegible] ſi[illegible]t, &c.* inprimis vero *Orat. pro* [illegible] *cap.* 30. *Qui [illegible]ves Romani i[illegible] c[illegible] [illegible]ias Latinas proſi[illegible]cebantur, fieri non poterant Latini, qui non erant auctores facti, nomen[illegible] dederant.* [illegible] quem locu[illegible] plane reſpexiſſe vi[illegible] [illegible]ſſet [illegible]. Cæ[illegible] [illegible] qu[illegible] m[illegible] dum[illegible]taxat unam l[illegible]ter[illegible] [illegible] in Latino context[illegible]) [illegible] ad eandem [illegible] modo [illegible]mus, ſidem tranſla[illegible]: ſcil. [illegible] Quoni[illegible] *Lex Junia, quæ l[illegible]ertatem [illegible] l[illegible]is [illegible]dit, ex[illegible] [illegible] eos Latinis Colonariis, q[illegible] [illegible] eſſent cives R[illegible]ani, nomen [illegible] in c[illegible]lon[illegible] [illegible] Latinam) dederant.* leviori quid[illegible]n mutatio[illegible] [illegible]ſe[illegible] tamen haud u[illegible] adeo commodo. Quidquid ſ[illegible]t, hac vel pr[illegible] [illegible]ti ratione & U[illegible]p[illegible] no[illegible] [illegible]ſtab[illegible] fides, & Doſith[illegible]us [illegible]pa liberabitur. Sed hæc hactenus.

§. [illegible]V. *[illegible] & Latini & De[illegible] [illegible] [illegible]amenta condere, nec ſibi ex teſtamento aliorum aliquid di[illegible]m[illegible] poſſunt ullatenus [illegible].* Rotundior erit ſenſus, ſi cum Cod[illegible] MS. Biblioth. Lugd. Bat. integriori & Cod. Niſp. ac Editt. Bouchardi &

Lovanienſi particulam & priore loco expungas, quemadmodum illa quoque deeſt apud Epitomatorem; alioqui etenim Cajus vel potius Anianus ſignificare velle videretur, Latinos teſtamenti factionem duntaxat activam, Dedititios ſolummodo paſſivam non habere, quam ſane mentem JCti haud fuiſſe quivis videt.

§. 5. *Cujus ſubſtantia a creditoribus traeatur obnoxia.* Particulam a hic abundare recte monent Aleander & Schultingius; nec eam agnoſcunt Codices Mſſ. Lugd. Bat. & Niſp. Errorem hunc male adhibitæ geminationi tribuendum in proclivi videre eſt.

T I T. I I.

§. 1. *Nam qui voluerit aut in Eccleſia, aut ante Conſulem, aut inter amicos, aut per epiſtolam manumittere, poteſt his manumiſſionibus omnem familiam jugo ſervitutis abſolvere.* Scripſit Anianus, *Nam quicunque voluerit &c.* uti colligere eſt ex Epitomatore, qui hoc §. ipſa Aniani verba integra exhibet. Aliud tamen videtur Doctiſſ. Bondani in *ſpecim. inaug. animadverſ. ad loca quædam Juris Civilis depravata edito Franeq. 1746. cap. 10. pag. 48.*

§. 4. *Nam ſi inc lumis quoſcunque diverſo tempore manumiſit, qui per teſtamentum manumiſſi ſunt, nullatenus computentur.* Lege cum Mſſ. Lugd. Bat. & Niſp. ac Editt. Bouch. Sich. & Lovan. ac binis Lugd. Peſnotii, *inter eos, qui per teſtamentum, &c.* quæ lectio etiam pondus accipit ex Codice Gothano, ubi ſcriptum eſt, *in eos.*

T I T. I I I.

§. 1. *Sed diſtringendi in ſervos dominis pro ſua poteſtate permittitur; occidendi tantum ſervos ſuos domini licentiam non habebunt: niſi forte ſervus, dum pro culpæ modo cæditur, caſu forſitan moriatur.* Quum priora hæc verba ita in omnibus Codd. tam impreſſis quam manu exaratis legantur, fruſtranea omnino (etſi ceteroquin haud inelegans) cenſeri debet emendatio V. Cl. Georgii d'Arnaud in *Diſput. de Jure Servorum apud Romanos cap. 9. pag. 51. & ſeq.* legentis: *Sed diſtringendi in ſervos dominis prorſus poteſtas permittitur*; recte enim vidit Cl. Schultingius, poſt *diſtringendi* ex ſequentibus ſubaudiendum eſſe *licentia*, quam ellipſin non ita duram exiſtimo, ut eam Aniano homini in ſcribendo rudi & impolito abjudicare auſim. Incaſſum quoque Cl. d'Arnaud monet, in poſteriori commate particulam *tantum* opponi verbo *prorſus*, quod ipſe in priori reſtituit; omnino etenim τὸ *tantum* hic mendoſum arbitror, &, quamvis intercedat Celeb. Schultingius, nihilominus Jac. Oiſelio aſſentior ſubſtituenti *tamen*, præſertim quum ita exſtet in Editionibus Bouchardi, ac Lovanienſi & apud Epitomatorem, quomodo etiam Editio Sichardi ac binæ Peſnotii in margine habent. Miror quoque, Viris doctis hactenus non animadverſum, in poſtremis hujus §. verbis vocem *forſitan* abundare, ſicuti illa ultimo loco etiam abeſt ab eodem Bouchardi Codice, neque eam agnoſcit Epitomator: quare ſimpliciter legendum, *niſi forte ſervus, dum pro culpæ modo cæditur, caſu moriatur.*

T I T. I V.

§. 1. *Sed non omnes perſonas uxores ducere licet: quia nec patri filiam, nec filio matrem, nec nepoti aviam.* Quum in omnibus Codd. tum editis quam ſcriptis, quos ego vidi, & apud ipſum Epitomatorem [illegible]tur, *quia nec patri filiam, nec filio matrem, nec avo neptem, nec nepoti aviam*, & a ſola Schultingii Editione verba *nec avo neptem* abſint, neque in *Variant. Le*[illegible]*un.* ejuſdem id notatum reperiatur, nullus dubito, quin omiſſio hæc Typothetarum ine[illegible]iæ ſit adſcribenda; quamvis & is, qui noviſſimæ Editioni Lipſienſi præfuit, errorem hunc pertinaciter retinuerit.

Ibid. *Quod non ſolum de perſonis, quæ nobis propinquitate conjunctæ ſunt, ſed etiam de adoptivis, hoc eſt, adfinitatis, juſſum eſt obſervari* Magis placet lectio Codicis Gothani, ac Editionum Bouchardi, & Lovanienſis, quæ habet, *juſtum eſt obſervari*; Anianus etenim mox rationem reddit, cur idem hac in parte obtineat circa perſonas adoptivas, ac circa naturales.

§. 6. *Fratres enim amitinos vel conſobrinos in matrimonium jungi nulla ratione permittitur.* Quum Editio Joh. Sichardi, quam hic ſecuti fuere Aleander, & Oiſelius, exhibeat: *Fratres etiam amitinos, &c.* non debuiſſet τὸ *enim* in contextum recipere Cl. Schultingius; maxime, quum Sichardo adſtipuletur non tantum Cod. MS. Lugd. Bat. monente Nobiliſſ. Rover in *ſupr. cit. Diſſert. Inaug. cap. 10. pag. 54.* verum etiam Codices Gothanus ac Niſp. atque Editiones Alm. Bouchardi & Lovanienſis, item binæ Peſnotii, quæ binæ, ut hoc ſemel moneam, Baſileenſem Joh. Sichardi ut plurimum fideliter ſatis exprimunt.

T I T. V I.

§. 1. *Item filius, ſi vivo patre in exſilium miſſus fuerit, in poteſtate patris civis Romani eſſe non poteſt.* Hanc veram eſſe lectionem, quam etiam Oiſelius & Schultingius repræſentarunt, patet ex Editione Alm. Bouchardi, in qua ita diſtincte legitur, quemadmodum & in poſteriori Peſnotii, quum prior contracte habeat *civis Roma.* Male vero non tantum Editt. Criſpini, Pacii, & Gothofredi, ſed & Codex MS. Leid. habent, *civis Romanus.*

Ibid. *Quia ſimiliter peregrinæ conditionis factus cognoſcitur.* Non male hic Bouchardi Editio refert, *quia ſimiliter conditionem mutaſſe dignoſcitur:* Sic ſaltem non erit, quod Aniano ταυτολογίαν objiciamus; quum & in modo præcedentibus dixerit, *homo peregrinæ conditionis effectus.*

§. 2. *Sed ſi de captivitate evaſerit, jure poſtliminii omnem, ſicuti in aliis rebus, ita & in filios recipit poteſtatem.* Quum Codex MS. Leid. exhibeat. *ſicuti in aliis rebus, ita & filiis*, (quemadmodum & a recentiore manu mutatum eſt in Cod. MS. Niſp.) non longum fuit, quin divinarem, *ſicuti in aliis rebus, ita & in filiis*, quam lectionem in Codice Gothano quoque exſtare ex collatione Cl. Ritteri deinceps cognovi.

§. 3. *Mancipatio autem, hoc eſt manus traditio quædam ſimilitudo venditionis eſt, quia & in emancipationibus præter illum, hoc eſt, certum patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciarius nominatur.* Recte Codices Leidenſis, Gothanus, Niſp. & Bouchardi Editio habent, *quia in emancipationibus*, deleto τῷ *&*, quod ſenſum turbat; quamvis neceſſe haud videatur, cum eadem Bouchardi Editione legere, *per illum, hoc eſt, certum patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciarius nominatur.* Quin potius reſcribendum exiſtimaverim, *præter ipſum, hoc eſt, certum patrem, &c.* [illegible]ius emendationis fundus eadem eſt Bouchardi Editio, quæ mox pro *iſte naturalis pater* recte habet, *ipſe naturalis pater:* Cajus etenim ſimpliciter ſcripſiſſe videtur, *præter ipſum patrem*, hoc eſt præter eum, qui revera pater eſt, quique liberos in poteſtate habet, ſive a natura, ſive per adoptionem, (idque ad oppoſitionem illius imaginarii emptoris, & temporarii patris.) Hoc vero interpretari voluit Anianus per τὸ *certum*, hoc eſt, ut ego capio, eum, qui certus eſt ex matrimonio, ſive, ut mox loquitur, *naturalem* patrem; nam & ſupra *tit.* 5. §. 1. opponit *certum* patrem adoptivo. At vero, quum ex §. 3. *Inſt. de adopt.* & *cap.* 37. §. 1. 2. *eod.* aliisque locis conſtet, etiam adoptivum patrem liberos emancipare poſſe, adparet, minus adcurate, & præter mentem Caji hic loqui Anianum.

Ibid

Ibid. *Hoc ſecundo & tertio fit, & ſic de patris poteſtate exit.* Multo plenius hæc leguntur in Cod. Lugd. Bat. *Hoc ſecundo & tertio fit, & tertio eum fiduciorio potri immcipat & tradit, & ſic de patris poteſtate exit*, ut jam monuit Nobiliſſ. Rover *loc. ſupr. cit.* Quin eodem plane modo hic locus exſtat in Cod. MS. Niſp. ac in Edit. Alm. Bouchardi; ut adeo hac lectione nihil certius ſit. Quamvis enim Clariſſ. Wernher. in *Progr. de rebus mancipi & nec mancipi pag.* B. 3. *verſ.* ſimilem lectionem, quam e Codice MS. Fabrottus protulit in *Not. prior. ad Theophil. tit. Inſt. Q. M. J. P. P. S.* §. 6. utpote inutili verborum abundantia laborantem improbet, attamen, non quo pacto ſcribere potuisset, ſed quomodo ſcripſerit Anianus, conſiderandum eſt; licet Viro Clariſſimo hac in parte omnino adſentiar, quod in illa lectione nullum fiduciæ contractus adpareat veſtigium, (ſecus ac putabat Celeb. Schultingius) quippe de quo demum in ſequentibus loquitur Anianus: unde nec adſentior V. Cl. Alb. Dieter. Trekell in litteris ad me Hamburgo datis locum hunc ſic emendanti. *Hoc ſecundo & tertio fit, & tertio eum fiduciarius pater naturali patri remancipat, & tradit, & ſic de patris poteſtate exit.* Cæterum verba illa *mancipat & tradit* monui in *Diatriba* mea *Inaugurali de rebus mancipi & nec mancipi, eorumque mancipatione ſect.* 227. emendanda videri, & legendum, *mancipat, hoc eſt, tradit*, cujus conjecturæ etſi nunc quidem me haud plane pœniteat, attamen particulam & quoque retineri poſſe exiſtimo, modo eam accipiamus pro *ſive* aut *hoc eſt*, qua ſignificatione τὸ & nonnunquam a JCtis noſtris adhiberi ex *cap. 4. π. de juſt. & jur.* item *pr. inſt. de libertin.* ac §. 1. *inſt. de tutel.* aliisque locis evidens eſt.

TIT. VII.

§. 2. *Quod ſi nec teſtamentarius tutor fuerit, nec legitimus, tunc inquiſitione judicis pupillis tutores dantur.* Rectius in Codd. MS. Bibl. Bat. & Niſp. exſtat, *tunc ex inquiſitione judicis*, ut jam monuit Nobiliſſ. Rover *cap. 10. pag. 55.* quæ lectio juvatur etiam Codice Gothano, ac Editione Bouchardi, & Lovanienſi, nec aliter exſtat apud Epitumatorem.

AD LIBRUM SECUNDUM.

TIT. I.

§. 2. *Incorporoles (res) ſunt, quæ tangi non poſſunt: qualia ſunt ea, quæ non in corpore, ſed in jure conſiſtunt, ſicuti eſt hereditas, & obligationes diverſis contractibus ſcriptæ.* In Codice MS. Bat. recte legitur, *de diverſis contractibus ſcriptæ.* monente etiam Eruditiſſ. Rovero *loc. mod. cit.* cui præter Joh. Sichardi Editionem adſtipulantur etiam Codex MS. Niſp. & Editt. Bouchardi, Lovanienſis, binæque Peſnotii.

§. 4. *Vel ſi aliquis in agro noſtro arbores, aut vinens, vel plantas quaſcumque poſuerit, ſimiliter ſuperficies ſolo cedat.* In Editione Bouchardi hic legitur *ſuperſitum*, ſicque in illo Codice per notam ſcriptum fuiſſe exiſtimo pro *ſuperpoſitum*; nam & in *princ. hujus* §. dixerat Anianus: *Item regulariter conſtitutum eſt, ut ſuperpoſita inferioribus cedant*; unde merito dubitare licet, an quidem τὸ *ſuperſitum* ab ipſius Aniani manu profectum fuerit.

Similiter ejus eſt ſcriptura, cujus charta aut pergamena fuerit. Quum in MS. Leid. ac Edit. Bouch. legatur *fuerint*, eodemque modo in Cod. MS. Niſp. immutatum ſit a manu recentiore, legendum exiſtimaverim, *cujus chartæ aut pergamena fuerint*, ita ut τὰ *pergamena* hic accipiantur genere neutro, adeoque plurium numero, quemadmodum & in modo præcedentibus dixerat Anianus, *quod & de chartis & pergamenis*, &c. Sane *pergamenum* & *pergamenam* promiſcue recentioris ævi Scriptores dixiſſe ſatis ſuperque conſtat.

§. 5. *Quod ſi quis ex uvis meis vinum, aut ſpicis frumentum, aut ex olivis oleum fecerit, ejus vinum, triticum, vel oleum eſt, cujus ſpicæ, aut uvæ, aut olivæ fuerint.* Recte Edit. Bouch. *aut ex ſpicis frumentum.* quomodo in Cod. MS. Niſp. particula *ex* addita eſt a manu recentiori.

Ibid. *Similiter etiam, ſi ex lana vel lino veſtimenta fecerit, ejus erunt veſtimenta, cujus lana vel linum fuiſſe probabitur.* Recte hic MS. Leid. *vel ex lino alieno*, ut jam notavit nobiliſſ. Rover *dict. cap. 10. pag. 56.* cui lectioni præter Epitomatoris verba etiam Codex MS. Niſp. item Editt. Bouch. ac Lovan. adſtipulantur.

TIT. III.

§. 2. *Poſtuma vero, ſicut maſculus, teſtamentum rumpit.* Lege cum Editt. Bouch. ac Lovan. *ſicut & maſculus.*

§. 5. *Similiter & ſi quis adoptatus fuerit, teſtamentum, quod, antequam adoptaretur, fecerat, non valebit.* Hæc eſt lectio editionis Genevenſis Anni 1586. quam in contextum admiſit Cl. Schultingius: verum, quum Editioni illi haud adeo multum tribuendum eſſe jam Conſultiſſ. Noordkerkius oſtenderit in *Diſquiſit. de Leg. Petron. cap.* 4. §. 3. eaque emendatio potius ab Editoris ingenio profecta, quam auctoritate Codicis MS. niti videatur, minus a vulgata lectione, etiam Codd. Leid. Goth. & Niſp. ac Editt. Bouch. Sich. Lovan. & binarum Peſnotii (quæ habet: *Similiter & is, qui adoptatus fuerit*) receſſurum me exiſtimo, ſi ita reſcripſero: *Similiter ejus, qui adoptatus fuerit, teſtamentum, quod antequam adoptaretur, fecerat, non valebit.* Sic unius literulæ tranſpoſitione & alterius mutatione pro *& is* ſcribendo *ejus* omnis tollitur difficultas.

TIT. V.

Princ. *Legatorum genera ſunt quatuor, vindicationis, damnationis, ſinendi modo, & præceptionis.* Codex Lugd. Bat. refert: *Legatorum genera ſunt quatuor, id eſt, vindicationis*, &c. Et quid ſi dicamus, ita ſcripſiſſe Anianum? Sane frequenter is τὸ *id eſt* adhibet pro *nempe*, vid. ſupra *lib.* 1. *tit.* 1. §. 4. ac *tit.* 2. §. 2. & infra *tit.* 7. §. 1. alibique: hac autem ratione defendi poterit locutio, quam *lib.* 1. *tit.* 1. §. *ult.* conſtanter omnes Codices exhibent: *nam quilibet dominus, id eſt, quatuordecim annos egreſſus, teſtamentum facere poſſit*; illis enim verbis ſignificatur, *dominus, ſcilicet quatuordecim annos egreſſus*, ſicque non opus erit τὸ *id eſt* ibidem delere, aut poſt *dominus* intrudere *pubes.*

§. 1. *Nec, ſi aliena res fuerit, quæ legata eſt, legatarius hoc poterit ab herede repetere.* Recte Editio Bouchardi hic habet *petere*, ſicque culpa liberabitur Anianus, quaſi τὸ *repetere* adhibuiſſet pro ſimplici *petere.*

Ibid. *Si per vindicationem una res multis legata ſit, & ſinguli hanc ipſam rem præſumere velint, æquales ſinguli de re legata capiunt portiones.* Rectius iterum Codex Bouchardi: *Si autem per vindicationem res una multis legata ſit, & ſi ſinguli hanc ipſam rem præſumere velint*, &c.

§. 4. *Inter legatum vindicationis & damnationis iſta ſimilitudo eſt, quod legatum vindicationis ſive damnationis, ſi conjunctim, id eſt, duobus aut pluribus una res in legato dimiſſa fuerit, in utroque legato ſimul ab omnibus præſumatur.* Recte MSS. Leid. & Niſp. *quod per legatum vindicationis*, &c. cui adſtipulantur Codex Gothanus, ac Edit. Bouch. Et ita etiam in §. *ſeq.* ſcribit Anianus: *Si disjunctim, id eſt, ſingulis quæcunque res per legatum damnationis relicta fuerit.*

T I T. VI.

Princ. *Lege Falcidia conſtitutum eſt, quicunque heres fuerit inſtitutus, quartam partem totius hereditatis habeat.* Supple ex Edit. Bouch. *conſtitutum eſt ut quicunque &c.* Licet etiam vulgata lectio defendi poſſit, dummodo verba *Quicunque heres &c.* conſideremus quaſi ipſa Legis Falcidiæ verba.

Ibid. *Hic de Pauli Sententiis addendum.* Quum verba hæc deſint ab Editione Patavina Anni 1554. (teſte Aleandro) ut & Cod. MS. Niſp. item ab Editt. Alm. Bouchardi, Joh Sichardi, Lovanienſi, & utraque Pesnotii, neque exſtent apud Epitomatorem, fere conjicere auſim, ea ab Aniano haud profecta fuiſſe: ſuſpicor itaque, in quodam vetuſto Codice MS. (in quo Titulus ſequens cum reliquis omnibus hujus *lib. 2. inſtit.* deſiderabatur, ac proinde, in quo hunc *tit.* 6. ſtatim excipiebant Pauli Sententiæ) a nonnemine, ne inſignis illa lacuna ſtatim in omnium oculos incurreret, ſub finem hujus Tituli adſcriptum fuiſſe, *hic de Pauli Sententiis addendum*, indeque verba illa etiam in alios quosdam Codices irrepſiſſe, perinde atque in MS. Leid. ad quem jam ſepius provocavi, occurrunt; quamvis ibi cum ipſa Tituli inſcriptione cohæreant hoc modo: *De Lege Falcidia. Hic de Pauli Sententiis addendum.* Firmat autem ſuſpicionem noſtram, quod in eodem Libro MS. deſit ſubſcripto illa, quam his Inſtitutionibus poſt alios Cl. Schultingius ſubjecit, videl. *Ex Pauli Sententiis hic corpori inventi adnecti, quæ in Theodoſiano pro diri[illegible] litibus non inveniuntur inſerta*; quum e contrario in aliis duobus Codd. MSS. qui adinſtar Ægidianæ Editionis Summarium Corporis Alariciani exhibent, ubi prædicta verba, *hic de Pauli Sententiis addendum*, hoc loco deſiderantur, Titulo 1. Libri 1. Sententiarum Pauli ſequens præfigatur inſcriptio: *Ex Pauli Sententiarum corpore huic operi convenit adnecti, &c.* Et hæc quidem noſtra eſt ſuper hoc loco opinio: ſoliditus conjicienti lubenter autem præbebimus, quum nobis in præſenti nihil aliud ſuccurrat, quo difficultati huic obviam ire queamus.

T I T. VII.

§. 4. *Et non ſolum propriæ res a teſtatore per fideicommiſſum dimitti poſſunt. ſed etiam ipſius heredis, aut legatarii, aut cujuslibet extranei.* Si cum Editione Bouchardi legeris, *Non ſolum autem propriæ res, &c.* elegantius hæc cum antecedentibus cohærebunt.

§. 5. *Ne legatarius, cui per teſtamentum parum dimiſſum eſt, plus alii per fideicommiſſum, quam id, quod conſequitur, reddere jubeatur.* Quum Editio Bouchardi referat, *Et ne legatarius, &c.* illius lectionis veſtigiis quam proxime inſiſtens reſcribo, *At ne legatarius, &c.* ſic etenim rectius hæc a præcedentibus ſeparabuntur.

§. 8. *Fideicommiſſum ad eum, cui aliquid commiſſum eſt, herede mortuo poterit pervenire, ſi talis fuerit conditio teſtamenti.* Recte Editio Bouchardi habet: *Fideicommiſſum ad eum, cui aliquid dimiſſum eſt. herede mortuo pervenire debet, &c.* In Cod. MSS. Leid. & Niſp. etiam legitur *dimiſſum*, & ita loqui ſolet Anianus, ut pluribus hic docet Aleander.

T I T. VIII.

§. 3. *Si defuerint heredes ſui, tunc hereditas defuncti pertinet ad adgnatos.* Recte MSS. Leid. & Niſp. ac Edit. Bouch. exhibent *ſui heredes*, nec aliter Epitomator, apud quem hic Titulus integer exſtat: & ita ſcriptum eſt in Collat. Legg. Moſ. & Rom. *tit.* 16. §. 2. apud Ulpianum in *fragm. tit.* 26. §. 1. item Juſtinianum *princ. inſt. de legit. adgnat. ſucceſſ.* quin & ipſum Anianum in *princ. hujus tit.* Et ita paſſim hac ſignificatione JCtos noſtros ex uſu juris peculiari loqui ſolere docent Arn. Vinnius & Dan. Galtier in *commentar. ad* §. 2. *inſt. de hered. qualit. & differ.*

Ibid. *Nec diſputari poteſt, ſi de diverſis matribus naſcantur, qui uno patre geniti ſunt.* Rectiſſime hic habet Bouchardi Editio: *Neque hoc magni intereſſe poteſt, ſi de diverſis matribus naſcantur, quum uno patre geniti ſunt.*

§. 5. *In feminis vero alia conditio eſt, quia inter feminas ſola tantum ſoror conſanguinea habetur adgnata, ut germano ſuo defuncto ab inteſtato ei adgnationis jure ſuccedat.* Editio Ægidii, & duo Codd. MSS. Lugd. Bat. habent, *ei agnati jure ſuccedat*, & Liber MS. Leid. integrior, & MS. Niſp. *ei agnatis jure ſuccedat*: verum Codex Gothanus, item Bouchardi Editio referunt, *ex agnatis jure ſuccedat*, unde Cl. Noordkerkius in *obſervat. cap.* 3. *pag.* 43. legendum putat, *ex agnationis jure ſuccedat*: at vero non tantum in Collat. Legg. Moſ. & Rom. *tit.* 16. §. 2. ſed etiam apud ipſum Anianum in ſequentibus hujus §. verbis ſimpliciter exſtat *agnationis jure* (at deinceps ibidem, *agnationis conditione*, ſive, ut ibi quoque in Edit. Ægidii, & duobus Codd. MSS. legitur, *agnationis jure*) non autem *ex agnationis jure*: quare hoc loco reſcribere malim, *ut germano ſuo defuncto ab inteſtato ea* (ſcil. ſoror conſanguinea) *agnationis jure ſuccedat.* tametſi quoque lectio, ut in Edit. Cl. Schultingii exhibetur, defendi poſſit, modo verba *germano ſuo defuncto* non dandi verum accuſandi caſu accipiamus.

§. 6. *Item, ſi moriatur quis, & de duobus germanis fratribus dimittat filios duntaxat maſculos, & ex uno fratre dimiſerit duos, ex alio quatuor ſimiliter maſculos.* Lege cum Cod. MS. Niſp. & Edit. Bouch. & Lovan. *& ex alio quatuor ſimiliter maſculos.*

Ibid. *Omnes quidem fratrum filii patruo ſuo ab inteſtato ſuccedunt: ſed non in ſtirpes, ſed in capita.* Lege cum duobus Codd. MSS. Bat. & Editt. Ægid. ac Bouch. & Lovan. *ſed non in ſtirpem, ſed in capita*, quæ lectio juvatur etiam Cod. MS. Leid. integriori, & MS. Niſp. Et ita perpetuo in hoc Tit. *ſtirpem* ſingulari, at *capita* plurium numero ſcripſit Anianus.

§. 7. *Nam & hoc regulare eſt, &c.* Edit. Bouch. hic habet: *Nam & regulare eſt.* Edit. Ægid. & unus Cod. MS. Leid. *Nam & regulare eſt conſtitutum*; ſed rectius alter MS. *Nam & regulariter eſt conſtitutum.* Hæc ſane ipſius eſt Aniani manus, qui ita paſſim loqui ſolet. Vid. *hoc tit.* §. 2. *ac* 6. & ſupra *lib.* 2. *tit.* 1. §. 4. Paulo aliter Codex Gothanus. *Nam & regulariter ſtatutum eſt.*

T I T. IX.

§. 3. *Aut in obligatione debitoris, ſi aliquis fidejuſſor accedat.* Lege cum Edit. Bouch. *ut ſi aliquis fidejuſſor accedat*, ita enim loqui adſolet Anianus.

Ibid. *Hac conditione non ſolum ille, qui debitor eſt, ſed & is, qui fidejuſſor exſtitit, obligantur.* Lege cum MS. Lugd. Bat. ac Edit. Bouch. Sich. Lovan. ac utraque Pesnotii, *obligatur.*

§. 4. *Item & alio caſu, uno loquente, & ſine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio.* Editio Bouchardi habet, *& alio caſu, viro loquente, & viro ſine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio*, nec ita male, (etſi vò viro poſteriore loco ibi abundet) nam in §. *præced.* dixerat Anianus, mulierem absque ſtipulatione ex dotis dictione teneri, idemque juris eſſe circa patrem vel etiam debitorem mulieris: jam hoc §. ſubjungit, alium etiam caſum dari, quo vir ſine ſtipulatione promittens obligatur, nempe ſi libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas ſe daturum eſſe juraverit. Quamvis vitium nihilominus ineſſe videatur verbis, *& ſine interrogatione alio promittente*, pro quibus ſubſtituendum opinor, *& ſine interrogatione aliqua* (vel *ulla*) *promittente*; Anianus etenim

etenim nuſpiam, quantum novi, *τὸ alio* adhibuit in dandi caſu, aſt utique *alii*: vid. *lib.* 2. *tit.* 7. *in princ.* §. 5. *&* 8. ac paſſim alibi.

§. 5. *Præterea inutilis eſt promiſſio, etiamſi ſtipulatione interveniente facta ſit, ſi id aliquis daturum ſe promiſerit, quod ſui juris non eſt, &c.* Hæc cum præcedentibus incommode ab Aniano connecti notat hoc loco Cl. Schultingius: & tamen culpa ipſum vacare videri poſſet, ſi lectionem amplectaris Cod. MS. Leid. qui ſic habet: *propterea inutilis eſt promiſſio, &c.* At, ſi vel ita reſcripſeris, inconcinnam admodum, meo judicio, offendes locutionem; ne dicam, eundem Librum MS. alibi etiam, videl. *lib.* 2. *tit.* 7. §. *ult. in fin.* perperam *propterea* exhibere pro *præterea.* Ut igitur libere ſcribam, quod ſentio, exiſtimaverim, Anianum utique hic ſcripſiſſe, imo jure ſcribere potuiſſe *præterea*, quum ea, quæ huic §. 5. proxime anteceſſerunt, temporis injuria intercidiſſe videantur: ſuſpicor itaque, Anianum promiſſi ſui memorem primum hic expoſuiſſe, quid ſit donum, aut munus, vel operæ; deinde vero ad illas ſtipulationes, quæ inutiles ſunt ratione perſonarum contrahentium, tranſiiſſe, quibus abſolutis in hoc §. 5. agit de iis ſtipulationibus, quæ inutiles ſunt ratione rei in ſtipulatum deductæ, (quo poſito utique recte dicere potuit: *præterea inutilis eſt promiſſio, &c.* denique in §§. 6. 7. 8. 9. & 10. ultimo loco tractat de illis ſtipulationibus, quæ ratione formæ ac modi inutiles ſunt: ſic vero pulchre cohærebunt omnia, nec quidquam ſupererit, quod Aniano imputemus: nec eſt, quod quis nobis objiciat, in Libris MSS. quibus Viri docti hactenus uſi fuere, nullum hic veſtigium lacunæ alicujus reperiri; quandoquidem non omnes Codd. harum Inſtitutionum æque integri ſunt, quippe in Codd. Leidenſi, Gothano, Niſp. & Alm. Bouchardi deſideratur integer titulus, *de ſubſtitutionibus, & faciendis ſecundis tabulis*, ſicuti is etiam deeſt apud Epitomatorem, eumque primus ex ſuo Codice eruit Joh. Sichardus: forte etiam alicubi Liber manu exaratus latitat, in quo Inſtitutiones Caji & hoc & aliis locis pleniores editis exſtant, perinde atque complures Jul. Pauli Sententias alibi fruſtra quærendas continebat locupletiſſimus ille Codex Veſontinus, quo uſus Jac. Cujacius. Quidquid ſit, conjecturam noſtram Eruditis interea proponere lubuit, donec alius certiora adtulerit.

§. 6. *Præterea inutilis eſt promiſſio, ſi aliquis rem ſub tali conditione promittat, quæ impleri pro rei difficultate non poſſit.* Supple ex MSS. Lugd. Bat. & Niſp. ac Edit. Bouch. *quæ conditio impleri, &c.* ita enim ſcripſiſſe videtur Anianus.

§. 13. *Quia in ejuſmodi rebus conſenſus magis, quam ſcriptura, aut ſolennitas quæritur.* Legendum hic cum MS. Leid. & Joh. Sichardi Edit. *quam ſcriptura aliqua*, ut jam notavit doctiſſ. Rover *Diſſert. Inaug. cap.* 10. *pag.* 56. *& ſeq.* præſertim, quum ita quoque repræſentent Codex Gothanus, & Niſp. ac Editt. Bouchardi, Lovan. & utraque Peſnotii.

§. 15. *Locatio & conductio ſimili ratione conſiſtunt, ut conſenſu, etiam verbo, definitio inter conſentientes firma permaneat.* Rectius in Edit. Alm. Bouchardi legitur, *&* (leg. *ut*) *conſenſu etiam verborum definitio, &c.* Sic ſane mens Aniani clarius eluceſcet.

§. 18. *Nam ſi contra mores bonos aliquid mandare voluerimus, hoc eſt, ſi cuicunque mandemus, ut alicui furtum faciat, &c.* Magis adridet lectio Cod. Lugd. Bat. & Edit. Bouch. *Nam ſi contra bonos mores aliquid mandare voluerimus, hoc eſt, ſi cuiquam mandemus, &c.*

§. 19. *Solvitur autem mandatum, aut morte, cui mandatum eſt, &c.* Supple ex Edit. Bouch. *morte ejus, cui mandatum eſt.*

T I T. X.

§. ult. *Et multa præterea quorumcumque ſimilia ſunt: ſecundum quæ & ille furti tenetur, qui, ut fieret, opem, aut conſilium, aut ſtudium commodarit: velut, ſi quis pecuniam, quam in manu aliquis tenebat, excuſſerit, ut alii eam rapere poſſent.* Priora hujus §. verba corruptiſſima eſſe nemo non videt, neque etiam multo emendatius ea leguntur in Codd. MSS. tam Leidenſi, quam Gothano, ac Niſp. & in Editt. Lovan. & Peſnotii. * At vero Alm. Bouchardi Editio hic facem quodammodo præfert ad veram aut ſaltem a vera parum abcedentem lectionem eruendam: ecce enim, ibi ſic ſcriptum eſt. *Et multa præterea quorumcunque ſimilia ſunt, ſecundum legem furti tenentur. Sed &, ſi quis, ut ferret opem, aut conſilium aut ſtudium commodaverit, velut, ſi quis pecuniam, quam in manu aliquis tenebat, excuſſerit, ut alii eam rapere poſſint*, in idem judicium incidit: unde ſic fere locum hunc reſtituendum arbitror. *Et multa præterea horum ſimilia. Quicunque ea faciunt, ſecundum legem furti tenentur: ſed &, ſi quis, ut id fieret, opem, aut conſilium, aut ſtudium commodaverit, &c. in idem judicium incidit.* Ut vero paucis hujuſce emendationis rationem reddam, primum *τὸ quorumcunque*, quod dubio procul in mendo cubat, & complurium Eruditorum torſit ingenia, diſſolvi in *horum quicunque ea*, haud magno ſane molimine, quum frequens ſatis fuerit librariorum lapſus, ut duas pluresve voces in unam contraxerint: ſane verba *& multa horum ſimilia*, ab Aniano profecta fuiſſe ex eo quoque liquet, quod apud Epitomatorem reperiantur. Deinde pro *ſunt* leviſſima mutatione reſcripſi *ſc̄nt*, quod contracte notat *faciunt*: tandem pro *ut ferret*, ſecutus optimorum Exemplarium fidem, repoſui, *ut id* (ſc. furtum) *fieret*. Et hiſce quidem emendatiunculis admiſſis ſenſus verborum Aniani, ni fallor, ſic ſatis ſibi conſtat: mollius certe jam non ſuccurrit remedium, quo locus hic ſanari, & in integrum reſtitui poſſit.

* In Cod. MS. Niſp. locus hic depravate quidem legitur, verum ibi poſt verba *ut alii eam rapere poſſint*, ſequentia ſubjiciuntur, *ſimilis conditio ſervetur*, quod ſane a ſtylo Aniani non omnino eſt alienum.

T A N T U M.

CAJI JURECONSULTI
INSTITUTIONUM
SUMMARIUM,

A

PETRO ÆGIDIO

ANTVERPIENSI

PRIMUM PUBLICI JURIS FACTUM

ANNO MDXVII.

NUNC VERO ITERUM, ET EMENDATIUS QUIDEM, IN LUCEM EDITUM.

INCIPIT
GAI JURECONSULTI
LIBER PRIMUS.

TITULUS I.

De Libertatibus Servorum.

Princ. OMNES homines aut liberos eſſe, aut ſervns. Ingennos, qui ingenui nati ſunt. Libertinos, qui pro juſta ſervitute manumiſſi liberi fiunt. Libertntum vero tria ſunt genera: aut cives Romani ſunt, aut Latini, aut Dediticii.

§. 4. Ideo cives Rnmani meliorem ſtatum habent, quia teſtamenta facere, & ex teſtamento ſuccedere poſſunt: nam Latini & Dediticii hoc facere nnn poſſunt: tamen ingenuitati eorum non præjudicat.

§. 5. Debitnr fruſtra ſervum mannmittere præſumit, ſi creditoribus res a ſe debitas non ante reddiderit.

§. 7. Nam quamlibet dominus, id eſt [1], quatuordecim annns egreſſus, teſtamentum facere poſſit, libertatem tamen ſervis [2] non poteſt in hac ætate conferre, niſi tantum pædagogo, aut conlactaneo.

TITULUS II.

De numero ſervorum teſtamento manumittendorum.

Princ. Si quis duos habet, ambns manumittere poteſt: qui vero tres, duos teſtamentn manumittat: qui quatuor, ſimiliter duos: qui ſex, tres: qui octo, quatuor: qui decem, quinque: qui undecim, duodecim, tredecim, quatuordecim, quindecim, ſedecim, decem & ſeptem, ſimiliter quinque: qui decem & octn, ſex [3]: & ab hoc numero usque ad triginta, tertia pars manumittatur: qui amplius, quam triginta habuerit, usque ad centum, quarta

1. *Sic edidi ex Codd. MSS. Petav. & Voſſ. nec aliter eſt apud Anianum h. l. in Edit. Ægid. male exſtat* idem.

2. *Ita repræſentavi ex iisdem Codd. quibus ipſius Aniani verba adſtipulantur. Edit. Ægid. male* ſervus.

3. *Ita edidi ex Cod. P. cui ipſius Aniani verba ſuffragantur. In Edit. Ægid. confuſe legitur:* qui duodecim, undecim: qui quatuordecim, tredecim: qui ſedecim, quindecim: qui decem & ſeptem, ſimiliter quindecim: & ab hoc numero &c.

quarta pars manumittatur, qui vero plures [1], quam centum habuerit, quinta pars manumittatur: & in teſtamento non plus quam centum mancipia manumittantur.

Nam quicunque voluerit aut in Eccleſia, aut ante Conſulem, aut inter amicos, aut per §. 1.
epiſtolam manumittere, poteſt his manumiſſionibus omni familiæ jugum ſervitutis abſolvet [2].

Et quod in illis valeat manumiſſio teſtatoris, qui legitimo numero in teſtamento prius §. 2.
fuerint nominati: in illis vero non valeat, qui ſupra conſtitutum numerum poſtea manumiſſi leguntur. Et qui confuſè omnes ſervos ſuos manumiſerit, & non nominatim, nihil valebit.

Et ſi quis ſub tempore mortis ſervos ſuos plures, quam in teſtamento licet, quocunque §. 3.
modo manumiſerit, etiam per epiſtolas, aut per quæcunque argumenta, qui poſt ſtatutum numerum manumiſſi fuerint, in ſervitute permaneant.

Nam quoſcumque incolomis [3] diverſo tempore manumiſit, in libertate permaneant. §. 4.

TITULUS III.

De Jure perſonarum.

Aliquæ perſonæ ſui juris ſunt, aliquæ alieno juri ſubjectæ ſunt. *Princ.*
In poteſtate dominorum ſunt ſervi: occidendi eos tamen licentia denegatur: niſi §. 1.
forte, dum culpam vindicat, caſu evenerit.

In poteſtate patris ſunt filii ex legitimo matrimonio procreati. §. 2.

TITULUS IV.

De Matrimoniis.

Legitimæ ſunt nuptiæ, ſi Romanus Romanam nuptiis intervenientibus, vel ex conſenſu *Princ.*
ducat uxorem.

Sed non omnes perſonas uxores ducere licet: quia nec patri filiam, nec filio matrem, §. 1. *cum ſex ſeqq.*
nec avo neptem, nec nepoti aviam, neque ſororis fratriſque filiam, vel ſororem patris ac matris, neque genero ſocrum, nec ſocero nurum ſuam, aut vitrico privignam, aut privigno novercam, neque fratria amitini vel conſobrini [4]: ſed nec uni viro duas ſorores, nec uni mulieri duobus fratribus ulla ratione jungere licebit.

Nam qui ex hujuſmodi conceptione nati fuerint, adulteri ſunt, & ſpurii appellantur, §. 8.
hoc eſt, ſine patre.

Legitime conceptus, etiamſi mater ejus ex ingenua ancilla fiat, ingenuus naſcitur: iſte, §. 9.
qui non legitime concipitur, ſi mater ejus ex ancilla, dum prægnans eſt, libera facta fuerit, liber naſcitur; ſi vero ex ingenua ancilla prægnans efficiatur, is, qui natus ex ea fuerit, ſervus erit.

TITULUS V.

De Adoptionibus.

Adoptio naturæ ſimilitudo eſt, ut aliquis filium habere poſſit, quem non generaverit. *Princ.*
Vir quidem & maſculum & fœminam ſecundum ordinem legis adoptare poteſt. §. 1.
Fœmina vero neque maſculum neque fœminam adoptare poteſt, quia nec filios a ſe natos in poteſtate habet.

TITULUS VI.

Quibus modis filii exeant de poteſtate patris.

Id eſt, pater naturalis tradit filium ſuum fiduciario patri, & iterum fiduciarius pater tra- §. 3.
dit eum naturali patri, accepto uno aut duobus nummis, quaſi in ſimilitudinem pretii. Hoc ſecundo & tertio fit coram teſtibus.

Si pater moriatur, & avus paternus vivat, nepos ex filio in ejus remanet poteſtate, & ſi voluerit nepotes emancipare, & filium in ſua poteſtate retinere, in ſuo permittitur arbitrio.

1. *Sic exhibui ex Cod. P. nec aliter ſcripſit Anianus. Edit. Ægid.* plus.

2. *Legendum:* p. h. m. omnem familiam jugo ſervitutis abſolvere, *ut eſt apud ipſum Anianum. Codd. P. & V. quoque habent*, omnem familiam. Sed doctiſſ. Bondam in Specim. Inaug. animadv. crit. *cap.* 10. *pag.* 48. hunc locum ita legit ac interpungit. *Nam quicunque voluerit, aut in Eccleſia manumittere, &c. poteſt, & his manumiſſionibus omnem familiam jugo ſervitutis abſolvet.*

3. *Ita legitur in Cod. P. pro* incolumis. *Male Edit. Ægid.* in colonis.

4. *Ita edidi ex Codd. P. & V. In Edit. Ægid. eſt*, amitani aut conſobrini.

TITULUS VII.

De Tutelis.

Princ. Tutores aut legitimi ſunt, aut teſtamentarii.

§. 1. Legitimi ſunt, qui proximiores de agnatis inveniuntur, & ad ipſum [1] legitima tutela pertinet.

§. 2. Teſtamentarii ſunt, quos patres aut avi paterni teſtamento ſuo tutores aut filiis aut nepotibus delegaverint: quod ſi iſti non fuerint, tunc ex inquiſitione judicis tutor pupillis detur.

TITULUS VIII.

De Curatoribus [2].

§. *unic.* Minores ſub curatoribus ſunt uſque ad viginti quinque annos. Everſores & inſani omni tempore vitæ ſuæ ſub curatore eſſe jubentur.

Lib. II. Tit. 1.

TITULUS IX.

De Rebus.

§. 3. Nullus ſic altius ædificet domum, ut alii domui lumen tollat.

§. 4. Si quis in ſolo noſtro ſine noſtro permiſſu domum ædificaverit, arbores vel vineas plantaverit, meſſem ſeminaverit, hæc omnia domino terræ adquiruntur.

§. 5. Si quis ex tabulis alienis navem aut opus aliud fecerit, ejus erunt, de cujus ligno facta probantur. Similiter, ſi ex lana vel ex lino alieno veſtimentum fecerit, ejus erunt veſtimenta, cujus lana aut linum fuiſſe probatur.

§. 6. Illis tamen, qui aliena præſumpſerunt, hoc competit, ut in expenſas, quæ in his fecerint, a dominis, qui rem factam vindicant, recipere poſſint.

§. 7. Quicquid filii aut ſervi adquirunt, id patribus & dominis ſine dubio adquiritur, præter eos filios, quibus per leges habere permiſſum eſt [3].

Quicquid ſervis [4] in uſufructu [5] adquiritur, id eſt, hereditas, aut donatio, id proprietario domino, non uſufructuario adquiritur.

Lib. II. Tit. 2.

TITULUS X.

De Teſtamentis.

Princ. Adoptivus filius, ſi mortuus fuerit, ei moritur, qui eum adoptavit.

§. 1. Filii tam ex nobis [6] nati, quam adoptivi, ſine voluntate parentum teſtamentum facere non poſſunt.

§. 2. Nec pueri ante quatuordecim annos, nec puellæ ante duodecim poſſunt facere teſtamentum.

§. 3. Furioſi vel inſani, niſi per intervalla, non poſſunt facere teſtamentum.

Lib. II. Tit. 3.

TITULUS XI.

De Exheredatione liberorum.

§§. 1. & 2. Si pater filium in teſtamento prætermiſerit, filius quidem rumpit teſtamentum: ſimiliter & filia poſthuma, ſi memorata non fuerit, rumpit teſtamentum: nata vero non rumpit, ſed inter fratres ſuam accipit [7] portionem.

Lib. II. Tit. 5.

TITULUS XII.

De Legatis.

§. 1. Quicquid per teſtamentum alicui fuerit dimiſſum, poſt mortem teſtatoris legatarius non expectato herede ſine ejus calumnia præſumat. Si per vindicationem una res multis legata ſit, æquales ſinguli capiant portiones.

1. *Leg.* ipſos.
2. *Ita eſt ap. Ægid. at in Codd. MSS.* de Curationibus.
3. *Leg.* q. p. l. caſtrenſe peculium habere permiſſum eſt, *ut apud Anianum.*
4. *Leg.* a ſervis. *In Codd. P. & V. legitur* ſervus, *quod ſi admittamus, mox legendum,* adquirit.
5. *Ita edidi ex Codd. P. & V. ſed. Ægid. minus recte,* in uſumfructum.
6. *Ita reſcripſi ex Codd. P. & V. ſed Ægid. vitioſe* ex nobili.
7. *Sic edidi ex Cod. V. ſed Cod. P. & Edit. Ægid. male* accepit.

TITULUS XIII. *Lib. II. Tit. 6.*

De Lege Falcidia.

Quicunque heres fuerit inſtitutus, quartam partem totius hereditatis habeat: quod ſi teſtator hereditatem ſuam legatis exinanierit, hoc ſtatutum eſt, ut Falcidiam ſibi de imminutione [1] legatorum heres retineat, conſtante nihilominus teſtamento. *§. unic.*

TITULUS XIV. *Lib. II. Tit. 7.*

De Fideicommiſſis.

Qualiter fideicommiſſum reddi debeat, vel a quo dimitti, aut qualiter, aut quibus modis poſſit impleri. Et quamlibet per fideicommiſſum diſpenſet teſtator facultatem ſuam, quartam tamen legitimo debet hæredi.

TITULUS XV. *Lib. II. Tit. 8.*

De Inteſtatorum hæreditatibus.

Prim. Inteſtatorum hæreditates primum ad ſuos hæredes pertinent. Sui autem hæredes appellantur filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis ex nepote: quia omnes per virilem ſexum deſcendentes ſui vocantur. Naturales ſunt hæ perſonæ, ac adoptivæ; adoptivorum enim comparatione legitimi naturales appellantur. Sed ita nepos, & neptis ex filio avo ſui hæredes ſunt, ſi pater eorum de poteſtate patris aut morte, aut emancipatione diſceſſerit: nam ſi eo tempore, quo aliquis moritur, filium in poteſtate habeat, & ex eo nepotes, illi vivo patre ſuo, & in poteſtate avi conſtituto [2], ſui hæredes avo eſſe non poſſunt.

Similiter poſthumi, qui, ſi vivo patre nati fuiſſent, in poteſtate ejus futuri erant, ſui hæredes ſunt. *§. 1.*

Si quando aliquis moriatur, & reliquerit filium, aut filiam, & ex alio filio mortuo nepotes, neptesve, filii, vel nepotes ex filio defuncto, patre [3], vel avo hac ratione ſuccedunt, ut filius, vel filia ſuas portiones accipiant, & nepotes ex filio portionem, quam pater eorum erat habiturus, accipiant: quia regulariter conſtitutum eſt, inter ſuos proximior longiore gradu poſitum non excludat: & non in capita, ſed in ſtirpem dividatur hæreditas. Item ſi quis moriens filium non relinquat, ſed ex duobus maſculis filiis dimittat nepotes, hoc eſt, ex uno filio unum, vel duos nepotes, ex altero tres, aut quatuor ſimiliter, ſicut ſuperius dictum eſt, in ſtirpem, non in capita hæreditas dividatur, hoc modo, ut illi duo nepotes ex uno filio medietatem percipiant, & illi quatuor ex alio filio aliam medietatem, hoc eſt, ut tales accipiant portiones, quales patres eorum, ſi vixiſſent, habituri erant. *§. 2.*

Si defuerint ſui hæredes, tunc hæreditas defuncti pertinet ad agnatos. Agnati enim ſunt per virilem ſexum defuncto [4] propinquitate conjuncti, id eſt, conſanguinei fratres, hoc eſt, de uno patre nati. Nec diſputari poteſt, ſi de diverſis matribus naſcuntur, qui uno patre geniti ſunt. Item patruus, id eſt, frater patris, fratris ſui filio agnatus eſt. Ipſo modo ſunt fratres patrueles, hoc eſt, qui de ſingulis germanis nati ſunt. Hoc ordine agnoſcetur, qui ſunt agnati, ſicut ſupra diximus, per virilem ſexum propinquitate conjuncti. *§. 3.*

Non tamen omnibus ſimul agnatis lex hæreditatem propinqui inteſtati dat; ſed his, qui defuncto mortis ſuæ tempore proximiores inveniuntur. *§. 4.*

In fœminis vero alia conditio eſt: quia inter fœminas ſola tantum ſoror conſanguinea habetur agnata, & [5] germano ſuo defuncto ab inteſtato ei agnati jure ſuccedit. Reliquæ fœminæ, hoc eſt, amita, id eſt, patris ſoror, vel fratris filia, nec in capiendis hæreditatibus propinqoorum legitimæ ſunt, nec maſculis propinquis agnationis jure ſuccedunt. Ipſarum vero hæreditates ad maſculos propinquos agnationis jure perveniunt. *§. 5.*

Regulariter conſtitutum eſt, ut inter agnatos proximior poſteriorem excludat, & inter eos non in ſtirpem, ſed in capita ab inteſtato dividatur hæreditas. Nam inter ſuos, ſicut ſuperius diximus, alia ratio eſt, [6] proximior poſteriorem non excludat, & ſemper hæreditas in ſtirpem, non in capita dividatur. Nam ſi quis moriens dimittat germanum, & ex altero germano filios, germanus frater, quia gradu proximior eſt, ſolus ſuccedit, fratris filii non ſuccedunt [7]. Item ſi moriatur quis, & de duobus germanis fratribus dimittat filios dumtaxat maſculos, [8] ex uno fratre dimiſerit duos, ex alio quatuor ſimiliter maſculos; *§. 6.*

1. *Leg.* de imminutione, *ut eſt apud Anianum.*
2. *Ita edidi ex Cod. V. & ſic eſt apud ipſum Anianum; ſed Ægid. male* conſtitun. *Cod. P.* conſtituta.
3. *Legendum* patri, *ut eſt apud Anian.*
4. *Ita edidi ex Codd. P. & V. nec aliter eſt apud Anian. ſed Ægid. vitioſe* defuncta.
5. *Leg.* ut, *ſicque exſtat apud Anian.*
6. *Hic omiſſa eſt particula* ut, *quæ ſupplenda eſt ex verbis Aniani.*
7. *Ita edidi ex Codd. P. & V. ſicque eſt apud Anian. ſed Ægid.* ſuccedant.
8. *Hic inſerenda particula* & *ex verbis Aniani.*

los; omnes quidem fratrum filii patruo [1] ab inteſtato ſuccedunt: ſed non in ſtirpem, ſed in capita, ita ut illi duo ex uno patre duas accipiant portiones, & illi quatuor ex alio quatuor accipiant portiones. Nam ſorores ſi habuerint, in patrui hæreditatem non veniunt, ſicut nec ſororis filii in avunculi hæreditate ſuccedunt.

§. 7. Nam & regulariter [2] eſt conſtitutum, ut cognati tunc inteſtatorum propinquorum hæreditates capiant, quando aut ſui, aut agnati defuerint.

Lib. II. Tit. 9.

TITULUS XVI.

De Obligationibus.

§. 1. Ut non ſolum fidejuſſor, dum vivit, eſt obligatus, ſed & hæredes ipſius, ſi ille defecerit, teneantur obnoxii; creditor autem in poteſtate habeat reddendi pecuniam, quem velit tenere, utrum debitorem, an fidejuſſorem. Sed ſi debitorem tenere elegerit, fidejuſſorem abſolvat: ſi vero fidejuſſorem tenuerit, debitorem abſolvat.

§§. 5 & 7. Si aliquis, quod impleri [3] non poteſt, promiſerit, & inutilis promiſſio fuerit, neque ipſe, neque hæredes ſui teneantur obnoxii.

§. 10. Si actor contra mandatum egerit, non præjudicat mandatori.

§. 13. Conſenſu fiunt obligationes ex emptionibus & venditionibus, locatinnibus & conductionibus, ſocietatibus & mandatis, in quibus rebus conſenſus magis, quam ſcriptura quæritur.

Lib. II. Tit. 10.

TITULUS XVII.

Quibus modis Obligatio tollatur.

Princ. Tollitur obligatio, eum debitum de quibuscunque rebus impletur.

§. 1. Furtorum genera ſunt quatuor, manifeſti, nec manifeſti, concepti, & oblati.

§. 3. Qui rem alienam invito aut neſciente domino contingit, vel tollere, aut de loco movere præſumit, furtum facit.

§. 4. Et ſi quis rem utendam acceperit, aut commendatam apud ſe habuerit, & eam [4] aliter uſus fuerit, quam accepit [5], furti actione tenetur.

§. 5. Similiter & de jumento, ſi longius, quam conſtitutum fuerit, duxerit, furti ejus [6] tenetur.

§. 6. Et ſi aliquis pecuniam, quæ in manu habetur, excuſſerit, ut alii rapere poſſint, furti ejus tenetur. Et multa horum ſimilia.

1. *Supple iterum ſuo ex Aniano.*
2. *Ita edidi ex Cod. V. ſed edit. Ægid. & Cod. P. minus recte habent* regulare.
3. *Ita edidi ex Codd. P. & V. ſed Ægid.* implere.
4. *Leg.* ea, *ut apud Anian.*
5. *Ita eſt in Codd. P. & V. & apud Anian. ſed Ægid.* acceperit.
6. *Sic erbibus ex iisdem Codd. At Ægid. & hic & mox habet* reus.

F I N I S.

JULII PAULI SENTENTIARUM RECEPTARUM AD FILIUM LIBRI QUINQUE,

CUM NOTIS

CL. V.

PETRI FABRI, J. C.

IN SENATU TOLOSANO PRÆSIDIS,

NONDUM ANTEA EDITIS,

EJUSDEMQUE OBSERVATIONIBUS PARITER ANECDOTIS

IN NOTAS

JACOBI CUJACII

AD EASDEM PAULI SENTENTIAS.

Digitized by Google

JULII PAULI, SENTENTIARUM RECEPTARUM AD FILIUM, LIBER PRIMUS.

TITULUS
Ad Municipalem.

§. 1. *Filii libertorum libertarumque liberti paterni, & patroni manumiſſoris domicilium, aut originem ſequuntur.*

§. 2. *Vidua mulier amiſſi mariti domicilium retinet, exemplo clariſſimæ perſonæ per maritum factæ: ſed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur.*

§. 3. *Municipes ſunt liberti, & in eo loco, ubi ipſi domicilium ſua voluntate tulerunt: nec aliquod ex hoc origini patroni faciunt præjudicium: & utrobique muneribus adſtringuntur.*

§. 4. *Relegatus in eo loco, in quem relegatus eſt, interim neceſſarium domicilium habet.*

§. 5. *Senator ordine motus, ad originalem patriam, niſi hoc ſpecialiter impetraverit, non reſtituitur.*

§. 6. *Senatores, & eorum filii filiæque, quoque ..mpore nati, natæve, itemque nepotes, pronep.. es & proneptes ex filio, origini eximuntur, licet municipalem retineant dignitatem.*

§. 7. *Senatores, qui liberum commeatum, id eſt, ubi velint morandi arbitrium impetraverunt, domicilium in urbe retinent.*

§. 8. *Qui fœnus exercent, omnibus patrimonii intributionibus fungi debent, etſi poſſeſſionem non habeant.* Lex eſt 22. ff. ad municipal.

TITULUS
De Decurionibus.

§. 1. *Honores & munera non ordinationi, ſed potioribus quibusque injungenda ſunt.*

§. 2. *Surdus & mutus, ſi in totum non audiant, aut non loquantur, ab honoribus civilibus, non etiam a muneribus excuſantur.*

§. 3. *Is, qui non ſit decurio, duumviratu, vel aliis honoribus fungi non poteſt: quia decurionum honoribus plebeji fungi prohibentur.*

§. 4. *Ad decurionatum filii ita demum pater non conſentit, ſi contrariam voluntatem, vel apud acta Præſidis, vel apud ipſum ordinem, vel quo alio modo conteſtatus ſit.* Lex eſt 7. ff. de decurion.

TITULUS
De Muneribus, & Honoribus.

§. 1. *Æſtimationem honoris, aut muneris in pecunia pro adminiſtratione offerentes audiendi non ſunt.*

§. 2. *Qui pro honore pecuniam promiſit, ſi ſolvere eam cœpit, totam præſtare, operis inchoati exemplo, cogendus eſt.*

§. 3. *Invitus filius pro patre rempublicam ſalvam fore cavere non cogitur.*

§. 4. *Defenſionem reipublicæ amplius quam ſemel ſuſcipere nemo cogitur, niſi id fieri neceſſitas poſtulet.* Lex eſt 16. ff. de muner. & honor.

TITULUS
De vacatione, & excuſatione munerum.

§. 1. *Ab his oneribus, quæ poſſeſſionibus, vel patrimonio indicuntur, nulla privilegia præſtant vacationem.*

§. 2. *Corpus menſurarum frumenti juxta annonam Urbis habent vacationem: in provinciis non item.*

§. 3. *Angariorum præſtatio, & recipiendi hoſpitis neceſſitas, & militi, & liberalium artium profeſſoribus inter cætera remiſſa ſunt.*

§. 4. *Auctis poſt appellationem medio tempore facultatibus, paupertatis obtentu non excuſantur.*

§. 5. *Defenſores reipublicæ ab honoribus, & muneribus eodem tempore vacant.* Lex eſt 10. ff. de vacation. & excuſ. muner.

§. 6. *Legato, qui publicum negotium tuitus ſit, intra tempora vacationis præſtituta rurſum ejusdem negotii defenſio mandari non poteſt.*

§. 7. *Comites Præſidum, & Proconſulum, Procuratorumve Cæſaris a muneribus, vel honoribus, & tutelis vacant.* Lex eſt 12. ff. eod. tit.

§. 8. *Conſiliari eo tempore, quo adſidet, negotia tractare in ſuum quidem auditorium nullo modo conceſſum eſt: in alienum autem non prohibetur.* Lex eſt 5. ff. de offic. adſeſſorum.

TITULUS

De Legationibus.

§. 1. L*egatus, antequam officio legationis functus ſit, in rem ſuam nihil agere poteſt, exceptis his, quæ ad injuriam ejus, vel damnum parata ſunt.*

§. 2. *Si quis in munere legationis, antequam ad patriam revertatur, deceſſit, ſumptus, qui proficiſcenti ſunt dati, non reſtituuntur.* Lex eſt 10. ff. h. tit.

TITULUS

De Adminiſtratione rerum ad Civitates pertinentium.

§. 1. D*ecuriones pretio viliori frumentum, quod annona temporalis eſt, patriæ ſuæ præſtare non ſunt cogendi.*

§. 2. *Niſi ad opus novum pecunia ſpecialiter legata ſit, vetera ex hac reficienda ſunt.* Lex eſt 5. ff. h. tit.

§. 3. *Ad curatoris reipublicæ officium ſpectat, ut dirutæ domus a dominis exſtruantur.*

§. 4. *Domum ſumptu publico exſtructam, ſi dominus ad tempus pecuniam impenſam cum uſuris reſtituere noluerit, jure eam respublica diſtrahit.* Lex eſt 46. ff. de damno infecto.

TITULUS I.

De Pactis, & Conventionibus.

§. 1. De his rebus paciſci poſſumus, de quibus tranſigere licet: ex his enim pacti obligatio ſolummodo naſcitur.

§. 2. In bonæ fidei contractibus pactum conventum alio pacto diſſolvitur: & licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur.

§. 3. [1] Pacto convento Aquiliana ſtipulatio ſubjici ſolet: ſed conſultius eſt, huic pœnam quoque ſubjungere: quia, reſciſſo quoquo modo pacto, pœna ex ſtipulatu repeti poteſt.

§. 4. Neque contra leges, neque contra bonos mores paciſci poſſumus.

Pactum contra jus, aut conſtitutiones, aut S. C. interpoſitum nihil momenti habet. Ex auctore Vet. Conſultat.

§. 5. [2] De rebus litigioſis & convenire, & tranſigere poſſumus. Poſt rem judicatam pactum, niſi donationis cauſa interponatur, ſervari non oportet.

§. 6. *Functio dotis pacto mutari non poteſt: quia privata conventio juri publico nihil derogat.* Ex eodem auctore Conſ.

§. 7. *De criminibus propter infamiam nemo cum adverſario paciſci poteſt.* Ex eodem.

TITULUS

De in Jus Vocando.

§. 1. P*arentes naturales in jus vocare nemo poteſt: una eſt enim omnibus parentibus ſervanda reverentia.* Lex eſt 6. ff. de in jus voc.

§. 2. *Ingratus libertus eſt, qui patrono obſequium non præſtat, vel res ejus, filiorumve tutelam adminiſtrare detrectat.* Lex eſt 19. ff. de jur. patronat.

TITULUS II.

De Cognitoribus.

§. 1. Omnes infames, qui poſtulare prohibentur, cognitores fieri non poſſunt, etiam volentibus adverſariis.

§. 2. Fœminæ in rem ſuam cognitoriam operam ſuſcipere non prohibentur.

§. 3. In rem ſuam cognitor procuratorve ille fieri poteſt, qui pro omnibus poſtulat.

§. 4. Actio judicati non ſolum in dominum, aut domino, ſed etiam heredi, & in heredem datur.

TITULUS III.

De Procuratoribus.

§. 1. Mandari poteſt procuratio præſentibus, & nudis verbis, & per litteras, & per nuncium, & apud acta Præſidis, & Magiſtratus.

§. 2. Procurator, aut ad litem, aut ad omne negotium, aut ad partem negotii, aut ad res adminiſtrandas datur.

§. 3. *Voluntarius procurator, qui ſe alienis negotiis offert, rem ratam dominum habiturum cavere debet.*

§. 4. *Actoris procurator non ſolum abſentem defendere, ſed & rem ratam dominum habiturum ſatisdare cogitur.*

§. 5. *Petitoris procurator rem ratam dominum habiturum deſiderante adverſario ſatisdare cogendus eſt: quia nemo in re aliena idoneus eſt ſine ſatisdatione.*

§. 6. *Si ſatis non det procurator abſentis, actio ei abſentis nomine non datur.* Ex vet. Conſult.

Actoris procurator non in rem ſuam datus propter impenſas, quas in litem fecit, poteſt deſiderare, ut ſibi ex judicatione ſatisfiat, ſi dominus litis ſolvendo non ſit. Lex eſt 30. ff. h. tit.

Abſens reus cauſas abſentiæ per procuratorem reddere poteſt. Lex eſt 71. ff. h. tit.

TI-

1. *Pacto convento*] *l. ut reſponſum* 15. *C. de tranſ.* Cujac. Adde *l. ubi pactum eod. tit.* & *l. & uno ff. de acceptilationib.* & *l. ſi cauſa C. de tranſact.* Pet. Fab.
2. *De rebus litigioſis*] Niſi ſi lis adhuc ſubeſſe poteſt. Cujac. aut quia vel appellatio interceſſit, vel appellari poteſt. *l. & poſt ff. de tranſact.* aut quia negatur judicatum eſſe, vel ignorari poteſt, an judicatum ſit. *l. poſt rem eod. tit.* Pet. Fab.

TITULUS IV.

De Negotiis Geſtis.

§. 1. Qui negotia aliena gerit, & bonam fidem, & exactam diligentiam rebus ejus, pro quo intervenit, præſtare debet.

§. 2. Tutor poſt finitam tutelam, ſi in adminiſtratione duret, actione negotiorum geſtorum pupillo, vel curatori ejus tenebitur.

Litis conteſtatæ tempore quæri ſolet, an pupillus, cujus ſine tutoris auctoritate negotia geſta ſunt, locupletior ſit ex ea re factus, cujus patitur actionem. Ex l. 37. ff. h. tit.

§. 3. Si pecuniæ quis negotium gerat, uſuras quoque totius temporis præſtare cogitur: & periculum eorum nominum, quibus collocavit, agnoſcere, ſi litis tempore ſolvendo noo ſint: hoc enim in bonæ fidei judiciis ſervari convenit.

§. 4. Mater, quæ filiorum ſuorum rebus intervenit, actione negotiorum geſtorum, & ipſis, & eorum tutoribus tenebitur.

§. 5. Filiusſamilias, aut ſervus, ſi negotium alicujus gerat, in patrem dominumve peculio tenus actio dabitur.

§. 6. Si pater, vel dominus, ſervo, vel filiofamilias aliena ageoda negotia commiſerit, in ſolidum tenebitur.

§. 7. Pater, ſi emancipati filii res [1] ſine ulla exceptione a ſe donatas adminiſtraverit, filio actione negotiorum geſtorum tenebitur.

§. 8. [2] Qui cum tutor, curatorve non eſſet, ſi pro tutore curatoreve res pupilli adulrive adminiſtraverit, actione negotiorum geſtorum pro tutore euratoreve tenebitur.

Actio negotiorum geſtorum illi datur, cujus intereſt hoc judicio experiri.

Nec refert, directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur: quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non obſervatur, hæc ſubtilitas ſupervacua eſt: maxime cum utraque actio ejuſdem poteſtatis eſt, eundemque habet effectum. Lex eſt 47. ff. h. tit.

TITULUS V.

De Calumniatoribus.

§. 1. Calumnioſus eſt, qui ſciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat.

§. 2. [3] Et in privatis, & in publicis judiciis omnes calumnioſi extra ordinem pro qualitate admiſſi plectuntur.

TITULUS VI. A.

De Fugitivis.

§. 1. Servus a fugitivario comparatus, intra decem annos manumitti conrra prioris domini voluntarem non poreſt.

§. 2. Contra decretum ampliſſimi ordinis fugitivum in fuga conſtitutum nec emere, nec vendere permiſſum eſt, inrogata pœna in utrumque ſeſtertiorum decem milium.

§. 3. Limenarchæ, & ſtationarii fugitivos deprehenſos recte in cuſtodiam retinent.

§. 4. Magiſtratus municipales ad officium Præſidis Provinciæ, vel Proconſulis comprehenſos fugitivos recte transmittunt.

§. 5. Fugitivi in fundis Fiſcalibus quæri, & comprehendi poſſunt.

§. 6. Fugitivi, qui a domino non agnoſcuntur, per officium Præfecti Vigilum diſtrahuntur.

§. 7. Intra triennium venditionis agniti fugitivi emptor pretium a Fiſco recipere poteſt.

TITULUS VI. B.

De Reis Inſtitutis.

Ab accuſatione deſtitit, qui cum adverſario ſuo de compoſitione ejus crimінis, quod intendebat, fuerit locutus.

Animo ab accuſatione deſtitit, qui affectum & animum accuſandi depoſuit.

Deſtitiſſe videtur, qui intra præfinitum accuſationis a Præſide tempus reum ſuum non peregit.

Nuntiatores, qui per notoria indicia produnt, notoriis ſuis adſiſtere jubentur.

Calumniæ cauſſa puniuntur, qui in fraudem alicujus librum, vel teſtimonium, aliudve quid conquiſiſſe, vel ſcripſiſſe, vel in judicium protuliſſe dicuntur. Lex eſt 6. ff. ad S. C. Torpillianum.

§. 1. De his criminibus, quibus quis abſolutus eſt, ab eo, qui accuſavit, refricari accuſatio non poteſt.

§. 2. Filius accuſatoris, ſi hoc crimen, quod pater intendit, poſt liberatum reum perſequi velit, ab accuſatione removendus eſt.

§. 3. Crimen, in quo alius deſtirit, vel victus receſſit, alius objicere non prohibetur.

Delator non eſt, qui protegendæ cauſſæ ſuæ gratia aliquid ad fiſcum nuntiat. Lex eſt 44. ff. de jure fiſci.

1. *Sine ulla exceptione*] id eſt pure & præciſe. CUJAC. Sed quid hoc eſt? ignotum per ignotius: putem ſine ulla exceptinne, uſusfructus ſcilicet, intelligi debere. Nam ſane ſi uſumfructum rerum donatarum ſibi receperit pater, non tenetur filio negotiorum geſtorum. PET. FAB.

2. *Qui cum tutor &c.*] Cl. Schultingius ſub hoc §. ex Edit. Sichardi ſequentem exhibet Aniani Interpretationem, quæ in omnibus aliis Editt. omiſſa eſt: *ſi pater in retinendis rebus filiorum ſe miſcuerit, tam ipſis, quam tutoribus eorum, negotiorum geſtorum cogitur reddere rationem.* Quæ tamen cum hunc §. minime reſpondeat, exiſtimat V. Cl. quædam in hac Interpretatione deeſſe. Mihi autem videtur hæc interpretatio alieno loco poſita & pertinere ad §. 4. *hoc tit.* modo pro *pater* in *dict. Interpr.* ſubſtituas *mater*, quod ipſum alii Editores forte ſuſpicati conſulto eam ſub hoc §. omiſere, ne alioqui bis ſub *hoc tit.* adponeretur. MEERMAN.

3. *Et in privatis*] Qualis ſunt furti & injuriarum, nam qui criminalem furti actionem inſtituit calumnioſe, extra ordinem punitur. *l. ult. ff. de furtis.* Idemque in criminali actione injuriarum obtinet. Vide *lib. 5. tit. 4. § qui per calumniam* 11. PET. FAB.

TITULUS VII.

De Integri Reſtitutione.

§. 1. Integri reſtitutio eſt redintegrandæ rei, vel cauſæ actio.

§. 2. Integri reſtitutionem Prætor tribuit ex his cauſſis, quæ per metum, dolum, & ſtatus permutationem, & juſtum errorem, & abſentiam neceſſariam, & infirmitatem ætatis geſta eſſe dicuntur.

§. 3. Integri reſtitutio plus quam ſemel non eſt decernenda: ideoque cauſſa cognita decernitur.

§. 4. Integri reſtitutio, aut in rem competit, aut in perſonam. In rem actio competit, ut res ipſa, qua de agitur, revocetur. In perſonam, aut quadrupli pœna intra annum, vel ſimpli poſt annum peti poteſt.

§. 5. Si aliquis, ut ſe de vi latronum, vel hoſtium, vel populi liberaret, aliquid mancipavit, vel promiſit, ad metum non pertinet: mercedem enim depulſi metus tribuit.

§. 6. Servus per metum [1] mancipatus, quidquid adquiſierit, vel ſtipulatus ſit, ei adquirit, [2] qui vim paſſus eſt.

§. 7. Vis eſt major rei impetus, qui repelli non poteſt.

§. 8. Qui quem domo incluſit, ut ſibi rem manciparet, aut promitteret, extorſiſſe mancipationem videtur.

§. 9. Qui quem ferro vinxit, ut ſibi aliquid traderet, vel venderet, vim intulis ſe videtur.

§. 10. Qui in carcerem quem detruſit, ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc cauſſam factum eſt, nullius momenti eſt.

TITULUS VIII.

De Dolo Malo.

§. 1. Dolus malus eſt, cum aliud agitur, aliud ſimulatur.

§. 2. Si qui dolum, aut metum adhibuit, ut res ad alium tranſiret, uterque de vi & dolo actione tenebitur.

TITULUS IX.

De Minoribus XXV. *Annorum.*

§. 1. Minor 25. annorum ſi aliquod flagitium admiſerit, quod ad publicam coërcitionem ſpectet, ob hoc in integrum reſtitui non poteſt.

§. 2. Qui minori mandavit, ut negotia ſua agat, ex ejus perſona in integrum reſtitui non poteſt: [3] niſi minor ſua ſponte negotiis ejus intervenerit.

§. 3. Si major effectus res, quas minor egit, facto vel ſilentio comprobavit, adverſus hoc quoque in integrum reſtitui fruſtra deſiderat.

§. 4. Si minor minori heres exiſtat, heres ex ſua perſona, [4] non ex defuncti in integrum reſtitui poteſt.

Si minor 25. *annis filiofamilias minori pecuniam credidit, melior eſt cauſſa conſumentis: niſi locupletior ex hoc inveniatur litis conteſtatæ tempore is, qui accepit.*

Minores ſi in judicem compromiſerunt, & tutore auctore ſtipulati ſunt, integri reſtitutionem adverſus talem obligationem jure deſiderant. Lex eſt 34. ff. de minor.

§. 5. Minor ſe in his, quæ fidejuſſit, vel fidepromiſit, vel ſpopondit, vel mandavit, in integrum reſtituendo, reum principalem non liberat.

Minor ancillam vendidit: ſi eam emptor manumiſerit, ob hoc in integrum reſtitui non poterit: ſed adverſus emptorem, quanti ſua intereſt, actionem habebit.

Mulier minor 25. *annis, ſi pactione dotis deterior conditio ejus fiat, & tale pactum inierit, quod nunquam majoris ætatis conſtitutæ paciſcerentur, atque ideo revocare velit, audienda eſt.* Ex lege 48. ff. de minor.

§ 6. Qui ſciens prudensque ſe pro minore obligavit, ſi id conſulto conſilio fecit, licet minori ſuccurratur, ipſi tamen non ſuccurretur.

§. 7. Minor adverſus emptorem in integrum reſtitutus, pretio reſtituto fundum recipere poteſt. Fructus enim in compenſationem uſurarum penes emptorem remanere placuit.

§. 8. Minor adverſus diſtractiones eorum pignorum & fiduciarum, quas pater obligaverat, ſi non ita, ut oportuit, a creditore diſtractæ ſint, reſtitui in integrum poteſt.

TITULUS X.

De. plus petendo.

§. 1. [5] Cauſſa cadimus aut loco, aut ſumma, aut tempore, aut qualitate. Loco, ſi alibi: ſumma ſi plus, quam damus, petimus: tempore, repetendo ante tempus: qualitate, ejusdem ſpeciei rem meliorem poſtulantes.

T I-

1. *Mancipatus*] ita quoque exſtat in edit. Alm. Bouchardi; in aliis *emancipatus*, quod uti in perſonis diverſum eſt (vid. quæ notavi in *not. ad Ulp. tit.* 10. §. 1.) ita in rebus promiſcue a veteribus adhibetur, qua de re dixi in *Diatr. de reb. manc. ſect.* 253. *ſeq.* MEERMAN.

2. *Qui vim paſſus eſt*] Ejus enim in bonis eſt. *l.* 9. §. *licet ff. de eo quod met. cauſ.* PET. FAB.

3. *Niſi minor ſua*] Pro *ſed ſi.* Vide quæ ſcripſi ad *Briſſonium*, & *cap.* 16. *ſub initium lib* 2. *Semeſtrium*, ubi conſimilem attuli locum ex *l.* 1. §. 1. *ff. quarum rerum actio non detur.* PET. FAB.

4. *Non ex defuncti*] id eſt *non tantum*, ut apparet ex *l. interdum* 20. *ff. hoc tit.* PET. FAB.

5. *Cauſſa cadimus*] Qui plus petit. CUJAC. Quid in eo qui minus petit? eadem actione reſiduum ita conſequi poteſt, ſi minor fuit accepti, & finiti judicii tempore. *l.* 1. *C. ſi adverſus rem judicat.* Etenim *ad Judicium*, ut ait Cicero, *ita venire debemus, ut aut nihil, aut totum illud, quod nos contingit, auferamus.* PET. FAB.

Cauſſa cadit. CUJAC. Huc reſpexiſſe videtur D. Leo Papa l. in *ſermone* 2. *de nativit. Domini fol.* 13. *pag.* 2. *Perſtitit ergo improbus prædo, & avarus, & actor* [Diabolus] *in eum, qui nihil ipſius habebat inſurgere, & dum vitiatæ originis præjudicium generale proſequitur, Chirographum, quo nitebatur, excedit ab illo iniquitatis exigens pœnam, in quo nullam reperit culpam; ſolvitur itaque letifera pactionis maleſuada conſcriptio, & per injuſtitiam plus petendi totius debiti ſumma vacuatur.* PET. FAB.

Digitized by Google

TITULUS XI.

De Satisdando.

§. 1. [1] Quoties hereditas petitur, ſatisdatio jure deſideratur: & ſi ſatisdatio oon detur, [2] in petitorem hereditas transfertur. Si petitor ſatisdare noluerit, penes poſſeſſorem poſſeſſio remanet: in pari enim cauſa potior eſt poſſeſſor.

§. 2. Uſufructuarius de uteodo uſufructu ſatisdare debet, ſe perinde uſurum, ac ſi ipſe pater familias uteretur.

TITULUS XII.

De Judiciis omnibus.

§. 1. Hi qui falſa reſcriptione uſi fueriot, lege Corοelia de falſis puniuntur.

§. 2. [3] Ex his, qui ancillam corrupit alienam, aliam reſormare cogendus eſt.

§. 3. Qui falſum neſciens allegavit, falſi pœna non teoctur.

§. 4. In caput domioi, patrooive, nec ſervus, nec libertus interrogari poteſt.

§. 5. Prægnaotes neque torqueri, [4] neque damnari, niſi poſt editum partum poſſunt.

§. 6. Qui reſcriptum a Principe falſa allegatione elicuerint, uti eo prohibentur.

§. 7. Qui de ſe coofeſſus eſt, in alium torqueri non poteſt, ne alienam ſalutem in dubium deducat, qui de ſua deſperavit.

Qui ſine accuſatoribus in cuſtodiam recepti ſunt, quæſtio de his habenda non eſt, niſi ſi aliquibus ſuſpicionibus urgueantur. Lex eſt ultima ff. de quæſtionibus.

Per minorem cauſam majori cognitioni præjudicium fieri non oportet: major enim quæſtio minorem cauſam ad ſe trahit. Lex eſt 54. ff. de judiciis.

In crimine adulterii nulla danda dilatio eſt: niſi ut perſonæ exhibeantur, aut judex ex qualitate negotii motus, hoc cauſa cognita permiſerit. Lex eſt 41. ff. ad leg. Jul. de adulter.

TITULUS XIII. A.

De Judicato.

§. 1. Qui exhibiturum ſe aliquem judicio caverit, mortuo eo, pro quo caverat, periculo cautionis liberatur.

Eum, pro quo quis apud officium cavit, exhibere cogitur. Item eum, qui apud acta exhibiturum ſe eſſe quem promiſit, etſi officio non caveat, ad exhibendum tamen cogitur. Lex eſt 17. ff. de in jus vocando.

§. 2. Filiusfamilias juſſu patris manumittere poteſt; matris non poteſt.

§. 3. Is qui album raſerit, corruperit, ſuſtulerit, mutaverit, quidve aliud propoſitum edicendi cauſa turbaverit, extra ordinem punietur.

§. 4. [5] Si id, quod emptum eſt [6] neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi poteſt, ut tradat, aut mancipet.

Acta apud ſe habita, ſi partes conſentiant, & judex hoc permiſerit, poteſt jubere ea die circumduci: niſi vel negotium, vel lis terminata eſt.

De amplianda, vel minuenda pœna damnatorum poſt ſententiam dictam ſine Principali auctoritate nihil eſt ſtatuendum.

Contra indefenſos minores tutorem, vel curatorem non habentes nulla ſententia proferenda eſt. Lex eſt 45. ff. de re judicata.

Contra pupillum indefenſum, eumque, qui Reipublicæ cauſa abeſt, vel minorem 25. annis propoſitum peremptorium nihil momenti habet.

Is, qui ad majus auditorium vocatus eſt, ſi litem inchoatam deſeruit, contumax non videtur. Lex eſt 54. ff. eod. tit.

Is, qui Reipublicæ cauſa afuturus erat, ſi procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens reſtitui non auditur. Lex eſt 39. ff. ex quib. cauſſ. major. 25. ann. in integ. reſtituunt.

Bonis venditis excipiuntur concubina, & liberi naturales.

Reſpublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus præfertur. Lex eſt 38. ff. de reb. auctoritate judic. poſſidend. ſeu vendund.

§. 5. Deteriorem ſervum facit, qui fugam ſuaſerit, & qui furtum, & qui mores ejus corpusve corruperit.

§. 6. Qui ancillam alienam virginem immaturam corruperit, pœoa legis Aquiliæ tenebitur.

In Dardanarios propter falſum menſurarum modum, ob utilitatem popularis annonæ, pro modo admiſſi extra ordinem vindicari placuit. Lex eſt 37. ff. de pœn.

TI-

1. *Quoties hereditas*] Et hæc eſt quæ ſolida cautio dicitur. CUJAC. *Solita.* PET. FAB.

Similiter autem emancipatus ſuo. CUJAC. Hoc opinor jure majores noſtri, & nos ſemper uſi ſumus. PET. FAB.

Sed magis cuſtodiam concedi ſcribunt. CUJAC. Duarenus *cap.* 21. *lib.* 1. *diſput.* PET. FAB.

Qua de re admoniti quidam. CUJAC. Duarenus in *d. loco.* PET. FAB.

2. *In petitorem hereditas transfertur*] Hoc pertinent, ni fallor, illa ex edicto Verris urbano verba, quæ apud Ciceronem extant *lib.* 3. *pag.* 205. *ſi de hereditate ambigitur, ſi poſſeſſor ſponſionem non faciat.* Cæterum poſſeſſorem ad judicium usque finitum datis certe fidejuſſoribus rem controverſam poſſidere debere, niſi per vim eam poſſeſſionem nactus ſit, atque hoc ex Legibus Zaleuci valere Polybius tradit *lib.* 12. *pag.* 246. PET. FAB.

3. *Ex his, qui ancillam*] Abeſt hæc ſententia a nonnullis codicibus ſcriptis. CUJAC. Et ſane prope eſt, ut Ariani potius quam Pauli eſſe judicem; Longobardicum namque jus, ac ſermonem ſapit. Quis enim JCtorum *reformare* dixit pro *reſtituere*? PET. FAB.

4. *Neque damnari*] Verbum iſtud (ut juris civilia pleraque) cum effectu hic ſcilicet accipitur pro *puniri*. Nam ante pœnas exactas damnatus eſſe aliquis non videtur. PET. FAB.

5. *Si id, quod emptum*] Et ait cogi poſſe. CUJAC. Et recte quidem: ſi res tamen venditoris fuerit, non aliena: nam & ſi quis alienam ſciens vendiderit, in amplius tenetur quam in id quod intereſt, vel ad duplam. Sed etſi propriam dolo deſierit poſſidere, ut quia poſteriori emptori tradiderit, & ejus fecerit, non tenebitur ad rem præciſe priori emptori. Cæterum hoc caſu extra ordinem plectetur ex cauſſa ſtellionatus, nedum ut civiliter teneatur, non ad rem ipſam tamen. Vide ad hanc quæſtionem *l.* 1. *de act. empti*, & ibi Accurſium. PET. FAB.

6. *Neque tradatur, neque mancipetur*] alterutrum videl. pro diverſa rei natura, uti hæc proponuntur *l.* 4, 5, 7. *Cod. Theod. de donat.* Cæterum de uſu mancipationis in venditionibus dixi in *Diatr. de reb. manc. ſect.* 183. *ſeq.* MEERMAN.

TITULUS XIII. B.

Si hereditas, vel quid aliud petatur.

§. 1. In petitione hereditatis ea veniunt, quæ defunctus mortis tempore reliquit; vel ea, quæ poſt mortem ante aditam hereditatem ex ea adquiſita ſunt.

§. 2. Poſſeſſor hereditatis pretia earum rerum, quas dolo alienavit, cum uſuris præſtare cogendus eſt.

§. 3. Rerum ex hereditate alienatarum æſtimatio in arbitrio petitoris conſiſtit.

§. 4. Petitio hereditatis, cujus defunctus litem non erat conteſtatus, [1] ad heredem non tranſmittitur.

§. 5. Hereditas pro ea parte peti debet, pro qua ad nos pertinet, alioquin plus petendi periculum incurrimus, & cauſam perdimus.

§. 6. Qui petit hereditatem, ipſe probare debet, eam ad ſe magis, quam ad eum, qui poſſidet, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato pertinere.

§. 7. Eas res, quas quis juris ſui eſſe putat, petere poteſt: ita tamen, ut ipſi incumbat neceſſitas probandi, eas ad ſe pertinere.

§. 8. Poſſeſſor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel poſſidere neglexit, duplam eorum æſtimationem præſtare cogitur.

§. 9. Hi fructus in reſtitutione præſtandi ſunt petitori, quos unusquisque diligens paterfamilias, & honeſtus colligere potuiſſet.

TITULUS XIV.

De Via publica.

Si in agrum vicini viam publicam quis rejecerit, tantum in eum viæ receptæ actio dabitur, quanti ejus intereſt, cujus fundo injuria irrogata eſt. Ex lege ult. ff. de via public. & itinere publ. reficiend.

§. 1. Qui viam publicam exaraverit, ad munitionem ejus ſolus compellitur.

TITULUS XV.

Si quadrupes pauperiem fecerit.

§. 1. Si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depaſta ſit, in dominum actio datur, ut aut damni æſtimationem ſubeat, aut quadrupede cedat: [2] quod etiam lege Peſulania de cane cavetur.

Si quisquam canem habens in plateis, aut in viis publicis, eum diurnis horis in ligamina non redegerit, quidquid damni fecerit, id a domino diſſolvatur.

Si quis caballum, quodve aliud animal habens ſcabioſum ita dimiſerit, ut vicinorum gregibus permixtus proprium inferat morbum, quidquid damni per eum datum fuerit, ſimiliter ab eo reſarciatur. Ex Papiano tit. 14. reſponſorum.

§. 2. Feram beſtiam in ea parte, qua populi iter eſt, colligari Prætor prohibet. Et ideo ſive ab ipſa, ſive propter eam ab alio alteri damnum datum fuerit, pro modo admiſſi extra ordinem actio in dominum vel cuſtodem datur: maxime ſi ex eo homo perierit, vel fuerit læſus.

§. 3. Ei, qui irritatu ſuo feram beſtiam, vel quamcunque aliam quadrupedem in ſe proritaverit, eaque damnum dederit, neque in ejus dominum, neque in cuſtodem actio datur.

In circulatores, qui ſerpentes circumferunt & proponunt, ſi cui ob eorum metum damnum datum eſt, pro modo admiſſi actio dabitur. Lex eſt ult. ff. de extraord. crimin.

TITULUS XVI.

Finium regundorum.

§. 1. In eum, qui per vim terminos dejecerit, vel amoverit, extra ordinem animadvertitur.

TITULUS XVII.

De Servitutibus.

§. 1. [3] Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio uſus non eſt, amiſiſſe videtur: nec enim ea uſucapi poſſunt, quæ non utendo amittuntur.

§. 2. Servitus hauriendæ aquæ, vel ducendæ biennio omiſſa intercidit, [4] & biennio uſurpata recipitur.

Servitus aquæ ducendæ vel hauriendæ, niſi ex capite vel ex fonte, conſtitui non poteſt: bodie tamen ex quocunque loco conſtitui ſolet. Lex eſt 9. ff. de ſervitutib. prædior. ruſticor.

TITULUS XVIII.

De Familia erciſcunda.

§. 1. Arbiter familiæ erciſcundæ plus quam ſemel dari non poteſt, & ideo de his, quæ diviſa eo judicio non ſunt, communi dividundo arbiter poſtulatus partietur.

§. 2. De omnibus rebus hereditariis judex cognoſcere debet, celebrata diviſione, ut ſemel de omnibus pronuntiet.

§. 3. Judici familiæ erciſcundæ convenit, ut ea, quæ quis ex communi accepit, ipſa, aut æſtimationem eorum repræſentet, ot inter coheredes dividi poſſint.

§. 4.

1. *Ad heredem non tranſmittitur*] Addit Cujac. *ante aditam hereditatem ſcilicet*, aut in modum exceptionis, *niſi poſt aditam hereditatem*. PET. FAB.

2. *Quod etiam Lege Peſulania*] De ſanctione Legis Decemviralis circa paſtum pecoris, & Peſulaniæ circa paſtum canis egi in *Diatr. de reb. manc. ſect.* 78. *ſeq.* MEERMAN.

3. *Viam, iter, actum*] Eſt autem *minare* nihil aliud, quam agere, & ante ſe pellere. CUJAC. Sic in *cap.* 3. *Exodi* Hieronymus inquit: *Moyſes autem paſcebat oves Jethro ſoceri ſui ſacerdotis Madian, cumque minaſſet gregem ad interiora deſerti.* PET. FAB.

Mihi indicavit legendum eſſe, minabat ut ſuam. CUJAC. Janus. Inde illud Demetrii *lib.* 4. *epigr. cap.* 7.

Ἢν μὲν ἴδῃς μείζω ποιμένα, ἢν δέ γε μικρὸν
Βαίνοντα, ἢν δὲ νομεὺς εἰς ἀγέλην ἐλάσει PET. FAB.

4. *Et biennio uſurpata recipitur*] Explicat hunc locum Marc. Aur. Galvanus *diſſert. de uſufr. cap.* 11. §. 4.

§. 4. Judex familiæ erciſcundæ nec inter paucos coheredes, ſed inter omnes dandus eſt: alioquin inutiliter datur.

§. 5. Omnes res, quæ ſociorum ſunt, communi dividundo judicio inter eos ſeparantur.

TITULUS XIX.

Quemadmodum actiones per inficiationem duplantur.

§. 1. Quædam actiones ſi a reo inficientur, duplantur: ¹ velut judicati depenſi, legati per damnationem relicti, damni injuria legis Aquiliæ, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus eſt.

§. 2. ² Ex his cauſſis, quæ inficiatione duplantur, pacto decidi non poteſt.

TITULUS XX.

De Fidejuſſore, & Sponſore.

§. 1. Inter fidejuſſores ex edicto Prætoris, ſi ſolvendo ſint, licet ſinguli in ſolidum teneantur, obligatio dividetur.

TITULUS XXI.

De Sepulcbris, & Lugendis.

§. 1. Ob incurſum fluminis, vel metum ruinæ, corpus jam perpetuæ ſepulturæ traditum, ſolemnibus redditis ſacrificiis, per noctem in alium transferri locum poteſt.

§. 2. ³ Corpus in Civitatem inferri non licet, ne funeſtentur ſacra Civitatis: & qui contra ea fecerit, extra ordinem punitur.

§. 3. Intra muros Civitatis corpus ſepulturæ dari non poteſt, vel uſtrina fieri.

§. 4. Qui corpus perpetuæ ſepulturæ traditum, vel ad tempus alicui loco commendatum nudaverit, & ſolis radiis oſtenderit, piaculum committit: atque ideo, ſi honeſtior ſit, in inſulam; ſi humilior, in metallum dari ſolet.

§. 5. Qui ſepulchrum violaverint, aut de ſepulchro aliquid ſuſtulerint, pro perſonarum qualitate, aut in metallum dantur, aut in inſulam deportantur.

§. 6. Qui ſepulchrum alienum effregerit, vel aperuerit, eoque mortuum ſuum alienumve intulerit, ſepulchrum violaſſe videtur.

§. 7. Vendito fundo religioſa loca ad emptorem non transeunt, nec in his jus inferre mortuum habet.

§. 8. Qui monumento inſcriptos titulos eraſerit, vel ſtatuam everterit, vel quid ex eodem traxerit, lapidem columnamve ſuſtulerit, ſepulchrum violaſſe videtur.

§. 9. In eo ſarcophago vel ſolo, ubi corpus jam depoſitum eſt, aliud corpus inferri non poteſt: & qui intulerit, reus ſepulchri violati poſtulari poteſt.

§. 10. Qui alienum mortuum ſepelierit, ſi in funus ejus aliquid impenderit, recipere id ab herede, vel a patre, vel a domino poteſt.

§. 11. Maritus id, quod in funus uxoris impendit, ex dote retinere poteſt.

§. 12. Neque juxta monumentum, neque ſupra monumentum habitandi jus eſt: adtactu enim converſationis humanæ piaculum admittitur: & qui contra ea fecerit, pro qualitate perſonæ, vel opere publico, vel exilio multatur.

§. 13. Parentes & filii majores ſex annis anno lugeri poſſunt: minores menſe: maritus decem menſibus: & cognati proximioris gradus octo. Qui contra fecerit, infamium numero habetur.

§. 14. Qui luget, abſtinere debet a conviviis, ornamentis, purpura, ⁴ & alba veſte.

§. 15. Quidquid in funus crogatur, inter æs alienum primo loco deducitur.

§. 16. *Corpora animadverſorum quibuslibet petentibus ad ſepulturam danda ſunt.* Lex eſt ult. ff. de cadav. punit.

1. *Velut judicati, depenſi*] Emenda, ut Cujacius facit, *depoſiti*, nam ex cauſſa depoſiti Lege XII. Tabul. in duplum actio datur edicto Prætoris in ſimplum, ut ait Paulus *lib. 2. ſent. ſub tit. de depoſito* in fragm. Pithœan. *tit. 10. de depoſito.* ubi vide Pithœum. In §. *furti Inſtit. de action.* Pet. Fab.

Ibid.] Ubi quid faciat *depenſi* neſcio. Cujac. Imo vero actio *depenſi* ea eſt, quæ condictio de bene depenſis, [illegible], a Græcis Interpretibus appellatur. Itaque ſi procurator, vel geſtor bene impenderit in rem domini, habet condictionem bene depenſi, quæ, ſi dominus inficiabitur, creſcet in duplum. Atqui in hac actione recte depenſi, non de fide rupta agitur, ſed de indemnitate ejus, qui alienum negotium gerens aliquid expendit, cui judicio non eſt cur plus quam contraria mandati tribuatur, ut Pithœus vidit in *ſup. d. loco.* At ex depoſito certum eſt, & ob dolum condictionem competere tanquam adverſus furem. *l. 13. ff. depoſ.* Itaque depoſitarius inficiator, ut fur manifeſtus, ſi dupli pœna coërceatur, nihil mirum videri debet. Pet. Fab.

Lectionem vulgatam *judicati depenſi*, retinet Guil. Fornerius *lib. 2. ſelect. cap. 14. in fin.* ſed emendationem Cujacii & Pithœi *ad Coll. Legg. Moſ. & Rom. tit. 10. §. ult.* probat Jo. Suarez de Mendoza *ad leg. Aquil. lib. 3. cap. 5. §. 5.*

2. *Ex his cauſſis, quæ inficiatione duplantur*] Vid. ad hunc §. Ju. Puga & Feyoo *tract. acad. 16. de pacto liberatorio cap. 2. num. 17. ſeqq.*

3. *Corpus in Civitatem inferri non licet*] Vid. ad hunc §. Joh. Lud. Lopez in *comment. ad l. 12. C. de relig. & ſumpt. fun. cap. 15. pag. 197. ſeq.*

4. *Et alba veſte*] Albati eſſe Veteres ſolebant, ut ſcripſi ad Briſſonium in verbo, *albatus*, & in verbo *pellucidus*. In luctu veſtis mutabatur; itaque Romani pro togis penulas ſumebant, qua de re ſcripſi ad *cap. 2. lib. 1. ſemeſt. pag. 15.* & pro veſtibus albis etiam pullas induebant. Hac de re ſcripſiſſe me puto ad *l. 2. ff. de his, qui notantur infam.* Apud Græcos quidem certe antiquitus lugubria veſtimenta mulierum atra fuiſſe colligitur ex eo, quod apud Euripidem Iphigenia in Aulide, quæ non vult lugeri, ſic matrem Clytemneſtram alloquitur, [illegible] μηδ' ἀμφὶ σῶμα μέλανας ἀμπίσχῃ πέπλους, cui Clytemneſtra, [illegible]. & paulo poſt Clytemneſtra: [illegible] μηδ' ἀμφὶ [illegible] μέλανας [illegible] πέπλους. De ornamentis autem, quod traditur hoc loco illuſtrari poteſt hoc Valerii apud Livium teſtimonio ex *lib. 34.* ubi de muliebri mundo apud Romanos. *Quid aliud in luctu quam purpuram, atque aurum deponunt, quid cum eluxerunt, ſumunt? Quid in gratulationibus, ſupplicationibusque, niſi excellentiorem ornatum adjecerunt.* Porro ex hoc Pauli loco ſumptum eſt *cap. 182. lib. 7. in capitulari Caroli Magni fol. 288.* Pet. Fab.

JULII PAULI SENTENTIARUM RECEPTARUM AD FILIUM, LIBER SECUNDUS.

TITULUS I.

De Rebus Creditis & Jurejurando.

§. 1. [1] In pecuniariis cauſis ſi alter ex litigatoribus jusjurandum deferat, audiendus eſt: hoc enim & compendio litium, & æquitatis ratione proviſum eſt.

§. 2. Deferre jusjurandum prior actor poteſt: contrarium autem de calumnia jusjurandum reo competit.

§. 3. Si reus cum jurare velit, actor illi neceſſitatem jurisjurandi remiſit, & hoc liquido appareat, actio in eum non datur.

§. 4. Heredi ejus, cum quo contractum eſt, josjurandum deferri non poteſt, quoniam contractum ignorare poteſt.

§. 5. Si qui debitum quocumque modo confeſſus docetur, ex ea re creditori actio non datur, ſed ad ſolutionem compellitur.

Præſidis Provinciæ officiales, quia perpetui ſunt, mutuam pecuniam dare, & fænebrem exercere poſſunt.

[2] *Præſes provinciæ mutuam pecuniam fænebrem ſumere non prohibetur.* Lex eſt 34. ff. de reb. credit.

TITULUS II.

De Pecunia Conſtituta.

§. 1. Si id, qood mihi Lucius Titius debet, ſoluturum te conſtituas, teneris actione pecuniæ conſtitutæ.

Idem eſt & ſi ei, qui bona fide mihi ſervit, conſtitutum fuerit. Lex eſt 6. ff. h. t.

Si quis duobus pecuniam conſtituerit, tibi aut Titio, etſi ſtricto jure propri Actioni pecuniæ conſtitutæ manet obligatus, etiamſi Titio ſolverit, tamen per exceptionem adjuvatur. Lex eſt 30. ff. h. t.

TITULUS III.

De Contractibus.

§. 1. Stipulatio eſt verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus reſpondit: veluti, *Spondes? Spondeo: Dabis? Dabo: Promittis? Promitto: Fidei tuæ erit? (Fidei meæ erit.)* & tam pure, quam ſub conditione concipi poteſt.

TITULUS IV.

De Commodato, & Depoſito pignore, Fiduciave.

§. 1. Quidquid in rem commodatam ob morbum, vel aliam rationem impenſum eſt, a domino recipi poteſt.

§ 2. Si facto incendio, ruina, naufragio, aut quo alio ſimili caſu res commodata amiſſa ſit, non tenebitur eo nomine is, cui commodata eſt: niſi forte cum poſſet rem commodatam ſalvam facere, ſuam prætulit.

§. 3. Servus vel equus ſi a latronibus, vel in bello, in aliam cauſſam commodati occiſi ſunt, actio commodati datur: cuſtodia enim & diligentia rei commodatæ præſtanda eſt.

§. 4. Si rem æſtimatam tibi dedero, ut, ea diſtracta, pretium ad me deferres, eaque perierit, ſi quidem ego te rogavi, meo periculo perit: ſi tu de vendenda promiſiſti, tuo periculo perit.

Latæ culpæ finis eſt, non intelligere, quod omnes intelligunt. Ex l. 223. ff. de verb. ſignific.

TITULUS V.

De Pignoribus.

§. 1. Creditor ſi ſimpliciter ſibi pignus depoſitum diſtrahere velit, ter ante denuntiare debitori ſuo debet, ut pignus luat, ne a ſe diſtrahatur.

§. 2.

1. *In pecuniariis cauſſis*] Maximum & æquiſſimum remedium expediendarum litium eſt jusjurandum CUJAC. ad l. 1. *ff. hoc tit.* PET. FAB.

2. *Præſes Provinciæ*] Agit de hoc loco Sam. Petitus *lib. 2. obſerv. cap.* 12.

Digitized by Google

§. 2. Fetus, vel partus ejus rei, quæ pignori data eſt, pignoris jure non tenetur, niſi hoc inter contrahentes convenerit.

§. 3. Compenſatio debiti ex pari ſpecie, & cauſa diſpari admittitur: velut ſi pecuniam tibi debeam, & tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cætera hujuſmodi, licet ex diverſo contractu, compenſare, vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo cauſſa cadis.

TITULUS VI.

De Exercitoribus.

§. 1. Filiusfamilias, ſi voluntate patris navem exerceat, patrem in ſolidum ob ea, quæ ſalva receperit, obligat.

TITULUS VII.

Ad Legem Rhodiam.

§. 1. Si levandæ navis gratia jactus mercium factus eſt, omnium contributione ſarciatur, quod pro omnibus datum eſt.

§. 2. Jactu navis levata ſi perierit, extractis aliorum per urinatores mercibus, ejus quoque rationem haberi placuit, qui merces ſalva nave jactavit.

§. 3. Nave vel arbore vi tempeſtatis amiſſa, vectores ad contributionem non tenentur, niſi ipſis arborem ſalutis cauſa eruentibus navis ſalva ſit.

§. 4. Levandæ navis gratia merces in ſcapham transjectas, atque ideo amiſſas intributione earum, quæ in navi ſalvæ erunt, refici convenit. Nave autem perdita, conſervatæ cum mercibus ſcaphæ ratio non habetur.

§. 5. Collatio intributionis ob jactum ſalva nave fieri debet.

TITULUS VIII.

De Inſtitoribus.

§. 1. Sicut commoda ſentimus ex actu præpoſiti inſtitoris, ita & incommoda ſentire debemus. Et ideo qui ſervum ſive filium filiamve familias, ſive ancillam præpoſuit negotiis, vel mercibus exercendis, eorum nomine in ſolidum convenitur.

§. 2. Si quis pecuniæ fœnerandæ, agrove colendo, condendis vendendisque frugibus præpoſitus eſt, ex eo nomine, quod cum illo contractum eſt, in ſolidum fundi dominus obligatur: nec intereſt, ſervus an liber ſit.

§. 3. Quod cum diſcipulis eorum, qui officinis vel tabernis præſunt, contractum eſt, in magiſtros vel inſtitores tabernæ in ſolidum actio dabitur.

TITULUS IX.

De in rem verſo.

§. 1. Servus, vel filiusfamilias ſi acceptam pecuniam in rem patris, vel domini verterit, hoc modo, agrum, puta, colendo, domum fulciendo, mancipia veſtiendo, mercando, vel creditori ſolvendo, vel quid tale faciendo, de in rem verſo in ſolidum, vel patrem, vel dominum obligat: ſi tamen ob hanc cauſam pecunia data ſit.

TITULUS X.

De Senatusconſulto Macedoniano.

§. 1. Qui filiosfamilias contra interdictum Ampliſſimi Ordinis pecuniam mutuam crediderit, poſt mortem patris, ex eo, quod vivo patre credidit, cum eo agere non poteſt.

Filiusfamilias ſi in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro ſorore ſua in dotem daret, pater ejus de in rem verſo actione tenebitur: ipſi enim mortua in matrimonio puella repetitio dotis datur. Lex eſt 17. ff. h. t.

TITULUS XI.

Ad Senatusconſultum Vellejanum.

§. 1. In omni genere negotiorum, & obligationum, tam pro viris, quam pro fœminis intercedere mulieres prohibentur.

§. 2. Mulier, quæ pro tutoribus filiorum ſuorum indemnitatem promiſit, ad beneficium Senatusconſulti non pertinet.

Si decipiendi animo, vel cum ſciret ſe non teneri, mulier pro aliquo interceſſerit, exceptio ei Senatusconſulti non datur: actionem enim, quæ in dolum mulieris competit, Ampliſſimus Ordo non excludit.

Procurator ſi mandatu mulieris pro alio interceſſerit, exceptione Senatusconſulti Vellejani adjuvatur: ne alias actio intercidat. Lex eſt 30. ff. h. tit.

TITULUS XII.

De Depoſito.

* §. 1. Deponere poſſumus apud alium id, quod noſtri juris eſt, vel alieni.

* §. 2. [1] Depoſitum eſt quaſi diu poſitum: Servandum eſt, quod ad breve tempus cuſtodiendum datur.

* §. 3. Deponere videtur, qui in metu ruinæ, incendii, naufragii, apud alium cuſtodiæ cauſa deponit.

* §. 4. Deponere videtur & is, qui ſuſpectam habens, vel minus idoneam cuſtodiam do-

1. *Depoſitum eſt, quaſi diu poſitum*] Claud. Salmaſius in *diſquiſ. de Mutuo pag.* 166. hunc §. ſic legit: *Depoſitum eſt, quaſi diu poſitum, ſervandum. Commendatum eſt, quod ad breve tempus cuſtodiendum datur.* Cæterum in depoſito adhibita quoque fuit a veteribus mancipatio, uti colligere eſt ex loco Boethii in *Top. Cic. lib.* 4. *pag.* 813. *Ut ſi quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus, quod ſuſpectum eſt, præterierit, reddat*, junct. §. 4. *huj. tit.* Debeo hanc obſervationem Viro Clariſſimo Franc. Car. Conradi *exerc.* 1. *de pact. fiduc.* §. 15. MEERMAN.

domus, vel vim latronum timens, apud aliquem rem cuſtodiendam commendat.

§. 5. Si ſacculum, vel argentum ſignatum depoſuero, & is, penes quem depoſitum fuit, me invito contrectaverit, & depoſiti, & furti actio mihi in eum competit.

* §. 6. Ob res depoſitas dolus tantum præſtari ſolet.

§. 7. In judicio depoſiti ex mora fructus veniunt, & uſuræ rei depoſitæ poſtulantur.

* §. 8. Si quis rem penes ſe poſitam apud alium depoſuerit, tam ipſe directam, quam is, qui apud eum depoſuit, utilem actionem habere poſſunt.

* §. 9. Si pecuniam depoſuero, eamque in * tibi commiſero, mutuum magis videtur, quam depoſitum: ac per hoc periculo tuo erit.

* §. 10. Si rem apud te poſitam vendideris, eamque redimeris, poſtquam perdideris, ſemel admiſſo dolo perpetua depoſiti actione teneberis.

* §. 11. Ex cauſa depoſiti lege 12. tabul. in duplum actio datur; edicto Prætoris in ſimplum.

Si ex permiſſu meo depoſita pecunia is, penes quem depoſita eſt, utatur, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, uſuras ejus nomine præſtare mihi cogitur. Ex lege 29. §. 1. ff. depoſ. vel cont.

§. 12. [1] In cauſſa depoſiti compenſationi locus non eſt, [2] ſed res ipſa reddenda eſt.

TITULUS XIII.

[3] *De Lege Commiſſoria.*

§. 1. Debitor diſtractis fiduciis a creditore de ſuperfluo adverſus eum habet actionem.

Si autem tardius ſuperfluum reſtituat creditor id, quod apud eum depoſitum eſt, ex mora etiam uſuras debitori hoc nomine præſtare cogendus eſt. Lex eſt 7. de pigner. act.

Cum debitor gratuita pecunia utatur, poteſt creditor de fructibus rei ſibi pigneratæ ad modum legitimum uſuras retinere. Lex eſt 8. ff. in quib. cauſſ. pign. v. hyp. tac. contr.

§. 2. [4] Quidquid creditor per fiduciarium ſervum quæſivit, ſortem debiti minuit.

§. 3. Debitor creditori [5] fiduciam vendere non poteſt; ſed aliis, ſi velit, vendere poteſt: ita, ut ex pretio ejuſdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam ſibi emptori præſtet.

§. 4. Si per ſuppoſitam perſonam creditor pignus ſuum invito debitore comparaverit, emptio non videtur: [6] & ideo quandoque lui poteſt: ex hoc enim cauſſa pignoris vel fiduciæ finiri non poteſt.

§. 5. Si inter creditorem & debitorem convenerit, ut fiduciam ſibi vendere non liceat, non ſolvente debitore, creditor denunciare ei ſolemniter poteſt, & diſtrahere: nec enim ex tali conventione fiduciæ actio naſci poteſt.

§. 6. Si creditor rem fiduciæ datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adverſus omnes heredes actio fiduciæ competit.

§. 7. Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quæ impendit, [7] judicio fiduciæ debitorem habebit obnoxium.

§. 8. Noviſſimus creditor priorem oblata pecunia, quo poſſeſſio in eum transferatur, dimittere poteſt. Sed & prior creditor ſecundum creditorem, ſi voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipſe in pignore potior ſit.

§. 9. Servus ſi mutuam pecuniam ſervitutis tempore acceperit, ex ea obligatione poſt manumiſſionem conveniri non poteſt.

TITULUS XIV.

De Uſuris.

§. 1. Si pactum nudum de præſtandis uſuris interpoſitum ſit, nullius eſt momenti: ex nudo enim pacto inter Cives Romanos actio non naſcitur.

§. 2. Uſuræ ſupra centeſimam ſolutæ ſortem minuunt: conſumpta ſorte repeti poſſunt.

§. 3.

1. *In cauſſa depoſiti*] §. *in bonam fid. de act.* CUJAC. Adde *l. ult. in fin. C. de compenſat.* PET. FAB.

Commendatum eſt depoſitum. CUJAC. *Commendare nihil aliud eſt, quam deponere. l. commend. ff. de V. S.* PET. FAB.

2. *Sed res ipſa reddenda eſt*] Seneca *lib. 6 de benef. cap. 5. Illud enim video in hoc foro fieri: quid in veſtra ſchola juris ſit, vos ſciatis. Separantur actiones, & de eo, quod agimus, de eodem nobiſcum agitur. Non confunditur* (ſic lego addito abnutivo articulo) *formula; ſi qui apud me pecuniam depoſuerit, idem poſtea mihi furtum fecerit, & ego cum illo furti agam, & ille mecum depoſiti.* Sic & depoſiti actio compenſationi non ſubjicitur, ut ait Juſtin. *l. ult. in fine C. de compenſat.* Sequuntur apud eundem Senecam *cap. 6. Quæ propoſuiſti, mi liberalis, exempla certis legibus continentur, quas neceſſe eſt ſequi. Lex legi non miſcetur. Utraque ſua via it. Depoſitum habet ſuam actionem propriam tam me hercule quam furtum.* PET. FAB.

3. *De Lege Commiſſoria*] Cicero *Epiſt. 329. lib. 13. ad famil. Præterea Philotes Alabadenſis* [illegible] *Cluvio dedit. Hæ commiſſæ ſunt, cures velim, aut de hypothecis decedat, eaſque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam ſolvat.* Papin. *lib. 2. definit. ſub tit. de Judicat. Per hominem liberum noxæ deditum, ſi tantum adquiſitum ſit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus eſt a Prætore, qui noxæ deditum accepit, ſed fiduciæ judicio non tenetur.* Vide quæ ſcripſi ad Briſſonii Lexicon in *Fiducia.* PET. FAB.

Ibid.] Eſt autem fiducia pignus, quod creditori mancipatur. CUJAC. Verum non etiam venditur, ut id de quo in *l. 2. C. de pact. inter emptor. & venditor.* cujus Author Alexander. PET. FAB.

Eſt ergo fiducia pignoris lex commiſſoria. CUJAC. Dubito? Quid enim ſi ſic fiducia contractui venditionis interponebatur, ut reſtituto pretio fiducia venditori remitteretur in perpetuum. PET. FAB.

Inde Cicer. pro Flacco. CUJAC. *Pecuniam adoleſcentulo grandi fœnore, fiducia tamen accepta occupaviſti. Hunc &c.* PET. FAB.

De ea nihil in Pandectis relatum eſt a Juſtiniano. CUJAC. Ejus formula hæc eſt: *inter bonos bene agier oportet*, ut Cicer. docet *lib. 7. epiſt. Mirabar*, & *lib. 3. de offic.* PET. FAB.

4. *Quidquid creditor*] Vid. ad hunc §. Joſ. Fern. de Retes in *opuſc. tom. 1. cap. 21. §. 2.*

5. *Fiduciam*] Fiducia in genere eſt contractus de remancipando, & accedere poteſt omni negotio, ubi dominium aliudve jus temporale in alium transfertur; in ſpecie vero contractus, quo res creditori datur in ſecuritatem crediti, ea lege, ut in ejus dominium tranſeat, verum ſoluto toto debito reſtituatur in ſpecie. Vid. *Diatr. mea de reb. manc. ſect. 199. ſeq.*

6. *Et ideo quandoque lui poteſt*] Nam proprie pignus lui dicitur, id eſt ſolvi quod obligatum eſt. *l. prædia C. de fideicomm.* & ſupra *tit. 5. de pignor. ſentent. 1.* PET. FAB.

7. *Judicio fiduciæ debitorem*] In quo ſcilicet ex vetuſta formula oportuit inter bonos bene agier & ſine fraudatione, ut ſupra dictum eſt. PET. FAB.

§. 3. Trajectitia pecunia, propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infiotas uſuras recipere poteſt.

§. 4. Uſuræ, quæ centeſimam excedunt, per errorem ſolutæ repeti poſſunt.

§. 5. [1] Si quis pignora debitoris citra auctoritatem judicantis abduxerit, violentiæ crimen admittit.

§. 6. [2] Tutor in uſuras non convenitur, ſi pecuniam pupillarem ideo non collocavit, quod idonea nomina non habeat, quibus pecunia collocaretur: cujus rei conteſtatio apud Præſidem provinciæ deponenda eſt.

Si tutor conſtitutus, quos invenerit debitores, non convenerit, ac per hoc minus idonei efficiantur; vel intra ſex primos menſes pupillares pecunias non collocaverit, ipſe in debitam pecuniam, & in uſuras ejus pecuniæ, quam non fœneravit, convenitur. Lex eſt 15. ff. de adminiſtr. & peric. tutor.

Ob fœnus pupillaris pecuniæ per contumaciam non exercitum, aut fundorum omiſſam comparationem, tutor, ſi non ad damnum reſarciendum idoneus eſt, extra ordinem coërcebitur. Lex eſt 49. ff. eod. tit.

TITULUS XV.

De Mandatis.

§. 1. Ob ſubitam valetudinem, ob neceſſariam peregrinationem, ob inimicitiam, & inanes rei actiones, integra adhuc cauſſa mandati negotio renunciari poteſt.

§. 2. [3] Si meis nummis mandatu tuo aliquid tibi comparavero, & ſi rem poſtea accipere nolis, mandati actio mihi adverſus te competit. Non enim tantum quod impenſum eſt, ſed & uſuras ejus conſequi poſſum.

§. 3. Certo pretio rem juſſus diſtrahere, ſi minoris vendiderit, mandati judicio pretii ſumma poterit integrari. Venditionem diſſolvi non placuit.

TITULUS XVI.

Pro ſocio.

§. 1. Sicut lucrum, ita & damnum inter ſocios communicatur: niſi quid culpa ſocii, vel fraude everſum ſit.

TITULUS XVII.

Ex Empto, & Vendito.

§. 1. Venditor, ſi ejus rei, quam vendiderit, dominus non ſit, pretio accepto, auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non poteſt obligari.

2. Si res ſimpliciter traditæ evincantur, tanto venditor emptori condemnandus eſt, quanto, ſi ſtipulatione [4] pro evictione caviſſet.

3. Res empta, mancipatione [5] & traditione perfecta, ſi evincatur, auctoritatis venditor [6] duplo tenus obligatur.

§. 4. Diſtracto fundo, ſi quis de modo mentiatur, in duplo ejus, quod mentitus eſt, officio judicis æſtimatione facta convenitur.

§. 5. Redhibitio vitioſi mancipii intra ſex menſes fieri poteſt propter latens vitium.

§. 6. Si ut ſervum quis pluris venderet, de artificio ejus, vel peculio mentitus eſt, actione ex empto conventus, quanto minoris valuiſſet, emptori præſtare compellitur, niſi paratus ſit eum redhibere.

§. 7. Ex die emptionis, ſi pretium numeratum ſit, & fructus, & operæ ſervorum, & fetus pecorum, & ancillarum partus ad emptorem pertinent.

§. 8. Fundum alienum mihi vendidiſti, poſtea idem ex cauſſa lucrativa meus factus eſt, competet mihi adverſus te ad pretium recuperandum actio ex empto.

§. 9. Poſt rem traditam niſi emptor pretium ſtatim exſolvat, uſuras ejus præſtare cogendus eſt.

§. 10. Mutus emere & vendere poteſt: furioſus autem neque emere, neque vendere poteſt.

§. 11. Servus bona fide comparatus ſi ex veteri vitio fugerit, [7] non tantum pretium dominus, ſed & ea, quæ per fugam abſtulit, reddere cogetur.

§. 12. Heredibus debitoris adverſus creditorem, qui pignora vel fiducias diſtraxit, nulla actio datur, niſi a teſtatore inchoata ad eos tranſmiſſa ſit.

§. 13. Cum probatio prioris fugæ defecerit, ſervi reſponſioni credendum eſt: in ſe enim interrogari, non pro domino, aut in dominum videtur.

§. 14. [8] In eo contractu, qui ex bona fide de-

1. *Si quis pignora*] Cum ſcilicet ea non haberet obligata. §. *creditor* tit. 26. *lib.* 5. alioqui contra, ut in *l.* 3. *C. de pignor.* PET. FAB.

2. *Tutor in uſuras.*] *L. tutor* 7. §. *ult.* & *l. praxi* §. 1. *l. ſi tutor conſtitutus* 15. *ff. de adm. tut. l.* 3. *C. de uſur. pup.* CUJAC. In prima editione anni 1559. Lugduni apud Tornæſium addita erant, & ſequebantur hæc verba, *ubi pro hominibus*, lego *nominibus*. Hodie non legit, & retinet *hominibus* ex interpretatione Græca, quæ habet [illegible], vide Cujac. *lib.* 8. *obſervat. cap.* 30. PET. FAB.

3. *Si meis nummis*] Idem eſt, ſi tuis nummis, ipſe tamen, bona fide aliquid impendero. *d.* §. *ſi mihi mandaveris*, quem laudat Præceptor. PET. FAB.

4. *Pro evictione caviſſet*] Alexander in *l. non dubitatur C. de evictionibus.* PET. FAB.

5. *Et traditione*] Nihil hoc loco emendari velim, quamvis hæc verba non alium ſenſum ſortiri poſſint, quam aut *traditione*, eodemque modo locuti ſunt Impp. Conſtantius & Conſtans *l.* 7. *Cod. Theod. de donat. ſi jure mancipatio & traditio non fuerit impleta.* MEERMAN.

6. *Duplotenus*] Hanc lectionem ex profeſſo vindicavi, atque in originem & progreſſum obligationis duplæ inquiſivi in *Diatr. de reb. manc. ſect.* 186. *& ſeq. ad* 190.

7. *Non tantum pretium dominus*] Venditor, qui de evictione tenetur, cum ſervum fugitivum habere non liceat. PET. FAB.

8. *In eo contractu*] Pro quibus excuſi codices habebant, *obligatio*, *voluntas.* CUJAC. Utrumque horum probo: nam & obligatio inſtrumentorum non male illa dicitur, quæ inſtrumentis continetur. Et voluntas præcipue oſtendi debet in iis contractibus, qui conſenſu perficiuntur & ſunt bonæ fidei, ut emptio, & venditio, locatio, & conductio. Ergo ſi quo modo (alio ſcilicet quam per inſtrumenta) voluntas, & *fides* (ſic malo quam *de fide*) *contractus* poſſit oſtendi. Nam fides contractus, quæ eſt veritas, oſtendi non ſatis eſt, niſi & voluntatem adfuiſſe conſtet: & emendationem atque explicationem noſtram valde confirmat Gordiani reſcriptum in *l.* 9. *C. de fid. & jure haſtæ fiſc. lib.* 10. ubi *etſi inſtrumenta emptionis non exſtent (at) quibuscumque tamen probationibus uxor tua oſtenderit ad ſe eam domum pertinere, quam a fiſco ejus nomine dicis comparatam; pretiumque ab ea exſolutum, & in eam dominium tranſlatum, fruſtra fiſcum ex perſona matris ejus referre quæſtionem procurator meus non finet.* PET. FAB.

deſcendit, inſtrumentorum oblatio ſine cauſa deſideratur, ſi quo modo veritas de fide contractus poſſit oſtendi.

Inſtrumentorum nomine ea omnia accipienda ſunt, quibus cauſa inſtrui poteſt; & ideo tam teſtimonia, quam perſonæ inſtrumentorum loco habentur. Lex eſt 1. ff. de fid. inſtrum.

§. 15. Fundus ejus eſſe videtur, cujus nomine comparatus eſt, non a quo pecunia numerata eſt: ſi tamen fundus comparatori ſit traditus.

§. 16. Electo reo principali, fidejuſſor, vel heres ejus liberatur: non idem in mandatoribus obſervatur.

TITULUS XVIII.

De Locato, & Conducto.

§. 1. Homo liber, qui ſtatum ſuum in poteſtate habet, & pejorare eum, & meliorem facere poteſt: atque ideo operas ſuas diurnas nocturnasque locat.

§. 2. Fundi deterioris facti, & cultura non exercitati, & ædificiorum non refectorum culpa arbitrio judicis domino a conductore farciri poteſt.

Dominus horreorum effractis & compilatis horreis non tenetur, niſi cuſtodiam eorum recepit. Servi tamen ejus, cum quo contractum eſt, propter ædificiorum notitiam in quæſtionem peti poſſunt.

In conducto fundo ſi conductor ſua opera aliquid neceſſario vel utiliter auxerit, vel ædificaverit, vel inſtituerit, cum id non conveniſſet, ad recipienda ea, quæ impendit, ex conducto cum domino fundi experiri poteſt.

Qui contra legem conductionis fundum ante tempus ſine juſta ac probabili cauſa deſeruerit, ad ſolvendas totius temporis penſiones ex conducto conveniri poteſt, quatenus locatori in id, quod ejus intereſt, indemnitas ſervetur. Lex eſt 55. ff. locat. conduct.

TITULUS XIX.

De Nuptiis.

§. 1. Sponſalia tam inter puberes, quam inter impuberes contrahi poſſunt.

§. 2. [1] Eorum, qui in poteſtate patris ſunt, ſine voluntate ejus [2] matrimonia jure non contrahuntur: [3] ſed contracta non ſolvuntur: contemplatio enim [4] publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.

* §. 3. Inter parentes & liberos jure civili matrimonia contrahi non poſſunt: nec filiam ſororis, aut neptem ducere poſſumus: pronepotem ætatis ratio prohibet.

* §. 4. Adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes ac liberos omnimodo: inter fratres eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit.

* §. 5. Nec ſocrum, nec nurum, privignam, nec novercam aliquando, citra pœnam inceſti uxorem ducere licet: ſicut nec amitam, aut materteram. * Sed vel cognatam contra interdictum duxerit, remiſſo mulieri juris errore, ipſe pœnam adulterii legis Juliæ patitur, non etiam ducta.

§. 6. [5] Inter ſervos & liberos matrimonium contrahi non poteſt; contubernium poteſt.

§. 7. Neque furioſus, neque furioſa matrimonium contrahere poſſunt: ſed contractum matrimonium furore non tollitur.

§. 8. Vir abſens uxorem ducere poteſt; fœmina abſens nubere non poteſt.

§. 9. Libertum, qui nuptias patronæ, vel uxoris, filiæque patroni affectaverit, pro dignitate perſonæ metalli pœna, vel operis publici coërceri placuit.

Si quis officium in aliqua provincia adminiſtrat, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non poteſt: quamvis ſponſare non prohibeatur: ita ſcilicet, ut ſi poſt officium depoſitum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, arris tantummodo redditis, quas acceperat.

Ve-

1. *Eorum, qui in poteſtate*] Nuptias injuſſu parentum contractas inhoneſtas eſſe comprobantes. CUJAC. Sane inhoneſtas utpote non ſine culpa, & offenſa parentum contractas: non inutiles tamen, & irritas apud Chriſtianos. Qua de re Ambroſ. *epiſt.* 43. *fol.* 176. PET. FAB.

2. *Matrimonia jure non contrahuntur*] Tertull. *lib.* 2. *ad uxorem: nam nec in terris* [inquit] *filii ſine conſenſu patrum rite, & jure nubent.* PET. FAB.

3. *Sed contracta non ſolvuntur*] Quid eſt igitur quod ait Paulus, nuptias conſiſtere non poſſe niſi omnes conſentiant, id eſt qui coëunt quorumque in poteſtate ſunt. *l.* 2. *ff. de rit. nupt.* nempe opinione mea nuptiæ quidem legitimæ ſtare non poſſunt, atque ut non ſolvantur nuptiæ ita contractæ, injuſtum tamen eſt matrimonium, & illegitimum. *§. ult. l. penult. ff. ad municipal.* & ut ait Julian. *nuptia inter eaſdem perſonas, niſi volentibus parentibus, renovatæ juſta non habentur. l. nupt.* 18. *ff. de rit. nupt.* Sicut autem hic contra jus contractum matrimonium non ſolvitur, ita Ingenuus Libertino tutor datus tutor perſeverabit, niſi excuſetur, quamvis Libertino Libertinus tutor dandus ſit. *l. pupill. ff. de tutor. & curat. dat.* Ita inter furioſos non contrahitur, ſed ante contractum retinetur matrimonium. *l. patre furioſo §. ult. ff. de his qui ſunt ſui vel alieni juris.* nec novum eſt, ut eo re reverſa, unde incipere non poterat, nihilominus vires obtineat. PET. FAB.

4. *Publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur*] Id eſt patriæ poteſtati. Sic Rævardus *cap.* 10. *lib.* 4. *varior.* PET. FAB.

Vid. porro ad *hunc* §. Ulr. Huber. *part.* 2. *Digreſſ. lib.* 1. *cap.* 16. & Alex. Polit. *de patr. in teſt. cond. poteſt. cap.* 3. §. 2.

5. *Inter ſervos*] Exſtat in Centonibus quibuſdam veterum JCtorum, Pithœi beneficio impreſſis, talis ſententia ex *lib.* 2. *ſentent. Paul. ſub tit. de nuptiis: inter patres, & liberos jure civili matrimonia contrahi non poſſunt, nec filiam ſororis, aut neptem uxorem ducere non poſſumus* [ubi alterutra negatio delenda eſt, quantum apparet ex alio Ulp. loco, quem adſcripſi *ad tit.* 5. *fragm.*] *in pronepote ætatis ratio prohibet.* Hactenus ex Paulo. Sed & in quadam Dioclet. & Maximiani conſtitutione ſumpta ex Cod. Gregor. *lib.* 5. *ſub tit. de nupt.* quæ in iiſdem centonibus extat. *Cum quibus autem perſonis* [inquit] *tam cognatorum, quam ex adfinium numero contrahi non liceat matrimonium, hoc edicto noſtro complexi ſumus. Cum filia, nepte, pronepteque, matre, avia, proavia, & ex latere amita, ac matertera, ſororis filia, & ex ea nepte; itemque ex adfinibus &c.* Sed neque fratris filiam licebat ante Claudium, cui Meſſalina nupſit, uxorem ducere. Tacitus *lib.* 12. *annal. pag.* 314. necdum celebrare ſolemnia nuptiarum audebant nullo exemplo deducta in domum patrui fratris filia, quin & inceſtum, ac ſi ſperneretur, ne in malum publicum erumperet, metuebatur, & *pag.* 315. Vitellius ad Senatum: at enim nova nobis in fratrum filias conjugia, ſed aliis gentibus ſolemnia nec ulla lege prohibita, & ſobrinarum diu ignorata tempore addito percrebuiſſe: morem accommodari prout conducat, & fore hoc quoque in his, quæ mox uſurpentur. Hoc etiam video animadverſum à CUJACIO noſtro *cap.* 16. *lib.* 13. *obſervat.* PET. FAB.

Veterem ſponſam in provincia, quam quis adminiſtrat, uxorem ducere poteſt: & dos data non ſit caduca.

Qui in provincia aliquid adminiſtrat, in ea provincia filias ſuas in matrimonium collocare, & dotem conſtituere non prohibetur. Lex eſt 38. ff. de rit. nuptiar.

Non eſt matrimonium, ſi tutor vel curator pupillam ſuam intra viceſimum & ſextum annum non deſponſam a patre, nec teſtamento deſtinatam ducat uxorem, vel eam filio ſuo jungat: quo facto uterque infamatur, & pro dignitate pupillæ extra ordinem coërcetur. Nec intereſt filius ſui juris, an in patris poteſtate ſit.

Curatoris libertum eam pupillam, cujus patronus res adminiſtrat, uxorem ducere ſatis turpile eſt. Lex eſt 66. ff. de rit. nuptiar.

TITULUS XX.

De Concubinis.

§. 1. [1] Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non poteſt: concubina igitur ab uxore [2] ſolo dilectu ſeparatur.

§. 2. *Concubinam ex ea provincia, in qua quis aliquid adminiſtrat, habere poteſt.* Lex eſt ult. ff. hoc titulo.

TITULUS XXI. A.

De Mulieribus, quæ ſe ſervis alienis junxerint, vel ad SCtum Claudianum.

§. 1. Si mulier ingenua, civisque Romana, vel Latina alieno ſe ſervo conjunxerit, ſi quidem invito & denunciante domino in eodem contubernio perſeveraverit, efficitur ancilla.

§. 2. Si ſervo pupilli ingenua mulier ſe conjungat, denuntiatione tutoris efficitur ancilla.

§. 3. Mulier etſi [*] tamen ei, quæ ſe ſervo junxerit, denuntiando ad jurit ancillam.

§. 4. Procurator, & filiusfamilias, & ſervus juſſu patris aut domini denuntiando faciunt ancillam.

§. 5. Si peculiari ſervo filiifamilias libera ſe mulier conjunxerit, nulla diſcretione paternæ voluntatis, jure ſolemni decurſo, adquiret ancillam.

§. 6. Liberta ſciente patrono alieni ſervi ſecuta contubernium, ejus, qui denuntiavit, efficitur ancilla.

§. 7. Liberta ſi ignorante patrono ſervo ſe alieno conjunxerit, ancilla patroni efficitur, ea conditione, ne aliquando ab eo ad Civitatem Romanam perducatur.

§. 8. Filiifamilias ſervo, quem ex caſtrenſi peculio habet; ſi ſe ingenua mulier conjunxerit, ejus denuntiatione efficitur ancilla.

§. 9. Filiafamilias, ſi invito vel ignorante patre ſervo alieno ſe junxerit, etiam poſt denuntiationem ſtatum ſuum retinet: quia facto filiorum pejor conditio parentum fieri non poteſt.

§. 10. Filiafamilias, ſi jubente patre, invito domino, ſervi alieni contubernium ſecuta ſit, ancilla efficitur: quia parentes deteriorem filiorum conditionem facere poſſunt.

§. 11. Liberta ſervi patroni contubernium ſecuta etiam poſt denuntiationem in eo ſtatu manebit: quia domum patroni videtur deſerere noluiſſe.

§. 12. Errore quæ ſe putavit ancillam; atque ideo alieni ſervi contubernium ſecuta eſt, poſtea liberam ſe ſciens in contubernio eodem perſeveraverit, efficitur ancilla.

§. 13. Si patrona ſervo liberti ſui ſe conjunxerit, etiam denuntiatione conventam ancillam fieri non placuit.

§. 14. Mulier ingenua, quæ ſe ſciens ſervo municipum junxerit, etiam citra denuntiationem ancilla efficitur. Non idem, ſi neſciat: neſciſſe autem videtur, quæ comperta conditione contubernio ſe abſtinuit, aut libertum putavit.

§. 15. Libera mulier contubernium ejus ſecuta, qui plures dominos habuit, ejus fit ancilla, qui prior denuntiavit: niſi forte ab omnibus factum ſit.

§. 16. Si mater ſervo filii ſe junxerit, non tollit SCtum Claudianum erubeſcendam matris etiam in re turpi reverentiam, exemplo ejus, [3] quæ ſe ſervo liberti ſui conjunxerit.

§. 17. Tribus denuntiationibus conventa etſi ex SCto facta videatur ancilla, domino tamen adjudicata citra auctoritatem interpoſiti per Præſidem decreti non videtur: ipſe enim debet auferre, qui dare poteſt libertatem.

§. 18. Filiafamilias, mortuo patre, ſi in ſervi contubernio perſeveraverit, pro tenore SCti Claudiani conventa efficitur ancilla.

TITULUS XXI. B.

De Dotibus.

§. 1. Dos aut antecedit, aut ſequitur matrimonium: & ideo vel ante nuptias, vel poſt nuptias dari poteſt: ſed ante nuptias data earum exſpectat adventum.

Mutus, ſurdus, cæcus dotis nomine obligantur: quia & nuptias contrahere poſſunt.

Manente matrimonio non perituræ uxori ob has cauſas dos reddi poteſt; ut ſeſe ſuosque alat; ut fundum idoneum emat; ut in exilium, ut in inſulam relegato parenti præſtet alimonia; aut ut egentem virum, fratrem, ſororemve ſuſtineat. Lex eſt 73. ff. de jur. dot.

§. 2. [4] Lege Julia de adulteriis cavetur, ne dotale prædium maritus invita uxore alienet.

TI-

1. *Eo tempore*] Sed ſola animi deſtinatione ſeparantur. Cujac. Affectione, Ulp. in l. 3. §. 1. verſic. *Divus ff. de donat. int. vir. & uxor. non erat, inquit, affectione uxoris habita, ſed magis concubinæ.* Ergo affectio, deſtinatioque animi ſola uxorem a concubina ſeparat: ſine enim niſi dignitate nihil inter uxorem, & concubinam intereſt. l. 49. *de legat.* 3. Pet. Fab.

2. *Solo dilectu*] Petr. Perrenonius *lib.* 2. *Animadverſ. cap.* 25. legit *dilectione*, vel *affectu*, ubi etiam obſervat, Interpretem Anianum h. l. non cepiſſe Pauli mentem.

3. *Quæ ſe ſervo liberti ſui conjunxerit*] Cl. d'Arnaud lib. 1. *Var. Conject. cap.* 20. legit: *Quæ ſe ſuo, ſervove liberti conjunxerit.*

4. *Lege Julia de Adulteriis cavetur*] Ant. Auguſtinus *lib. de Nomin. propr. Pand. Flor. cap.* 6. ait, quoſdam ex his Pauli verbis colligere, Legem Juliam de fundo dotali eſſe partem Legis Juliæ de adulteriis coërcendis, verum ipſe locum hunc mendoſum arbitratur.

TITULUS XXII.

De Pactis inter Virum, & Uxorem.

§. 1. [1] Fructus fundi dotalis coоſtante matrimonio percepti lucro mariti cedunt, etiam pro rata anni ejus, quo factum eſt divortium.

§. 2. [2] Omnibus pactis ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit.

TITULUS XXIII.

De Donationibus inter Virum, & Uxorem.

§. 1. Mortis cauſa donatio eſt, quæ impendente metu mortis fit, ut eſt valetudinis, peregrinationis, navigationis, vel belli.

§. 2. [3] Manumiſſionis gratia inter virum & uxorem donatio favore libertatis recepta eſt, vel certe quod nemo ex hac fiat locupletior. Ideoque ſervum manumittendi cauſa invicem ſibi donare non prohibentur.

§. 3. Inter virum & uxorem nec per interpoſitam perſonam donatio fieri poteſt.

§. 4. Inter virum & uxorem contemplatione donationis [4] imaginaria venditio contrahi non poteſt.

§. 5. Si inter virum & uxorem donatio facta fuerit, priore defuncto cui donatum eſt, ad eum res redit, qui donaverat.

Quod ſi ſimul, tam is, cui donatum eſt, quam is, qui donaverit, quæſtionis decidendæ gratia, magis placuit, valere donationem: eo maxime, quod donator non ſupervivat, qui rem condicere poſſit. Ex lege 8. ff. de reb. dubiis.

§. 6. Quocumque tempore contemplatione mortis inter virum & uxorem donatio facta eſt, morte ſecuta convaleſcit.

Si quis uxori ea conditione donavit, ut quod donavit, in dotem accipiat, defuncto eo donatio convaleſcit. Lex eſt 59. ff. h. tit.

* TITULUS

De Actione rerum amotarum.

§ 1. *Mulier, ſi in rem viri damnum dederit, pro tenore legis Aquiliæ convenitur.* Lex eſt 56. ff. ad Leg. Aquil.

TITULUS XXIV.

De Liberis agnoſcendis.

§. 1. Si ſerva conceperit, & poſtea manumiſſa pepererit, liberum parit.

§. 2. Si libera conceperit, & ancilla facta pepererit, liberum parit: id enim libertatis favor expoſcit.

§. 3. Si ancilla conceperit, & medio tempore manumiſſa ſit, rurſus facta ancilla pepererit, liberum parit: media enim tempora libertati prodeſſe, non nocere etiam poſſunt.

§. 4. Ex ea muliere natus, quæ ex cauſa fideicommiſſi manumitti debuit, ſi poſt moram libertati factam naſcatur, ingenuus naſcitur.

§. 5. Si mulier divortio facto gravidam ſe ſciat, intra triceſimum diem viro denunciare debet, vel patri ejus, ut ad ventrem inſpiciendum obſervandumque cuſtodes mittant: quibus miſſis, partum mulieris omnimodo coguntur agnoſcere.

§. 6. Si prægnantem ſe eſſe mulier non denuntiaverit, vel cuſtodes ventris miſſos non admiſerit, liberum eſt patri vel avo natum non alere. Cæterum negligentia matris, quo minus ſuos patri heres ſit, obeſſe non debet.

§. 7. Si mulier ſe ex viro prægnantem negat, permittitur marito ventrem inſpicere, & ventri cuſtodes dare.

§. 8. Venter inſpicitur per quinque obſtetrices: & quod maxima pars earum denunciaverit, pro vero habetur.

§. 9. Obſtetricem, quæ partum alienum attulit, ut ſupponi poſſit, [5] ſummo ſupplicio affici placuit.

Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat: ſed & is, qui abjicit, & qui alimonia negat, & is, qui publicis locis miſericordiæ cauſa exponit, quam ipſe non habet. Lex eſt 4. ff. de agnoſc. & alend. liber.

* TITULUS

De Adoptionibus.

* §. 1. Adoptare quis nepotis loco poteſt, etiamſi filium non habet.

Eum, quem quis adoptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum, iterum non poteſt adoptare. Lex eſt 37. ff. h. tit.

TI-

1. *Fructus fundi*] Quemadmodum diviſio facienda ſit. CUJAC. De iſta quæſtione, ac dividendis fructibus anni, quo divortium factum eſt inter conjuges, ſcripſit Cujac. idem *in Feudis*, & apertius, atque abſolutius in *cap.* 22. *lib.* 14. *obſervat.* PET. FAB.

2. *Omnibus pactis ſtipulatio*] Aquiliana ſolet; ſed conſultius eſt, ut pœnalis quoque ſubjiciatur, ut idem Paul. *lib* 1. *ſent.* Docet *l.* 15. *ff. de tranſact.* juncta *lege ſequente eod. tit.* Vide ſupra *lib.* 2. *tit.* 1. PET. FAB.

3. *Manumiſſionis gratia*] Ex qua is, cui donatur, fit locupletior. CUJAC. Adde, & *is qui donat pauperior*: nam utrumque concurrat oportet ad infirmandam inter maritos donationem. PET. FAB.

Nec quod libertum adquirat, ideo videtur locupletior fieri. CUJAC. Quamvis enim noſtra interſit libertum habere, & hoc nomine agatur ex empto *l. ſed hoc nomine ff. de evict.* & in ſpecie *l.* 43. §. *ult. ff. de action. empti.* attamen id æſtimari non poteſt. *l.* [illegible] *in fin. ff. de praſcript. verbis*, quæ eſt ex eodem *lib.* PET. FAB.

4. *Imaginaria venditio*] Per hanc non intelligo cum Cujacio venditionem vili pretio factam; verum potius mancipationem, quæ a veteribus imaginaria venditio vocata fuit, uti a Cajo apud Boëthium *lib.* 3. *in Top. Cic. pag.* 797. Juſtiniano §. 6. *Inſt. quib. mod. jus patr. pot. ſolv.* & §. 1. *de teſtam. ordin.* ea videl. ratione, quoniam in hoc ritu ſeſtertius nummus quaſi pretii loco intercedebat. Cæterum de uſu mancipationis in donationibus dixi in *Diatr. de reb. manc. ſect.* 176. *ſeq.* M [illegible] N.

5. *Summo ſupplicio affici placuit*] Hoc ita, ſi ſuppoſitus fuerit partus, alioqui flagitio imperfecto mitior extra ordinem infligitur pœna. *l.* 1. *in fin ff. de extraord. crimin.* PET. FAB.

TITULUS XXV.

Quemadmodum filii ſui juris efficiuntur.

§. 1. Pater ab hoſtibus captus deſinit habere filios in poteſtate: poſtliminio vero reverſus tam filios, quam omnia ſui juris in poteſtatem recipit, ac ſi nunquam ab hoſtibus captus ſit.

§. 2. Singulæ mancipationes vel iisdem, vel aliis teſtibus fieri poſſunt: vel eodem die, vel intermiſſo tempore.

§. 3. Emancipatio etiam die feriato fieri poteſt.

§. 4. Apud Magiſtratus municipales, [1] ſi habeant legis actionem, emancipari & manumitti poteſt.

§. 5. Filiusfamilias emancipari invitus non cogitur.

TITULUS XXVI.

De Adulteriis.

* §. 1. Capite ſecundo legis Juliæ de adulteriis permittitur patri, tam adoptivo, quam naturali, adulterum cum filia, cujuscumque dignitatis domi ſuæ, vel generi ſui deprehenſum ſua manu occidere.

* §. 2. Filiusfamiliæ pater ſi filiam in adulterio deprehenderit, verbis quidem legis prope eſt, ut non poſſit occidere: permitti tamen ei debet, ut occidat.

* §. 3. Rurſusque capite quinto legis Juliæ cavetur, ut adulterum deprehenſum viginti horis adteſtando vicinos retinere liceat.

* §. 4. Maritus in adulterio deprehenſos non alios, quam infames, & eos, qui corpore quæſtum faciunt, ſervos etiam & liberos, excepta uxore, quam prohibetur, occidere poteſt.

* §. 5. Maritum, qui uxorem deprehenſam cum adultero occidit, quia hoc impatientia juſti doloris admiſit, lenius puniri placuit.

* §. 6. Occiſo adultero dimittere ſtatim maritus debet uxorem, atque ita triduo proximo profiteri, cum quo adultero, & in quo loco uxorem deprehenderit.

* §. 7. [2] Inventa in adulterio uxore, maritus ita demum adulterum occidere poteſt, [3] ſi eum domi ſuæ deprehendat.

* §. 8. [4] Eum, qui in adulterio deprehenſam uxorem non ſtatim dimiſerit, reum lenocinii poſtulari placuit.

* §. 9. Servi vero tam mariti, quam uxoris in cauſa adulterii torqueri poſſunt: nec his libertas ſub ſpecie impunitatis data valebit.

* §. 10. Duos uno tempore uxoris adulteros accuſari poſſe ſciendum eſt: plures vero non poſſe.

* §. 11. Cum his, quæ publice mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit.

* §. 12. Qui maſculum liberum invitum ſtupraverit, capite punitur.

* §. 13. Qui voluntate ſua ſtuprum flagitiumque impurum patitur, dimidia parte bonorum ſuorum multatur, nec teſtamentum ei ex majore parte facere licet.

* §. 14. [5] Adulterii convictas mulieres dimidia parte dotis, & tertia parte bonorum, ac relegatione in inſulam placuit coërceri. Adulteris vero viris pari in inſulam relegatione dimidiam bonorum partem auferri, dummodo in diverſas inſulas relegentur.

* §. 15. Inceſti pœnam, quæ in viro in inſulam deportatio eſt, mulieri placuit remitti: hactenus tamen, quatenus lege Julia de adulteriis non apprehenditur.

* §. 16. Ancillarum ſane ſtuprum, niſi deteriores fiant, aut per eas ad dominam affectet, citra noxam habetur.

* §. 17. In cauſa adulterii dilatio poſtulata impartiri non poteſt.

TITULUS XXVII.

De Excuſationibus Tutorum.

§. 1. Inimicitiæ capitales, quas quis cum patre pupillorum habuit, a tutelis excuſant, ne paterno inimico pupilli committantur.

§. 2. Ad curam ejus, cujus quis tutelam adminiſtravit, invitus vocari non poteſt.

Quinquaginta dierum ſpatium tantummodo ad conteſtandas excuſationum cauſas pertinet: peragendo enim negotio ex die nominationis continui quatuor menſes conſtituti ſunt. Lex eſt 38. ff. hoc titul.

Poſt ſuſceptam tutelam cæcus, aut ſurdus, aut mutus, aut furioſus, aut valetudinarius deponere tutelam poteſt.

Paupertas, quæ operi & oneri tutelæ impar eſt, ſolet tribuere vacationem. Lex eſt 40. ff. hoc tit.

TITULUS XXVIII.

De Potioribus nominandis.

§. 1. Non recte potiorem videtur nominare, qui cauſam nominati potioris non expreſſerit.

§. 2. Potior quis eſſe debet non ſolum gradu generis, ſed & ſubſtantia rei familiaris.

Amicos appellare debemus non levi notitia conjunctos: ſed quibus fuerint jura cum patrefamilias honeſtis familiaritatis quæſita rationibus. Ex lege 223. §. 1. ff. de verbor. ſignif.

TI-

1. *Si habeant legis actionem*] Hinc emancipatio per legis actiones fieri dicitur in *Novella* Juſtiniani 81. in *præfat.* & manumiſſio in *l. ult. Cod. de his, qui a non dom.* Ammian. Marcellin *lib.* 22. *Hiſt cap.* 7. MEERMAN.

2. *Inventa in adulterio*] Nec tamen quemlibet. *l. marito* 24. *ff. de adult. contra.* CUJAC. Ubi ſcripſi ex Lyſia. PET. FAB.

3. *Si eum domi ſuæ deprehendat*] Non etiam ſoceri. *l. marito ff. de adult.* PET. FAB.

4. *Eum, qui in adulteris*] *l.* 2. *C. ad l. Jul. de adult.* CUJAC. Adde *l.* 2. §. *lenocinii ff. eodem* PET. FAB.

5. *Adulterii convictas mulieres*] Secundum id, quod hac Regula continetur, affingi ſpecies facti optime poteſt ad *l. ſi conſtante* 24. §. *ult. ff. ſol. matr.* præſertim, cum ſecuto demum divortio agat de dote mulier, aut adulterii recte ipſa accuſetur. V. C.

TITULUS XXIX.

Qui Potiores nominare non poſſint.

§. 1. Libertus, quem pater tutorem dedit, ſi minus idoneus dicatur, excuſari quidem non poteſt, ſed adjungi illi curator poteſt.

TITULUS XXX.

[1] *Ad Orationem Divi Severi.*

§. 1. Dolo tutoris curatorisve detecto, in duplum ejus pecuniæ condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerunt.

Poſtumo tutor datus, non nato poſtumo, neque tutelæ, quia nullus pupillus eſt; neque pro tutore, quia nulla ſignificatio eſt; neque negotiorum geſtorum judicio tenetur; quia adminiſtraſſe negotia ejus, quia natus non eſſet, non videtur: & ideo utilis in eum actio dabitur. Lex eſt 24. ff. de tutel. & rationib. diſtrahend.

TITULUS XXXI.

De Furtis.

§. 1. Fur eſt, qui dolo malo rem alienam contrectat.

§. 2. Furtorum genera ſunt quatuor: manifeſti, nec manifeſti, concepti, & oblati. Manifeſtus fur eſt, qui in faciendo deprehenſus eſt, & qui intra terminos ejus loci, unde quid ſuſtulerat, deprehenſus eſt, vel antequam ad eum locum, quo deſtinaverat, perveniret. Nec manifeſtus fur eſt, qui in faciendo quidem deprehenſus non eſt; ſed eum furtum feciſſe negari non poteſt.

§. 3. Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quæſitum, & inventum eſt. Oblati actione is tenetur, qui rem furtivam alii obtulit, ne apud ſe inveniretur.

§. 4. Furti actione is agere poteſt, cujus intereſt rem non perdidiſſe.

§. 5. Concepti is agere poteſt, qui rem concepit, & invenit. Oblati is agere poteſt, penes quem res concepta, & inventa eſt.

§. 6. Manifeſti furti actio, & nec manifeſti, & concepti, & oblati, heredi quidem competit, ſed in heredem non datur.

§. 7. Servus, qui furtum fecerit, damnumve dederit, niſi id pro ſui quantitate dominus ſarcire ſit paratus, noxæ dedi poteſt.

§. 8. Si ſervus furtum fecerit, deinde manumiſſus fuerit, aut alienatus, cum ipſo manumiſſo vel emptore agi poteſt: noxa enim caput ſequitur.

§. 9. Filiusfamilias ſi furtum fecerit, deinde emancipetur, furti actio in eum datur: quia in omnibus noxa caput ſequitur.

§. 10. Non tantum qui furtum fecerit, ſed etiam is, cujus ope aut conſilio furtum factum fuerit, furti actione tenebitur.

§. 11. Rei hereditariæ, antequam ab herede poſſideatur, furtum fieri non poteſt.

§. 12. [2] Qui meretricem libidinis cauſa rapuit, & celavit, eum quoque furti actione teneri placuit.

§. 13. Furti manifeſti actio præter pœnam quadrupli ipſius rei perſecutionem genere vindicationis, & condictionis continet.

§. 14. Furti oblati actio adverſus eum, qui obtulit, tripli eſt pœna, & ipſius rei reſtitutio.

§. 15. Furti quocumque genere condemnatus, famoſus efficitur.

§. 16. Quæcumque in caupona, vel in meritorio ſtabulo, diverſoriove perierint, in exercitores eorum furti actio competit.

* §. 17. Si res vendita ante traditionem ſubrepta ſit, emptor & venditor furti agere poſſunt: utriuſque enim intereſt, rem tradi vel tradere.

* §. 18. Si quid in nave rateve perierit, furti actio in exercitorem navis datur.

§. 19. Rem pignori datam debitor creditori ſubtrahendo furtum facit, quam ſi & ipſe ſimiliter amiſerit, ſuo nomine perſequi poteſt.

§. 20. Pater, vel dominus de ea re, quæ filiofamilias, vel ſervo ſubrepta eſt, furti agere poteſt: intereſt enim ei deferri actionem, qui de peculio convenitur.

§. 21. Si rem, quam tibi commendavi, poſtea ſubripui, furti actio competere tibi non poterit: rei enim noſtræ furtum facere non poſſumus.

* §. 22. Qui furtum quæſiturus eſt, antequam quærat, debet dicere, quid quærat, & rem ſuo nomine, & ſua ſpecie deſignare.

§. 23. Si, cum furtum quis quærit, damnum injuriæ dederit, actione legis Aquiliæ tenebitur.

§. 24. Ob indicium comprehendendi furis præmium promiſſum jure debetur.

§. 25. Sive ſegetes per furtum, ſive quælibet arbores cæſæ ſint, in duplum ejus rei nomine reus convenitur.

* §. 26. Si ſervum communem quis furatus ſit; ſocio quoque actio furti dabitur.

* §. 27. Qui pro derelicto rem jacentem occupavit, furtum non committit: tametſi a domino derelinquendi animo relictam.

* §. 28. Si ſervus furtum fecerit cum domino, præter rei condictionem furti actio in dominum datur.

* §. 29. Fullo & ſarcinator, qui polienda vel ſarcienda veſtimenta accepit, ſi forte his utatur, ex contrectatione eorum furtum feciſſe videtur: quia non in eam cauſam videntur accepta.

* §. 30. Frugibus ex fundo ſubreptis, tam colonus, quam dominus furti agere poſſit: quia utriuſque intereſt, rem perſequi.

* §. 31. Qui ancillam non meretricem libi-

1. *Ad Orationem Divi Severi*] Nec ulla eſt oratio D. Sev[illegible]. Cujac. Niſi forte illa, de qua JCti crebro meminerunt ſub t[illegible] *[illegible] rebus eorum, qui ſub tutela vel cura ſunt, non alienandis &c.* P[illegible] Fab.

2. *Qui meretricem libidinis cauſſa rapuit*] Vid. ad h. l. Franc. Ramos del Manzano *lib. 3. ad legg. Juliam & Papiam cap. 33. num. 8.*

libidinis cauſa ſubripuit, furti actione tenebitur: & ſi ſuppreſſit, pœna legis Faviæ coërcetur.

§. 32. Qui tabulas, cautionesve ſubripuit, in adſcriptam ſummam furti actione tenebitur: nec intereſt, cancellatæ, nec ne ſint: quia ex his debitum magis ſolutum eſſe comprobari poteſt.

* §. 33. Qui ſervo fugæ conſilium dedit, furti quidem actione non tenetur, ſed ſervi corrupti.

* §. 34. Res ſubrepta ſi in domini poteſtatem reverſa ſit, ceſſat furti actio.

* §. 35. Qui furandi animo conclave effregit, vel aperuit, ſed nihil abſtulit, furti actione conveniri non poteſt; injuriarum poteſt.

* §. 36. Qui rem ſuam furatur, ita demum furti actione non tenetur, ſi alteri ex hoc non noceatur.

§. 37. [1] Servus, qui in fuga eſt, a domino quidem poſſidetur, ſed dominus furti actione ejus nomine non tenetur: quia in poteſtate eum non habet.

Si ſervus etiam in fuga poſitus furtum fecerit, damnumve dederit, & reverſus ad dominum fuerit, niſi pro ſui qualitate dominus ſolvere paratus ſit pro culpa, eum aut dare præſentem, aut abſentem cedere cogendus eſt. Ex Papiano Reſponſ. tit. 16.

TITULUS XXXII.

De Operis Libertorum.

§. 1. Egentem patronum libertus obligatione doni, muneris, & operarum ſolutus alere cogendus eſt, pro modo facultatum ſuarum.

1. *Servus, qui in fuga eſt*] Sed ſi in rem agat. CUJAC. Verus dominus ad ſervum recuperandum. PET. FAB. *Exceptione repellitur.* CUJAC. Niſi litis æſtimationem pendat. PET. FAB.

JULII PAULI, SENTENTIARUM RECEPTARUM AD FILIUM, LIBER TERTIUS.

*TITULUS

De Bonorum Poſſeſſionibus.

§. 1. Q*uotiens is, cui bonorum poſſeſſio ab altero poſtulata eſt, furere cœperit, magis probatum, ratum eum videri habuiſſe: rati enim habitio ad confirmationem prioris poſtulati pertinet.* Lex eſt ultim. ff. hoc tit.

§. 2. *Si is, cui ignoranti petita eſt bonorum poſſeſſio, deceſſerit, heres ejus intra tempora petitionis ratam eam habere non poteſt.* Lex eſt 7. ff. rem rat. habet.

TITULUS I.

De Carboniano Edicto.

§. 1. Si fratri impuberi controverſia fiat, an pro parte puberis differri cauſa debeat, variatum eſt; ſed magis eſt, ut differri non debeat.

TITULUS II.

De Bonis Liberti.

§. 1. In bonis liberti prior eſt patronus, quam filius alterius patroni. Itemque prior eſt filius patroni, quam nepos alterius patroni.

§. 2. [1] Libertus duos patronos heredes inſtituit, alter eorum vivo liberto moritur, is qui ſupereſt, contra tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem recte poſtulat.

§. 3. Libertorum hereditas in capita, non in ſtirpes dividitur: & ideo ſi unius patroni duo ſint liberi, alterius quatuor, ſinguli viriles, id eſt, æquales portiones habebunt.

§. 4. [2] Patronus, vel patroni liberi ex parte dimidia heredes inſtituti æs alienum liberti pro portionibus exſolvere coguntur.

Sicut teſtamento facto decedente liberto, poteſtas datur patrono, vel libertatis cauſa impoſita petere, vel partis bonorum poſſeſſionem; ita & cum inteſtato deceſſerit, earum rerum electio ei manet. Lex eſt 20. ff. de jur. patr.

Liberto per obreptionem adrogato, jus ſuum patronus non amittit. Lex eſt 49. ff. de bon. libert.

TITULUS III.

De Lege Fabiana.

§. 1. Ea, quæ in fraudem patroni a liberto quoquo modo alienata ſunt, Fabiana formula tam ab ipſo patrono, quam a liberis ejus revocantur.

TITULUS IV. A.

De Teſtamentis.

§. 1. Teſtamentum facere poſſunt maſculi poſt completum quartum decimum annum, fœminæ poſt duodecimum.

§. 2. Spadones eo tempore teſtamentum facere poſſunt, quo plerique pubeſcunt, id eſt, anno decimo octavo.

§. 3. Filiusfamilias, qui militavit, de caſtrenſi peculio tam communi, quam proprio jure teſtamentum facere poteſt. Caſtrenſe autem peculium eſt, quod in caſtris adquiritur, vel quod proficiſcenti ad militiam datur.

§. 4

1. *Libertus duos patronos heredes inſtituit*] Ex minore portione quam quæ debetur ex edicto Prætoris. Pet. Fab.

2. *Patronus vel patroni liberi*] Patrono, liberisve patroni debetur ſemis bonorum ex l. Pap. Cujac. Imo non ex l. Pap. ex qua virilis pars in bonis centenarii liberti pauciores quam tres liberos habentis patrono debetur; ſed ex edicto Prætoris, ex quo dimidiam bonorum liberti (qui vel teſtamento facto, vel cum liberos naturales nullos haberet inteſtatus deceſſerit) patronus aufert, ut ex *Inſtit. Juſtin.* colligitur ſatis. Pet. Fab.

Google

§. 4. [1] Cæcus teſtamentum poteſt facere; quia accire poteſt adhibitos teſtes, & audire ſibi teſtimonium perhibentes.

Qui manus amiſit, teſtamentum facere poteſt, quamvis ſcribere non poſſit. Lex eſt 10. ff. qui teſt. facer. poſſ.

§. 5. Furioſus tempore intermiſſi furoris teſtamentum facere poteſt.

§ 6. Mulieri, quæ luxurioſe vivit, bonis interdici poteſt.

§. 7. [2] Moribus per Prætorem bonis interdicitur hoc modo: *quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua diſperdis, liberoſque tuos ad egeſtatem perducis: ob eam rem tibi ea re, commercioque interdico.*

In bonis curatoris privilegium furioſi furioſæve ſervatur. Prodigus, & omnes omnino, etiamſi in edicto non ſit eorum mentio, in bonis curatoris decreto privilegium conſequuntur. Ex lege 15. ff. de curator. furioſ. & al. extr. minor. dand.

§. 8. Qui ab hoſtibus captus eſt, teſtamentum, quaſi ſervus, facere non poteſt. Sane valet teſtamentum id, quod ante captivitatem factum eſt, ſi revertatur, jure poſtliminii: aut ſi ibidem decedat, beneficio legis Corneliæ, qua lege etiam legitimæ tutelæ hereditateſque firmantur.

§. 9. [3] In inſulam relegatus, & in opus publicum ad tempus damnatus, quia retinet Civitatem, teſtamentum facere poteſt, & ex teſtamento capere.

§. 10. Plures quam ſeptem ad teſtamentum adhibiti non nocent: ſuperflua enim facta prodeſſe juri tantum, nocere non poſſunt.

§. 11. In adverſa corporis valetudine mente captus, eo tempore teſtamentum facere non poteſt.

§. 12. [4] Prodigus recepta vitæ ſanitate, ad bonos mores reverſus, & teſtamentum facere, & ad teſtamenti ſolemnia adhiberi poteſt.

§. 13. Ex his, qui ad teſtamentum adhibentur, ſi qui ſint, [5] qui Latine neſciant, vel non intelligant, ſed tamen ſentiant, cui rei interſint, adhibiti non vitiant teſtamentum.

Repetundarum damnatus, nec ad teſtamentum, nec ad teſtimonium adhiberi poteſt.

Hermaphroditus an ad teſtamentum adhiberi poſſit, qualitas ſexus incaleſcentis oſtendit. Lex eſt 15. ff. de teſtib.

Singulos teſtes, qui in teſtamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis, & cujus teſtamentum ſignaverit. Lex eſt 30. ff. qui teſtament. facer. poſſ.

TITULUS IV. B.

De Inſtitutione Heredum.

§. 1. Conditionum duo ſunt genera: aut enim poſſibilis eſt, aut impoſſibilis. Poſſibilis eſt, quæ per rerum naturam admitti poteſt. Impoſſibilis, quæ non poteſt: quarum ex eventu altera exſpectatur; altera impoſſibilis ſubmovetur.

§. 2. Conditiones contra leges, & decreta Principum, vel bonos mores adſcriptæ nullius ſunt momenti: veluti, *ſi uxorem non duxeris, ſi filios non ſuſceperis, ſi homicidium feceris, ſi barbaro habitu proceſſeris*, & his ſimilia.

§. 3. [6] Quoties non apparet, quis ſit heres inſtitutus, inſtitutio non valet: quod evenit, ſi teſtator plures amicos unius nominis habeat.

§. 4. Heredes aut inſtituti, aut ſubſtituti dicuntur. Inſtituuntur primo gradu: ſubſtituuntur ſecundo, [7] vel tertio ſcripti.

§. 5. Subſtituere quis & pure, & ſub conditione poteſt: & tam ſuis, quam extraneis; tam puberibus, quam impuberibus.

§. 6. In quot vult uncias teſtator hereditatem ſuam dividere poteſt. Impleto aſſe, ſine parte heredes inſtituti ad prioris aſſis ſemiſſem æquis portionibus veniunt.

§. 7. Servus alienus cum libertate heres inſtitutus, inſtitutionem non infirmat: ſed libertas, ut alieno, ſupervacue data videtur.

§. 8. Filio & extraneo æquis partibus heredibus inſtitutis, ſi præterita adcreſcat, tantum ſuo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo ſint filii inſtituti, ſuis tertiam, extraneis dimidiam tollit.

§. 9. Talis eſt poſtumorum inſtitutio: *ſi qui poſt mortem meam poſtumi nati fuerint, heredes ſunto.* Si vivo eo naſcantur, rumpunt teſtamentum.

§. 10. [8] Nepos poſtumus, qui in locum pa-

1. *Cæcus teſtamentum*] Vos in hanc rem Quirites teſtimonium perhibetote. CUJAC. Ulp. in *l.* 20. §. *quæ autem ff. de teſtament.* & in *l.* 21. §. *in teſtament. eod. tit.* hoc verbo *perhibendi teſtimonii* utitur. PET. FAB.

2. *Moribus per Prætorem*] Noſtro more male rem gerentibus patris bonis interdici ſolet. CUJAC. Vulgo legitur *patribus*, quod magis probo. PET. FAB.

Antea legebatur, habitaque pro avitaque. CUJAC. Sic apud Hieron. in *lib. de Virginibus ſervandis. Proba nunc habitas venundare dicitur poſſeſſiones*, corrupte legitur pro *avitas*, & apud Tacitum *lib* 13 *fol.* 376. *quamvis per luxum habitas opes diſſipaſſent.* corrupte pro *avitas*, & *lib.* 14. *pag.* 410. Ubi de Strabone, *miſſum diſceptatorem à Claudio agrorum, quos Regis Appionis quondam habitos* [ubi *avitos* malim] & *Populo Romano cum regno relictos proximus quiſque poſſeſſor invaſerat: Avitorum agrorum* ſiquidem meminit 413. & *avitorum bonorum* 418. PET. FAB.

Sic in lib. Cicer. de univerſitate. CUJAC. Sic Pet. Fab. in illo Arnobii loco, qui eſt *lib.* 3. *adverſ. gent. fol.* 3. *pag.* 1. pro *habet etiamnum atque ardet* &c. *Et habet inquam*, legit, *avet animus atque ardet, & avet inquam.* Conjectura hæc adjuvatur authoritate ipſius Arnobii, qui ſic loquitur *lib.* 5. *fol.* 60. ut in opiſtographis notavi. Sed hic locus ita emendatus fuit ab ipſo Hottomano. Sic etiam Leopardus poſtea emendavit *cap.* 20. *lib* 8. *emendat.* PET. FAB.

3. *In inſulam relegatus*] Hic enim mediam capitis deminutionem patitur. CUJAC. Non debuiſti hanc rationem reddere, quæ profecto falſa eſt. Cum nemo capite minuatur ad tempus, ſed potius hanc debuiſti appingere, quod jure ſit proditum, neminem in metallum ad tempus dari debere. PET. FAB.

4. *Prodigus recepta vitæ ſanitate*] Hæc eſt interpretatio præcedentium, niſi fallor. PET. FAB.

5. *Qui Latine neſciant*] Dum tamen Cives Romani ſint, & factionem teſtamenti habeant. Ulp. *in fragm. tit. de teſt.* §. *teſtament.* PET. FAB.

6. *Quoties non apparet*] *L. in tempus* 62. §. 1. *ff. de her. inſtit.* CUJAC. Vide quæ ſcripſi ad *l. ſi ita fuerit* 2. *ff. de reb. dub.* PET. FAB.

7. *Vel tertio ſcripti*] Vid. ad hæc verba Guil. Maranus in *Paratitl. ad tit. ff. de vulgar. & pup. ſubſt. pag.* 268. Edit. Ultraj.

8. *Nepos poſtumus*] Ut nepotes, qui ſunt in utero nurus. CUJAC. Tempore ſcilicet facti teſtamenti; alioqui contra, propter regulam Catonianam, & ſane cum agnati non ſint, qui non ſunt in utero, cum quis moritur, quia ne cognati quidem. *l.* 1. §. *ſi quis proximior ff. unde cognati*: ſequitur ut ſui etiam non ſint teſtatori

pattis ſuccedere poteſt, ab avo aut heres inſtituendus eſt, aut nominatim exheredandus, ne adgoaſcendo rumpat teſtamentum.

Filiusfamiliat ſi militet, ut paganus, nominatim a patre aut heres ſcribi, aut exheredari debet: jam ſublato edicto Divi Auguſti, quo cautum fuerat, ne pater filium militem exheredet. Lex eſt 26. ff. de liber. & poſtum. &c.

§. 11. Qui ſemel conſtituit ad ſe hereditatem pertinere, ac ſe rebus ejus immiſcuit, repudiare eam non poteſt, etiamſi damnoſa ſit.

Pater, quotiens filio mandat adire, certus eſſe debet, an pro parte, an ex aſſe: & an ex inſtitutione, an ex ſubſtitutione: & an ex teſtamento, an ab inteſtato filius ſuus heres exiſtat.

Mutus pater, vel dominus, filio, vel ſervo heredibus inſtitutis, magis eſt, ut ſi intellectu non careat, nutu jubere poſſit adire hereditatem, ut ei jure ejus commodum quæri poſſit: quod facile explicari poſſit ſcientia litterarum.

Mutus ſervus juſſu domini pro herede gerendo obligat dominum hereditati. Lex eſt 93. ff. de adq. vel omitt. poſſeſſ.

TITULUS V.

De SCto Silaniano.

§. 1. Hereditas ejus, quia a familia occiſus eſſe dicitur, ante habitam quæſtionem adiri non poteſt, neque bonorum poſſeſſio poſtulari.

§. 2 Occiſus videtur non tantum, qui per vim aut per cædem interfectus eſt, velut jugulatus, aut præcipitatus; ſed & is, qui veneno necatus dicitur: honeſtati enim heredis convenit qualemcumque mortem teſtatoris inultam non prætermittere.

§. 3. Domino occiſo, de ea familia quæſtio habenda eſt, quæ intra tectum fuerit, vel certe extra tectum cum domino, eo tempore, quo occidebatur.

§. 4. Qui occiſus dicitur, ſi conſtet, eum ſibi quoquo modo manus intuliſſe, de familia ejus quæſtio non eſt habenda: niſi forte prohibere potuit, nec prohibuit.

§. 5. Neroniano SCto cavetur, ut occiſa uxore etiam de familia viri quæſtio habeatur: idemque ut juxta uxoris familiam obſervetur, ſi vir dicatur occiſus.

§. 6. Servi, qui ſub eodem tecto fuerint, ubi dominus perhibetur occiſus, & torquentur, & puniuntur: etſi teſtamento occiſi manumiſſi ſint. Sed & hi torquentur, qui cum occiſo in itinere fuerunt.

§. 7. Servi de proximo ſi, cum poſſent ferre, auditus clamoribus auxilium domino non tulerunt, puniuntur.

§. 8. Servos, qui in itinere circumdatum a latronibus dominum per fugam deſeruerunt, apprehenſos & torqueri, & ſummo ſupplicio affici placuit.

§. 9. Habetur de familia quæſtio, & ſi heres teſtatorem occidiſſe dicatur: nec intereſt, an extraneus, an ex liberis ſit.

* §. 10. Hereditas a fiſco ut indignis aufertur his primum, qui, cum interfectus eſſet teſtator, apertis tabulis teſtamenti, vel ab inteſtato adierunt hereditatem, bonorumve poſſeſſionem acceperunt: amplius his & in centum millia ſeſtertiorum pœna irrogatur. Nec refert, a quibus paterfamilias, nec quemadmodum occidatur.

* §. 11. In diſponenda eorum quæſtione, quorum dominus dicitur interemptus, hic ordo ſervatur: primum ut conſtet occiſum dominum: deinde ut liqueat, de quibus ea quæſtio habenda ſit: atque ita de reis inquirendum.

* §. 12. Etſi percuſſor certus ſit, tamen de familia habenda quæſtio eſt, ut cædis mandator inveniri poſſit.

§. 13. Omnibus, qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignis aufertur hereditas, ſi nihil teſtamento in fraudem legis fuerit cautum.

§. 14. Sive falſum, ſive ruptum, ſive irritum dicatur eſſe teſtamentum, ſalva eorum diſceptatione, ſcriptus heres jure in poſſeſſionem mitti deſiderat.

§. 15. Si inter heredem inſtitutum & ſubſtitutum controverſia ſit, magis placuit eum in poſſeſſionem rerum hereditariarum mitti, qui primo loco ſcriptus eſt.

§. 16. Scriptus heres ut ſtatim in poſſeſſionem mittatur, jure deſiderat: hoc poſt annum impetrare non poterit.

§. 17. In eo teſtamento, [1] quod nec ut oportuit oblatum, [2] nec publice recitatum eſt, heres ſcriptus in poſſeſſionem mitti fruſtra deſiderat.

§. 18. In poſſeſſionem earum rerum, quas mortis tempore teſtator non poſſedit, heres ſcriptus priusquam jure ordinario experiatur, improbe mitti deſiderat.

T I-

ri ſecundum regulam adſcriptam in *l. ſcripto ff. unde liberi*, quæ ait *liberos, qui ſui non ſint, ne agnatos quidem eſſe. l.* 1 *§. ſciendum. l. Titius §. ult. & duab. ſeqq. ff. de ſuis, & legit. hered. l. ſi quis filio in princip. ff. de injuſto rupt. & irrit.* Ac proinde non ſunt ſui, ſed alieni poſtumi, qui jure civili inſtitui non queunt, ſed ne Prætorio quidem ob id, quod incertæ perſonæ ſunt, imo vero ne ſunt quidem: quoniam hi ſoli, qui nati ſunt, in rebus humanis eſſe dicuntur, ſed neque haberi poſſunt, quaſi eſſent fictione quadam juris, quando hæc eos tantummodo comprehendit, qui ſunt in utero. *l. qui in utero ff. de ſtat. hom. l.* 3. *ff. de ſecund. tab.* Cum igitur eſſe non intelligantur, ne prætorio quidem jure, fruſtra iis hereditas, fruſtra legatum, aut fideicommiſſum relinquitur, eſſe enim perſonam oportet, cui donetur, ſtati ſcilicet teſtamenti tempore. *l. quidam referunt ff. de codicill.* maxime propter regulam Catonianam. Quid, quod circa heredum inſtitutiones tria tempora computari conſtat teſtamenti facti, mortis, & aditæ hereditatis. *l. ſi alienum §.* 1. *l. ſervum, & l. liber §. ſi heres ff. de hered. inſtit.* Veruntamen videto quæ ſcripſi ad Cujac. in *Commentar. ad l. Gallus ſub initium.* Pet. Fab.

1. *Quod nec ut oportuit oblatum*] Magiſtro cenſus in urbe, in Provinciis vero præſidibus, vel defenſoribus inter ſecundam horam, & decimam præſentibus teſtibus, vel honeſtis viris, ut infra *lib. proximo tit.* 6. ubi Cujacium videto ad *ſent.* 1. & quæ ipſe ibidem ſcripſi. V. C.

2. *Nec publice recitatum eſt*] Præterea publice recitatum teſtamentum ut ſit. Cujac. De recitatione iſta vide quæ ſcripſi de viceſima ex Auguſt. infra *lib.* 4. *tit.* 6. poſt recitationem ſigno deinde publico obſignatum in archivum redigebatur, ut *ſententia* 1. *ejus tituli.* V. C.

Digitized by Google

TITULUS
De Jure Codicillorum.

Litteræ, quibus hereditas promittitur, vel animi affectus exprimitur, vim codicillorum non obtinent. Lex eſt 17. ff. hoc tit.

TITULUS VI.
De Legatis.

§. 1. [1] Per præceptionem uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio Judicis familiæ erciſcundæ a coheredibus præſtabuntur.

§. 2. Ante heredis inſtitutionem legari non poteſt: inter medias heredum inſtitutiones, ſive alter, ſive uterque adeat, poteſt.

§. 3. A. Interdum dimidium, interdum totum debetur legatariis: dimidium, ſi per vindicationem legatum ſit, totum, ſi per damnationem.

§. 3. B. Poſt diem legati cedentem actio, quæ inchoata non eſt, ad heredem non tranſmittitur.

§. 4. Communi ſervo cum libertate, & ſine libertate legari poteſt: totumque legatum ſocio teſtatoris adquiritur.

§. 5. Poſt mortem heredis legari non poteſt: [2] quia nihil ab herede heredis relinqui poteſt.

§. 6. In mortis tempus, tam ſuæ, quam heredis ejus legata confirmari poſſunt, hoc modo: *Lucio Titio, cum morietur, do lego*, aut *heres meus dare damnas eſto.*

§. 7. [3] Per vindicationem legatum, etſi nondum conſtituerit legatarius ad ſe pertinere, atque ita poſt apertas tabulas ante aditam hereditatem deceſſerit, ad heredem ſuum tranſmittit.

Illud aut illud, utrum elegerit legatarius, nullo a legatario electo, decedente eo poſt diem legati cedentem, ad heredem tranſmitti placuit. Lex eſt 19. ff. de option. vel election. legat.

§. 8. Si res obligata creditori, cujus cauſam teſtator non ignoravit, [4] per damnationem [5] legata ſit, luitio ad heredis ſollicitudinem ſpectat.

§. 9. [6] Servo fataliter interempto, legatarii damnum eſt: quia legatum nulla culpa heredis intercidit.

§. 10. Damnari heres poteſt, ut alicui domum extruat, aut ære alieno eum liberet.

§. 11. Sinendi modo tam corporales res, quam quæ in jure conſiſtunt, legari poſſunt: & ideo debitori id, quod debet, recte legatur.

§. 12. Ejus rei, quæ legata eſt, exemplo heredis, partem agnoſcere, [7] partem repudiare legatarius non poteſt.

§. 13. Legatum niſi certæ rei ſit, [8] & ad certam perſonam deferatur, nullius eſt momenti.

§. 14. Si quis ſibi & Titio legatum adſcripſerit, magis eſt, ut totum legatum ad conjunctum pertineat.

Uxori legatum in alieno teſtamento ſcribere non prohibeatur. Ex lege 18. ff. de leg. Cornel. de falſ.

§. 15. Qui ſe filio teſtatoris impuberi tutorem adſcripſit, ut ſuſpectus a tutela removendus eſt, ad quam ultro videtur affectaſſe.

Qui ſe filio teſtatoris impuberi tutorem adſcripſit, etſi ſuſpectus eſſe præſumitur, quod ultro tutelam videatur affectaſſe: tamen ſi idoneus eſſe adprobetur, non ex teſtamento, ſed ex decreto tutor dandus eſt, nec excuſatio ejus admittetur: quia contemſiſſe videtur voluntati teſtatoris. Ex lege 18. §. 1. ff. de lege Cornel. de falſ.

§. 16. Rem legatam teſtator ſi poſtea pignori, [9] vel fiduciæ dederit, ex eo voluntatem mutaſſe non videtur.

§. 17. Uſusfructus uniuscujusque rei legari poteſt: & aut ipſo jure conſtituetur, aut per heredem præſtabitur. Ex cauſa quidem damnationis per heredem præſtabitur; ipſo autem jure per vindicationem.

§. 18. Furioſi, & ægrotantis, & infantis uſusfructus utiliter relinquitur: horum enim alius reſipiſcere, alius convaleſcere, alius creſcere poteſt.

§. 19. Ancillæ uſufructu legato, partus ejus ad fructuarium non pertinent.

§. 20. Gregis uſufructu legato, grege integro manente, fetus ad uſufructuarium pertinent: ſalvo eo, ut quidquid gregi deperierit, ex fetibus impleatur.

§. 21. [10] Areæ uſufructu legato, ædificia in ea conſtitui non poſſunt.

§. 22. Acceſſio alluvionum ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non eſt, non pertinet: venationis vero & aucupii reditus ad fructuarium pertinet.

§. 23.

1. *Per præceptionem*] A coheredibus perinde præſtabitur officio Judicis familiæ erciſcundæ. CUJAC. ſc. non univerſa, ſed pro hereditaria parte. V. C.

2. *Quia nihil ab herede*] id eſt, *ne libertas quidem, licet favorabilior omnibus rebus*, ut ait *l. libertas de R. J.* Veruntamen libertatem poſt mortem heredis, aut legatarii datam non valuiſſe olim apparet de facti ſpecie, quæ proponitur in *l. Titio uſusfructus* 95. *de cond. & demonſt.* cujus deciſionis ratio nulla melior efferri quam iſta poteſt. V. C.

3. *Per vindicationem legatum*] Ad heredem ejus tranſit legatum. CUJAC. *l.* 3. *C. quando dies legat. ced.*

4. *Per damnationem*] Quid ſi per vindicationem, aut præceptionem? Idem videtur dicendum ex *l. rem pignori* 28. *ff. famil. erciſc. l. ſi paterfam.* 33. *eod.* PET. FAB.

5. *Legata ſit*] A domino. *l. ſi res bona ff. de leg.* 1. idemque ſi domino ipſi ab extraneo teſtatore. *l. ſi tibi homo in princ. ff. de leg.* 1. ſcripſi ad *l. omnes* 139. §. 1. *ff. de R. J.* V. C.

6. *Servo fataliter interempto*] Ante moram ſcilicet ſervi præſtationi factam. V. C. ſed etſi fato poſt moram heredis intereat, periculum heredis eſt. *l.* 3. *C. de uſur. vel fruct. leg. l. cum ſervus §. judex ff. de leg.* 1. V. C.

7. *Partem repudiare legatarius non poteſt*] Sed heredes legatarii poſſunt, ut ex *l. legatar. ff. de leg.* 1. docui dudum ad *l. heredem ff. de R. Jur.* quæ lex eſt 59. V. C.

8. *Et ad certam perſonam deferatur*] Incertæ perſonæ fruſtra etiam hereditas datur. §. *quotiens non apparet ſupra tit.* 4. *de teſtam.* V. C.

9. *Vel fiduciæ dederit*] Secus, ſi vendiderit, ut *lib.* 4. *tit.* 1. *de fideic. §. teſtator infra*, niſi tamen neceſſitate urgente coactus id fecerit. *l. fideic. §. ſi rem ſuam ff. de leg.* 3. V. C.

10. *Areæ uſufructu*] Ne uſusfructus extinguatur. CUJAC. Mutata ipſius rei facie, ac natura. V. C.

§. 23. Servos nec torquere, neqoe flagellis cædere, neque in eum caſum facto ſuo perducere uſuſructuarius poteſt, quo deteriores ſiant.

§. 24. Fructu legato, ſi uſus non adſcribatur, magis placuit, uſumſructum videri adſcriptum: [1] fructus enim ſine uſu eſſe non poteſt.

§. 25. Si alteri uſus, alteri fructus legatus ſit, fructuarius in uſum concurrit: quod in fructu uſuarius facere non poteſt.

§. 26. Cum conjunctim duobus uſumfructum do, lego, legatum, altero mortuo, ad alterum in ſolidum pertinebit.

§. 27. Uſufructu legato de modo utendi cautio a fructuario ſolet interponi: & ideo perinde omnia ſe uſurum, ac ſi optimus paterfamilias uteretur, fidejuſſoribus oblatis cavere cogetur.

Arbores vi tempeſtatis, non culpa fructuarii, everſas ab eo ſubſtitui non placet.

Quidquid in fundo naſcitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet. Penſiones quoque jam antea locatorum agrorum, ſi ipſæ quoque ſpecialiter comprehenſæ ſint. Sed ad exemplum venditionis, niſi fuerint ſpecialiter exceptæ, poteſt uſufructuarius conductorem repellere.

Cæſæ arundinis, vel pali compendium, ſi in eo quoque fundi vectigal eſſe conſuevit, ad fructuarium pertinet. Lex eſt 59. ff. de uſufructu, & quemadmod. quis utat. fruat.

§. 28. [2] Uſusfructus amiſſus ad proprietatem recurrit. Amittitur autem quinque modis: capitis minutione, rei mutatione, non utendo, in jure ceſſione, dominii comparatione.

§. 29. Capitis minutione amittitur, ſi in inſulam fructuarius deportetur, vel ſi ex cauſa metalli ſervus pœnæ efficiatur, aut ſi ſtatum ex adrogatione, vel adoptione mutaverit.

§. 30. Non utendo amittitur uſusfructus, ſi poſſeſſione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno.

§. 31. Rei mutatione amittitur uſusfructus, ſi domus legata incendio conflagraverit, aut ruina perierit, licet poſtea reſtituatur.

§. 32. In jure ceſſione amittitur uſusfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure ceſſerit.

§. 33. Finitur uſusfructus aut morte, aut tempore: morte, cum uſufructuarius moritur: tempore, [3] quoties ad certum tempus uſusfructus legatur, velut biennio, aut triennio.

§. 34. Fundo, vel ſervo legato, tam fundi inſtrumentum, [4] quam ſervi peculium ad legatarium pertinet.

§. 35. Quærendorum fructuum cauſa eſſe videntur, qui opus ruſticum faciunt, & monitores, & villici, & ſaltuarii: item boves aratorii, aratra, bidentes, & falces putatoriæ: frumentum quoque ad ſementem repoſitum.

§. 36. Cogendorum fructuum cauſa comparata inſtrumento cedunt: velut corbes, alvei, falces meſſoriæ, & fœnariæ, item molæ olivariæ.

§ 37. Conſervandorum fructuum cauſa comparata inſtrumento cedunt: velut dolia, cupæ, vehicula ruſtica, cibaria, piſtores, aſini, focariæ: item ancillæ, quæ veſtimenta ruſticis faciunt: ſcotra quoque & ſutor continebuntur.

§ 38. Uxores eorum, qui operantur, magis eſt ut inſtrumento cedant. Pecora quoque, & paſtores eorum, ſtercorandi cauſa parata, inſtrumento continentur.

§. 39. Ea autem, quæ cuſtodiæ magis cauſa, quam ad uſus patrisfamiliæ eo delata ſunt, inſtrumenti nomine non continentur.

§ 40. Uxores vero eorum, qui mercedes præſtare conſueverunt, neque inſtructionis, neque inſtrumenti appellatione continentur.

§. 41. Piſcationis, & venationis inſtrumentum ita demum inſtrumento fundi continetur, ſi ex his maxime fundi reditus cogatur.

§. 42. Fructus percepti inſtrumento fundi ita demum cedunt, ſi ibidem abſumi a teſtatore conſueverant.

§. 43. Fundo cum omni inſtrumento ruſtico, & urbano, & mancipia, quæ ibi ſunt, legato, ſemina quoque, & cibaria debebuntur.

§. 44. Fundo cum omni inſtrumento ruſtico, & urbano, & mancipiis, quæ ibi ſunt, legato, tam ſupellex, quam æramentum, itemque argentum, & veſtes, quæ ibi paterfamilias inſtruendi gratia habere ſolet, debebuntur: item ea mancipia, quæ uſui patrisfamilias eſſe ſolent: itemque aves, & pecora, quæ inſtruendarum epularum gratia in fundo comparata ſunt: exceptis his, quæ ibi cuſtodiæ cauſa depoſita ſunt.

§. 45. Fundo legato, *uti optimus maximusque eſt*, retia apraria, & cetera venationia inſtrumenta continebuntur. Quæ etiam ad inſtrumenta pertinent, ſi quæſtus fundi ex maxima parte in venationibus conſiſtat.

§. 46.

1. *Fructus enim ſine uſu*] Hoc regulariter, ſed interdum contra eſt, ut docetur a Cujac. ad proximam ſententiam. V. C.

2. *Uſusfructus amiſſus*] Vid. ad hunc §. Petr. Faber lib. 2. *ſemeſtr. cap.* 21. *in fin.*

3. *Quoties ad certum tempus*] Idem dicendum in uſufructu conſtituto legatove ad tempus: puta incertum, donec ille qui conſtituit, aut donec heres a quo legatus eſt vixerit. Quid enim vetat? Idem exiſtimandum & in legali, quem noſtri Doctores vocant, uſufructu parentibus debito ex recentioribus conſtitutionibus in bonis maternis maternive generis, aut alias adventitiis liberor. quibuscunque: nam ſi per fideicomm. hereditas filiofam. relicta ſit, eamque ipſe cuipiam cum moreretur reſtituere juſſus fuerit, quis dubitabit, quin extincto filiofam. & adveniente die reſtitutionis fideicomm. debeat uſusfructus legalis ille intercidere, plenaque hereditatis fideicomm. proprietas ad extraneum iſtum precario ſubſtitutum pervenire? equidem ita ſentio. Nec enim oportet fideicommiſſarii poſtremi conditionem eo deteriorem fieri, quod, qui ei reſtituere rogatus eſt, filiusfam. fuerit. Et generaliter non oportet ex alterius cauſſa conditionem noſtram pejorem effici. Non movet Gloſſæ authoritas in *l.* 2. *C. de bon. matern.* Nec enim pro ea facit, quod eſt in *l.* 7. § *ult. C. ad S. C. Tertull.* certe adverſum me non facit. Inter conjunctas enim perſonas, ſi agatur de ſucceſſione inteſtati, fateor durare uſumfructum patri ſemel adquiſitum mortuo eo, cujus cauſa vel occaſione adquiſitus fuerit. At cum judicio teſtatoris rogatus eſt quispiam filiusfam. hereditatem Titio reſtituere vel ex certa, vel ex incerta die, tamdiu uſumfructum penes patrem rogati de reſtituendo durare arbitror, quamdiu proprietas penes rogatum ipſum eſſe potuerit, ne alioqui contra voluntatem teſtatoris fiat, qui patris hujusce nullam rationem habendam conſuit, alioquin expreſſurus, & ipſi relicturus non filio. Petr. Fab. V. C.

4. *Quam ſervi peculium ad legatarium pertinet*] Puto hic negationem inferendam eſſe. V. C.

by Google

§. 46. Fructus, qui ſolo cohærebant mortis teſtatoris tempore, ad legatarium pertinent: ante percepti ad heredem.

§. 47. Fundo legato cum mancipiis, & pecoribus, & omni inſtrumento ruſtico, & urbano, peculium actoris ante teſtatorem defuncti, ſi ex eodem fundo fuerit, magis placet ad legatarium pertinere.

§. 48. Actor, vel colonus [1] ex alio fundo in eodem conſtitutus, qui cum omni inſtrumento legatus erat, ad legatarium non pertinet: niſi eum ad jus [2] ejus fundi teſtator voluerit [3] pertinere.

§. 49. Adjunctiones, quas fundo legato teſtator ex diverſis emptionibus applicaverat, legatario cedere placuit.

§. 50. Inſtructo prædio legato, fabri ferrarii, item tignarii, putatores, & qui inſtruendi fundi gratia ibidem morabantur, legato cedunt.

§. 51. Inſtructo fundo legato, libri quoque, & bibliothecæ, quæ in eodem fundo ſunt, legato continebuntur.

§. 52. Servum ſtudendi gratia ex eodem fundo, qui cum mancipiis fuerat legatus, alio translatum, ad legatarium placuit pertinere.

§. 53. Fundo ita, ut poſſederat, legato, mancipia, tam urbana, quam ruſtica, itemque aurum, & veſtes, quæ eodem tempore in fundo comprehenduntur, ad legatarium pertinent.

§. 54. Paſcua, quæ poſtea comparata ad fundum legatum teſtator adjunxerat, ſi ejus appellatione contineantur, ad legatarium pertinent.

§. 55. Quidquid in eadem domo, quam inſtructam legavit paterfamilias, perpetuo inſtruendi ſe gratia habuit, legatario cedit.

§. 56. Inſtructa domo legata, ea legato continentur, quibus domus munitior, vel tuta ab incendio præſtatur: tegulæ, ſpecularia, & vela legato continebuntur: item æramenta, lecti, culcitæ, pulvini, ſubſellia, cathedræ, menſæ, armaria, delphicæ, pelves, conchæ, aquiminalia, candelabra, lucernæ, & ſimilia, quæcumque materia expreſſa.

§. 57. Domo legata, balneum ejus, quod publice præbetur, niſi alias ſeparetur, legato cedit.

§. 58. [4] Domo cum omni jure ſuo, ſicut inſtructa eſt, legata, urbana familia, item artifices, & veſtiarii, & zetarii, & aquarii, eidem domui ſervientes, legato cedunt.

§. 59. Omnibus, quæ in domo ſunt, legatis, cautiones debitorum, rationesque ſervorum legato cedunt.

§. 60. Mobilibus legatis, aurum, vel argentum non debetur; [5] niſi de his quoque manifeſte ſenſiſſe teſtatorem poſſit oſtendi.

§. 61. Inſtrumento cauponio legato, ea debentur, quæ in cauponis uſum parata ſunt; velut vaſa, in quibus vinum defunditur: eſcaria quoque, & pocularia vaſa debentur. Sane miniſtri earum rerum legato non cedunt.

§. 62. Inſtrumento Medici legato, collyria, & emplaſtra, & apparatus omnis conficiendorum medicamentorum, itemque ferramenta legato cedunt.

§. 63. Inſtrumento pictoris legato, colores, penicilli, cauteria, & temperandorum colorum vaſa debebuntur.

§. 64. Piſtoris inſtrumento legato, cribra, aſini, molæ, & ſervi, qui piſtrinum exercent; item machinæ, quibus farinæ ſubiguntur; legato cedunt.

§. 65. Inſtrumento balneatorio legato, balneator ipſe, & ſcamna, & hypodia, fiſtulæ, miliaria, epiſtomia, rotæ aquariæ: jumenta quoque, quibus ligna deferuntur, legato cedunt.

§. 66. Inſtrumento piſcatoris legato, & retia, & naſſæ, & fuſcinæ, & naviculæ; hami quoque, & cætera hujusmodi uſibus deſtinata debentur.

§. 67. Supellectile legata, capſæ, armaria, non ſolum librorum, aut quæ veſtis ponendæ gratia parata ſint, debebuntur: ſed & byſſina, & cryſtallina, & argentea, & vitrea vaſa, tam eſcaria, quam pocularia, & veſtes ſtratoriæ legato cedunt.

§. 68. Villis, vel agris ſeparatim legatis, alterum alteri cedit.

§. 69. [6] Servis legatis, ancillæ quoque debebuntur: non item ſervi legatis ancillis. Sed ancillarum appellatione tam virgines, quam ſervorum pueri continentur; iis ſcilicet exceptis, quæ fiduciæ datæ ſunt.

§. 70. Servis amanuenſibus legatis, omnes, qui ex converſatione urbana, & in miniſterio fuerunt, debebuntur: niſi ex his aliqui perpetuo ad opus ruſticum transferantur.

§. 71. Venatores ſervi, vel aucupes an inter urbana miniſteria contineantur, dubium remanſit: & ideo voluntatis eſt quæſtio. Tamen ſi inſtruendarum quotidianarum epularum gratia habentur, debentur.

§. 72. Muliones, & inſtitores inter urbana miniſteria continentur: item obſonatores, & veſtiarii, & cellararii, & cubicularii, & arcarii, & coqui placentarii, tonſores, piſtores, lecticarii, ſtabularii.

§. 73. [7] Pecoribus legatis quadrupedes omnes continentur, quæ gregatim paſcuntur.

§. 74.

1. *Ex alio fundo in eodem conſtitutus*] Lego *in eo dein*, niſi quod *ex eodem* legitur in §. *ſervum* infr. V. C.

2. *Ejus fundi teſtator voluerit*] Sic & in §. *mobilibus infr. h. t.* Pet. Fab.

3. *Pertinere*] Quod in dubio non videtur in ſpecie quidem iſta, in qua proponitur unius fundi actor aut colonus in alium deinde translatus; non enim actores aut coloni facile mutantur, qui prædia quodammodo acceſſionis loco ſunt. Secus dicendum ſi Stichum, qui antea ſervus tantum, non item actor, colonus, aut villicus in fundo Titiano erat, cum poſtea dominus tam rei ruſticæ quam rationibus fundi Sejani præfecerit. Nam ſi uxori Stichum, & alia quædam legaverit, filio fundum Sejanum cum mancipiis & omni inſtrumento, & memor eorum, quæ in teſtamento caviſſet, Stichum in alia prædia tranſtulit, iiſque præfecit, ut ſupra dixi, reſpondet Scævola in prædiis ceſſurum, nec ab uxore Stichum ex fideicommiſſi cauſa peti poſſe; hæc eſt ſententia *l. filio in princ.* quæ eſt *penult. ff. de adimend. legat.* ſi ita legatur, ut recte Florentini Libri proferunt, *de actoribus ſervis.* vide quæ ſcripſi *lib. 2. ſemeſtr. cap. 10. pag.* 287. & 288. V. C.

4. *Domo cum omni jure*] Conſtantinus dixit *integro ſtatu C. de bon. vacantib. lib.* 10. V. C.

5. *Niſi de his*] Sic & in §. *actor vel colonus* ſupra V. C.

6. *Servis legatis*] *l. ſuos autem ſervos* 73. *ff. de legat. lib* 3. Cujac. Adde *l.* 3. *C. de legat.* V. C.

7. *Pecoribus legatis*] De varia pecorum & quadrupedum appellatione ex profeſſo egi in *Diatr. de rob. mone. ſect.* 52. *ſeqq.* Meerman.

§. 74. [1] Jumentis legatis boves non continentur. Equis vero legatis equæ quoque placuit contineri. Ovibus autem legatis agni non continentur, niſi annuales ſint.

§. 75. Grege ovium legato arietes etiam continentur.

§. 76. Avibus legatis, anſeres, phaſiani, gallinæ, & aviaria debebuntur. An autem phaſianarii, & paſtores anſerum, voluntatis quæſtio eſt.

§. 77. Dulcibus legatis, ſapa, defrutum, mulſum, dulce etiam vinum, palmæ, caricæ, uvæ paſſæ debebuntur. Sed in hoc quoque voluntatis eſt quæſtio; quià & in ſpecie pomorum comprehendi poſſunt.

§. 78. Frugibus legatis, tam legumina, quam ordeum, & triticum, continentur.

§. 79. Veſte legata, ea cedunt, quæ ex lana, & lino texta ſunt: item ſerica, & bombycina; quæ tamen induendi, operiendi, cingendi, ſternendi, injiciendique cauſa parata ſunt. Pelles quoque indutoriæ continebuntur.

§ 80. Veſte virili legata, ea tantummodo debebuntur, quæ ad uſum virilem, ſalvo pudore virilitatis, attinent. Stragula quoque huic legato cedunt.

§ 81. Muliebri veſte legata, omnia, quæ ad uſum muliebrem ſpectant, debebuntur.

§ 82. [2] Lana legata, ſive ſuccida, ſive lota ſit, ſive pectinata, ſive verſicoloria, legato cedit. Purpura vero, aut ſtamen, ſubtemenve hoc nomine non continentur.

§. 83. Mundo muliebri legato ea cedunt, per quæ mundior mulier lautiorque efficitur: velut ſpeculum, conchæ, ſituli; item buxides, unguenta, & vaſa, in quibus ea ſunt: item ſella balnearis, & cætera ejuſmodi.

§. 84. Ornamentis legatis ea cedunt, per quæ ornatior efficitur mulier: veluti anuli, catenæ, reticuli, & cætera, quibus collo, vel capite, vel manibus mulieres ornantur.

§. 85. Argento legato, maſſæ tantummodo debebuntur: vaſa enim, quæ proprio nomine ſeparantur, legato non cedunt: quia nec lana legata, veſtimenta debebuntur.

§. 86. Vaſis argenteis legatis, ea omnia continentur, quæ capacitati alicui parata ſunt: & ideo tam potoria, quam eſcaria, item miniſteria omnia debebuntur: veluti urceoli, pateræ, lances, piperatoria; cochlearia quoque, itemque trullæ, calices, ſcyphi, & his ſimilia.

§. 87. Libris legatis, chartæ, volumina, vel membranæ, & philuræ continentur. Codices quoque debentur: librorum enim appellatione non volumina chartarum, ſed ſcripturæ modus, qui certo fine concluditur, æſtimatur.

§. 88. Auro legato, gemmæ quoque incluſæ, itemque margaritæ, & ſmaragdi legato cedunt. Sed magis eſt, voluntatis eſſe quæſtionem: infectum enim aurum debetur: factum enim ornamentorum genere continetur.

§. 89. Vaſis argenteis legatis, emblemata quoque ex auro infixa legato cedunt.

§. 90. Argento potorio legato, omnia, quæ ad poculorum ſpeciem comparata ſunt, debebuntur: veluti pateræ, calices, ſcyphi, urceoli, œnophora, & conchæ.

§. 91. Carruca cum junctura legata, mulæ quoque legatæ, non mulio videtur, propter quotidianam loquendi conſuetudinem.

Heres ſervum proprium, quem teſtator legaverat, manumittendo nihil agit: quia ſcientiæ, vel ignorantiæ ejus nullam placuit admitti rationem. Lex eſt 28. ff. qui & a quib. man. lib. non fiant.

Libertus, qui in priore parte teſtamenti legatum acceperat, & ingratus poſtea eadem ſcriptura a teſtatore appellatus eſt, commutata voluntate, actionem ex teſtamento habere non poteſt. Lex eſt 29. ff. de adim. vel transf. legat. vel fideicomm.

§. 92. Prolatis codicillis vel alio teſtamento, quibus ademptum eſt legatum, vel certe reſciſſum, perperam ſoluta repetuntur.

TITULUS VII.

De Mortis cauſa Donationibus.

§. 1. Mortis cauſa donat, qui ad bellum proficiſcitur, & qui navigat, ea, ſcilicet, conditione, ut ſi reverſus fuerit, [3] ſibi reſtituatur: ſi perierit, penes eum remaneat, cui donavit.

§. 2. Donatio mortis cauſa, ceſſante valetudine, & ſecuta ſanitate, & pœnitentia etiam revocatur: morte enim tantummodo convaleſcit.

TITULUS VIII.

Ad Legem Falcidiam.

§. 1. [4] Exhauſta legatis, [5] aut fideicommiſſis, vel mortis cauſa donationibus hereditate, auxilio Falcidiæ inſtitutus heres quadrantem retinere poteſt.

§. 2. Quoties de modo quartæ retinendæ quæritur, propter periculum plus petendi, [6] officio Judicis omnibus æſtimatis, quarta facienda eſt, quæ apud heredem remaneat: aut

1. *Jumentis legatis*] Hinc emendanda eſt *lex* 81. §. 2. *de legat.* 3. ubi Modeſtinus ait: *Pecudibus legatis & boves & cætera jumenta continentur*, ibique τὸ cætera delendum, vel pro *jumenta* ſubſtituendum *armenta*, ut ex profeſſo oſtendi in *Diatr. de reb. manc. ſect.* 69. *ſeq.* MEERMAN.

2. *Lana legata*] Proinde Fabro aſſentior. CUJAC. Quem minime nominat, ſed tanquam ſuam iſtam emendationem profert Hotmanus extremo *cap.* 30. *lib.* 3. *obſervat.* per Epiſcopium impreſſum Baſileæ anno 1574. Quâ de re, aliiſque ſimilibus conqueſtus ſum haud leviter *lib.* 3. *ſemeſtr. cap. penult.* V. C.

3. *Sibi reſtituatur*] Quod igitur dedit tradiditve, cum donat. V. C.

4. *Exhauſta legatis*] Per legem Falcidiam delibari poteſt hereditas. CUJAC. Legatis, fideicommiſſis, aut donationibus cauſa mortis. PET. FAB.

5. *Aut fideicommiſſis*] Vid. Athan. Oteiza & Olano *lib.* 4. *Paralip. & Elect. Jur. Civ. cap.* 7. § 35.

6. *Officio Judicis omnibus æſtimatis*] Putem ſcriptum a Paulo *exitibus*, niſi quod τὸ *omnibus* ad legata, & fideicommiſſa, quæ ſimul contributa Falcidiam admittunt, referri poteſt; ſane in l. 1. §. *ſed cauſa cognita ff. ſi cui plus quam per legem Falcid.* Falcidiam locum habere,

aut certe exigenda cautio a legatario, ut, quod plus dodrante percepit, reſtituat.

§. 3. Ea, quæ mater vivo filio donavit, in quartam non imputantur.

Æris alieni loco deducuntur non ſolum pretia eorum, quibus libertas data eſt, & eorum, qui ſupplicio ſunt affecti: ſed & ejus, quem Prætor propter indicium proditæ mortis, vel detectæ eorum conjurationis, libertate donavit: Lex eſt 39 ff. h. tit.

§. 4. Ex mora præſtandorum fideicommiſſorum, [2] vel legatorum fructus, & uſuræ peti poſſunt. Mora autem fieri videtur, cum poſtulanti non datur.

TITULUS

Ut in poſſeſſionem legatorum, vel fideicommiſſorum ſervandorum cauſa eſſe liceat.

§. 1. *Si nullæ ſint res hereditariæ, in quas legatarii, vel fideicommiſſarii mittantur, in rem quidem heredis mitti non poſſunt: ſed per Prætorem denegatas heredi actiones ipſi perſequantur.* Lex eſt 10. ff. hoc titul.

& legatorum modum facit, & æris alieni onus. Habitâ porro æris alieni ratione, Falcidiam iniri traditur *d. l. 1. §. hæc verba*, verſic. *cum enim.* Cæterum pro modo æſtimationis ex omnibus legatis ſtatim ratio legis Falcidiæ habetur. *l. 3. §. ſi in plures eod.* V. C.

1. *Aut certe exigenda cautio a legatario*] Quaſi dicat, ſi heres ſine Judice ſolvere paratus ſit, proſpiciet ſibi per hanc ſtipulationem, ut Paulus idem ait *l. 1. §. interdum D. h. t.* V. C.

2. *Vel legatorum fructus*] Ut ecce, equis per fideicommiſſum legatis poſt moram heredis fœtus quoque debentur. *l. equis ff. de uſuris.* V. C.

JULII PAULI, SENTENTIARUM RECEPTARUM AD FILIUM, LIBER QUARTUS.

TITULUS I.

De Fideicommiſſis.

§. 1. AB uxore, cui vir dotem prælegavit, fideicommiſſum relinqui non poteſt: quia non ex lucrativa cauſa teſtamento aliquid capit, ſed proprium recipere videtur.

§. 2. [1] A poſtumo herede inſtituto fideicommiſſum dari poteſt.

§. 3. Ab Imperatore herede inſtituto legatum, & fideicommiſſum peti poteſt.

§. 4. A ſurdo, vel muto, ſive legatum acceperit, ſive heres inſtitutus ſit, vel ab inteſtato ſucceſſerit, fideicommiſſum relinquitur.

A patre, vel domino relictum fideicommiſſum, ſi hereditas ei non quæratur, ab emancipato filio, vel ſervo manumiſſo utilibus actionibus poſtulatur: penes eos enim quæſitæ hereditatis emolumentum remanet. Lex eſt 4. ff. de legat. & fideicommiſſis lib. 3.

§. 5. Qui fideicommiſſum relinquit, etiam cum eo, cui relinquit, loqui poteſt: velut, *peto, Cai Sei, contentus ſis illa re*: aut, *volo tibi illud præſtari.*

§ 6. Fideicommittere his verbis poſſumus, *rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, injungo. Deſidero* quoque, & [2] *impero* verba utile faciunt fideicommiſſum. *Relinquo* vero, & *commendo*, nullam fideicommiſſi pariunt actionem.

§. 7. Tam noſtras res, quam alienas per fideicommiſſum relinquere poſſumus: ſed noſtræ ſtatim; alienæ autem æſtimatæ, aut redemptæ præſtantur.

§. 8. Si alienam rem tamquam ſuam teſtator per fideicommiſſum reliquerit, non relicturus, ſi alienam ſciſſet, ut ſolet legatum, ita inutile erit fideicommiſſum.

§. 9. Teſtator ſupervivens, ſi eam rem, quam

1. *A poſtumo herede inſtituto*] Licet alienus ſit poſtumus fideicommiſſum relinqui poteſt. CUJAC. An & legatum? ſunt quidem legata exæquata fideicommiſſis l. 1. *ff. de leg.* Itaque nec fideicommiſſa, nec legata incertis perſonis olim relinqui conceſſum erat, ut Juſtinian. tradit §. *incertis Inſtit.* & Ulp. in § *pæne conſa de fideicomm.* in *fragm. inſtit.* niſi ſub certa demonſtratione. §. *ſub certa Inſtit. de legat.* Porro idem Imperator in §. *Poſthumo eod. tit. poſthumo alieno inutiliter*, inquit, *antea legabatur*: ſed ſi inutiliter ei legabatur, quomodo non inutiliter ei hereditas dabatur, cum inſtitutio ſi non majorem, quam legatum, æqualem certe deſiderat ſolemnitatem. Atqui Poſthumus alienus heres inſtitui & ante poterat, & nunc poteſt, niſi eſſet in ejus utero, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt; quod ſcilicet ex Jure Prætorio explicandum: Cujac. putat illam priorem ſententiam de civili, & ſolemni jure accipi debere, & ſane legata non tuetur Prætor ut fideicommiſſa, vel Inſtitutiones, quæ quamvis Jure Civili non valerent, honorario tamen jure alienus poſthumus heres inſtitutus bonorum poſſeſſor efficiebatur teſte Juſtinian. in *princ. tit. de bonor. poſſeſſ.* Ubi addit, ex ſua conſtitutione *hodie recte heredem inſtitui quaſi de Jure Civili non incognitum.* Si inſtitui hodie, ita ut adire poſſit, Jure Civili tanquam eo jure non incognitum; ergo ex eo Jure potius Juſtinianeo, quam ex antiquo exponendum eſt, ne alioqui falſum ſit, quod traditur de legato in *l.* 7. *juncta l.* 6. *in fine ff. de reb. dub.* Ubi labor equidem, ut exiſtimem illa (*ſuo, vel alieno*) quorum verborum nulla in ſequentibus mentio, aut a Triboniano in eum locum ex mente Juſtiniani, qui & legata fideicommiſſis ipſe exæquavit *l. ult. C. communia de legat*, injecta, qualia in Pandectis non pauca ſunt, ut in *l.* 1. *in fin. ff. de uſu, & uſufr. leg.* aut forte a Gloſſatore aliquo ad marginem aut interlinearis notæ modo adjecta, deinde in contextum irrepſiſſe, cum Cajus *l.* 6. & 8. Itemque Mæcianus in *l.* 7. de Poſthumo ſimpliciter agerent, cui cum altero jam nato fideicommiſſum legatumve, aut hereditas data eſſet: quod erat de ſuo accipiendum, ſcilicet quantum ad legatum quidem ſpectabat, ut ante diximus, & ita ſentio. PET. FAB.

2. *Impero*] In Editione Sichardi legitur *impetro*, quam lectionem defendere conatur Marc. Lycklama *lib.* VII. *Membran. Eclog.* 48. MERMAN.

Lego *impero* cum Alciato. CUJAC. Pro hoc autem loco, ut ſit verbum precarium *impero*, facit quod *Imperatoris* verbum pro invocatore, ac rogatore ægro accipitur a Seneca *cap.* 16. *lib* 6. *de benefic.* V. C.

Namque jubeo precarium eſt. CUJAC. Juſtinianus tamen id eſſe directum ait *l.* 2. *C. comm. de legat.* Atqui *Jubere* precatum eſſe, non itidem *Imperare* colligas ex Procopio Gazæo Sophiſta in *cap.* 9. *Geneſeos fol.* 105. Ubi de Noacho. *Etiam hoc laudi dandum eſt, quod maluit Deum audire Imperantem, quam Jubentem. Imperant enim Domini, Jubent Amici. In Deo ſuperat Imperium, quamvis & alterum quoque a Deo frequentetur.* PET. FAB.

Digitized by Google

quam reliquerat, [1] vendiderit, extinguitur fideicommiſſum.

§. 10. Codicillis, qui teſtamento confirmati non ſunt, adſcriptum fideicommiſſum jure debetur.

§. 11. [2] Filio quibuſcumque verbis a patre fideicommiſſum relictum, jure debetur: ſufficit enim [3] inter conjunctas perſonas quibuſcumque verbis, [4] ut in donatione, voluntas expreſſa. Et ideo etiam pridie, quam moriatur, recte relictum videtur.

§. 12. In tempus emancipationis, vel cum ſui juris erit, fideicommiſſum relictum, quocumque modo patria poteſtate liberato debetur.

§. 13. [5] Rogati invicem ſibi, ſi ſine liberis deceſſerint, hereditatem reſtituere, altero decedente ſine liberis, hereditas ad eum pervenit, qui ſupervixit: nec ex eo paciſci contra voluntatem teſtatoris poſſunt.

§. 14. Heres ante aditam hereditatem, legatarius antequam legatum accipiat, [6] fideicommiſſum præſtare [7] non poſſunt.

§. 15. [8] Rem fideicommiſſam ſi heres vendiderit, eamque ſciens comparaverit, nihilominus in poſſeſſionem ejus fideicommiſſarius mitti jure deſiderat.

§. 16. Quoties libertis fideicommiſſum relinquitur, ad eos tantummodo placuit pertinere, qui manumiſſi ſunt, vel qui in eodem teſtamento libertatem intra numerum legitimum conſecuti ſunt.

§. 17. Cui ab herede fideicommiſſum non præſtatur, non ſolum in res hereditarias, ſed in proprias heredis inducitur.

§. 18. Jus omne fideicommiſſi non in vindicatione, ſed in petitione conſiſtit.

Nutu etiam relinquitur fideicommiſſum: dummodo is nutu relinquat; qui & loqui poteſt; niſi ſuperveniens morbus ei impedimento ſit.

Fideicommiſſum relictum, & apud eum, cui relictum eſt, ex cauſa lucrativa inventum, extingui placuit, niſi defunctus æſtimationem quoque ejus præſtari voluit.

Columnis ædium, vel tignis per fideicommiſſum relictis; ea tantummodo Ampliſſimus ordo præſtari voluit, nulla æſtimationis facta mentione, quæ ſine domus injuria auferri poſſunt. Lex eſt 21. ff. de legat. & fideicommiſſ. lib. 3.

TITULUS II.

De SCto Trebelliano.

§. 1. SCto Trebelliano proſpectum eſt, ne ſolus heres omnibus hereditariis actionibus oneretur: & ideo quoties hereditas ex cauſa fideicommiſſi reſtituitur, actiones ejus in fideicommiſſarium transferuntur; quia unicuique damnoſam eſſe fidem ſuam non oportet.

TITULUS III.

De SCto Pegaſiano.

§. 1. Inter heredem, & fideicommiſſarium; cui ex Pegaſiano hereditas reſtituitur, partis, & pro parte ſtipulatio interponitur: ut heredi inſtituto pro quarta actiones, pro cæteris vero portionibus fideicommiſſario competant.

§. 2. [9] Totam hereditatem reſtituere rogatus, ſi quartam retinere nolit, magis eſt, ut eam ex Trebelliano debeat reſtituere: tunc enim omnes actiones in fideicommiſſarium dantur.

§. 3. [10] Lex Falcidia, itemque SCtum Pegaſianum deducto omni ære alieno, [11] Deorumque donis, quartam reſiduæ hereditatis ad heredem voluit pertinere.

§. 4. Qui totam hereditatem reſtituit, cum quartam retinere ex Pegaſiano debuiſſet, repetere eam non poteſt: nec enim indebitum ſol-

1. *Vendiderit*] Secus ſi legatum pignori, aut fiduciæ obligaverit, ut *ſupra tit. de legat. §. rem legatam.* item ſecus, ſi neceſſitate urgente alienaverit. *l. fideicomm. §. ſi rem ſuam ff. de leg.* 3. V. C.

2. *Filio quibuscumque verbis*] Idem in nepote. *l. fideicomm. § hæc verba ff. de leg.* 3. V. C.

3. *Inter conjunctas perſonas*] Has ſcilicet, non item omnes, niſi eas forcaſſe, quæ ſunt ex parentum, aut liberorum nomero. PET. FAB. V. C.

4. *Ut in donatione*] Inde Conſtantinus Imperat. A. ad Baſſum P. U. *Juxta D. Pii conſultiſſimi Principis inſtituta valuiſſe donationes placet inter liberos, & parentes in quocumque ſolo, & cujuslibet rei liberalitas probabitur extitiſſe, licet neque mancipatio dicatur, neque traditio ſubſecuta, ſed nuda tantum voluntas claruerit, quæ non dubium conſilium teneat, nec incertum, ſed judicium animi tale proferat, ut nulla voluntatis quæſtio poſſit irrepere. l. 4. C. Theod. de donat.* & conjunctorum perſonarum nomine parentes tantum, ac liberos intelligi docet Cujac. *cap.* 2. *lib.* 20. *obſervat.* PET. FAB.

5. *Rogati invicem*] Vid. ad hunc §. Cl. Chiffletius *lib.* 2. *de Jure Fideic. cap.* 16. ac Jo. Puga & Feyoo *Tract. Acad.* 16. *de pacto liberatorio cap.* 2. §. 10.

6. *Fideicommiſſum præſtare*] Puto hic addendum cogi: nam quin volentibus liceat, nemo eſt qui dubitet. V. C.

7. *Non poſſunt*] Pro *non debent.* V. C.

8. *Rem fideicommiſſam*] Emptori autem malæ fidei adverſus heredem. CUJAC. Ex hoc, quod ais, apparet, te iſto loco ita ſpeciem effingere, ut alius ſit fideicommiſſarius, alius emptor. Ipſe arbitror fideicommiſſario ſcienti rem ab herede venditam, & hoc ſentire Paulum, non idcirco fideicommiſſum repudiatum, aut omiſſum videri, quod rem ita relictam fideicommiſſarius comparaverit; ergo in nondum traditæ rei poſſeſſionem ex fideicommiſſi cauſa mitti emptor, idemque fideicommiſſarius jure deſiderat. Quid ſi res ei jam tradita fuerit? Si quidem ignoranti de fideicommiſſo, adhuc forſitan idem dicemus. Sed ſi ſcienti: magis eſt, ut miſſionem deneget Prætor, præſertim ei qui rem habet, ſed ad pretium recuperandum actionem ex empto non deneget. PET. FAB. V. C.

9. *Totam hereditatem reſtituere rogatus*] Vid. ad hunc §. Athan. Otciza & Olano *lib.* 4. *Paralip. Jur. Civ. cap.* 3. *num.* 16. *ſeqq.*

10. *Lex Falcidia*] In Deorum donis non valet. CUJAC. At cur non valet? niſi quia locupletior non fit is cui ſic donatum eſt, ut Deo conſecraret. *d. l. ſi ſponſus §. hoc autem ex eo.* Itaque non movet hoc argumentum, & malo exiſtimare, quod Paulo hic tribuitur, eſſe Aniani ex mente poſteriorum Imperatorum contra veram Juriſprudentiam. PET. FAB.

11. *Deorumque donis*] De hoc loco late agit Pet. Ant. de Chavarri & Eguia in *Didaſcalia Juriſprudentiæ tom.* 2. *cap.* 1. §. 23. *ſeqq.* ubi primum refert diſtinctionem Præceptoris ſui Ferd. de Vargas & Varela, inter legata Diis relicta, & dona Deorum, quam tamen ipſe non ſequitur, verum hunc §. (ne cum *l.* 1. §. 5. *ff. ad leg. Falc.* pugnet) veſtigiis inhærens Edit. Sichardi ſic emendat. *Lex Falcidia, itemque SCtum Pegaſianum deducto omni ære alieno de ſubſtantia* (vel de *ſumma*, aut *de quantitate*) *eorum, quæ Dantes, quartam reſiduæ hereditatis ad heredem voluit pertinere.*

ſolviſſe videtur, qui [1] plenam fidem defuncto [2] præſtare maluit.

TITULUS IV.

De Repudianda Hereditate.

§ 1. Recuſari hereditas non tantum verbis, ſed etiam re poteſt, & alio quovis indicio voluntatis.

§ 2. Heres per Magiſtratus municipales ex auctoritate Præſidis, fideicommiſſario poſtulante, hereditatem adire, & reſtituere compellitur.

§ 3. Fideicommiſſarius ſi affirmet, heredem nolle adire hereditatem, abſente eo interponi decretum, & in poſſeſſionem mitti jure deſiderat.

§ 4. Suſpectam hereditatem [3] adire compulſus omnia ex Trebelliano reſtituit.

TITULUS V.

De Inofficioſi Querela.

§ 1. Inofficioſum dicitur teſtamentum, [4] quod fruſtra, liberis exheredatis, non ex officio pietatis videtur eſſe conſcriptum.

§ 2. Poſt factum a matre teſtamentum filius procreatus, non mutata ab ea, cum poſſet, voluntate, [5] ad exemplum præteriti, inofficioſi querelam recte inſtituit.

§ 3. Teſtamentum, in quo Imperator ſcriptus eſt heres, inofficioſum argui poteſt: eum enim, qui leges facit, [6] pari majeſtate legibus obtemperare convenit.

§ 4. Qui inofficioſum dicere poteſt, [7] hereditatem petere non prohibetur.

§ 5. Filius ex aſſe heres [8] inſtitutus inofficioſum dicere non poteſt: nec intereſt, exhauſta, necne ſit hereditas; cum apud eum quarta aut legis Falcidiæ, aut SCti Pegaſiani beneficio ſit remanſura.

§ 6. Quartæ portionis portio liberis deducto ære alieno, & funeris impenſa præſtanda eſt, ut ab inofficioſi querela excludantur. Libertates quoque [9] eam portionem minuere placet.

§ 7. Filius in judicio patris ſi minus quarta portione conſecutus ſit, ut quarta [10] ſibi a coheredibus fratribus citra inofficioſi querelam impleatur, jure deſiderat.

§ 8. Pacto talis, ne de inofficioſo teſtamento dicatur, [11] querelam ſuper judicio futuram non excludit: meritis enim liberos, [12] quam pactionibus adſtringi placuit.

§ 9. Rogatus hereditatem reſtituere, etſi inofficioſi querelam inſtituerit, fideicommiſſo non fit injuria: quartam enim ſolummodo hereditatis amittit, quam beneficio SCti habere potuiſſet.

§ 10. Heres inſtitutus habens ſubſtitutum, ſi de inofficioſo dixerit, nec obtinuerit, non id ad fiſcum, ſed ad ſubſtitutum pertinebit.

TITULUS VI

[13] *De Vicesima.*

§ 1. [14] Tabulæ teſtamenti aperiuntur hoc modo, ut teſtes, vel maxima pars eorum adhibeatur, qui ſignaverint teſtamentum: ita ut agnitis ſignis, rupto lino, aperiatur, [15] & recitetur: atque ita deſcribendi exempli fiat poteſtas; ac deinde ſigno publico obſignatum in archium redigatur: ut ſi quando exemplum ejus intercideri, ſit unde peti poſſit.

§ 2. Teſtamenta in municipiis, coloniis, oppidis, præfectura, vico, caſtello, concilia-

bulo

1. *Plenam fidem*] Vid. ad hæc verba Petr. Burgius in *Elect. Jur. cap.* 14.

2. *Præſtare maluit*] Huc addatur, quod fortaſſe potius eſt, ac verius, eum, qui ſciens indebitum ſolvit, ideo non repetere, quia donaſſe videatur, nec enim negari poteſt re vera, & non modo natura, ſed & civili jure indebitum fuiſſe, quod per retentionem ex Pegaſiano SCto retinere heres potuit. V. C.

3. *Adire compulſus omnia*] Id eſt, perinde quartam non deducit, atque ſi ex Trebelliano ſponte reſtitueret, cum tamen coactus ex Pegaſiano reſtituat. Pet. Fab.

4. *Quod fruſtra, liberis exheredatis*] Sic Iſidor. *lib.* 5. *Etymol. cap.* 24. ut notavi ad *rubricam D.* Pet. Fab.

5. *Ad exemplum præteriti*] Hoc eſt, perinde, atque ſi in faciendo teſtamento jam natus fuiſſet a matre præteritus, qui pro exheredato eſt. Pet. Fab.

6. *Pari majeſtate legibus obtemperare convenit*] Vetus & Laconicum dictum eſt, τ ἄρχειν ἀρχεῖν ... τ νόμων ἄρχειν. Vide apud Plutarch. in *Apophthegmatis laconicis pag.* 155. ubi ſcripſi. Pet. Fab.

7. *Hereditatem petere non prohibetur*] An ab herede inſtituto, an ab alio quovis poſſeſſore? quod magis placet. *l. qui de inoff.* §. *ult. ff. eod.* V. C.

8. *Inſtitutus inofficioſum dicere non poteſt*] Sive patris ſive matris teſtamentum. Ac de materno quidem id Plinius de Severo tradit *epiſt.* 1. *lib.* 5. *pag.* 122. *Si mater, inquam, te ex parte quarta ſcripſiſſet heredem, num queri poſſes? Quid ſi heredem quidem inſtituiſſet ex aſſe, ſed legatis ita exhauſiſſet, ut non amplius apud te quam quarta remaneret? Igitur ſufficere tibi debet.* &c. V. C.

9. *Eam portionem minuere placet*] Imo & omnino tollere. *l. Pap.* §. *cum igitur ff. de inoff. teſt.* ſed alia ratione ſuccurritur filio, ut ab inteſtato citra Edicti pœnam habeat hereditatem, aut ad ſubſtitutum tranſmiſſa hereditate adverſus eum querelam inofficioſi inſtituat. Pet. Fab.

10. *Sibi a coheredibus fratribus*] Bene dixit *fratribus*, nam ſi extranei adjecti ſint coheredes filiofamilias ex minima parte, puta ex duodecima, heredi inſtituto, qui beneficio fratris emancipati præteriti bonor. poſſeſſionem contra tab. petentis dimidiam partem bonorum paternorum occupat, is filiusfamilias abeque fratre emancipato, ſi nemo ſit qui petat contra tabulas, duodecimam dumtaxat partem habiturus eſt, eaque contentus eſſe debet. *l. non putavit* §. *non eſt novum ff. de contra tab.* Pet. Fab.

11. *Querelam ſuper judicio futuram*] Paterno ſcilicet in teſtamento. Pet. Fab.

12. *Quam pactionibus*] Id eſt *magis quam pactionibus.* Vid. Andr. Schottus *lib.* v. *Obſerv. Human. cap.* 34.

13. *De vicesima*] Nec inopibus irrogata eſt. Cujac. Hoc ex l. Julia non eſt, quidquid Dio dixerit *pag.* 385. Certe Trajano tribuitur a Plinio in *Panegyrico pag.* 333. V. C.

Et ita edicto quoque D. Alexander de vicesima ſimul & aperiendis tab. conſtituit. Cujac. Vide ſupra *lib.* 3. *tit.* 5. *de S. C. Sillaniano* §. *penult.* V. C.

14. *Tabulæ teſtamenti*] Publicantur autem, & referantur in urbe apud magiſtrum cenſus. Cujac. Vel apud Quæſtorem ex *Nov.* Leonis Philoſophi. Videto in *Novella Conſtit.* 44. Leonis. Pet. Fab.

15. *Et recitetur*] B. Auguſt. in *Enarrat. in Pſalm.* 21. *fol.* 46. *col.* 2. *tamdiu contenditur de hereditate mortuorum, quamdiu teſtamentum proferatur in publicum, & cum teſtamentum prolatum fuerit in publicum, tacent omnes ut tabulæ aperiantur, & recitentur. Judex intentus audit, advocati ſilent, præcones ſilentium faciunt, univerſus Populus ſuſpenſus eſt, ut legantur verba mortui non ſentientis in monumento. Ille ſine ſenſu jacet in monumento, & valent verba ipſius: Sedet Chriſtus in cœlo, & contradicitur teſtamento ejus?* Adde huc locum Cujac. *ad ſenteut.* 2. *hujus tit.* V. C.

bulo facta, in foro, vel baſilica, [1] præſentibus teſtibus, vel honeſtis viris, inter horam ſecundam & decimam diei recitari debebunt: exemploque ſublato, ab iiſdem rurſus magiſtratibus obſignari, quorum præſentia conſtat aperta.

§. 3. [2] Teſtamentum lex ſtatim poſt mortem teſtatoris aperiri voluit: & ideo quamvis ſit reſcriptis variatum, tamen a præſentibus intra triduum, vel quinque dies aperiendæ ſunt tabulæ. Ab abſentibus quoque intra eos dies, cum ſupervenerint: nec enim oportet teſtamentum heredibus, aut legatariis, aut libertatibus, quam neceſſario vectigali moram fieri.

TITULUS VII.

De Lege Cornelia.

§. 1. Qui teſtamentum falſum ſcripſerit, recitaverit, ſubjecerit, ſignaverit, ſuppreſſerit, amoverit, reſignaverit, deleverit, pœna legis Corneliæ de falſis tenebitur, id eſt, in inſulam deportatur.

§. 2. Non tantum is, qui teſtamentum ſubjecit, ſuppreſſit, delevit, pœna legis Corneliæ coërcetur; ſed & is, qui ſciens dolo malo id fieri juſſit, faciendumve curavit.

§. 3. Teſtamentum ſupprimit, qui ſciens prudensque tabulas teſtamenti in fraudem heredum, vel legatariorum, fideicommiſſariorum, aut libertatum non profert.

§. 4. Supprimere tabulas videtur, qui cum habeat, & proferre poſſit, eas proferre non curat.

§. 5. Codicilli quoque ſi lateant, nec proferantur, ſupprimi videbuntur.

§ 6. [3] Edicto perpetuo cavetur, ut ſi tabulæ teſtamenti non appareant, de earum exhibitione interdicto reddito intra annum agi poſſit, quo ad exhibendum compellitur qui ſupprimit. Tabularum autem appellatione chartæ quoque & membranæ continentur.

TITULUS VIII.

De Inteſtatorum Succeſſione.

* §. 1. Inteſtati dicuntur, qui teſtamentum facere non poſſunt: vel ipſi linum, ut inteſtati decederent, abruperunt: vel hi, quorum hereditas repudiata eſt, cujusve conditio defecerit.

* §. 2. Sine jure Prætorio factum teſtamentum abjecta doli exſpectatione obtinebit. Eorum quorum teſtamenta rumpuntur, aut irrita fiunt, ipſo quidem juré teſtamenti decedunt.

* § 3. Inteſtatorum hereditas defertur lege XII. tabularum primum ſuis heredibus, deinde adgnatis, & aliquando quoque gentilibus deferebatur. Sane conſanguineis lex non adprehenderat; interpretatione Prudentium primum inter adgnatos locum acceperunt.

* §. 4. Sui heredes ſunt hi: primo loco filius, filia, in poteſtate patris conſtituti: nec intereſt, adoptivi ſint, an naturales, & ſecundum legem Juliam Papiamve quæſiti, modo maneant in poteſtate.

* §. 5. Qui ſui heredes ſunt, ipſo jure heredes etiam ignorantes conſtituuntur, ut furioſi, aut infantes, & peregrinantes; quibus jus bonorum poſſeſſionis propter Prætoriam actionem non erat neceſſarium.

* § 6. In ſuis heredibus adeo ad mortem teſtatoris rerum hereditariarum dominium continuatur, ut nec tutoris auctoritas pupillo, nec furioſis curator ſit neceſſarius, niſi forte ſolvenda ſit hereditas: quamvis etiam furioſus, ſi reſipuerit, & pupillus, ſi adoleverit, abſtinere poſſint.

* § 7. Poſt mortem patris natus, vel ab hoſtibus reverſus, [4] aut ex primo ſecundove mancipio manumiſſus, cujusve erroris cauſa probata, licet non fuerint in poteſtate, ſui tamen patri heredes efficiuntur.

* §. 8. Poſt filios, filias, ad inteſtatorum ſucceſſionem inter ſuos veniunt nepotes, neptes, pronepotes, proneptes, ac deinde maſculino ſexu poſt filium deſcendentes, ſi nullus parentum impedimento ipſis in avi poteſtate, vel proavi familia remanſerit: parentes enim liberis ſuis, cum quibus in poteſtate fuerunt ipſi, ordine ſucceſſionis obſiſtunt.

* § 9. Filii ſi cum nepotibus ex alio filio ſuſceptis in familia retinentur, ab inteſtato ad patris ſucceſſionem cum fratris filiis vocantur: quibus in patris ſui partem venientibus, hereditas in ſtirpes, non in capita dividitur, ita ut filius, & plures nepotes ſingulos ſemiſſes habeant. Idque evenit, ſi ab eo ex duobus filiis impari numero nepotes ſucceſſerint.

* §. 10 Ex filia nepotes ſui heredes non ſunt: in avi enim materni poteſtate alienam familiam ſequentes ipſa ratione eſſe non poſſunt.

* §. 11. Eo tempore ſuus heres conſtituendus eſt, quo certum eſt, aliquem inteſtatum deceſſiſſe: quod ex eventu deficientis conditionis, & ortu nepotis, qui vivo avo poſt mortem patris natus, iniri poteſt.

* §. 12. Quem filius emancipatus ſuſcepit, vel adoptavit, ſui heredis locum in avi ſucceſſione, ſicut ipſe pater, obtinere non poteſt. Adoptivus tamen nec quaſi cognatus bonorum poſſeſſionem ejus potiri poteſt.

* § 13.

1. *Præſentibus teſtibus*] Qui ſcribendo teſtamento adfuerunt, ſcilicet. V. C.

2. *Teſtamentum*] An hic legendum ſit *teſtamento*, vid. Franc. Ramos *lib.* 1. *ad legg. Jul. & Pap. cap.* 25. §. 1.

3. *Edicto perpetuo*] Si quidem in ea *l.* pro *venditor* mihi perſuadeo legendum eſſe *debitor*. CUJAC. ſolent hæc verba inter ſe commutari. ſic in *l.* 43. *de pact.* ubi Florentiæ legitur *debitor*, vulgata exemplaria melius *venditor* habent. Cæterum quæ hic emendatio ad *l. ſi quis dolo* § 1. *de re judicata* proponitur, ea confirmatur ab ipſo Cujacio *cap.* 23. *lib.* 12. *obſervat.* V. C.

4. *Aut ex primo ſecundove mancipio*] JCtus h. l. *mancipii* vocabulum pro *mancipatione* adhibet; nam C us in *Collat. Legg. Moſ. & Rom. tit.* 16. §. 2 & Ulpianus in *fragm. tit.* 23. §. 3. ſcribunt, *ex prima* [illegible] *undeve mancipatione manumiſſus*: eodemque ſenſu mancipium occurrit in notiſſima lege Dec[illegible] *quum nexum faciet, mancipiumque* &c. ap. Feſtum in v. *Nuncupata.* alias *mancipium* dominium Quiritarium ſigni[illegible]. Senec *lib.* 5. *de Benef. cap.* 19. ſæpiſſime vero in jure noſtro pro ſervo adhibetur, & quod ſingulare eſt, ab Ulpiano *tit.* 11. §. 27 pro quavis re mancipi. Add. *Diatr. noſtr. de reb. manc. ſectio.* & 197. MEERMAN.

* §. 13. Si ſui heredes non ſunt, ad adgnatos legitima hereditas pertinebit, inter quos primum locum conſanguinei obtinent. Adgnati autem ſunt cognati virilis ſexus per virilem deſcendentes: ſicut filius fratris, & patruus, & deinceps tota ſucceſſio.

§. 14. Inter adgnatos, & cognatos hoc intereſt, quod in adgnatis etiam cognati continentur: inter cognatos vero adgnati non comprehenduntur. Et ideo patruus & adgnatus eſt, & cognatus, avunculus autem cognatus tantummodo.

* §. 15. Conſanguinei ſunt eodem patre nati, licet diverſis matribus, qui in poteſtate fuerunt mortis tempore. Adoptivus quoque frater, ſi non ſit emancipatus, & hi, qui poſt mortem patris nati ſunt, vel cauſam probaverunt.

* §. 16. Soror jure conſanguinitatis tam ad fratris, quam ad ſororis hereditatem admittitur.

* §. 17. Conſanguineis non exiſtentibus, adgnatis defertur hereditas, pro ut quis alterum gradu præceſſerit. Quod ſi plures eodem gradu conſiſtunt, ſimul admittuntur.

§. 18. Si ſint fratres defuncti, & fratris filii, vel nepotes, fratre non exiſtente, filius fratris nepoti præfertur.

* §. 19. Sed ſi duorum fratrum ſint liberi, non in ſtirpes, ſed in capita hereditas diſtribuitur: ſcilicet, ut pro numero ſingulorum viritim diſtribuatur hereditas.

* §. 20. Filius fratris inteſtati filio ſororis præfertur.

* §. 21. Legitimi heredes jure civili intra centeſimum diem niſi adierint hereditatem, ad proximos ea ſucceſſio transfertur.

§. 22. Fœminæ ad hereditates legitimas [1] ultra conſanguineas ſucceſſiones non admittuntur: idque jure civili [2] Voconiana ratione videtur effectum. Cæterum lex XII. Tabul. nulla [3] diſcretione ſexus [4] cognatos admittit.

§. 23. In hereditate legitima ſucceſſioni locus non eſt. Et ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non poteſt: quia omnis ſucceſſio proximiori defertur.

§. 24. Ab hoſtibus captus neque ſui, neque legitimi heredis jus amittit poſtliminio reverſus. Quod & citra eos, qui in inſulam deportantur, vel ſervi pœnæ effecti ſunt, placuit obſervari, ſi per omnia in integrum indulgentia Principali reſtituantur.

§. 25. Pro herede gerere eſt deſtinatione futuri dominii aliquid ex hereditariis rebus uſurpare. Et ideo pro herede gerere videtur, qui fundorum hereditariorum culturas rationesque diſponit, & qui ſervis hereditariis, jumentis, rebusve aliis utitur.

§. 26. Ex pluribus heredibus, iisdemque legitimis, ſi qui omiſerint hereditatem, vel in adeundo aliqua ratione fuerint impediti, his, qui adierunt, vel eorum heredibus omittentium portiones adcreſcunt. [5] Quod in herede inſtituto eum, qui acceperat ſubſtitutum, evenire non poterit: diverſa enim cauſa eſt ſcripti, & legitimi.

TITULUS IX.

Ad SCtum Tertullianum.

§. 1 Matres tam ingenuæ, quam libertinæ, cives Romanæ, ut jus liberorum conſecutæ videantur, ter & quater peperiſſe ſufficiet, dummodo vivos, & pleni temporis pariant.

§. 2. [6] Quæ ſemel uno partu tres filios edidit, jus liberorum non conſequitur: non enim ter peperiſſe, ſed ſemel partum fudiſſe videtur: niſi forte per intervalla pariat.

§. 3. Mulier, ſi monſtroſum aliquid, aut prodigioſum enixa ſit, nihil proficit: non ſunt enim liberi, qui contra formam humani generis converſo more procreantur.

§. 4. Partum, qui membrorum humanorum officia ampliavit, quia hac ratione aliquanus videtur effectus, matri prodeſſe placuit.

§. 5. [7] Septimo menſe natus matri prodeſt: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admit-

1. *Ultra conſanguineas ſucceſſiones*] Supereſt iſtud verbi *ſucceſſiones*, quod in contextum irrepſit e gloſſa verbi *hereditates* jam ante poſiti. Alibi legitur *ſorores*, ut & apud Juſtinianum *l. lege C. de legit. hered.* & *§. cæterum inſtit. de legit. adgnat. ſucceſſ.* quod & Auguſtinus probat in Voconia, quod Ferronus minime vidit in *comment. in conſuet. Burdig. tit. 5. de teſtam.* V. C.

Add. Fabrot. in *not. prior. ad Theophil. §. 3. inſt. de legit. agn. ſucceſſ.*

2. *Voconiana ratione*] Emendo *Voconiana rogatione*. Cujac. Balduinus legit *Voconiana ratione*, quod non improbo, ut non tam id lege ipſa, quam exemplo legis Voconiæ & propter ipſius legis rationem inductum fuerit. Putat enim Voconiam legem fuiſſe teſtamentariam. Cæterum *Voconia rogatione*, id eſt, lege; ſic enim a M. Tullio, ſic a noſtro Juſtiniano appellatur. Sic idem Cicero in *Bruto rogationem Mamiliam* vocat, quam & *leg... Mamiliam* pleriſque in locis nominat. Porrò lege Voconia mulieres vetabantur hereditates alienas cernere ultra 25. millia ſeſtertium nummorum authore Dione *lib. 56.* cujus verba adſcripſi ad *rubricam C. de infirm. pœn. cælib.* Ubi ſine deſtinatione teſtamentaria, vel inteſtato ſucceſſionis loquitur. Fuit tamen illud alterum caput legis, ut opinor, ab eo, quod hoc lo... proponitur. Cujus tam ex iſto Pauli, quam ex lo... *l.* ...3 *inſtit.* mentionem factam reperias in *Fragm. Pithœanis tit. 16. de legit. ſucceſſ. fol. 48 & fol. 5...* V. C.

3. *Diſcretione*] Vid. Paſit. *dict. lib. 3. cap. 11. §. 1.*

4. *Cognatos admittit*] *Agnatos* malim. Nam cognatos Edictum Prætoris dumtaxat non lex XII Tab. vocat, quæ de agnatis dumtaxat locuta ſemper, & ita *Inſtit. §. & hæc quidem de legit. agnat. ſucceſſ.* V. C.

5. *Quod in herede inſtituto eum*] Puto, vocem *eum* ſupereſſe. Id ergo evenire non poterit in herede inſtituto, cui ſubſtitutus datus eſt, ut ipſius omittentis portio coheredibus adcreſcat, nam ſubſtitutio potior eſt jure adcreſcendi. V. C.

6. *Quæ ſemel uno partu*] Quid ſi legas *ſimul* pro *ſemel*? quod magis probat Balduinus adductus ſimilitudine *l. 15. de ſtat. homin.* V. C.

7. *Septimo menſe*] Sed decreto quodam Adriani. Cujac. De quo Gel...s *cap. 16. lib. 3* ubi V. C.

Procul dubio illegitimus eſt Nov. 39. Cujac. Vide quæ ibi ſcripſimus, & ad *l. inteſtato §. ult. ff. de legit. heredib.*

Cum tamen ἑπτάμηνος *ſit immaturus.* Cujac. Nec pleni temporis, & ideo matri non prodeſt ad jus trium liberorum, ut ſupra *ſententia 1. hoc tit.* apud Gellium ſane *d. cap. 16. lib. 3.* *Memini ego Romæ*, inquit, *accurate hoc atque ſollicite quæſitum negotio non rei tunc parvæ poſtulante, an octavo menſe infans ex utero vivus ...itus, & ſtatim mortuus jus trium liberorum ſuppleverit, cum nonnullis quibuſdam non partus videretur menſis octavi intempeſtivitas &c.* V. C.

Ut ſingulis menſibus XXX. *dumtaxat dies æſtimantur* Cujac. At hic ſi fiat ſupputatio, deerunt ſeptimeſtri partui quindecim horæ, quæ ab Hippocrate requiruntur, cum nihil temporis ne horam quidem deeſſe velit. Sa-

mittere, ut aut ſeptimo pleno, [1] aut decimo menſe partus maturior videatur.

§. 6. Aborſus vel abactus venter partum efficere non videtur.

§. 7. Libertina ut jus liberorum conſequi poſſit, quater eam peperiſſe ſufficit.

§. 8. [2] Latina ingenua jus Quiritium conſecuta, ſi ter peperit, ad legitimam filii hereditatem admittitur: non eſt enim manumiſſa.

§. 9. [3] Jus liberorum mater habet, quæ tres filios aut habet, aut habuit: aut neque habet, neque habuit. Habet, cui ſuperſunt: habuit, quæ amiſit; neque habet, neque habuit, quæ beneficio Principis jus liberorum conſecuta eſt.

Mater per fratrem excluditur, & in ſucceſſionem frater cum ſorore æqua ſorte ſuccedit. Quod ſi frater non fuerit, mater cum filiabus, quantæcumque fuerint, æquales capiunt portiones. Ex Papiano reſponſ. tit. 11.

TITULUS X.

Ad SCtum Orphitianum.

§. 1. Filii vulgo quæſiti ad legitimam matris hereditatem adſpirare non prohibentur: quia pari jure, ut ipſorum matribus, ita ipſis matrum hereditates deferri debuerunt.

§. 2. [4] Ad filiam ancillam, vel libertam ex SCto Claudiano effectam legitima matris inteſtatæ hereditas pertinere non poteſt: [5] quia neque ſervi, neque liberti [6] matrem civilem habere intelliguntur.

§. 3. [7] Ad legitimam inteſtatæ matris hereditatem filii Cives Romani, non etiam Latini, ad-

Satius igitur eſt, ut menſes lunares accipiantur, ſicuti apud Græcos veteres olim habiti, & vide quæ ſcribo ad *l. inteſtato §. ult ff. de ſuis & legit. hered.* V. C.

Partum naſci Hippocrates ſcripſit. CUJAC. Et recte quidem ille, qui de ſeptem menſibus non ſolaribus, ſed lunaribus eſt locutus: nec enim a ſole iniri anni, ac menſium ratio cœpit ante Julium Cæſarem Romæ, aut in Græcia, ſed in Ægypto tantum. PET. FAB.

1. *Aut dec[imo] menſe partus maturior videatur*] Pauſanias *lib.* 3. qui eſt *de Laconicis* ſcribit de Ariſton. Agaſicli filio aliquid, quod ad hunc locum pertineat, & quondam Homeri verſus de natali Euriſthei citat. V. C.

2. *Latina ingenua jus Quiritium conſecuta*] Alioqui, ſi non ſit jus Quiritium conſecuta, pro peregrina eſt, nec ab inteſtato, aut ex teſtamento hereditatem ullam capere poteſt. §. *ult. tit. prox.* 1. ſed & ter peperiſſe oportet poſt adeptam civitatem, aut certe liberos, quos peperit, cives effectos eſſe, nam latinos jus civile non agnoſcit utpote peregrinos. Idcirco autem adjecit *ingenua*, quia Liberta quoque latina ſive a cive Romano fuerit manumiſſa, ſive a Latino, ut & peregrinæ conditionis homo a peregrino manumiſſus, civitatem Romanam indulgentia, & beneficio Principis conſequi poteſt, ut ex Plinio didicimus *ad Trajanum lib.* 10. *Epiſt. pag.* 257. & 258. ubi de Harpocrate. Liberta vero lati[ni]a civitatem conſecuta liberos habere non videtur, niſi cives effectos, & hos quidem poſt latinitatem editos, aut conceptos, non etiam in ſervitute ſuſceptos, quia cum neque ſervi, neque liberti matrem civilem habere intelligantur, ut eſt in §. 2. *tit. prox.* 1. eadem ratione nec ancilla, nec liberta liberos civiles habere creditur, niſi ſcilicet eos cives poſt manumiſſionem ediderit, aut conceperit, qui deinde civitate Romana donati fuerint. PET. FAB.

3. *Jus liberorum*] Immo & ſi non impetraverit, ex conſtitutione Juſtiniani. CUJAC. *l.* 2. *C. de jure deliberandi.* PET. FAB.

4. *Ad filiam ancillam vel libertam*] Quid hoc eſt, vel *libertam*, aut quænam ſit liberta ex S. C. Claudiano? niſi [fo]rte ægra expoſita, quæ tamen non civitatem ſed latini[ta]tem, nec ex S. C. Claudiano, ſed ex edicto D. Claudii conſequitur. *l.* 1. §. 3. *C. de lat. libert. toll.* An dicemus, ex S. C. Claudiano fœminam, aut ancillam fieri, quæ ſe ad ſervum invito, aut denuntiante ipſius domino applicuerit, ita libertam quoque, ſi liberto alieno ſe invito patrono junxerit? An potius libertam ex S. C. Claudiano fieri, quæ nata ſit ex ea, quæ cum eſſet libera ſe poſt denuntiationem ſervo alieno junxerit? Nam Tacitus *lib.* 12. *annal.* ubi de hoc S. C. *ſtatuitque*, inquit, *ut ignaro domino ad id prolapſa in ſervitutem ſui conſenſiſſet, & qui nati eſſent pro libertis haberentur.* Ego de illo Taciti loco ſemper dubitavi, & malim *libertam* accipere, quæ ſcilicet ſerva, ſive ancilla ex S. C. Claud. poſtea manumiſſa fuerit. Hæc enim ut ſimplicior, ita etiam verior interpretatio videtur, niſi quod ex animo domini, cujus ſervum pro contubernali habuit fœmina, hujus æſtimetur conditio: ut ſi quidem paſſus ſit, quoniam ſcierit, nec denuntiaverit, ipſam pro liberta habeat, ſi vero aut ignoraverit aut ſciens denuntiaverit, pro ancilla, ſecundum diſtinctionem a Cujacio explicatam *lib.* 21. *obſer[v]. cap.* 16. ut ſcripſi diffuſius in *cap. ult. lib.* 1. *ſemeſtr.* ſed quæro, an quos antequam ancilla fieret ex S. C. Claud. pepererat liberos, iis quaſi filiis ex Tertull. ſucceſſura ſit hodie, cum eſt manumiſſa? Et non putem. Etenim non eadem homo eſt, nec mater jure civili intelligi poteſt eorum, poſt quorum editionem capite minuta fuit. Ei quoque manumiſſæ olim ſuſcepti liberi non ſuccedunt ab inteſtato, nec ex cap. unde cognati, nedum unde legitimi. PET. FAB.

5. *Quia neque ſervi neque liberti*] Et ideo nulla eſt inter eos cognatio. *l.* 7. *ff. unde cognati. l.* 2. *in princ. verſic. ſed ſi filius vel filia ff. ad S. C. Tertull.* V. C.

6. *Matrem civilem habere intelliguntur*] Etiamſi & liberi & mater poſtea civitatem Romanam conſecuti fuerint ex latinitate: ſane liberta tamen liberos civiles habere creditur poſt manumiſſionem videlicet editos, aut conceptos. Ergo neceſſe habent utrique jus cognationis impetrare a Principe natis ante manumiſſionem liberis, nulla enim eſt libertorum cognatio jure civili. *d. l.* 7. *ff. unde cognati.* V. C.

7. *Ad legitimam inteſtatæ matris*] Idem eſt in teſtamentariis extranei etiam hereditate, ad quam capiendam latinitas non proficit. Ulp. *tit.* 22. §. *eum ſervum in fragm.* V. C.

Ibid.] Matri ex SCto Orphit. ſuccedunt ingenui cives Romani. CUJAC. Sed libertini cur non admittuntur ad ſucceſſionem matris? An quia matrem civilem habere non intelliguntur. §. *proxim. ſupra. l.* 2. *in princ. ff. eod. tit.* V. C.

Liberta latina, quæ jus Quiritium conſecuta non eſt, heredem non habet. CUJAC. Cæterum ſi utrique civitatem conſecuti ſint, quia ſcilicet anniculo natus latinus cauſam probaverit ſe liberorum quærendorum cauſa uxorem duxiſſe, quo caſu vir, uxor, & liberi cives Romani fiunt. §. *liberis tit.* 3. *de latinis* apud Ulp. in *fragm.* Equidem non dubitarim, quin filius patri accepta bonorum poſſeſſione ſuccedat, ut ſcripſi ad §. *liberis tit.* 28. apud Ulp. in *fragm.* Quin mater filii, filius matris legitimam hereditatem ex S. C. Tertull. & Orphitiano auferant: ſufficit enim cives Romanos eo eſſe tempore, quo aditur legitima hereditas, ut hic Paulus tradit, hoc intelligens non eis nocere, quod olim latini fuerint, quamvis alioquin latini ad legitimam hereditatem non admittantur. Atque hæc quidem in ingenuis obtinent. Latini liberti, etſi maxime jus Quiritium conſequantur, matrem civilem habere non intelliguntur, etiamſi hæc ipſa hodie ſit libera, nec ullos filios ante adeptam latinitatem ſuſceptos, nec poſt latinitatem ante civitatem niſi naturali & prætorio, non etiam civili jure, licet ipſi filii poſtea cives effecti fuerint, excepto eo quod ex SCtis filius matri, mater filio legitime ſuccedit, & hactenus matrem civilem liberi, liberos civiles mater habere intelligitur, ut eſt in *proxima ſententia.* Scilicet ſi filios mater poſt latinitatem ediderit, qui poſtea ipſi quoque civitatem adepti ſunt. Plane nolim negare, quin is, qui non quidem beneficio principali ſed lege, & liberorum civitatem conſequitur, eos liberos in poteſtate habeat, quorum quærendorum cauſa, cum jam latinus eſſet, uxorem duxerit ex L. Junia *d.* §. *liberis.* Ergo hi liberi & cives erunt & ſui heredes patri, & legitimi matri. Cæterum *ante Nervam Imp. novi cives, [qui] per latium in [ci]vitatem* (ſic enim lego, non *civitate* apud Plin. in *Trajani Panegyrico fol.* 330) *ſeu beneficio Principis ve[ni]ſſent, niſi ſimul cognationis jura impetraſſent, alieniſſimi habebantur quibus conjuncti ſſimi fuerant.* Hæc Plinius, qui de ingenuis latinis videtur loqui. Hoc igitur multo me-

admittuntur. Cives autem Romanos eo tempore eſſe oportet, quo ab iiſdem legitima hereditas aditur.

§. 4. Filius maternam hereditatem, eandemque legitimam, niſi adeundo quærere non poteſt.

TITULUS XI.

De Gradibus.

Stemmata cognationum directo limite in duas lineas ſeparantur: quarum altera ſuperior, altera inferior. Ex ſuperiore autem & ſecundo gradu transverſæ lineæ pendent: quas omnes latiore tractatu habito in librum ſingularem contexuimus. Lex eſt 9. ff. de gradib. & adfinib.

§. 1. [1] Primo gradu ſuperiori linea continentur pater, mater: inferiori filius, filia, quibus nullæ aliæ perſonæ junguntur.

§. 2. Secundo gradu continentur ſuperiori linea avus, avia: inferiori nepos, neptis: transverſa frater, ſoror: quæ perſonæ duplicantur: avus enim & avia tam ex patre, quam ex matre: nepos, neptis tam ex filio quam ex filia: frater, ſoror tam ex patre, quam ex matre accipiuntur. Quæ perſonæ ſequentibus quibuscumque gradibus ſimiliter pro ſubſtantia earum, quæ in quoquo gradu conſiſtunt, ipſo ordine duplicantur.

§. 3. Tertio gradu veniunt, ſupra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex obliquo fratris ſororisque filius, filia; patruus, amita, id eſt, patris frater & ſoror: avunculus, matertera, id eſt, matris frater & ſoror.

§. 4. Quarto gradu veniunt, ſupra abavus, abavia: infra abnepos, abnepti: ex obliquo fratris & ſororis nepos, neptis, frater patruelis, ſoror patruelis, id eſt, patrui filius, filia: conſubrinus, conſobrina, id eſt, avunculi [2] & materteræ filius, filia; amitinus, amitina, id eſt, amitæ filius, filia: itemque conſobrini, qui ex duabus ſororibus naſcuntur. Quibus adcreſcit patruus magnus, amita magna, id eſt, avi paterni frater & ſoror, avunculus magnus, matertera magna, id eſt, aviæ, tam paternæ, quam maternæ, frater & ſoror.

§. 5. Quinto gradu veniunt ſupra quidem atavus, atavia: infra atnepos, atneptis: ex obliquo fratris & ſororis pronepos, proneptis, fratris patruelis, ſororis patruelis, amitini, amitinæ, conſobrini, conſobrinæ filius, filia, [3] propius ſobrinus, ſobrina, id eſt, patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia. His adcreſcunt propatruus, proamita: hi ſunt proavi paterni frater & ſoror: proavunculus, promatertera: hi ſunt proaviæ paternæ maternæque frater & ſoror, proavique materni.

§. 6. Sexto gradu veniunt, ſupra tritavus, tritavia: infra trinepos, trineptis: ex obliquo fratris & ſororis abnepos, abneptis, fratris patruelis, ſororis patruelis, amitini, amitinæ, conſobrini, conſobrinæ nepos, neptis: patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ nepos, neptis, id eſt, propioris ſobrini filius, filia, qui [4] conſobrini appellantur. Quibus a latere adcreſcunt propatrui, proamitæ, proavun-

magis in libertis obtinuit. Hi omnes tanquam extranei, ſi heredes ſcriberentur, vigeſimam pendebant, niſi jus cognationis impetraſſent. Ergo ab inteſtato, alioqui niſi hoc impetrato jure non ſuccedebant, nec in poteſtate parentum erant liberi. Atque hoc etiam apparet ex eo, *quod*, ut eſt apud Plin. *eod. loco pag.* 331. *Nerva poſt ſanxit, ut, quod ex matris ad liberos, ex liberorum bonis perveniſſet ad matrem etiam, ſi jura cognationum non recepiſſent, cum civitatem adipiſcerentur, ejus vigeſimam ne darent.* (Heredes ſcilicet inſtituti: nam de inteſtatis loqui non arbitror, nec ad eos vigeſimam pertinuiſſe. Nam & Paulus *tit.* 6. *de vigeſima* tractat de aperiend. teſt. tabulis. & Dio *lib.* 55. *pag.* 565. dixit, [illegible].) —— —— *Eandem immunitatem filio tribuit, ſi modo reductus* (malim *redactus*) *eſſet in patris poteſtatem.* Trajanus deinde adjecit, ut quemadmodum in patris filius, ſic in hereditate filii pater eſſet immunis. Et circa filium exceptionem illam removit, ſi modo filius eſſet in poteſtate. Hæc nimirum permittens, ut filius novus civis etſi in poteſtatem patris non veniſſet, nihilominus heres ab eo inſtitutus oneri vigeſimæ eximeretur: cavitque, ut in ſororis bonis frater, & contra in fratris ſoror, utque avus, avia in neptis, nepotisque, & invicem illi ſervarentur immunes. His quoque quibus per latium civitas Romana patuiſſet idem indulſit, omnibuſque inter ſe cognationum jura commiſit ſimul & pariter, & more naturæ: ſtatuit præterea ſummam, quæ publicanum pati poſſet, utque parva, & exilis hereditas onere vigeſimæ careret. Hæc ex Plin. colligas in *Panegyrico pag.* 332. & 333. ut autem lex vigeſimæ Julia non pertinebat niſi ad teſtamentarias ſucceſſores, ita nec Edicta Nervæ, aut Trajani, ex quibus filius ex latino factus civis patri hactenus fit cognatus, ut neceſſe non habeat ad excludendum publicanum, vel in poteſtate eſſe, vel jus cognationis impetrare, ſed ex teſtamento adire poſſit [illegible] ut in poteſtate patris ſit, qui cum patre per latium, aut beneficio Principis in civitatem venerit, & generaliter de inteſtatorum hereditate nihil omnino cavent. Itaque forſitan verius eſt, cum neque liberi [illegible] civilem habere intelligantur, ut eſt in §. [illegible] nec etiam patrem, neceſſaria fuiſſe jura cognationum parentibus, & liberis poſt adeptam civitatem, ut invicem poſſent ab inteſtato ſuccedere. [illegible] quaſi ſuum patri non potuiſſe ſuccedere, [illegible] hoc nominatim obtinuiſſet a Principe, ut in poteſtate eſſet, cum civis fieret. Sed hoc jus poſtea immutatum fuit a D. Marco circa ſucceſſionem liberorum: [illegible] videntur [illegible] habuiſſe jus cognatorum, non tamen [illegible] poſterioribus temporibus, quibus [illegible], quandoquidem Prætor [illegible] bonorum poſſeſſione [illegible] donatus vocabat cum emancipatis, ut ad [illegible] Quod in libertis [illegible] deinde [illegible] locum non habuit, cum nullæ ſervorum, aut libertorum cognationes jure civili, niſi hodie poſt Juſtiniani conſtitutionem intelligantur. *l.* 7. *ff. unde* [illegible], & inſtit. *de ſervili cognatione.* PET. FAB.

1. *Primo gradu*] Duplex eſt linea, recta & transverſa. CUJAC. Imo transverſæ lineæ ſunt plures. *l. ſtemmata ff. de gradib.* ſed duplex eſt limes directus & transverſus, ille duas, hic plures lineas habet. Sane transverſus limes, qui ibi dicitur linea, ſive ordo, non alter ſed tertius nominatur a Juſtiniano in *Nov.* 118. §. *ſi igitur in princ.* Recta tamen linea pro recto limite dici videtur in *l. JCtus ſub initium*, in verſic. *nam quoties.* ſed [illegible], ſicuti transverſa linea pro transverſo limite infr. § *penult.* ſcripſi ad *Cujac. Nov.* 118. *in princ.* V. C.

In inferiori nulla eſt linea transverſa. CUJAC. Ab inferiori nulla pendet linea transverſa, debuit dicere. Vide quæ ſcripſi ad *Nov.* 118. *in commentar. Cujac.* & ad *l. ſtemmata ff. de gradib.* V. C.

Sed etiam ex obliquo & ex transverſo venientibus. CUJAC. Sic etiam loquitur Paulus noſter in § *tertio gradu*, & §. *quarto gradu*, & § *quinto gradu.* V. C.

2. *Et materteræ filius*] Cenſeo illa verba & *materteræ* delenda eſſe. CUJAC. Hoc non probat Hottomannus *cap.* 16. *lib.* 5. *obſervat.* V. C.

3. *Propius ſobrinus, ſobrina*] Agunt de hoc loco Eguin. Baro in *Not. marg. in. Comm. ad Inſt.* § 2. *de grad. cogn.* [illegible] *II.* [illegible] *pag.* [illegible] item Ant. Auguſtinus *lib.* 2. *Emend. cap.* 5.

4. *Conſobrini*] [illegible] Auguſtinus loc. [illegible] & hic & mox etiam §. [illegible] *conſobrini.*

vunculi, promatarteræ filius, filia: abpatruus, abamita; hi ſunt avi paterni frater & ſoror: abavunculus, abmatertera; hi ſunt abaviæ paternæ maternæque frater & ſoror, abavique materni.

§. 7. Septimo gradu qui ſunt cognati, recta linea ſupra infraque propriis nominibus non appellantur: [1] ſed ex transverſa linea continentur fratris ſororisque atnepos, atneptis, conſobrini filii filiæque.

§. 8. Succeſſionis idcirco gradus ſeptem conſtituti ſunt, quia ulterius per rerum naturam nec nomina inveniri, nec vita ſuccedentibus prorogari poteſt.

TITULUS XII.

De Manumiſſionibus.

§. 1. Servum communem unus ex dominis manumittendo Latinum facere non poteſt, nec magis, quam Civem Romanum: cujus portio eo caſu, quo, ſi proprius eſſet, ad Civitatem Romanam perveniret, [2] ſocio adcreſcit.

§. 2. Mutus & ſurdus ſervum vindicta liberare non poſſunt. Inter amicos tamen, & per epiſtolam manumittere non prohibentur: ut autem ad juſtam libertatem pervenire poſſit, conditione venditionis excipi poteſt.

§. 3. Tormentis apud Præſidem ſubjectus, [3] & de nulla culpa confeſſus ad juſtam libertatem perduci poteſt.

§. 4. Fideicommiſſa libertas data facto heredis non mutatur, ſi ſervum, quem manumittere juſſus eſt, vinxerit.

§. 5. [4] Communem ſervum unus ex ſociis vinciendo futuræ libertati non nocebit: inter pares enim ſententias clementior ſeveriori præfertur. Et certe humanæ rationis eſt favere miſerioribus, & prope innocentes dicere, quos abſolute nocentes pronunciare non poſſumus.

§. 6. Debitor creditorve ſervum pignoris vinciendo, dedititium facere non poſſunt: alter enim ſine altero cauſam pignoris deteriorem facere non poteſt.

§. 7. Servus furioſi domini, vel pupilli juſſu vinctus dedititiorum numero non efficitur: quia neque furioſus, neque pupillus exacti conſilii capax eſt.

§. 8. Non tantum ſi ipſe dominus vinciat, nocet libertati, ſed & ſi vinciri jubeat, aut vincientis procuratoris actoriſve factum comprobet. Quod ſi antequam ſciret vinctum, ſolutionis ejus cauſas adprobaverit, libertati futuræ vincula non nocebunt.

§. 9. Cæco curator dari non poteſt; quia ipſe ſibi procuratorem inſtituere poteſt.

TITULUS XIII.

De Fideicommiſſis Libertatibus.

§. 1. [5] Ea conditione heres inſtitutus, *ſi liberos ſuos emancipaverit*, omnimodis eos cogendus eſt emancipare: pro conditione enim hoc loco emancipatio videtur adſcripta.

§. 2. Decedente eo, a quo fideicommiſſa libertas relicta eſt, heredes ejus eam præſtare cogendi ſunt.

§. 3. Si decedens ſervis ſuis libertatem ita dederit, *illum & illum liberos eſſe volo, eoſque filiis meis tutores do*, impeditur fideicommiſſa libertas: quia pupilli ſine tutoris auctoritate manumittere non poſſunt: & habentibus tutores tutor dari non poteſt. Sed interim vice abſentium pupilli habebuntur, ut ex decreto Ampliſſimi ordinis primum libertas, ac deinde tutela competere poſſit.

TITULUS XIV.

Ad Legem Fuſiam Caniniam.

§. 1. Nominatim ſervi teſtamento manumitti ſecundum legem Fuſiam poſſunt. Nominatim autem manumittere intelligitur hoc modo: *Stichus liber eſto*. Cum autem *obſonatorem*, vel *qui ex ancilla illa naſcitur*, *liberum eſſe volo*, ex Orficiano Senatusconſulto periode libertas competit, ac ſi nominatim data ſit: officiorum enim & artium appellatio nihil de ſignificatione nominum mutat: niſi forte plures ſint, qui eo officio deſignentur: tunc enim nomen adjungendum eſt, ut eluceat, de quo teſtator ſenſiſſe videatur.

§. 2. Codicillis teſtamento confirmatis datæ libertates cum his, quæ tabulis teſtamenti datæ ſunt, concurrunt: [6] & ſive antecedant, ſive ſequantur teſtamentum, noviſſimo loco adhibentur: quia ex teſtamento utræque confirmantur.

§. 3. Quoties numerus ſervorum propter legem Fuſiam Caniniam ineundus eſt, fugitivi quoque, quorum ſemper poſſeſſio animo retinetur, [7] computandi ſunt.

§. 4. Lege Fuſia Caninia cavetur, ut certus ſervorum numerus teſtamento manumittatur. Subductis igitur a duobus uſque ad decem, pars dimidia: a decem uſque ad triginta pars tertia: a triginta uſque ad centum pars quarta: a centum uſque ad quingentos pars quinta. Plures autem, quam centum ex majori numero ſervorum manumitti non licet.

Nec filio patroni invito libertus natalibus ſuis reſtitui poteſt: quid enim intereſt, ipſi patrono, an filiis ejus fiat injuria. Lex eſt 4. ff. de natalib. reſtituend.

1. *Sed ex transverſa linea*] Sic dixit pro, *transverſo limite* ..., cujus eſſe varias lineas conſtat l. *ſtemmata ff. de gradib.* ubi vide quæ ſcripſi, & ad Cujac. in *Comm. Nov.* 118. Pet. Fab.

2. *Socio adcreſcit*] Et hic eſt modus unus civilis adquiſitionis per jus adcreſcendi, ut ait Juſtin. in §. *erat olim Inſtit. de donat.* Pet. Fab.

3. *Et de nulla culpa confeſſus*] Adde, *neque convictus*, ſed qui inventus eſt innocens. §. *dedititiorum tit.* 1. *in fragm. Ulp.* Pet. Fab.

4. *Communem ſervum unus ex ſociis vinciendo*] Quid ſi plures, puta ex tribus duo, vinciendum pœnæ cauſa ſervum cenſuerint? adhuc tamen idem dicendum cenſuerim humanitatis intuitu, præſertim ob ea quæ ex veteri Juriſprudentia Juſtin. attulit in *l.* 1. *C. de comm. ſerv. manumiſſ.* Pet. Fab.

5. *Ea conditione*] Nam qui emancipatur, manumittitur. Cujac. Et tantum in d. l. *ſi cui legatum* ait Ulp. Prætorem fideicommiſſarium ad libertatem eos non tueri ut ſervos. V. C.

6. *Et ſive antecedant*] *Sed* malim loco &. Pet. Fab.

7. *Computandi ſunt*] Merito, nam in hac lege *poteſtatis* verbo ſignificatur dominium, non præſentis corporis copia, & facultas, ut cum agimus de noxæ deditione, quod & Paulus noſter *libro ſingulari ad l. Fuſiam Canin.* ſcribit. Pet. Fab.

JULII

JULII PAULI, SENTENTIARUM RECEPTARUM AD FILIUM, LIBER QUINTUS.

TITULUS I.

De Liberali Cauſa.

§. 1. Qui contemplatione extremæ neceſſitatis, aut alimentorum gratia filios ſuos vendiderint, ſtatui ingenuitatis eorum non præjudicant: homo enim liber nullo pretio æſtimatur. Iidem nec pignori ab his, aut fiduciæ dari poſſunt. Ex quo facto ſciens creditor deportatur. Operæ tamen eorum locari poſſunt.

§. 2. Veritati & origini ingenuitatis manumiſſio, quocumque modo facta fuerit, non præjudicat.

§. 3. Deſcriptio ingenuorum ex officio fiſci inter fiſcalem familiam facta ingenuitati non præjudicat.

§. 4. Qui metu, & impreſſione alicujus terroris apud acta Præſidis ſervum ſe eſſe mentitus eſt, poſtea ſtatum ſuum defendenti non præjudicat.

§. 5. Poſt ſuſceptum liberale judicium, ſi aſſertor cauſam deſeruerit, in alium aſſertorem omne judicium transferri placuit. In priorem vero quod prodendæ libertatis gratia factum eſt, extra ordinem vindicatur: non enim oportet ſuſceptam ſtatus cauſam, nulla cogente neceſſitate, deſtitui.

Cui neceſſitas probandi de ingenuitate ſua non incumbit, ultro ſi ipſe probare deſideret, audiendus eſt.

Qui de ingenuitate cognoſcunt, de calumnia ejus, qui temere controverſiam movit, ad modum exſilii poſſunt ferre ſententiam.

Tutores vel curatores pupillorum, quorum tutelam & res adminiſtraverunt, poſtea ſtatus quæſtionem facere non poſſunt.

Maritus uxori eidemque libertæ ſtatus quæſtionem inferre non prohibetur. Lex eſt 39. ff. hoc titulo.

TITULUS II.

De Uſucapione.

§. 1. Poſſeſſionem adquirimus & animo, & corpore: animo utique noſtro: corpore vel noſtro, vel alieno. Sed nudo animo, adipiſci quidem poſſeſſionem non poſſumus; retinere tamen nudo animo poſſumus, ſicut in ſaltibus hybernis æſtivisque contingit.

§. 2. Per liberas perſonas, quæ in poteſtate noſtra non ſunt, adquiri nobis nihil poteſt. Sed per procuratorem adquiri nobis poſſeſſionem poſſe, utilitatis cauſa receptum eſt. Abſente autem domino comparata non aliter ei, quam ſi rata ſit, quæritur.

§. 3. Longi autem temporis præſcriptio inter præſentes continuo decennii ſpatio, inter abſentes vicennii comprehenditur.

§. 4. Viginti annorum præſcriptio etiam adverſus Rempublicam prodeſt ei, qui juſtum initium poſſeſſionis habuit, nec medio tempore interpellatus eſt. Actio tamen quanti ejus intereſt adverſus eos Reipublicæ datur, quia ea negotia defendere neglexerunt.

§. 5. Si poſt motam intra tempora quæſtionem res ad novum dominum emptione tranſierit, nec is per viginti annos fuerit inquietatus, avelli ei poſſeſſionem non oportet.

TITULUS III.

De his, quæ per turbam fiunt.

§. 1. In eos, qui per turbam ſeditionemve damnum alicui dederint, dandumve curaverint, ſiquidem res pecuniaria eſt, æſtimatione dupli ſarcitur. Quod ſi ex hoc corpori alicujus, vitæ, membrisve noceatur, extra ordinem vindicatur.

§. 2. Quidquid ex incendio, ruina, naufragio, navique expugnata raptum, ſuſceptum, ſuppreſſumve fuerit, eo anno in quadruplum ejus rei, quam quis ſuppreſſerit, celaverit, rapuerit, convenitur: poſtea vero in ſimplum.

§. 3.

§. 3. Hi, qui ædes alienas, villasve expilaverint; effregerint, expugnaverint, ſi quidem id turba cum telis coacta fecerint, capite puniuntur. Telorum autem appellatione omnia, ex quibus ſaluti hominis noceri poſſit, accipiuntur.

§. 4. Receptores aggreſſorum, itemque latronum eadem pœna afficiuntur, qua ipſi latrones: ſublatis enim ſuſceptoribus, graſſantium cupido conquieſcit.

§. 5. Fures, vel raptores balnearum plerumque in metallum, aut in opus publicum damnantur. Nonnumquam pro frequentia admiſſorum [1] judicantis ſententia temperatur.

§. 6. Incendiarii, qui conſulto incendium inferunt, ſummo ſupplicio afficiuntur. Quod ſi incuria eorum ignis evaſerit, [2] dupli compendio damnum ejusmodi ſarciri placuit.

TITULUS IV.

De Injuriis.

§. 1. Injuriam patimur aut in corpus, aut extra corpus. In corpus, verberibus, & illatione ſtupri. Extra corpus, conviciis, & famoſis libellis: quod ex affectu uniuscujusque patientis, & facientis æſtimatur.

§. 2. Furioſus, itemque infans affectu doli, & captu contumeliæ carent: idcirco injuriarum agi cum his non poteſt.

§. 3. Si liberis, qui in poteſtate ſunt, aut uxori fiat injuria, noſtra intereſt vindicare: [3] ideoque per nos actio inferri poteſt, ſi modo is, qui fecit, in injuriam noſtram id feciſſe doceatur.

§. 4. Corpori injuria infertur, cum quis pulſatur, cuique ſtuprum infertur, aut de ſtupro interpellatur. Quæ rès extra ordinem vindicatur, ita ut pulſatio pudoris pœna capitis vindicetur.

§. 5. Sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores, etſi effectu ſceleris potiri non poſſunt, propter voluntatem pernicioſæ libidinis extra ordinem puniuntur.

§. 6. [4] Injuriarum actio aut lege, aut more, aut mixto jure introducta eſt. Lege XII. Tabb. de famoſis carminibus, membris ruptis, & oſſibus fractis.

§. 7. Moribus, quoties factum pro qualitate ſui arbitrio judicis æſtimatum congruentis pœnæ ſupplicio vindicatur.

§. 8. [5] Mixto jure injuriarum actio ex Lege Cornelia conſtituitur, quoties quis pulſatur, vel cujus domus introitur ab his, qui vulgo derectarii appellantur: in quos extra ordinem animadvertitur, ita ut prius ingruentis conſilium pro modo commentæ fraudis pœna vindicetur exſilii, aut operis publici.

§. 9. Injuriarum civiliter damnatus, ejusque æſtimationem inferre juſſus famoſus efficitur.

§. 10. [6] Atrox injuria æſtimatur, aut loco, aut tempore, aut perſona. Loco, quoties in publico irrogatur: tempore, quoties interdiu: perſona, quoties Senatori, vel Equiti Romano, Decurioni, vel alias ſpectatæ auctoritatis viro: & ſi plebejus, vel humili loco natus Senatori, vel Equiti Romano, Decurioni, vel Magiſtratui, vel Ædili, vel Judici, quilibet horum, vel ſi his omnibus plebejus.

§. 11.

1. *Judicantis ſententia temperatur*] Mallem ſcriptum *exaſperatur*, niſi forte *temperari* ſeveritate dictum volumus: ſane maleficiorum ſupplicia exacerbari, quoties nimium multis perſonis graſſantibus exemplo opus ſit, a Calliſtrato traditur *l. aut facta §. ult. ff. de pœnis.* Pet. Fab. V. C.

2. *Dupli compendio damnum ejusmodi ſarciri placuit*] *Æſtimatione ſarciri* Paulus ait *lib. ſentent. ſub tit. de Incendiar. in Fragm. Pithœanis tit.* 12. ſed vide, an hic pro *compendio*, *impendio* legi debeat? V. C.

Eandem emendationem, ut ſcil. pro *compendio* hic ſubſtituatur *impendio*, Faber noſter quoque propoſuit *lib. 2. Semeſtr. cap. 16. pag. m.* 261. quem refutat Jo. Suarez de Mendoza *in Comm. ad leg. Aquil. lib. 2. cap. 2. num. 26. & ſeqq.* Meerm.

3. *Ideoque per nos actio inferri poteſt*] Prætoria, non ex L. Cornelia. V. C.

4. *Injuriarum actio*] Ut Cornutus in *Perſii ſat.* 1. lege 12. tab. cautum ait. Cujac. De hac lege ſenſit Arnobius *lib. 4. adverſus gentes fol. 51. pag. 2. carmen malum conſcribere, quo fama alterius coinquinetur, & vitæ decemviralibus* (ſic enim lego, non *Devitalibus*) *ſcitis evadere noluiſtis impune, ac ne veſtras aures convicio aliquis petulantiore pulſaret, de atrocibus formulas conſtituiſtis injuriis.* Idem refert Cujac. infra §. *atrox injuria h. t.* Capitalem fuiſſe pœnam famoſis carminibus a Decemviris præſtitutam diſces ex eo Ciceronis loco, quem indicavi ad §. *Pſalteriam* infra. Pet. Fab.

5. *Mixto jure*] Et eſt publica accuſatio, *l. hos accuſ. 12. ad fin. de accuſ.* Cujac. Lex non ait eſſe publicam ſed nec innuit, etiamſi poſt legem Juliam de vi, & Pompejam de Parricidiis nominatas tertiam adjungat Corneliam de injuriis, ex qua ſervus recipi reus non poſſit. Nec enim hoc fit, quod publici ſit judicii actio ex L. Cornel. alioqui non teneretur aliis publicorum judiciorum legibus, cum tamen JCtus dicat teneri. Illud etiam non movet, quod Juſtinianus in lib. nonum Codicis tit. *de injur.* referri juſſit, in quo libro de aliis publicis delictis tractatur. Nam hæc quoque conjectura ſatis levis eſt, illud conſtat ex L. Cornel. vel civilem eſſe, vel criminalem actionem utramque privatam, ſed hanc tamen per Procuratorem non inſtitui. Injuriarum actionem privatam eſſe, non publicam, cum non publici, ſed privati Judicii querelam contineat, Impp. tradunt *l. injuriar. l. ult in princ. C. de injur.* V. C.

6. *Atrox injuria æſtimatur*] Ludorum appellatione tempus ſignificatur. Cujac. Cicero *pro Cluentio pag.* 13. *Accerſit ſubito ſine cauſa Puerum Theano, quod facere niſi ludis publicis, aut feſtis diebus antea non ſolebat*; & *pro Sextio. Equidem exiſtimo nullum tempus eſſe frequentioris populi quam illud gladiatorium, neque concionis ullius, neque vero ullorum comitiorum.* Plinius *de viris illuſtr.* Ubi de C. Cæcilio, Metello Numidico, *Claudia deinde rogatione revocatus cum laudis* (malim *ludis*) *forte litteras in Theatro accepiſſet, non prius eas legere dignatus eſt, quam ſpectaculum finiretur.* Cicero *occaſionem*, quæ a tempore differt parte & ſpecie, cum genere idem ſit, ait in *tria genera diſtribui, publicum, commune, ſingulare. Publicum eſſe, quod civitas univerſa aliqua de cauſa frequentat, ut ludi,* (ait *lib. 1. pag.* 65.) *dies feſtus, bellum. Commune eſt quod accidit omnibus eadem fere tempore, ut meſſis, vindemia, calor, frigus. Singulare autem eſt, quod aliqua de cauſa privatim ſolet alicui accidere, ut nuptiæ, ſacrificium, funus, convivium, ſomnus.* Pet. Fab.

Nec locus. Cujac. Theatri nomine itemque arenæ, aut ſcenæ ſignificatur locus. At ludorum aut ſpectaculi nomine plerumque tempus demonſtratur. Cicero tamen *pro Sextio pag.* 478. *etenim tribus locis ſignificari maxime Populi Romani judicium ac voluntas poteſt, concione, comitiis, ludorum, gladiatorumque conceſſu.* Pet. Fab.

§. *atrox de injur.* Cujac Interpretes Græci vocem Prætoris non agnoſcunt, nam *lib.* [illegible] In conſpectu dixerunt [illegible]; ergo in conſpectu omnium, non Prætoris. V. C.

Multa alia in Livio. Cujac. Hieronymus Ferrarius in v. *Ciceronis Philippicam pag.* 424. Pet. Fab.

§. 11. Qui per calumniam injuriæ actionem inſtituit, extra ordinem punitur: omnes enim calumniatores exſilii; vel inſulæ relegatione, aut ordinis amiſſione puniri placuit.

§. 12. [1] Injuriarum non niſi præſentes accuſare poſſunt; crimen enim, quod vindictæ [2] aut calumniæ judicium exſpectat, per alios intendi non poteſt.

§. 13. Fit injuria contra bonos mores, veluti ſi quis fimo corrupto aliquem perfuderit, cœno, luto obliniverit, aquas ſpurcaverit, fiſtulas, lacus, quidve aliud in injuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverti ſolet.

§. 14. [3] Qui puero prætextato ſtuprum aliudve flagitium, abducto ab eo vel corrupto comite, perſuaſerit, mulierem puellamve interpellaverit, quidve corrumpendæ pudicitiæ gratia fecerit, domum præbuerit, pretiumve, quo id perſuadeat, dederit, perfecto flagitio capite punitur; [4] imperfecto in inſulam deportatur, corrupti comites ſummo ſupplicio adficiuntur.

§. 15. Qui carmen famoſum in injuriam alicujus, vel alia quælibet cantica, quo adgnoſci poſſit, compoſuerit, ex auctoritate Ampliſſimi ordinis in inſulam deportatur: intereſt enim publicæ diſciplinæ, opinionem uniuscujusque a turpi carminis infamia vindicare. Carmen facit non tantum, qui ſatyras, & epigrammata, ſed illegitimam inſectandi alicujus cauſam, quidve aliud alio genere componit. De ratione, & de perſonarum dignitate nihil cavetur: quoniam omnimodo deformanda eſt ejus perſona, contra quem venimus. Sed in hoc modus quidam & ratio adhibenda eſt, æſtimatio enim etiam hoc modo læditur.

§. 16. [5] Pſalterium, quod vulgo dicitur canticum, in alterius infamiam compoſitum, & publice cantatum, tam in eos, qui hoc cantaverint, quam in eos, qui compoſuerint, extra ordinem vindicatur: eo acrius, ſi perſonæ dignitas ab hac injuria defendenda ſit.

§. 17. In eos auctores, qui famoſos libellos in contumeliam alterius propoſuerint, extra ordinem usque ad relegationem inſulæ vindicatur.

§. 18. Convicium judici ab appellatoribus fieri non oportet: alioquin infamia notantur.

§. 19. Maledictum, itemque convicium publice factum ad injuriæ vindictam revocatur: quo facto condemnatus infamis efficitur.

§. 20. Non tantum is, qui maledictum aut convicium ingeſſerit, injuriarum convictus famoſus efficitur: ſed & is, cujus ope conſiliove factum eſſe dicitur.

§ 21. Convicium contra bonos mores fieri videtur, ſi obſcœno nomine, aut inferiore parte corporis nudatus aliquis inſectatus ſit: quod factum contemplatione morum, & cauſa publicæ honeſtatis vindictam extraordinariæ ultionis exſpectat.

§. 22. [6] Servus, qui injuriam aut contumeliam fecerit, ſiquidem atrocem, in metallum damnatur: ſi vero levem, flagellis cæſus ſub pœna vinculorum temporalium domino reſtituitur.

TITULUS V. A.

[7] *De Effectu Sententiarum & Finibus litium.*

§. 1. [8] Res judicatæ videntur ab his, qui imperium poteſtatemque habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur: itemque a magiſtratibus municipalibus usque ad ſummam, qua jus dicere poſſunt: item-

1. *Injuriarum non niſi præſentes*] Accuſatio non item. CUJAC. Quæ criminalis eſt actio, nec tamen eſt publica, etiamſi (ut de furti actione criminali Ulp. inquitur *l. ult. ff. de furtis*) actorem in crimen ſubſcribere veriſimile ſit, ut temeritas agentium extraordinaria animadverſione coërceatur. Vera hæc eſſe colligas ex *l. ult. C. de injur.* Ergo ex l. Cornel. de injur. injuria non vindicatur publico judicio. At publica quæſtione, ſive judicio vindicatur ex S. C. circa illam facto. *l. 5. §. ult. ff. de injur.* Item ex l. Jul. de vi publica, ſi magiſtratus, aut poteſtas adverſus provocationem civem Romanum necarit, verberarit, torſerit, quidve eorum fieri juſſerit: ſi eorum legati, oratores, comites, civem pulſaſſe, ſive *injuriam* feciſſe arguantur, vindicari ait Ulp. *l. 7. ff. ad l. Jul. de vi publica.* Hæc eſt injuria publica, ut illa de qua fit mentio in *§. fit injuria infr.* ſed etſi per injuriam de bonis alicuis quid ablatum ſit, quamvis neque convocati, neque pulſati illi fuerint, lege Jul. de vi tenetur, qui id fecerit. *l. 3. l. penult. & ult. ff. ad l. Jul. de vi privata.* Quo caſu injuriarum quoque actionem in eum dari conſtat. *l. item apud Labeon. 15. §. ſi quis bona ff. de injuriis.* Item injuria ejus quæ vim paſſa eſt, (ſic enim appellatur *l. vim paſſam 39. ff. ad l. Jul. de adulter.*) ſtuprumque in puero vel quoquam admiſſum per vim l. Jul. de vi publica vindicatur. *l. 3. §. 1. l. 5. §. ult. & l. ſeq. ff. ad l. Juliam de vi.* Lege quoque Jul. de Adulter. maritus ſuam, & matrimonii ſui injuriam publico judicio vindicat. *l. ſi maritus 15. §. lex Julia ad leg. Jul. de adult.* ſtuprum quoque ut eadem l. Jul. de Adulter. vindicatur, ita & actione injuriarum, non tamen ea, quæ deſcendit ex l. Cornel. (cujus legis verba hoc non admittunt) ſed Prætoria, qua de re vide *§. corpori ſupra.* Igitur injuria publico judicio non vindicatur ex l. Cornelia, ſed ex S. C. quod circa legem Corneliam factum eſt, vel ex aliis legibus, ut puta lege Julia de Adulter. & l. Julia de vi. V. C.

2. *Aut calumniæ judicium exſpectat*] Poſtquam in crimen actor ſubſcripſit. V. C.

3. *Qui puero prætextato*] An impuberi, an vero ingenuo, quod magis placet ob id, quod de comite ſubjicitur. V. C.

4. *Imperfecto in inſulam deportatur*] Quid eſt igitur, quod ait *l. 1. C. Theod. de ambitu tit. 26. lib. 9 pari forte leges ſcelus quam ſceleris punire voluntatem.* V. C.

5. *Pſalterium*] Sed pro cantico dicit. CUJAC. Id eſt pro carmine, ſic enim vocatur in XII. Tab. quibus pœna capitalis erat irrogata, ut ex Cicerone *lib. 4. de Repub.* docet B. Auguſtin. *cap. 9. lib. 2. de Civit. Dei.* Ubi *noſtræ*, inquit, XII. *tabulæ cum per paucas res capite ſanxiſſent, in his hanc quoque ſanciendam putaverunt, ſi quis occentaviſſet, ſive carmen condidiſſet, quod infamiam faceret flagitiumve alteri.* Vide & *cap. 12. ead. lib.* Ergo & injuriarum actio cum capitalibus actionibus jungitur, & comparatur in *l. penult. ff. ſi ex noxali cauſa agatur* &c. V. C.

6. *Servus, qui injuriam*] Huc pertinet, quod ait JCtus in *l. penult. ff. ſi ex noxali cauſa agatur*, & aliter de ſervo ſupplicio, & verberibus de injuria ſatisfieri, aliter de libero vindictam ſumi, vel condemnationem pecuniariam; ſane quo caſu ſervus flagellis cæſus domino reſtituitur, & liber humilioris loci fuſtibus ſubjicitur, aut exilio temporali, rei certæ interdictione, ac denique usque ad inſulæ relegationem plectitur. *§. in eos ſupra & de l. ult. ff. hoc tit.* Quamobrem intereſt ſervum ſiſti, non liberum, quoniam graviori ſupplicio, graviore mulcta ob injuriam nobis de ſervo, quam de libero ſatisfit, ut eſt in *d. l. penult.* V. C.

7. *De Effectu Sententiarum*] Sic *effectus ſententiæ* in *l. 1. C. ſi plures una ſentent. condemn. ſunt.* V. C.

8. *Res judicata*] Nec enim de omni ſumma pronunciare poſſunt. CUJAC. Eadem ratione juſſu præſidum tutores dare non poſſunt pupillis, quorum magnæ ſunt facultates. *§. ſed hoc jure Inſtit. de Attil. Tut.* PET. FAB.

itemque ab his, qui ab Imperatore extra ordinem petuntur. Ex compromiſſo autem Judex ſumptus rem judicatam non facit: ſed ſi pœna inter eos promiſſa ſit, pœna rei in judicium deducta ex ſtipulatu peti poteſt.

§. 2. Confeſſi debitores pro judicatis habentur; ideoque ex die confeſſionis tempora ſolutioni præſtituta computantur.

§. 3. Confiteri quis in judicio non tantum ſua voce, ſed & litteris, & quocumque modo poteſt: convinci autem non niſi ſcriptura aut teſtibus poteſt.

§. 4. Eorum, qui debita confeſſi ſunt, pignora capi, & diſtrahi poſſunt.

* §. 5. Confeſſionem ſuam reus in dubium revocare non poteſt.

§. 6. Ea, quæ altera, parte abſente decernuntur, vim rerum judicatarum non obtinent.

De unoquoque negotio præſentibus omnibus, quos cauſa contingit, judicari oportet: aliter enim judicatum tantum inter præſentes tenet.

Qui apud fiſcum cauſam defendere ſæpius conventi neglexerint, rebus judicatis ſubjiciendi ſunt: quod eo apparet, ſi ſæpe conventi præſentiam ſui facere noluerint. Lex eſt 47. ff. de re judic.

§. 7. [1] Trinis litteris, vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denunciatione conventus, niſi ad Judicem, a quo ſibi denunciatum eſt, aut cujus litteris, vel edictis conventus eſt, venerit, [2] quaſi in contumacem dicta ſententia auctoritatem rerum judicatarum obtinet. Quinimo nec appellari poteſt ab ea.

§. 8. Res olim judicata poſt longum ſilentium in judicium deduci non poteſt, [3] nec eo nomine in duplum revocari. Longum autem tempus, exemplo longæ præſcriptionis, decennii inter præſentes, & inter abſentes vicennii computatur.

§. 9. In cauſa capitali abſens nemo damnatur: neque abſens per alium accuſare, aut accuſari poteſt.

§. 10. Falſis inſtrumentis religione judicis circumducta, ſi jam dicta ſententia prius de crimine admiſſo conſtiterit, ejus cauſæ inſtauratio jure depoſcitur.

§. 11. Ratio calculi ſæpius ſe patitur ſupputari, atque ideo poteſt quocumque tempore retractari, ſi non longo tempore evaneſcat.

TITULUS V. B.

De rebus auctoritate Judicis poſſidendis.

§. 1. Pupillo, ſi non defendatur, in poſſeſſione bonorum creditoribus conſtitutis, ex his usque ad pubertatem alimenta præſtanda ſunt.

§. 2. Ejus, qui ab hoſtibus captus eſt, bona venire non poſſunt, quamdiu revertatur.

TITULUS VI.

De Interdictis.

Neque muri, neque portæ habitari ſine permiſſu Principis propter fortuita incendia poſſunt. Lex eſt 3. ff. ne quid in loc. ſacr. fiat.

Concedi ſolet, ut imagines & ſtatuæ, quæ ornamenta reipublicæ ſunt futuræ, in publicum ponantur. Lex eſt 11. ff. de loco publ. fruendo.

§. 1. Retinendæ poſſeſſionis gratia comparata ſunt interdicta, per quæ eam poſſeſſionem, quam jam habemus, retinere volumus: quale eſt Uti poſſidetis de rebus ſoli, & Utrubi de re mobili. Et in priore quidem is potior eſt, qui redditi interdicti tempore nec vi, nec clam, nec precario ab adverſario poſſidet. In altero vero potior eſt, qui majore parte anni retrorſum numerati nec vi, nec clam, nec precario poſſedit.

§. 2. Ut interdictum, ita & actio proponitur, ne quis via publica aliquem prohibeat. Cujus rei ſolicitudo ad viarum curatores pertinet, a quarum munitione nemo exceptus eſt. Si quis tamen in ea aliquid operis fecerit, quo commeantes impediantur, demolito opere condemnatur.

§. 3. Non tantum ſi ipſe dominus poſſeſſione dejiciatur, utile interdictum eſt: ſed etiam ſi familia ejus. Familiæ autem nomine etiam duo ſervi continentur.

§. 4. [4] Vi dejicitur non tantum qui oppreſſu multitudinis, aut fuſtium, aut telorum, aut armorum metu terretur; ſed & is, qui violentiæ opinione comperta poſſeſſione ceſſit; ſi tamen adverſarius eam ingreſſus ſit.

§. 5. De navi vi dejectus hoc interdicto experiri non poteſt: ſed utilis ei actio de rebus recuperandis, exemplo de vi bonorum raptorum, datur. Idemque de eo dicendum eſt, qui carruca aut equo dejicitur; quibus non abductis, injuriarum actio datur.

§. 6. Vi dejectus videtur, & qui in prædio vi retinetur, & qui in via territus eſt, ne ad fundum ſuum accederet.

§. 7. Qui vi, aut clam, aut precario poſſidet, ab adverſario impune dejicitur.

§. 8. Ex rebus vi poſſeſſis ſi aliquæ res arſerint, vel ſervi deceſſerint, licet id ſine dolo ejus, qui dejecit, factum ſit, æſtimatione tamen condemnandus eſt, qui ita voluit adipiſci rem juris alieni.

Cujuscunque fundi uſufructuarius probibitus aut dejectus, de reſtitutione omnium rerum

1. *Trinis litteris*] Interpretatio Aniani ad h. §. quæ etiam in Edit. Schultingii exſtat, refertur in Synodo Rhemenſi, qua deponitur Arnulphus Epiſc. Rhemenſis, notante Car. Ann. Fabrotto ad *Theoph.* §. 9. *Inſt. de Except.*

2. *Quaſi in contumacem dicta ſententia*] Et hoc eſt, quod dicitur, ex Eremodicio non pati ſententiam *l.* 13. *ff. judicatum ſolvi.* V. C.

3. *Nec eo nomine in duplum revocari*] Lego in dubium, & hanc hujus loci ſententiam eſſe arbitror, ut ſemel finita lis inſinuari non poſſit. *l.* 4. *C. de Judiciis.* & agenti ex judicato non poſſit opponi longi temporis præſcriptio; eſt enim actio judicati perpetua. *l. miles §. perpetua ff. de re judicata.* V. C.

4. *Vi dejicitur*] Ut Cicero indicat *lib* 15. *Epiſt.* in ea, cujus initium eſt, *Puto te jam ſuppudere.* CUJAC. His verbis: *poſtulabimusque, ex qua hereſi vi hominibus armatis dejectus ſis, in eam reſtituere, in hoc interdicto non ſolet addi in hoc anno; quare ſi jam biennium, aut triennium eſt, cum virtuti nuntium remiſiſti delinitus illecebris voluptatis, in integro res nobis erit.* PET. FAB.

rum ſimul occupatarum agit. Sed & ſi medio tempore alio caſu interciderit uſusfructus, æque de perceptis antea fructibus utilis actio tribuitur.

Si fundus, cujus uſusfructus petitur, non a domino poſſideatur, actio redditur. Et ideo ſi de fundi proprietate inter duos quæſtio ſit, fructuarius nihilominus in poſſeſſione eſſe debet: ſatisque ei a poſſeſſore cavendum eſt, quod non ſit prohibiturus frui eum, cui uſusfructus relictus eſt, quamdiu de jure ſuo probet. Sed ſi ipſi uſufructuario quæſtio moveatur, interim uſusfructus ejus offertur: ſed caveri debet de reſtituendo eo, quod ex his fructibus percepturus eſt; vel, ſi ſatis non detur, ipſe frui permittitur. Lex eſt 60. ff. de uſufructu, & quemadmodum quis utatur fruatur.

Si de via, itinere, actu, aquæ ductu agatur, hujusmodi cautio præſtanda eſt, quamdiu quis de jure ſuo doceat, non ſe impediturum agentem, & aquam ducentem, & iter facientem. Quod ſi neget, jus eſſe adverſario agendi, aquæ ducendæ, cavere ſine præjudicio amittendæ ſervitutis debebit, donec quæſtio finietur, non ſe uſurum. Lex eſt 7. ff. de itiner. actuq. privato.

Fructuarius, licet ſuo nomine. Eſt lex 21. ff. quemadmod. ſervit. amittunt.

Sive ad fundum noſtrum facit, vel ex fundo. Lex eſt 23. ff. eod. tit.

Servitute uſus non videtur, niſi is, qui ſuo jure uti ſe credidit: ideoque ſi quis pro via publica, vel pro alterius ſervitute uſus ſit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. Lex eſt ultima ff. eod. titulo.

§. 9. Si inter vicinos ex communi rivo aqua ducatur, induci prius debet ex his vicibus, quibus a ſingulis duci conſuevit: ducenti autem vis fieri prohibetur. Alienam autem aquam uſurpanti nummaria pœna irrogatur: cujus rei cura ad ſolicitudinem Præſidis ſpectat.

§. 10. Redditur interdicti actio, quæ proponitur ex eo, ut quis, quod precario habet, reſtituat. Nam & [1] civilis actio hujus rei, ſicut commodati, competit: eo vel maxime, quod ex beneficio ſuo unusquisque injuriam pati non debet.

§. 11. Precario poſſidere videtur non tantum qui per epiſtolam, vel quacumque alia ratione hoc ſibi concedi poſtulavit, ſed & is, qui nullo voluntatis judicio, patiente tamen domino, poſſidet.

§. 12. Heres ejus, qui precariam poſſeſſionem tenebat, ſi in ea manſerit, magis dicendum eſt, clam videri poſſidere: nullæ enim preces ejus videntur adhibitæ. Et ideo perſecutio ejus rei ſemper manebit, nec interdicto locus eſt.

§. 13. Arbor, quæ in alienas ædes, vel in vicini agrum imminet, niſi a domino ſublucari non poteſt: isque conveniendus eſt, ut eam ſublucet. Quod ſi conventus dominus id facere noluerit, a vicino luxuries ramorum compeſcatur. Id qualiscunque dominus facere non prohibetur.

§. 14. Adverſus eum, qui hominem liberum vinxerit, ſuppreſſerit, incluſerit, operamve, ut id fieret, dederit, tam interdictum, quam legis Fabiæ ſuper ea re actio redditur. Et interdicto quidem id agitur, ut exhibeatur is, qui detinetur: lege autem Fabia, ut etiam pœna nummaria coërceatur.

§. 15. Bene concordans matrimonium ſeparari a patre Divus Pius prohibuit: itemque a patrono libertum, a parentibus filium filiamque: niſi forte quæratur, ubi utilius morari debeat.

§. 16. Omnibus bonis, quæ habet, quæque habiturus eſt, obligatis, nec concubina, nec filius naturalis, nec alumnus, nec ea, quæ in uſu quotidiano habet, obligantur: ideoque de his nec interdictum redditur.

TITULUS VII.

De Obligationibus.

§. 1. Obligationum firmandarum gratia ſtipulationes inductæ ſunt, quæ quadam [2] verborum ſolemnitate concipiuntur: & appellatæ, quod per eas firmitas obligationum conſtringitur: ſtipulum enim veteres firmum appellaverunt.

§. 2. [3] Verborum obligatio inter præſentes, non etiam inter abſentes contrahitur. Quod ſi ſcriptum fuerit inſtrumento, promiſiſſe aliquem, perinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit.

Si ſub una ſignificatione diverſis nominibus ea res, quæ in ſtipulatum deducitur, appellatur, non infirmat obligationem, ſi alter altero verbo utatur.

Si quis viam ad fundum ſuum dari ſtipulatus fuerit, poſtea fundum partemve ejus ante conſtitutam ſervitutem alienaverit, evaneſcit ſtipulatio. Lex eſt 136. ff. de verbor. obligationib.

§. 3. Fructuarius ſervus, ſi quid ex re fructuarii, aut ex operis ſuis adquirit, ad fructuarium pertinet: quidquid autem aliunde, vel ex re proprietarii adquirit, domino proprietatis adquirit.

§. 4. Cum facto promiſſoris res in ſtipulatum deducta intercidit, perinde agi ex ſtipulato poteſt, ac ſi ea res exſtaret. Ideo promiſſor æſtimatione ejus punitur: maxime ſi in dolum quoque ejus concepta fuerit ſtipulatio.

T I-

1. *Civilis actio hujus rei, ſicut commodati*] Vid. ad hæc verba Joſ. Fern. de Retes *lib. 2. Opuſc. ſect. 1. cap. 9. §. 6.*

2. *Verborum ſolemnitate*] Nonnunquam etiam mancipationis ritum acceſſiſſe ex Cicerone *lib. 2. de legg. cap. 20 & 21.* colligere eſt, qua de re plena manu egi in *Diatr. de reb. manc. ſect. 217. ſeqq.*

3. *Verborum obligatio*] Inter præſentes intelligendum eſt. Cujac. Reſcripto Imperatorum *l. 1. C. de contrah. & committ. ſtipulat.* ſecundum quod Paulus reſpondit in *l. Titia §. penult. ff. de V. O.* Pet. Fab. *Juſtinianus tradit in §. ſi ſcriptum 16. de inut. ſtipul.* Cujac. *l. optima C. de contrah. & committ. ſtipulat. §. ult. Inſtit. de fidejuſſor. l. ſciendum 30. ff. V. O.*

TITULUS VIII.

De Novationibus.

§. 1. Non ſolum per nosmetipſos novamus, quod nobis debetur, ſed per eos etiam, per quos ſtipulari poſſumus: veluti per filiumfamilias, vel ſervum, jubendo, vel ratum habendo. ¹ Procurator quoque noſter ex juſſu noſtro receptum eſt ut novare poſſit.

TITULUS IX.

De Stipulationibus.

§. 1. Subſtitutus heres ab inſtituto, qui ſub conditione ſcriptus eſt, utiliter ſibi inſtitutum hac ſtipulatione cavere compellit, ne petita bonorum poſſeſſione res hereditarias deminuat. Hoc enim caſu ex die interpoſitæ ſtipulationis duplos fructus præſtare compellitur. Hujus enim præjudicium a ſuperiore differt, quo quæritur, an ea res, de qua agitur, major ſit centum ſeſtertiis: ideoque in longiorem diem concipitur.

§. 2. Ex die accepti judicii dupli fructus computantur: & tam dantes, quam accipientes, heredes quoque eorum, procuratores, cognitorumque perſonæ, itemque ſponſores eadem ſtipulatione comprehenduntur; eorum quoque, quorum nomine promittitur.

§. 3. Quoties judicatum ſolvi ſtipulatione ſatisdatur, omiſſa ejus ² actio rei judicatæ perſecutionem non excludit.

§. 4. Emancipati liberi præteriti, ſi velint ſe miſcere paternæ hereditati, & cum his, qui in poteſtate remanſerint, communis patris videre hereditatem, antequam bonorum poſſeſſionem petant, de conferendo cavere cum ſatisdatione debebunt. Quod ſi ſatisdare non poſſunt, ſtatim ex fide bonorum confuſionem, excepto peculio caſtrenſi, facere cogendi ſunt.

TITULUS X.

De contrahenda Auctoritate.

§. 1. Ob metum impendentis damni vicinus vicino ſatisdare debet, additis ſponſoribus, ſuper eo, quod damni acciderit.

§. 2. De communi pariete utilitatis cauſa hoc cœpit obſervari, ut ædificet quidem cui ædificare intereſt: cogatur vero ſocius portionis ſuæ impenſas agnoſcere.

TITULUS XI.

De Donationibus.

§. 1. Species extra dotem a matre in honorem nuptiarum præſente filia genero traditæ donationem perfeciſſe videntur.

§. 2. Probatio traditæ, vel non traditæ poſſeſſionis non tam in jure, quam in facto conſiſtit: ideoque ſufficit ad probationem, ſi rem corporaliter teneant.

§. 3. Pater ſi filiofamilias aliquid donaverit, ³ & in ea voluntate perſeverans deceſſerit, morte patris donatio convaleſcit.

§. 4. Cum unius rei in duos donatio confertur, potior eſt ille, cui res tradita eſt. Nec intereſt, poſterior quis, an prior acceperit, ⁴ & exceptæ nec ne perſonæ ſint.

§. 5.

1. *Procurator quoque noſter ex juſſu noſtro*] Adde, vel ratihabitione, quæ juſſui comparatur. V. C.

2. *Actio rei judicatæ perſecutionem non excludit*] Ex hoc eſt, quod Celſus ait, *Judicatum ſolvi ſtipulatione actionem Judicati non novari*, merito; quia hoc ſolum agitur ea ſtipulatione, ut fidejuſſoribus cautum ſit, ut ab obligatione judicati diſcedatur. *l.* 8. §. *idem Celſus ff. de novationib.* V. C.

3. *Et in ea voluntate perſeverans deceſſerit*] Quod tum accidiſſe credimus, cum ea voluntas claruerit, quæ non dubium conſilium teneat, nec incertum, ſed judicium animi tale proferat, ut nulla quæſtio voluntatis poſſit irrepere, ut Conſtant. ait *l.* 4. *C. Theod. de donat.* Talis autem eſt voluntas, quæ ſupremo judicio conſignata eſt, & ſupremis tabulis. Hic autem addere debuiſti, mi Cujaci, quod legitur ex iſto *lib.* 5. *Pauli ſentent. in l. ſi pater* 34. *ff. de donat. in princ.* quando in ejus finem collata eſt ea ſententia, quæ inferius proponitur in §. *ult.* nam cum hic de filiofamilias loquatur, ibi agit de emancipato, cujus filii nomine ſi pater donationis animo pecuniam fœneravit, eamque filius ſtipulatus fuerit, & ipſo jure perfectam eſſe donationem (illico ſcilicet) ambigi non poſſe tradit, hoc ſcilicet ſignificans, non expectandam patris mortem, ut convaleſcat patris morte donatio, quæ non valuerat propter vim, atque vinculum patriæ poteſtatis, quamobrem una eademque perſona cenſetur patris, & filii, cum in ſpecie de filio emancipato ſtatim & ipſo jure valeat donatio velut inter duos, qui ſunt extranei, celebrata. PET. FAB. V. C.

4. *Et exceptæ nec ne perſonæ ſint*] Notum eſt, Cinciam legem ad donationis perfectionem mancipationis vel traditionis (pro natura ſcil. rei donandæ) ſolennitates requiſiviſſe, idque non obſcure indicant tum Antoninus Pius in Conſtitutione, cujus mentio in *l.* 4. *C. Th. de donat.* tum Juſtinianus in *Novella* 162. *cap.* 1. Neutiquam vero induci poſſum, ut Frid. Brummero in *Comm. ad leg. Cinc. cap.* 13. & *ſeq.* adſentiar, exiſtimanti, hanc legis Cinciæ ſanctionem adeo generalem fuiſſe, ut ſeſe ad donationes quibuscunque perſonis factas extenderit. Aliud certe flagitant aperta verba laudati Imperatoris Antonini in *d. l.* 4. adducta. *Valere donationes placet inter liberos & parentes in quocunque ſolo, & cujuslibet rei liberalitas probabitur extitiſſe, licet neque mancipatio dicatur, neque traditio ſubſecuta, ſed nuda tantum voluntas claruerit, &c.* —— *& conlata inter ceteras exceptas Cinciæ legi perſonas obtinere propriam firmitatem, ſive mancipationis decurſa fuerit ſolennitas, vel certe res tradita doceatur.* Ex hiſce enim adparet, Cinciam legem a generali ſua ſanctione ſimul excepiſſe certas quasdam perſonas (& ut probabile eſt, conjunctas) quæ abſque mancipatione vel traditione ſibimet donare poterant; quas inter tamen non numeravit conjunctiſſimas; nam inter liberos & parentes adhuc Nervæ Imp. tempore mancipationem in donatione rei mancipi requiſitam fuiſſe ex Plinio *lib.* 10. *epiſt.* 3. recte obſervavit Brummerus, imo in donatione mortis cauſa a conjuge alteri conjugi facta etiam traditionem per ipſam legem Cinciam requiſitam fuiſſe innuere mihi videtur Imp. Juſtinianus *d. Nov.* 162. Eatenus ergo legi Cinciæ derogavit Antoninus Pius, quatenus in donatione inter liberos & parentes nudam voluntatem, aſt e contrario inter cæteras perſonas conjunctas, & in lege Cincia enumeratas, (æque ac inter extraneas) mancipationem vel traditionem requiſivit. Quam Antonini Conſtitutionem confirmarunt tum Imp. Conſtantinus *d. l.* 4. & 5. tum hujus filii Conſtantius & Conſtans *l.* 6. & 7. *Cod. Theod. eod.* Quoniam vero ſanctionem legis Cinciæ generalem fuiſſe exiſtimat Brummerus, mirum in modum ſeſe torquet, ut dicta *l.* 4. verba *exceptas legi Cinciæ perſonas* explicet, eaque ad alterum legis Cinciæ caput de modo donationis, a quo perſonæ conjunctæ exemtæ eſſent, referre nullus dubitat. Verum hæc explicatio, uti verbis Imp. Antonini, quæ de quantitate rei donatæ ne γρὺ quidem memorant, parum accommodari poteſt, ita ſua ſponte corruet, ubi oſtendero, totum illud capitulum Legis Cinciæ de modo donationis ſuppoſititium, & ex cerebro Cujacii, quem nimis temere ſecuta eſt univerſa JCtorum Reſpublica, enatum eſſe, qua de re ad Ulpian. *Fragm. Tit.* 1. *in princ.* dicendi locus erit. MEERMAN.

§. 5. [1] Invitus donator de evictione rei donatæ promittere non cogitur: nec eo nomine, ſi promiſerit, oneratur: quia lucrativæ rei poſſeſſor ab evictionis actione ipſa juris ratione depellitur.

Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam fœneravit; eamque filius ſtipulatus: & ipſo jure perfectam donationem ambigi non poteſt. Ex l. 34. ff. hoc titulo.

§. 6. [2] Ei, qui aliquem a latrunculis vel hoſtibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur: ſi tamen donatio, & non merces eximii laboris appellanda eſt: [3] quia contemplationem ſalutis certo modo æſtimari non placuit.

TITULUS XII.

De Jure Fiſci & Populi.

In fraudem fiſci non ſolum per donationem, ſed quocumque modo res alienatæ revocantur. Idemque juris eſt, & ſi non quæratur: æque enim in omnibus fraus punitur.

Bona eorum, qui in cuſtodia, vel in vinculis, vel compedibus deceſſerunt, heredibus eorum non auferuntur, ſive teſtato, ſive inteſtato deceſſerunt.

Ejus bona, qui ſibi mortem conſcivit, non ante ad fiſcum coguntur, quam prius conſtiterit, cujus criminis gratia manus ſibi intulerit. Ex lege 45. pr. §. 1. & 11. ff. de jur. fiſc.

§. 1. Ejus bona, qui ſibi ob aliquod admiſſum flagitium mortem conſcivit, fiſco vindicantur. Quod ſi id tædio vitæ, aut pudore æris alieni, vel valetudinis alicujus impatientia hoc admiſit, non inquietabuntur: ſed ordinariæ ſucceſſioni relinquentur.

A debitore fiſci in fraudem datas libertates retrahi placuit. Sane ipſum ita ab alio emere mancipium, ut manumittat, non eſt prohibitum. Ergo tunc & libertatem præſtare poſſit. Eſt ex eadem lege 45. §. 3. ff. de jure fiſc.

§. 2. Et etiam velut indigno aufertur hereditas, qui adfinem vel cognatum, cui ipſe ab inteſtato ſucceſſurus erat, teſtamentum facere prohibuit, aut ne jure ſubſiſteret operam dedit.

Portioneſque eorum fiſco vindicantur, qui mortem libertorum ſuſpecto decedentium non defenderunt: omnes enim heredes, vel eos, qui loco heredis ſunt, officioſe agere circa defuncti vindictam convenit. Lex eſt 21. ff. de his, quæ ut indign. auferunt.

§. 3. Si pater, vel dominus id teſtamentum, quo filius ejus vel ſervus heredes inſtituti ſunt, aut legatum acceperunt, falſum redarguant, nec obtineant, fiſco locus eſt.

§. 4. Ætati ejus, qui accuſat teſtamentum, ſi non obtineat, ſuccurri ſolet in id, quod ita amiſit: maxime ſi tutoris aut curatoris conſilio actio inſtituta ſit.

Minor viginti quinque annis omiſſam allegationem per in integrum reſtitutionis auxilium repetere poteſt. Lex eſt 36. ff. de minor. viginti quinque ann.

§. 5. In ea Provincia, ex qua quis originem ducit, officium fiſcale adminiſtrare prohibetur, ne aut gratioſus, aut calumnioſus apud ſuos eſſe videatur.

§. 6. Quoties ſine auctoritate judicati officiales alicujus bona occupant, vel deſcribunt, vel ſub obſervatione eſſe faciunt, adito procuratore injuria ſubmovetur: & rei hujus auctores ad Præfectos Prætorio puniendi mittuntur.

§. 7. Litem in perniciem privatorum fiſco donari non oportet, nec ab eodem donatum ſuſcipi.

§. 8. [4] Imperatorem litis cauſa heredem inſtitui invidioſum eſt: nec enim calumniandi facultatem ex Principali majeſtate capi oportet.

§. 9. [5] Ex nuda pollicitatione nulla actio naſcitur. ideoque eius bona, qui ſe heredem Imperatorem facturum eſſe jactaverat, a fiſco occupari non poſſunt.

Ex imperfecto teſtamento legata, vel fideicommiſſa Imperatorem vindicare inverecundum eſt: decet enim tantæ majeſtati eas ſervare leges, quibus ipſe ſolutus videtur. Lex eſt 23. ff. de legat. lib. 3.

Quod ſi ea bona, ex quibus Imperator heres inſtitutus eſt, ſolvendo non ſint, re perfecta conſulitur Imperator: heredis enim inſtituti in adeundis, vel repudiandis hujuſmodi hereditatibus voluntas exploranda eſt. Lex eſt 2. ff. de offic. procurat. Cæſar. vel rational.

§. 10. Privilegium fiſci eſt, inter omnes creditores primum locum tenere.

1. *Invitus donator*] Vid. ad hunc §. Hieron. de Oroz in *Aſſe Jur. Civ. lib. 3. cap. 11. num. 9.* & Joſ. Fern. de Retes in *Acad. Relect. de Donat. cap. 8. num. 9.*

2. *Ei, qui aliquem a latrunculis*] *Hæc donatio irrevocabilis eſt, ſi tamen donatio, non merces laboris eximii appellanda eſt.* CUJAC. Ego ſcriptum malim, *ſi hoc donatio*, vel, *ſi tamen hoc donatio.* &c. nam ſubjicitur *quod contemplatione.* V. C.

Sic ſæpe Cic. *pro Cluentio.* CUJAC. Sic & Plinius *Panegyrico Trajani fol. 318. quam diſſimilis nuper alterius Principis tranſitus, ſi tamen tranſitus ille non populatio fuit; cum abactus hoſpitum exerceret.* Quem locum perperam ita immutat Lipſius *epiſt. 15. lib. 5.* ut reponat, *principis tranſitus ille imo populatio.* V. C.

3. *Quia contemplationem ſalutis certo modo æſtimari non placuit*] Malim, *quod contemplatione*, ut in *d. l. penult. §. ult. de donat.* ut *quod* referatur ad id quod datum eſt; quamquam & illud *quia* ferri poterit, ut donationem ſubintelligamus: quod ſi legas *quem?* ut ad laborem referatur? Sic placet, ut & notavi ad *l. libertatis 176. §. 1. ff. de Reg. Jur.* PET. FAB. V. C.

4. *Imperatorem litis cauſa heredem inſtitui invidioſum eſt*] Plinius in *Trajani Panegyr. In eodem genere ponendum eſt, quod teſtamenta noſtra ſecura ſunt, nec unus omnium nunc quia ſcriptus heres, non tu falſis, non tu iniquis tabulis advocaris. Nullius ad te iracundia, nullius impietas, nullius furor confugit, nec quia offendit alius, nuncuparis, ſed quia ipſe meruiſti, ſcriberis ab amicis, ab ignotis præteriris: nihilque inter privatum, & Principem intereſt, niſi quod nunc a pluribus amaris, nam & plures amas.* Tacitus de Tiberio *lib. 2. Annal. Neque hereditatem cujuſquam adiit, niſi cum amicitia meruiſſet. Ignotos & aliis infenſos eoque Principem nuncupantes procul arcebat.* PET. FAB.

5. *Ex nuda pollicitatione*] Fiſco jus vindicandæ hereditatis competit. CUJAC. Domitiani tamen temporibus, ut eſt apud Sueton. *cap. 12. confiſcabantur alieniſſimæ hereditates, vel exiſtente uno qui diceret, audiſſe ſe ex defuncto cum viveret heredem ſibi Cæſarem eſſe.* Vide quæ ſcripſi ad *l. ult. ff. de teſtament.* PET. FAB.

Ibid.] Hoc eſt, quod ajunt Impp. nuda pollicitatione ad præſtanda ea, quæ promiſerat, urgeri quemquam non ſemper jura permittunt. *l. nuda C. de contrah. & committ. ſtipulat.* V. C.

§. 11. Quicumque a fiſco convenitur, non ex indice, vel exemplo alicujus ſcripturæ, ſed ex authentico conveniendus eſt: & ſi contractus fides poſſit oſtendi. Cæterum calumnioſam ſcripturam vim juſtæ petitionis in judicio obtinere non convenit.

§. 12. Ejus bona, qui falſam monetam percuſſiſſe dicitur, fiſco vindicantur. Quod ſi ſervi ignorante domino id feciſſe dicantur, ipſi quidem ſummo ſupplicio afficiuntur; domino tamen nihil auſertur, [1] quia pejorem domini cauſam ſervi facere, niſi ſorte ſcierit, omnino non poſſunt.

Ex his bonis, quæ ad fiſcum delata ſunt, inſtrumenta vel chirographa, acta etiam ad jus privatorum pertinentia reſtitui poſtulantibus convenit.

Neque inſtrumenta, neque acta a quoquam adverſus fiſcum edi oportet.

Ipſe autem fiſcus actorum ſuorum exempla hac conditione edit, ut ne is, cui deſcribendi ſit poteſtas, adverſus ſe, vel Rempublicam his actis utatur: de quo cavere compellitur, ut ſi uſus is contra interdictum fuerit, cauſa cadat.

Quoties apud fiſcum agitur, actorum poteſtas poſtulanda eſt, ut merito iis uti liceat, eaque manu commentarienſis adnotanda ſunt. Quod ſi ea aliter proferantur, is, qui ita protulerit, cauſa cadit.

Quoties iterum apud fiſcum eadem cauſa tractatur, priorum actorum, quorum uſus non fuerat poſtulatus, ex officio recitatio jure poſcetur.

Qui pro alio a fiſco conventus debitum exſolvit, non inique poſtulat perſecutionem bonorum ejus, pro quo ſolvit: in quo etiam adjuvari per officium ſolet.

Fiſcalibus debitoribus petentibus ad comparandam pecuniam dilationem negari non placuit. Cujus rei æſtimatio ita arbitrio judicantis conceditur, ut in majoribus ſummis non plus quam tres menſes; in minoribus vero non plus quam duo prorogentur: prolixioris autem temporis ſpatium ab Imperatore poſtulandum eſt.

Si principalis rei bona ad fiſcum devoluta ſint, fidejuſſores liberantur: niſi ſorte minus idonei ſint, & in reliquum non exſolutæ quantitatis acceſſerint.

Si plus ſervatum eſt ex bonis debitoris a fiſco diſtractis, jure ac merito reſtitui poſtulatur.

Conductor ex ſundo fiſcali nihil transferre poteſt: nec cupreſſi materiam vendere, vel olivæ, non ſubſtitutis aliis: cæteraſque arbores pomiferas cædere: &, facta ejus rei æſtimatione, in quadruplum convenitur.

Minoribus viginti quinque annis neque fundus, neque vectigalia locanda ſunt: ne adverſus ea beneficio ætatis utantur. Ex lege 45. §. 4. & ſeqq. ff. hoc tit.

Locatio vectigalium, quæ calor licitantis ultra modum ſolitæ conductionis inflavit, ita demum admittenda eſt, ſi fidejuſſores idoneos, & cautionem is, qui licitatione vicerit, offerre paratus ſit.

Ad conducendum vectigal invitus nemo compellitur. Et ideo impleto tempore conductionis elocanda ſunt.

Reliquatores vectigalium ad iterandam conductionem, antequam ſuperiori conductioni ſatisfaciant, admittendi non ſunt.

Debitores fiſci itemque Reipublicæ vectigalia conducere prohibentur, ne ex alia cauſa eorum debita onerentur: niſi ſorte tales fidejuſſores obtulerint, qui debitis eorum ſatisfacere parati ſint.

Socii vectigalium, ſi ſeparatim partes adminiſtrent, alter ab altero minus idoneo in ſe portionem transferre jure deſiderat.

Quod illicite publice privatimque exactum eſt, cum altero tanto paſſis injuriam exſolvitur. Per vim vero extortum cum pœna tripli reſtituitur. Amplius extra ordinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicæ diſciplinæ poſtulat.

Earum rerum vectigal, quarum nunquam præſtitum eſt, præſtari non poteſt. Quod ſi præſtari conſuetum indiligentia publicani omiſerat, alius exercere non prohibetur.

Res exercitui paratas præſtationi vectigalium ſubjici non placuit.

Fiſcus ab omnium vectigalium præſtationibus immunis eſt. Mercatores autem, qui de fundis fiſcalibus mercari conſuerunt, nullam immunitatem ſolvendi publici vectigalis uſurpare poſſunt. Lex eſt 9. ff. de publican. & vectigalib. & commiſſ.

Cotem ferro ſubigendo neceſſariam hoſtibus quoque venundari, ut ferrum, & frumentum, & ſales, non ſine periculo capitis licet.

Agri publici, qui in perpetuum locantur, a curatore ſine auctoritate Principali revocari non poſſunt.

Dominus navis, ſi illicite aliquid in nave vel ipſe, vel vectores impoſuerint, navis quoque fiſco vindicatur. Quod ſi abſente domino id a magiſtro, vel gubernatore, aut proreta, nautave aliquo factum ſit, ipſi quidem capite puniuntur commiſſis mercibus, navis autem domino reſtituitur.

Illicitarum mercium perſecutio heredem quoque adfligit.

Eam rem, quæ commiſſo vindicata eſt, dominus emere non prohibetur, vel per ſe, vel per alios, quibus hoc mandaverit.

Qui maximos fructus ex redemptione vectigalium conſequuntur, ſi poſtea tanto locari non poſſunt, ipſi ea prioribus penſionibus ſuſcipere compelluntur. Lex eſt 11. ff. eod. tit. de publican. & vectigal. & commiſſ.

Si quis aliquid ex metallo Principis, vel ex moneta ſacra furatus ſit, pœna metalli & exſilii punitur. Eſt ex lege 38. princ. ff. de pœnis.

TITULUS XIII.

[2] *De Delatoribus.*

§. 1. Omnes omnino deferre alterum, & cauſam pecuniariam fiſco nuntiare pro-

1. *Quia pejorem domini cauſam ſervi facere*] Id eſt conditionem. Contra vero Rævardus putat, & a *conditione cauſam* ſeparat, *ad l.* 133. *de R. J.* ſed fallitur. V. C.

2. *De delatoribus*] Tacitus de Tiberii temporibus loquens *lib.* 4. ſic, *delatores genus hominum publico exitio repertum, & pœnis nunquam ſatis quidem coercitum per præmia eliciebantur.* De Domitiano ſic Sueton. *cap.* 9.

prohibentur. Nec refert, mares iſtud, an fœminæ faciant; ſervi, an ingenui, an libertini; an ſuos, an extraneos deferant: omni enim modo puniuntur.

§. 2. Servi fiſcales, qui cauſam domino prodere, ac nuntiare contendunt, deferre non videntur. Subornati ſane eum prodere coguntur, qui, quod per ſe non poteſt, per alium deferat. Perinde autem ſubornatores ac delatores puniuntur.

§. 3. Damnati ſervi, ſive poſt ſententiam, ſive ante ſententiam dominorum facinora confeſſi ſint, nullo modo audiuntur, niſi forte reos deferant majeſtatis.

TITULUS XIV.

De Quæſtionibus habendis.

§. 1. In criminibus eruendis quæſtio quidem adhibetur; ſed non ſtatim a tormentis incipiendum eſt: ideoque prius argumentis quærendum eſt: & ſi ſuſpicione aliqua reus [1] urgueatur, adhibitis tormentis de ſociis & ſceleribus ſuis confiteri compellitur.

§. 2. Unius facinoris plurimi rei ita audiendi ſunt, ut ab eo primum incipiatur, qui timidior, & teneræ ætatis eſſe videatur.

Reus evidentioribus argumentis oppreſſus repeti in quæſtionem poteſt: maxime ſi in tormenta animum corpuſque duraverit.

In ea cauſa, in qua nullis reus argumentis urguebatur, tormenta non facile adhibenda ſunt: ſed inſtandum accuſatori, ut id, quod intendat, comprobet atque convincat.

Teſtes torquendi non ſunt, convincendi mendacii, aut veritatis gratia; niſi cum facto interveniſſe dicuntur. Ex lege 18. §. 1. 2. 3. ff. de quæſtion.

TITULUS XV.

De Teſtibus.

§. 1. Suſpectos gratiæ teſtes, & eos vel maxime, quos accuſator de domo produxerit, vel vitæ humilitas infamaverit, interrogari non placuit: in teſtibus enim & vitæ qualitas ſpectari debet, & dignitas.

§. 2. In adfinem vel cognatum inviti teſtes interrogari non poſſunt.

§. 3. [2] Adverſus ſe invicem parentes & liberi, itemque liberti nec volentes ad teſtimonium admittendi ſunt: quia rei veræ teſtimonium neceſſitudo perſonarum plerumque corrumpit.

§. 4. [3] Teſtes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adverſus ſcripturam interrogari non poſſunt.

§. 5. Hi, qui falſo, vel varie teſtimonia dixerunt, vel utrique parti prodiderunt, aut in exſilium aguntur, aut in inſulam relegantur, aut curia ſubmoventur.

§. 6. In re pecuniaria tormenta, niſi cum de rebus hereditariis quæritur, non adhibentur. Aliæ autem jurejurando, aut teſtibus explicantur.

TITULUS XVI.

De Servorum Quæſtionibus.

§. 1. Servum de facto ſuo in ſe interrogari poſſe, ratio æquitatis oſtendit: nec enim obeſſe ei debet, qui per ſervum aliquid ſine cautione commodat, aut deponit.

§. 2. Judex tutelaris, itemque Centumviri, ſi aliter de rebus hereditariis, vel de fide generis inſtrui non poſſunt, [4] poterunt de ſervis hereditariis habere quæſtionem.

§. 3. Servi alieni in alterius caput non niſi ſinguli torqueri poſſunt. Et hoc invito domino non eſt permittendum, niſi delator, cujus intereſt, quod intendit, probare, pretia eorum, quanti dominus taxaverit, inferre ſit paratus, vel certe deterioris facti ſervi ſubire taxationem.

§. 4. [5] Servo, qui ultra aliquid de domino confitetur, fides non accommodatur: nec enim oportet in rebus dubiis ſalutem dominorum ſervorum arbitrio committi.

§. 5. Servi in caput domini neque a Præſide,

9. *fiſcales calumnias magna calumniantium pœna repreſſit: proferebaturque vox ejus. Princeps, qui delatores non caſtigat, irritat: delatores autem, id eſt calumniatores.* Sic enim id verbi plerumque exaudiendum eſt, ut in l. *noſtris C. de calumniator.* ubi ſcripſi, & apud Sueton. eundem, cum in *Tito Veſpaſiano* ſic ſcribit *cap.* 8. *inter adverſa temporum, & delatores, mandatoreſque erant ex licentia veteri &c.* Vide alios de delat. locos a me adnotatos ad *Plinium in Trajani Panegyrico pag.* 328. & 329. vide & quæ ad Briſſonii *Lexicon* ſcripſi in *delatores*. Ad delatores pertinet quod Philo ſcribit ſub initium *lib.* 3. *de vita Moſis fol.* 411. [illegible] (malim [illegible]) [illegible] &c. V. C.

1. *Urgueatur*] pro *urgeatur* vid. Ludov. d'Orleans ad *lib.* 2. *Annal. Taciti volum.* 235. *a.*

2. *Adverſus ſe invicem*] Quæ etiam ex hoc loco demenda cenſeo. CUJAC. Perperam, ut opinor. Neceſſitudo enim non ad jus ſanguinis modo, ſed & ad familiaritatis jus, quod inter domeſticos intercedit, referri poteſt; qua de re ſcripſi ad *l. non eſt ſingulis* 176. §. *ult. ff. de R. J.* PET. FAB.

3. *Teſtes*] Vid. ad hunc §. Franc. Davydargenté in *not. jur. ſelect. tit. de condict. indeb. fol.* 265. *a.*

4. *Poterunt de ſervis hereditariis habere quæſtionem*] Demoſthenes [illegible] *pag.* 72. [illegible] &c. [illegible] Judex igitur tutelæ actioni additus, cum neque inventaria, neque auctionalia proferrentur, eo remedio uti debet ex D. Severi decreto, ut rationes a ſervis, qui rem geſſerant, conſcriptæ proferantur. Has rationes ſi eſſe a ſervis mala fide conſcriptas tutores dicunt, etiam in quæſtionem interrogari ſervi poterunt, idque officio judicis convenire placuit, ut de ſervis interrogationes, & quæſtiones habeantur. *l.* 1. §. *officio ff. de tutelæ & rat. diſtrah.* PET. FAB.

5. *Servo, qui ultra aliquid*] Alexis. [illegible] CUJAC. Lyſias [illegible] pag. 109. [illegible] &c. [illegible] Cornelius Tacitus *lib.* 14. ſic Caſſium loquentem facit: *ſuſpecta majoribus noſtris fuerunt ingenia ſervorum, etiam cum in agris, aut domibus iiſdem naſcerentur, charitatemque dominorum ſtatim acciperent &c.* Macrobius *lib.* 1. *ſaturnalium cap.* 11. *unde putas arrogantiſſimum illud manaſſe proverbium quod jactatur, totidem nobis hoſtes eſſe, quot ſervos: non habemus illos hoſtes, ſed facimus &c.* Idem ſcribit Seneca *epiſt.* 47. *lib.* 6. vide Appianum *lib.* 1. *de bello civili.* V. C.

de, neque a Procuratore, neque in pecuniariis, neque in capitalibus cauſis interrogari poſſunt.

§. 6. Communis ſervus in caput alterius ex dominis torqueri non poteſt.

§. 7. Qui ſervum ideo comparavit, ne in ſe torqueretur, reſtituto pretio poterit interrogari.

§. 8. Servus in caput ejus domini, a quo diſtractus eſt, cuique aliquando ſervivit, in memoriam prioris domini interrogari non poteſt.

Servus nec ſi a domino ad tormenta offeratur, interrogandus eſt.

Sane quoties quæritur, an ſervi in caput domini interrogandi ſint, prius de eorum dominio oportet inquiri. Eſt ex lege 18. §. 7. & 8. ff. de quæſtionib.

§. 9. Si ſervus ad hoc fuerit manumiſſus, ne torqueatur, quæſtio de eo nihilominus haberi poteſt.

§. 10. Quæſtioni ejus latronis, quem quis obtulit, cum de eo confiteretur, fidem accommodari non convenit: niſi id forte velandæ conſcientiæ ſuæ gratia, quam cum reo habuit, feciſſe doceatur.

§. 11. [1] Neque accuſator per alium accuſare, neque reus per alium defendi poteſt: niſi ingratum libertum patronus accuſet, aut rei abſentia defendatur.

Alii propter ſuſpicionem calumniæ: ut illi, qui falſum teſtimonium ſubornati dixerunt. Lex eſt 9. ff. de accuſationib. & inſcriptionib.

§. 12. Si pecunia data judici reus abſolutus eſſe dicatur, idque in eum fuerit comprobatum, ea pœna damnatur Judex, qua reus damnari potuiſſet.

§. 13. In convictum reum, ſive torqueri poſſit, ſive non poſſit, pro modo admiſſi ſceleris ſtatuendum eſt.

§. 14. Reis ſuis edere crimina accuſatores cogendi ſunt: ſcire enim oportet, quibus ſint criminibus reſponſuri.

Cogniturum de criminibus Præſidem oportet ante diem palam facere, cuſtodias ſe auditurum: ne hi, qui defendendi ſunt, ſubitis accuſatorum criminibus opprimantur: quamvis defenſionem quocumque tempore, poſtulante reo, negari non oportet: adeo ut propterea & differantur, & proferantur cuſtodiæ.

Cuſtodiæ non ſolum pro tribunali, ſed & de plano audiri poſſunt, atque damnari. Ex lege 18. §. 9. 10. ff. de quæſt.

In pecuniariis cauſis omnis dilatio ſingulis cauſis plus ſemel tribui non poteſt. In capitalibus autem reo tres dilationes, accuſatori duæ dari poſſunt: ſed utrumque cauſa cognita. Lex eſt ult. ff. de feriis & dilationib. &c.

TITULUS XVII.

De Abolitionibus.

§. 1. Abolitio eſt deletio, oblivio, vel extinctio accuſationis.

• §. 2. Poſt abolitionem publicam a delatore ſuo reus intra triceſimum diem repeti poteſt: poſtea non poteſt.

§. 3. [2] Summa ſupplicia ſunt crux, crematio, [3] decollatio. Mediocrium autem delictorum pœnæ ſunt, metallum, ludus, deportatio. Minimæ, relegatio, exſilium, [4] opus publicum, vincula. Sane qui ad gladium dantur, [5] intra annum conſumendi ſunt.

TITULUS XVIII.

De Abactoribus.

§. 1. Abactores ſunt, qui unum equum, duas equas, totidemque boves, vel capras decem, aut porcos quinque abegerint. Quidquid vero intra hunc numerum fuerit ablatum, [6] pœna furti pro qualitate ejus, aut in duplum, aut in triplum convenitur: vel fuſtibus cæſus in opus publicum unius anni datur, [7] aut ſub pœna vinculorum domino reſtituitur.

§ 2.

1. *Neque accuſator per alium accuſare*] Sed in eo §. *publice* malim *abſentiam excuſantem*, potius quam *innocentiam excuſantem*. Cujac. Imo excuſari dicitur quod allegatur, ut in Briſſonii Lexico pluribus doceo. Et per procuratorem abſentis defendi innocentia poteſt in iis capitalibus cauſis, & publicis criminibus, quorum ordinaria pœna, & legitima relegationem non egreditur. Periniquum enim videatur eſſe, ut in iis quidem damnari quis ea pœna poſſit, qui abeſt. *l. abſentem ff. de pœnis.* Defendi autem vel excuſari non poſſit, ut recte, ac humane Accurſius notat ad *d. l.* 1. §. *an per alium cauſæ appel. redd. poſſ.* præterea defendit quem, non modo, qui factum & admiſſum negat, verum etiam qui fatetur, ſed excuſat: eumque qui admiſerit nihilominus innocentem eſſe, atque adeo abſolvi debere, aut certe levius puniendum, quod non ſponte, ſed neceſſitate quadam aliquod crimen in ſe admiſerit, aſſeverat. Pet. Fab.

2. *Summa ſupplicia ſunt crux*] Ut Plutarchus ſcribit in *Catone*. Cujac. Uticenſi, vide Suetonium in *Julio cap.* 14. & Plutarchum in *Cicerone*. V. C.

Non fuſtibus. Cujac. Domitianus, ut eſt apud Suetonium *cap.* 8. imperavit, ſtupratores virgis in comitio ad necem cædi. V. C.

Hoc enim diſtat a cæteris, qui (ſic lego) *inſtituuntur venatores aut purrichari.* Cujac. Mutavit deinde ſententiam Cujacius, quem vide *cap.* 10. *lib.* 13. *obſervat.* V. C.

Aut geſticulatores non item. Cujac. Retinent igitur libertatem, ſed & civitatem, & legitimam ſucceſſionem. Atque hæc differentia inter damnatos in arenam, & arenarios ſua ſponte conſtitutos proponitur in *l. in arenam C. de inoff. teſt.* V. C.

Ad hæc damnatos in gladiatorium Paulus ait intra annum eſſe conſumendos. Cujac. Imo non damnatos in ludum gladiatorium, quos Ulpianus alicubi poſt tempus & rudem accipere, & pileari ſolere tradit, ſed datos ad gladium vel ſtatim, vel intra annum conſumendos & Paulus hoc loco, & Ulpianus tradunt; ſed vide *l. ult. Cod. ad L. Fab. de plagiariis.* V. C.

Qui deeſſe negationem in P. Florent. arbitrantur. Cujac. Mutavit ſententiam Cujacius, ut videre eſt *cap.* 25. *lib.* 6. *obſervat.* V. C.

3. *Decollatio*] Apud Calliſtratum eſt, *capitis amputatio.* Diomedes *lib.* 1. *Decollo, decollavi.* Hoc verbum apud veteres *decipio* ſignificat, ut apud Plautum, *una eſt, quæ decollavit.* Item Lucill. *lib.* 12. *quibus fructibus me decollavi.* Quæ ſignificatio apud Feneſtellam aliter invenitur in *lib. Epitomarum. Quemadmodum Cæſar a piratis captus ſit, utque eos poſtea ceperit, & decollaverit.* Veteres autem *ſecuri cæſos* dicebant. Hoc notavit Briſſ. *lib.* 4. *de V. S.* V. C.

4. *Opus publicum, vincula*] Publica. *tit.* 21. *infra.* *æterna vincula* vocat Valerius Max. ubi de Vatinio *cap.* 30. *lib.* 6. V. C.

5. *Intra annum conſumendi ſunt*] Vide, quæ ex Ulp. ſcripſi ad *cap.* 4. *lib.* 1. *ſemeſtr.* V. C.

6. *Pœna furti pro qualitate ejus*] furtum enim eſt revera, & ideo Martialis *lib.* 6.

Non de vi, neque cæde, nec veneno,
Sed lis eſt mihi de tribus capellis,
Vicini queror has abeſſe furto.
Hoc judex ſibi poſtulat probari. V. C.

7. *Aut ſub pœna vinculorum domino reſtituitur*] Cæſus flagellis. *l. in ſervorum ff. de pœnis.* & ſi a domino non recipiatur, venundari, & ſi emptorem non invenerit, in opus publicum perpetuum dabitur, ut eſt in *d. l. in ſervorum.* V. C.

§. 2. Atroces pecorum abactores plerumque ad gladium, vel in metallum, nonnunquam autem in opus publicum dantur. Atroces autem ſunt, qui equos & greges ovium de ſtabulo, vel de paſcuis abigunt, vel ſi id ſæpius, aut a ferro conducta manu faciunt.

§. 3. Si ea pecora, de quibus quis litigat, abegerit, ad forum remittendus eſt: atque ita convictus, in duplum, vel in triplum furis more damnatur.

§. 4. Qui bovem, vel equum errantem, quodve aliud pecus abduxerit, furem magis eum, quam abigeatorem conſtitui placuit.

TITULUS XIX.

De Sacrilegis.

§. 1. Qui noctu manu facta prædandi, ac depopulandi gratia templum irrumpunt, beſtiis objiciuntur. Si vero per diem leve aliquid de templo abſtulerint, vel deportantur honeſtiores, vel humiliores in metallum damnantur.

Rei ſepulchrorum violatorum, ſi corpora ipſa extraxerint, vel oſſa eruerint, humilioris quidem fortunæ ſummo ſupplicio adficiuntur; honeſtiores in inſulam deportantur: alias autem relegantur, aut in metallum damnantur. Lex eſt ult. ff. de ſepulchr. violat.

TITULUS XX.

De Incendiariis.

* §. 1. *Incendiarii, qui quid in oppido prædandi cauſa faciunt, capite puniuntur.*

* §. 2. *Qui caſam, aut villam inimicitiarum gratia incenderunt, humiliores in metallum, aut in opus publicum damnantur, honeſtiores in inſulam relegantur.*

* §. 3. *Fortuita incendia, quæ caſu venti ferente, vel incuria ignem ſupponentis ad usque vicini agros evadunt, ſi ex eo ſeges, vel vinea, vel olivæ, vel fructiferæ arbores concrementur, datum damnum æſtimatione ſarciatur.*

* §. 4. *Commiſſum vero ſervorum, ſi domino videatur, noxæ deditione ſarciatur.*

* §. 5. *Meſſium ſane per dolum incenſores, vinearum, olivarumve, aut in metallum humiliores damnantur, aut honeſtiores in inſulam relegantur.* Ex Collat. leg. Moſaic. & Rom. tit. 12.

§. 6. Qui noctu fructiferas arbores manu facta ceciderint, ad tempus plerumque in opus publicum damnantur, aut honeſtiores damnum ſarcire coguntur, vel curia ſubmoventur, vel relegantur.

TITULUS XXI.

De Vaticinatoribus, & Mathematicis.

§. 1. Vaticinatores, qui ſe Deo plenos adſimulant, idcirco civitate expelli placuit, ne humana credulitate publici mores ad ſpem alicujus rei corrumperentur, vel certe ex eo populares animi turbarentur. Ideoque primo fuſtibus cæſi civitate pelluntur: perſeverantes autem in vincula publica conjiciuntur, aut in inſulam deportantur, vel certe relegantur.

§. 2. Qui novas, & uſu vel ratione incognitas religiones inducunt, ex quibus animi hominum moveantur, honeſtiores deportantur, humiliores capite puniuntur.

§. 3. Qui de ſalute Principis, vel de ſumma Reipublicæ Mathematicos, ariolos, aruſpices, vaticinatores conſulit, cum eo, qui reſponderit, capite punitur.

§. 4. Non tantum divinatione quis, ſed ipſa ſcientia ejusque libris melius fecerit abſtinere. Quod ſi ſervi de ſalute dominorum conſuluerint, ſummo ſupplicio, [3] id eſt, cruce adficiuntur. Conſulti autem ſi reſponſa dederint, aut in metallum damnantur, aut in inſulam deportantur.

TITULUS XXII.

De Seditioſis.

§. 1. Auctores ſeditionis & tumultus, vel concitatores populi, pro qualitate dignitatis, aut in crucem tolluntur, aut beſtiis objiciuntur, aut in inſulam deportantur.

§. 2. Qui terminos effodiunt, vel exarant, arboresve terminales evertunt, vel qui convellunt bodones, ſi quidem id ſervi ſua ſponte fecerint, in metallum damnantur: humiliores in opus publicum, honeſtiores in inſulam amiſſa tertia parte bonorum relegantur, aut exſulare coguntur.

§. 3. Cives Romani, qui ſe Judaico ritu, vel ſervos ſuos circumcidi patiuntur, bonis ademptis in inſulam perpetuo relegantur. Medici capite puniuntur.

§. 4. Judæi, ſi alienæ nationis comparatos ſervos circumciderint, aut deportantur, aut capite puniuntur.

Qui nondum viripotentes virgines corrumpunt, humiliores in metallum damnantur, honeſtiores in inſulam relegantur, aut in exſilium mittuntur.

Qui ſe ſuis nummis redemptum non probaverit, libertatem petere non poteſt: amplius eidem domino ſub pœna vinculorum redditur: vel, ſi ipſe dominus malit, in metallum damnatur. Ex lege 38. §. 3. & 4. ff. de pœn.

TITULUS XXIII.

Ad Legem Corneliam de Sicariis, & Veneficis.

§. 1. Lex Cornelia pœnam deportationis infligit eis, qui hominem occiderint, ejusve rei cauſa, furtive faciendi cum telo fuerint: & qui venenum hominis necandi cauſa habuerint, vendiderint, paraverint: falſumve teſtimonium dixerint, quo quis periret, mor-

3. *Id eſt, cruce adficiuntur*] Quæ ſervile ſupplicium eſt. V. C.

mortisve cauſam præſtiterint. [1] Quæ omnia facinora in honeſtiores pœna capitis vindicari placuit: humiliores vero aut in crucem tolluntur, aut beſtiis objiciuntur.

§. 2. *Homicida eſt, qui aliquo genere teli hominem occidit, mortisve cauſam præſtitit.* Ex Coll. leg. Moſaic. & Rom. tit. 1.

§. 3. Qui hominem occiderit, aliquando abſolvitur: & qui non occidit, ut homicida damnatur: conſilium enim uniuscujusque, non factum puniendum eſt. Ideoque qui, cum vellet occidere, id caſu aliquo perpetrare non potuerit, [2] ut homicida punietur: & is, qui caſu jactu teli hominem imprudenter occiderit, abſolvitur.

* §. 4. *Quod ſi in rixa percuſſus homo fuerit; quoniam ictus quoque ipſos contra unumquemque contemplari oportet, ideo humiliores in ludum, aut in metallum damnantur, honeſtiores dimidia parte bonorum multati relegantur.* Ex ead. Collat. tit. 1.

§. 5. *Cauſa mortis idonea non videtur, cum læſus homo poſt aliquos dies officium diuturnæ vitæ retinens deceſſit; niſi forte fuerit ad necem cæſus, aut letaliter vulneratus.* Ex ead. Collat. tit. 2.

§. 6. *Servus ſi plagis defecerit, niſi id dolo fiat, dominus homicidii reus poſtulari non poteſt: modum enim caſtigandi & in ſervorum coërcitione placuit temperari.* Ex ead. Collat. tit. 3.

§. 7. *Qui telum tutandæ ſalutis cauſa geret, non videatur hominis occidendi cauſa portare. Teli autem appellatione non tantum ferrum continetur, ſed omne, quod nocendi cauſa portatum eſt.* Ex ead. Collat. tit. 1.

§. 8. Qui latronem cædem ſibi inferentem, [3] vel alium quemlibet ſtuprum inferentem occiderit, puniri non placuit: alius enim vitam, alius pudorem publico facinore defendit.

§. 9. *Si quis furem nocturnum, vel diurnum, cum ſe telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenetur; ſed melius fecerit, qui eum comprehenſum transmittendum ad Præſidem Magiſtratibus obtulerit.* Ex ead. Collat. tit. 7.

§. 10. [4] Judex, qui in caput fortunasque hominis pecuniam accepit, in inſulam bonis ademptis deportetur.

§. 11. Mandatores cædis perinde ut homicidæ puniuntur.

§. 12. Si putator ex arbore cum ramum dejiceret, non proclamaverit, ut vitaretur, atque ita prætereuns ejusdem ictu homo perierit, etſi in legem non incurrit, in metallum damnatur.

§. 13. Qui hominem invitum libidinis, aut promercii cauſa caſtraverit, caſtrandumve curaverit, [5] ſive is ſervus, ſive liber ſit, capite punitur. Honeſtiores publicatis bonis in inſulam deportantur.

§. 14. Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, etſi dolo non faciant; tamen, quia mali exempli res eſt, humiliores in metallum, honeſtiores in inſulam amiſſa parte bonorum relegantur. Quod ſi ex hoc homo, aut mulier perierit, ſummo ſupplicio adficiuntur.

§. 15. Qui ſacra impia, nocturnave, ut quem obcantarent, defigerent, obligarent, fecerint, faciendave curaverint, aut cruci ſuffiguntur, aut beſtiis objiciuntur.

§. 16. Qui hominem immolaverint, exve ejus ſanguine litaverint, phanum, templumve polluerint, beſtiis objiciuntur; vel, ſi honeſtiores ſint, capite puniuntur.

§. 17. Magicæ artis conſcios ſummo ſupplicio adfici placuit, id eſt, beſtiis objici, aut cruci ſuffigi. Ipſi autem magi vivi exuruntur.

§. 18. Libros magicæ artis apud ſe neminem habere licet: & ſi penes quoscumque reperti ſint, bonis ademptis, ambuſtiisque his publice, in inſulam deportantur: humiliores capite puniuntur. Non tantum hujus artis profeſſio, ſed etiam ſcientia prohibita eſt.

§. 19. Si ex eo medicamine, quod ad ſalutem hominis, vel ad remedium datum erat, homo perierit, is, qui dederit, ſi honeſtior fuerit, in inſulam deportatur, humilior autem capite punitur.

TITULUS XXIV.

Ad Legem Pompejam de Parricidiis.

§. 1. [6] Lege Pompeja de parricidiis tenetur, qui patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, ſororem, patronum, patronam occiderit. Hi etſi antea inſuti culleo in mare præcipitabantur, hodie tamen vivi exuruntur, vel ad beſtias dantur.

T I-

1. *Quæ omnia facinora in honeſtiores pœna capitis vindicari placuit*] Ut Tribonianus hic de ſuo adjecit in *Inſtitutionibus*, ita huic loco Alaricus pœnam capitis adjecit pro pœna exilii, ſive interdictionis. Pœna etenim legitima, quæ & honeſtioribus ſive altioribus infligitur; eſt deportatio. Capitis pœna hodie humiliores puniri ſolent, quæ eſt extraordinaria. Vide *l.* 3. §. *penult. ff. eod.* ſed forſitan, pœnam capitis cum dixit Paulus, ipſam deportationem intellexit. Præſertim cum capitis pœnam ab ultimo ſupplicio Modeſtinus ſeparet in *l. penult.* §. *qui alias ff. ad l. Pomp. de parricid.* Aut potius hic aliquid tale deeſt, & reſtitui debet: *in honeſtiores deportatione, in alios pœna capitis vindicari placuit* &c. V. C.

2. *Ut homicida punietur*] Idem in ſtupro, & adulterio. *Metellus quidem celer* (ut eſt apud Valer. Max. *lib.* 6. *cap.* 1.) *ſtuproſæ mentis acer punitor extitit Cneo Sergio Silo promiſſorum matrifamil. æ nummorum gratia diem ad populum dicendo, eumque hoc uno crimine damnando: non enim factum tunc, ſed animus in quæſtione deductus eſt: pluſque voluiſſe peccare nocuit, quam non peccaſſe profuit.* Idem Author ibidem refert, M. Claudium Marcellum Ædilem Curulem C. Scantinio Capitolino trib. pleb. diem ad populum dixiſſe, quod filium ſuum de ſtupro appellaſſet, eatumque Scantinium reum uno teſte, qui tentatus erat, damnatum eſſe. V. G.

3. *Vel alium quemlibet ſtuprum inferentem occiderit*] Exemplum ſumatur ex Valerio *cap.* 1. *lib.* 6 apud quem C. Marius Imperator Cluſium ſororis ſuæ filium tribunum militum a Cælio Plotio manipulario milite jure cæſum pronunciavit, quia eum de ſtupro compellare auſus fuerat, quod & a Cicerone *pro Milone*, & Plutarcho in *Mario* refertur. Atculi *cap.* 7. *lib.* 3. *ſemeſtr.* Pet. Fab.

4. *Judex, qui in caput*] Etiam hodie in inſulam deportabitur. Cujac. Adde etiam *l.* 7. §. *ult. ff. ad l. Jul. repetund.* V. C.

5. *Sive is ſervus ſive liber ſit*] Qui ſcilicet caſtratus eſt, non, qui caſtraverit. V. C.

6. *Lege Pompeja*] Verum more majorum, qui parentes occiderunt. Cujac. Non tamen cæteros, in quorum perſona parricidium admiſſum pœna legis Corneliæ de ſicariis vindicatur, hoc eſt deportationis, aut ultimi ſupplicii. *d. l. penult.* juncta *l.* 1. &c. V. C.

Google

TITULUS XXV.

Ad Legem Corneliam Teſtamentariam.

§. 1. [1] Lege Cornelia teſtamentaria tenetur, qui teſtamentum, quodve aliud inſtrumentum falſum ſciens dolo malo ſcripſerit, recitaverit, ſubjecerit, ſuppreſſerit, amoverit, reſignaverit, deleverit: quodve ſignum adulterinum exſculpſerit, fecerit, expreſſerit, amoverit, reſeraverit: quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raſerit, corruperit, vitiaverit: vultuve Principum ſignatam monetam præter adulterinam reprobaverit. Et honeſtiores quidem in inſulam deportantur, humiliores autem aut in metallum damnantur, aut in crucem tolluntur. [2] Servi autem poſt admiſſum manumiſſi capite puniuntur.

Qui falſam monetam percuſſerint, ſi id totum formare noluerunt, ſuffragio juſtæ pœnitentiæ abſolvuntur.

Accuſatio ſuppoſiti partus nulla temporis præſcriptione depellitur. Nec intereſt, deceſſerit, nec ne ea, quæ partum ſubdidiſſe contenditur. Lex eſt 19. ff. de lege Corn. de falſ.

§. 2. Qui ob falſum teſtimonium perhibendum, vel verum non perhibendum pecuniam acceperit, dederit, judicemve, ut ſententiam ferat, vel non ferat, corruperit, corrumpendumve curaverit, humiliores capite puniuntur; honeſtiores publicatis bonis cum ipſo judice in inſulam deportantur.

§. 3. *Falſum eſt, quidquid in veritate non eſt, ſed pro vero adſeveratur.* Ex Collat. leg. Moſaic. & Rom. tit. 8.

§ 4. Judex, qui contra ſacras Principum conſtitutiones, contrave jus publicum, quod apud ſe recitatum eſt, pronunciat, in inſulam deportatur.

§. 5. Qui rationes, acta, libellos, album propoſitum, teſtationes, cautiones, chirographa, epiſtolas ſciens dolo malo in fraudem alicujus deleverit, mutaverit, ſubjecerit, ſubſcripſerit, quive æs inauraverit, argentaverit, quive, cum argentum vel aurum poneret, æs, ſtannumve ſubjecerit, falſi pœna coërcetur.

§. 6. Ampliſſimus ordo decrevit, eas tabulas, quæ publici, vel privati contractus ſcripturam continent, adhibitis teſtibus ita ſignari, ut in ſumma marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino conſtringantur: [3] atque impoſitum ſupra linum ceræ ſigna imprimantur, ut exteriores ſcripturæ fidem interiori ſervent. Aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habent.

Teſtamentum, quod nullo jure valet, impune ſupprimitur: nihil enim eſt, quod ex eo petatur, aut conſiſtere poſſit. Ex leg. 38. §. 6. ff de pœn.

§. 7. Qui vivi teſtamentum aperuerit, recitaverit, reſignaverit, pœna legis Corneliæ tenetur: & plerumque aut humiliores in metallum damnantur, aut honeſtiores in inſulam deportantur.

§. 8. Si quis inſtrumenta litis ſuæ a procuratore ſuo, vel cognitore adverſario prodita eſſe convicerit, tam procurator, quam cognitor, ſi humiliores ſunt, in metallum damnantur: ſi honeſtiores, adempta dimidia parte bonorum in perpetuum relegantur.

§. 9. Inſtrumenta penes ſe depoſita quicumque alteri altero abſente reddiderit, vel adverſario prodiderit, pro perſonæ ejus conditione, aut in metallum damnatur, aut in inſulam relegatur.

§. 10. Qui falſis inſtrumentis, actis, epiſtolis, reſcriptis ſciens dolo malo uſus fuerit, pœna falſi coërcetur; ideoque humiliores in metallum damnantur, honeſtiores in inſulam deportantur.

§. 11. Si qui ſibi falſum nomen impoſuerit, genus, parenteſve finxerit, [4] quo quid alienum interceperit, poſſederit, pœna legis Corneliæ de falſis coërcetur.

§. 12. [5] Qui inſignibus altioris ordinis utuntur, militiamque confingunt, quo quem terreant, vel concutiant, humiliores capite puniuntur, honeſtiores in inſulam deportantur.

§ 13. Si qui de judicis amicitia, vel familiaritate mentientes eventus ſententiarum ejus vendunt, quidve obtentu nominis ejus agunt, [6] convicti pro modo delicti aut relegantur, aut capite puniuntur.

TITULUS XXVI.

Ad legem Juliam de Vi Publica, & Privata.

§. 1. [7] Lege Julia de vi publica damnatur, qui aliqua poteſtate præditus civem

---

1. *Lege Cornelia teſtamentaria*] Aut capite puniuntur. Cujac. Ut in proxima ſententia, & ultima. Sed quod ait capite puniri, tu videtis, Cujacii, ad amputationem capitis referre, quod & Leoni Philoſopho viſum, explicanti capitalis ſupplicii vocabulum, cujus meminit l. *ubi Cod. ad l. Cornel. de falſ.* in *Novella 77. de pœna falſarior.* Utitur enim verbo [illegible] Leo, quem ego ac te quoque falli arbitror. Vera enim falſariorum pœna & legitima circa humiliores quidem, ſervis cruciariis comparatos, fuit furca ſive laqueus. Et videatur in hanc rem Ammian. Marcellinus cujus locum in hoc citatum a Berterio relatore memini, ac dein a protopræſide Durantio in *Arreſto publice pronunciato ſub feſtum Magdalenes anno* 1586. Nam quod de ſuſpenſo Vegentio falſario traditur in Conſtitutione Imperatorum relata ab Auguſtino *Epiſt* 68. nomine Clericorum Hipponenſium, hoc ad ſuſpenſionem ab ordine decurionum pertinet, non ad laqueum: ut apparet ex eo quod ſubjicitur, eundem ipſum *Vegentium ſub idonea perſecutione ad Comitatum meum Conſtantini Auguſti* (hæc duo eſſe a Gloſſemate verbi *meum*, arbitror) *mittas, &c.* ſane, ut ex Tacito, & aliis colligi poteſt, ſenatores falſum committentes olim ordine dumtaxat moti. V. C.

2. *Servi autem poſt admiſſum manumiſſi capite puniuntur*] Non mirum, eos in metallum non damnari, tamquam humiliores, & plebejos, etſi manumiſſi ſervi eſſe deſierint; quoniam, quoties de delicto quæritur, placuit temporis, quo id admiſſum eſt, non quo ſententia fertur, haberi rationem; ut ſi ſervus crimen commiſerit, deinde libertatem conſecutus dicetur, eam pœnam ſuſtinere debebit, ſervilem ſcilicet, quam ſuſtineret, ſi tunc ſententiam paſſus eſſet eum deliquiſſet. Hæc Ulp. tradit *l. 1. ff. de pœnis.* & facit *l. ult. C. ad leg. Fab. de plagiariis*, & quod ait Cujac. noſter infra ex *l. 1. §. ult. ff. ad l. Cornel. de falſis.* V. C.

3. *Atque impoſitum ſupra linum ceræ ſigna imprimantur*] *Impoſita* malim. V. C.

4. *Quo quid alienum interceperit, poſſederit*] Malim, *interciperet, poſſideret.* V. C.

5. *Qui inſignibus*] Vid. ad hunc §. Franc. Rimon. *lib. 3. ad leg. Jul. & Pap. cap. 1. num. 13.*

6. *Convicti pro modo delicti aut relegantur*] Ex conditione perſonarum. Tale illud eſt, quod legitur in *l. ubi C. ad l. Cornel. de falſis. Supplicio capitali, ſi id exigat magnitudo commiſſi, vel deportatione ei, qui falſum commiſerit, imminente.* V. C.

7. *Lege Julia de vi publica*] Interdictio aquæ & ignis. Cujac. Tacitus *lib. 4. pag.* 198. *Vibius Serenus proconſul ulterioris Hiſpaniæ de vi publica damnatus ob atrocitatem temporum in inſulam Amorgum deportatur.* V. C.

vem Romanum antea ad populum, nunc ad Imperatorem appellantem necarit, necarive juſſerit, torſerit, verberaverit, condemnaverit, inve publica vincula duci juſſerit. Cujus rei pœna in humiliores capitis, in honeſtiores inſulæ deportatione coërcetur.

§. 2. [1] Hac lege excipiuntur, qui artem ludicram faciunt: judicati etiam & confeſſi; & qui ideo in carcere duci jubentur, quod jus dicenti non obtemperaverint, quidve contra diſciplinam publicam fecerint: Tribuni etiam militum, & Præfecti claſſium alarumve, ut ſine aliquo impedimento legis Juliæ per eos militare delictum coërceri poſſit.

§. 3. Lege Julia de vi privata tenetur, qui quem armatis hominibus poſſeſſione, domo, villa, agrove dejecerit, expugnaverit, obſederit, clauſerit, idve ut fieret, homines commodaverit, locaverit, conduxerit: quive cœtum, concurſum, turbam, ſeditionem, incendium fecerit: funerari ſepelirive aliquem prohibuerit, funusve eripuerit, turbaverit: [2] & qui eum, cui aqua & igni interdictum eſt, receperit, celaverit, tenuerit: quive cum telo in publico fuerit: templa, portas, aliudve quid publicum armatis obſederit, cinxerit, clauſerit, occupaverit. Quibus omnibus convictis, ſi honeſtiores ſint, tertia pars bonorum eripitur, & in inſulam relegantur; humiliores in metallum damnantur.

§. 4. Creditor chirographarius, ſi ſine juſſu Præſidis per vim debitoris ſui pignora, [3] cum non habuerit obligata, acceperit, in legem Juliam de vi privata committit. Fiduciam vero, & pignora apud ſe depoſita perſequi, & ſine auctoritate judicis vindicare non prohibetur.

TITULUS XXVII.

De Lege Julia Peculatus.

§. 1. Si quis fiſcalem pecuniam adtrectaverit, ſubripuerit, mutaverit, ſeu in ſuos uſus converterit, in quadruplum ejus pecuniæ, quam ſuſtulit, condemnatur.

TITULUS XXVIII.

Ad Legem Juliam Repetundarum.

§. 1. [4] Judices pedanei, ſi pecunia corrupti dicantur, plerumque a Præſide aut curia ſubmoventur, aut in exſilium mittuntur, aut ad tempus relegantur.

TITULUS XXIX.

Ad Legem Juliam Majeſtatis.

§. 1. [5] Lege Julia Majeſtatis tenetur is, cujus ope conſilio adverſus Imperatorem, vel Rempublicam arma mota ſunt, exercitusve ejus in inſidias deductus eſt, quive injuſſu

1. *Hac lege excipiuntur*] Hi enim provocandi jus non habent. CUJAC. Debuit dicere; hi, etſi provocaverint, nihilominus in carcerem ducuntur. Nam ſi damnati fuerint, iis denegatum appellationis remedium non crediderim. V. C.

2. *Et qui eum*] Qui exulem ſuſcipit, lege Julia de vi privata tenetur: dixi exulem, ut non ejus modo, cui aqua & igni interdictum eſt, ſuſceptor, ſed etiam deportati, qui in ejus locum ſucceſſit, legis pœna comprehendatur. De relegato autem loquitur Ulp. in *l.* 11. *ff. de interdict. & releg.* Cujus ſententia extat in Baſilico hæc fere, puniri pecuniariter eum qui recipit relegatos. Minus punitur is qui relegatum recipit, quam qui deportatum, quod ille, præter pecuniariam pœnam, etiam relegatur; fuit & lex apud Athenienſes de iis qui exules reciperent. Demoſthenes *πρὸς Πολυκλέα περὶ τοῦ ἐπιτριηραρχήματος* pag. 135. *Οἱ γὰρ νόμοι οὐκ ἐῶσιν ὑποδέχεσθαι τῶν φευγόντων οὐδένα, ἢ ἐν τοῖς αὐτοῖς κελεύουσιν ἐνέχεσθαι τὸν ὑποδεχόμενον τοὺς φεύγοντας.* Hæc lex Juri gentium derogat. Nam *κοινὸς ἁπάντων ἀνθρώπων νόμος τὸν φεύγοντα δέχεσθαι*, ut eſt apud Demoſthenem *κατ' Ἀριστοκράτους* pag. 458. Cæterum non modo lege Julia de vi, ſed & majeſtatis tenebatur qui exulem recepiſſet. Itaque Aſconius Pædianus in 3. *contra Verrem pag.* 49. *An hoc? Domi ſuæ privatus quod eſt majeſtatis crimen hoſtes publicos habere non dubitavit.* V. C.

3. *Cum non habuerit obligata*] Secus ſi habuerit obligata. *l.* 3. *C. de pignor.* V. C.

4. *Judices pedanei, ſi pecunia corrupti dicantur*] *Alexander Imperator*, ut eſt apud Lampridium in *ejus vita pag.* 242. *in eos judices qui furtorum fama laboraſſent, etiamſi damnati non eſſent, tanti ſtomachi fuit, ut ſi eos caſu aliquo videret, commotione animi ſtomachi choleram evomeret, toto vultu inardeſcente; ita ut nihil poſſet loqui &c. per Præconem edixit, ut nemo ſalutaret Principem, qui ſe furem eſſe noſſet, ne aliquando detectus capitali ſupplicio ſubderetur.* PET. FAB.

5. *Lege Julia Majeſtatis*] Illa etiam, quæ addita ſunt, verba *in milites*, non recipio. CUJAC. Agnoſcuntur tamen a Photio in *nomocanone tit.* 9. *cap.* 36. Itaque videntur eſſe Triboniani, cujus rei argumentum probat initium l. quiſquis C. *eod. tit.* ſive autem illius, ſive JCti verbum ſit, repudiari non debet quod ſumma ratione ſubnixum eſt, quam iſto Salviani Maſſilienſis Presbyteri loco illuſtrare poſſis ex *lib.* 4. *de gubernat. Dei fol.* 121. *Ex hoc ipſo utique deteriores ſumus, ſi meliores non ſumus, qui meliores eſſe debemus. Criminoſior enim culpa eſt ubi honeſtior ſtatus: ſi honoratior eſt perſona peccantis, peccati quoque major invidia. Furtum in omni quidem eſt homine malum facinus, ſed damnabilius abſque dubio, ſi ſenator furatur aliquando: cunctis fornicatio interdicitur, ſed gravius multo eſt, ſi aliquis de Clero, quam ſi de Populo fornicetur. Ita & nos, qui Chriſtiani Catholici eſſe dicimur, ſi ſimile aliquid barbarorum impuritatibus facimus, gravius erramus: atrocius enim ſub ſancti nominis profeſſione peccamus. Ubi ſublimior eſt prærogativa, major eſt culpa: ipſa enim errores noſtros religio, quam profitemur, accuſat. Criminoſior eſt ejus impudicitia qui promiſerit caſtitatem; fœdius inebriatur ſobrietatem fronte prætendens. Nihil eſt philoſopho turpius vitia obſcœna ſectante*, (ſic lego non *ſectantis*) *quia præter eam deformitatem, quam vitia in ſe habent, ſapientiæ nomine plus notatur.* Hactenus ille; cui adjungendus iſte locus ex Novellarum Theodoſii & Valentiniani lib. tit. 5. *de ſepulcris. Ubi de puniendis ſepulchrorum violatoribus potiſſimum clericis*, ſic fere: *hujus nefandi ſceleris inter cæteros reos vehementer clericos querela perſequitur, quos portentis talibus imminentes frequenter aſpexit dies triſtior. ferro accincti vexant ſepultos, & oblita nominis* (lego *numinis*) *cælo, ac ſideribus præſidentes* (legendum *præſidentis*) *cinerum contagione pollutas ſacris altaribus manus inferunt: tanto in profundam caliginem conſcientiæ ſuæ ſtupore demerſi, ut reverendis audeant intereſſe myſteriis, & poſt exordia funerum credant Deum poſſe placari, quem nocentes precantur incaſſum, quem vita melior exorat* &c. Et poſtea, quod huc proprie pertinet. *Clericos vero, quos tam diri operis conſtiterit auctores, dignos credimus majore ſupplicio, vehementius enim coërcendus eſt quem peccaſſe viveris: ſcelus omne gravius facit claritudo perſonæ, intolerandum, nimis exſecrabile, non ferendum, induere nomen, & titulum ſanctitatis, & abundare criminibus. Quiſquis igitur ex hoc numero ſepulchrorum violator extiterit, illico clerici nomen amittat, & ſic ſtylo proſcriptionis addictus, perpetua deportatione plectatur* &c. ſic militem devotione ipſa in Principem, cujus ſe obſequio adhibito jurejurando dedicavit, notari conſtat. B. Chryſoſtomus *hom.* 77. *ad popul. Antiochenum col.* 393. *Quid eſt itaque, quod addo viri virtutem, quod majus efficit crimen, non enim omnia ſimiliter in eam*

hæ

juſſu Imperatoris bellum geſſerit, dilectumve habuerit, exercitum comparaverit, ſollicitaverit, deſeruerit Imperatorem. His antea in perpetuum aqua & igni interdicebatur: nunc vero humiliores beſtiis objiciuntur, vel vivi exuruntur; honeſtiores capite puniuntur. [1] Quod crimen non ſolum facto, ſed & verbis impiis, ac maledictis maxime exacerbatur.

§. 2. In reum Majeſtatis inquiri prius convenit, quibus opibus, qua factione, quibus hoc auctoribus fecerit: tanti enim criminis reus non obtentu adulationis alicujus, ſed ipſius admiſſi cauſa puniendus eſt. Et ideo cum de eo quæritur, nulla dignitas a tormentis excipitur.

TITULUS XXX. A.

Ad Legem Juliam Ambitus.

§. 1. Petiturus magiſtratum, vel provinciæ ſacerdotium, ſi turbam ſuffragiorum cauſa conduxerit, ſervos advocaverit, aliamve quam multitudinem conduxerit, convictus, ut vis publicæ reus, in inſulam deportatur.

TITULUS XXX. B.

Ad Legem Fabiam.

§. 1. *Lege Fabia tenetur, qui Civem Romanum ingenuum, libertinum, ſervumve alienum celaverit, vendiderit, vinxerit, comparaverit. Et olim quidem hujus legis pœna nummaria fuit: ſed tranſlata eſt cognitio in Præfectos Urbis, itemque Præſidis Provinciæ extra ordinem meruit animadverſionem. Ideoque humiliores aut in metallum damnantur, aut in crucem tolluntur: honeſtiores adempta dimidia parte bonorum in perpetuum relegantur.*

§. 2. *Si ſervus ſciente domino alienum ſervum ſubtraxerit, vendiderit, celaverit, in ipſum dominum animadvertitur. Quod ſi id domino ignorante commiſerit, in metallum datur.* Ex Coll. leg. Moſaic. & Rom. tit. 14.

TITULUS XXXI.

De Pœnis Militum.

§. 1. Si pecunia accepta miles cuſtodiam dimiſerit, capite puniendus eſt. Et certe quæritur, cujus criminis reus dimiſſus eſſe videatur.

§. 2. Qui cuſtodiam militi proſequenti [2] magna manu excuſſerint, capite puniuntur.

Qui metu criminis, in quo jam reus fuerat poſtulatus, nomen militiæ dedit, ſtatim ſacramento ſolvendus eſt.

Miles turbator pacis capite punitur. Lex eſt ult. ff. de re milit.

Transfugæ ad hoſtes, vel conſiliorum noſtrorum renuntiatores, aut vivi exuruntur, aut furcæ ſuſpenduntur.

Miles, qui ex carcere, dato gladio, erupit, pœna capitis punitur. Eadem pœna tenetur & qui cum eo, quem cuſtodiebat, deſeruit.

Miles, qui ſibi manus intulit, nec factum peregit, niſi impatientia doloris, aut morbi, luctuſve alicujus, vel alia cauſa fecerit, capite puniendus eſt. Alias eum ignominia mittendus eſt. Ex leg. 38. §. 1. 11. 12. ff. de pœnis.

TITULUS XXXII.

Quando appellandum ſit.

§ 1. Quoties jusjurandum poſtulatur, eo tempore appellandum eſt, quo defertur, non quo juratur.

TITULUS XXXIII.

De cautionibus, & pœnis appellationum.

§. 1. Ne liberum quis & ſolutum haberet arbitrium retractandæ [3] & revocandæ ſententiæ, & pœnæ, & tempora appellatoribus præſtituta ſunt. Et, niſi juſte appellaverint, tempora ad cavendum in pœna appellationis quinque dierum præſtituta ſunt. Igitur morans eo in loco ubi appellavit, cavere debet, ut ex die acceptarum litterarum continui quinque dies computentur. Si vero longius, ſalva dinumeratione integri quinque dies cum eo ipſo, quo litteras acceperit, computantur.

§. 2. Ne quis in captionem verborum in cavendo incidat, expeditiſſimum eſt, pœnam ipſam, vel quid aliud pro ea deponere: neceſſe enim non habet ſponſorem quis fidejuſſoremve dare, aut præſens eſſe: ſed ſi contra eum fuerit pronuntiatum, perdit quod depoſuit.

§. 3.

judicantur, ait enim potentes potenter tormenta patientur. & qui ſcit voluntatem Domini ſui, & non facit, vapulabit plagis multis. Itaque major ſcientia majoris fit pœnæ materia. Propterea ſacerdos eadem ſubditis peccata committens non eadem, ſed multo graviora patietur. Salvianus idem Presbyter Maſſilienſis *lib.* 4. *de gubern. Dei pag.* 138 *Et ideo hoc ipſo Chriſtiani deteriores ſunt, qui meliores eſſe deberent: non enim probant quæ fatentur, & impugnant profeſſionem ſuam moribus ſuis: magis enim damnabilis eſt malitia, quam titulus bonitatis accuſat, & reatus impii eſt pium nomen*; & facit adverſus te Cujaci, qui damnas illud *in milites*, quod Macer ait in *l. quædam* 14. *ff. de pœnis*; *quædam delicta pagano aut nullam, aut leviorem pœnam irrogant, militi vero graviorem.* Pet. Fab.

1. *Quod crimen non ſolum facto*] *Factum a verbis* ſeparatur. Sed tamen & facto, & verbis læditur majeſtas, vel populi, vel Principis; itemque competit injuriarum actio, ſi quis vel facto aliquo, vel carmine ſcripto infamatus ſit. *l. item apud* §. *Prætor ait ſi quid verſic. nam ſi leviter ff. de injur.* ſed ex perſona injuriam vel inferentis vel accipientis creſcere injuriam, apparet ex *l. Prætor* 7. *in fine eod. tit.* Ubi vide quæ ſcripſi e Salviano, & aliis. Idem Salvianus *lib.* 7. *de gubern. Dei pag* 229. *Adde autem quod hæc, ut dixi, faciunt jam ſenes, adde quod pauperes. Utrumque enim ſceleris argumentum eſt, minus ſi quidem prodigioſum eſt peccare juvenes, peccare locupletes. Quæ autem in iis ſpes, aut remedium eſt, qui ab impuritate, nec miſeriarum egeſtate, nec vitæ extremitate revocantur.* V. C.

2. *Magna manu*] Ludov. d'Orleans ad *lib.* 3. *Annal. Taciti pag.* 301. corrigit, *maligna manu*, putatque, vulgatam lectionem ex abbreviatione ortam.

3. *Et revocandæ ſententiæ, & pœnæ*] Tacitus *lib.* 14. *Auxitque Patrum honorem ſtatuendo, ut qui a privatis judicibus ad ſenatum provocaviſſent ejusdem pecuniæ periculum facerent, cujus ii qui Imperatorem appellavere, nam antea vacuum id ſolutumque pœna fuerat.* V. C.

§. 3. Quoties in pœna appellationis cavetur, tam unus, quam plures fidejuſſores, ſi idonei ſunt, dari poſſunt: ſufficit enim etiam per unum idoneum indemnitati pœna conſuli.

§. 4. Si plures appellant, una cautio ſufficit: &, ſi unus caveat, omnibus vincit.

§. 5. Cum a pluribus ſententiis provocatur, ſingulæ cautiones exigendæ ſunt, & de ſingulis pœnis ſpondendum eſt.

§. 6. Modus pœnæ, in qua quis cavere debet, ſpecialiter in cautione exprimendus eſt, ut ſit, in qua ſtipulatio committatur: aliter enim recte caviſſe non videtur.

§. 7. Aſſertor, ſi provocet, in ejusmodi tertiam cavere debet, quanti cauſa æſtimata eſt.

§. 8. In omnibus pecuniariis cauſis magis eſt, ut in tertiam partem ejus pecuniæ caveatur.

TITULUS XXXIV.

De Dimiſſoriis Literis.

§. 1. Ab eo, a quo appellatum eſt, ad eum, qui de appellatione cogniturus eſt, literæ dimiſſoriæ diriguntur, quæ vulgo Apoſtoli appellantur, quorum poſtulatio, & acceptio intra quotum diem ex officio facienda eſt.

§. 2. Qui intra tempora præſtituta dimiſſorias non poſtulaverit, vel acceperit, vel reddiderit, præſcriptione ab agendo ſubmovetur.

TITULUS XXXV.

De reddendis cauſis appellationum.

§. 1. Meritum appellationis cauſæ capitalis, & ipſam rationem ſtatus non niſi per noſmet ipſos proſequi poſſumus: [1] nemo enim abſens aut duci in ſervitutem poteſt, aut damnari.

§. 2. Moratorias appellationes, & eas, quæ ab exſecutoribus & confeſſis fiunt, recipi non placuit.

§. 3. Eum, qui appellat, cum convicio ipſius judicis appellare non oportet. Ideoque quod ita factum eſt, [2] arbitrio Principis vindicatur.

TITULUS XXXVI.

Poſt provocationem quid obſervandum ſit.

§. 1. Quoties poſſeſſor appellat, fructus medii temporis deponi convenit. Quod ſi petitor provocet, fructus in cauſa depoſiti eſſe non poſſunt, nec recte eorum nomine ſatisdatio poſtulatur.

§. 2. Si propter prædia urbana, vel mancipia appelletur, penſiones eorum, vel mercedes, vecturæ etiam, ſi de navi agatur, deponi ſolent.

TITULUS XXXVII.

De meritis appellationum.

§. 1. Omnimodo ponendum eſt, ut quoties injuſta appellatio pronuntiatur, ſumptus, [3] quos, dum ſequeretur adverſarius, impendit, reddere cogatur, non ſimplos, ſed quadruplos.

JULIUS PAULUS

INSTIT. LIB. II.

TITULUS

De Dotibus.

Si divortium eſt matrimonii, & hoc ſine culpa mulieris factum eſt, dos integra repetetur. Quod ſi culpa mulieris factum eſt divortium, in ſingulos liberos ſexta pars dotis a marito retinetur, usque ad mediam dumtaxat partem dotis. *Ex Boëthio in Topic. Ciceron. lib.* 2.

1. *Nemo enim abſens aut duci in ſervitutem poteſt, aut damnari*] Niſi contumax. In hoc autem loco *abſentem* etiamſi ut contumacem damnatum capitis dicimus, provocationis tamen beneficium non denegamus, ut in cauſis civilibus. V. C.

2. *Arbitrio Principis vindicatur*] Aut etiam ejus magiſtratus, ad quem ſit provocatio. PET. FAB.

3. *Quos, dum ſequeretur adverſarius*] Ut reus *fugere*, ita *ſequi* actor & *perſequi* dicitur. V. C.

FINIS.

TITULI
EX CORPORE
ULPIANI
XXIX.

EMENDATIUS, QUAM ANTEA EDITI,

CUM NOTIS

CL. V.

PETRI FABRI J. C.

IN SENATU TOLOSANO PRÆSIDIS,

EJUSDEMQUE OBSERVATIONIBUS

IN NOTAS

JACOBI CUJACII

AD EOSDEM

ULPIANI TITULOS,

ITEM ANIMADVERSIONIBUS NONNULLIS

GERARDI MEERMAN, J. C.

Google

TITULI EX CORPORE ULPIANI.

[1] DE LEGIBUS ET MORIBUS.

§. 1. *** QUOD datum legatum eſt, quæ lex perfecta eſt.

§. 1. A. *** Quæ * prohibet, exceptis quibuſdam cognatis, mortis cauſa plus donare, &, ſi plus donatum ſit, non reſcindit.

§. 2. *Minus quam perfecta lex eſt, quæ vetat aliquid fieri, &, ſi factum ſit, non reſcin-

1. *De legibus, & moribus.*] Iſidorus *lib.* 2. *etymol. cap.* 10. *Inter legem, & mores hoc intereſt, quod lex ſcripta eſt, mos vero eſt vetuſtate probata conſuetudo, ſive lex non ſcripta:* & *lib.* 5. *cap.* 3. *Nam lex a legendo vocata; mos autem longus conſuetudo eſt de moribus tantummodo tracta. Mos eſt* (ut inquit Feſtus *de V. S. lib.* 13. ſi credis Macrobio *cap.* 8. *lib.* 3.) *Inſtitutum patrium pertinens ad religiones, ceremoniasque majorum. Mos ergo præcedit, cultus moris ſequitur, qui eſt conſuetudo.* De moribus, & legibus multa apud Plautum in *Trin. act.* 4. *ſc.* 3. *fol.* 270.

—— S. *Hunc.*
Morem majorum ſcies: nam nunc mores nihil faciunt, quod licet,
Niſi quod lubet. Ambitio jam more ſancta 'ſt libera 'ſt a legibus.
Scuta jacere, fugereque hoſtes more habent licentiam.
Petere honorem pro flagitio, more fit. C. *Morem improbum.*
S. *Strenuos præterire, more fit.* C. *Nequam id eſt.* S. *Mores*
Leges perduxerunt jam in poteſtatem ſuam magis qui ſunt
Obnoxii, *quam parentes liberis: & miſeræ jam*
Ad parietem ſunt fixæ clavis ferreis, ut malos mores
Affigi nimio fuerat æquius, &c.

Servius ad illum verſ. e lib. 7. Æneid. Virgilii: *Mos erat Heſperio in Latio: Varro vult*, ait, *morem eſſe communem conſenſum omnium ſimul habitantium, qui inveteratus conſuetudinem facit.* Quem locum etiam cum aliis adducit Cujacius *in fin. Præfationis ad lib.* 2. *de feud.* Auſonius *Edyllio* 30. *fol.* 124. *Deliquiſſe nihil numquam laude eſſe putavi, atque bonos mores legibus antetuli.* Lactantius Firmianus *lib.* 5. *cap.* 6. *Et paulatim male vivendi conſuetudo mos factus eſt.* Interpres Sophoclis alicubi: Νόμος, inquit, ἐστὶ ἔγγραφος συνήθεια, συνήθεια δὲ ἐστὶν ἄγραφος νόμος. *Lex eſt ſcripta conſuetudo; conſuetudo autem eſt non ſcripta lex.* Senec. *lib.* 1. *de benef. cap.* 10. *Hoc majores queſti ſunt, hoc nos querimur, hoc poſteri noſtri querentur, everſos eſſe mores, regnare nequitiam, in deterius res humanas, & in omne nefas labi. At iſta ſtant loco eodem, ſtabuntque paululum dumtaxat ultro, aut citro mota, ut fluctus, quos æſtus accedens longius extulit, recedens interiore littorum veſtigio tenuit*, & cæt. quæ ſequuntur. PET. FAB.

Ad §. 1. & 1. A.] Recentiores Editiones exhibent: *imperfecta lex eſt, veluti Cincia, quæ ſupra certum modum donari prohibet, exceptis quibuſdam cognatis, & ſi plus donatum ſit, non reſcindit.* Ita vero primus hæc edidit Vir ſummus Jac. Cujacius in Editione Lugdunenſi poſt Cod. Theodoſ. A. 1566. quæ tamen ad nullum Codicem MS. expreſſa ſed ex ſola Cujacii conjectura avulgam eſt, quamque ſatis incaute Cl. Schultingius ſæpius ſecutus eſt. In principe editione Jo. Tilii ad exemplar MS. expreſſa, & A. 1549. edita, hic Titulus, qui ibi inſcribitur *de Libertis*, incipit a §. 5. atque hunc §. inſequuntur §§. 6 7 8. Deinde §. 9. qui hoc pacto conceptus eſt: *ut teſtamento manumiſſi liberi ſint, lex duodecim Tabularum facit, quæ confirmat * prohibet, exceptis quibuſdam cognatis: & ſi plus donatum ſit, non reſcindit*, quique §. proinde verba quædam adſuta habet, quæ hic exſtant §. 1. Ita tamen, ut aſteriſci adpoſitio lacunæ indicium faciat: Mox ſequitur §. 2. *Minus quam perfecta lex eſt, quæ vetat aliquid fieri, & ſi factum ſit, non reſcindit: ſed pœnam injungit ei, qui contra legem fecit, qualis eſt lex Furia teſtamentaria &c.* Deinde §. 3. Porro §. 10. 11. 12 &c. At §. 4. *Mores* &c. præmiſſus eſt generali Indici Titulorum: eodemque modo hæc omnia leguntur in antiquis editionibus, quæ Tilianam ad amuſſim expreſſere: ut ſunt Lovanienſis A. 1550. Lugdunenſes binæ Ludov. Pesnotii A. 1553 & 1559. Toloſana cum Jac. Cujacii Notis A. 1554. A quibus parum in diverſa abeunt binæ editiones Ludov. Charondæ, quarum prior, ad veterem Codicem MS. Philippi Gervaſii reſtituta, Pariſiis A. 1555. poſterior vero ad Codicem quoque St. Auredani emendata, eodem loci A. 1578. prodiit: in utraque enim idem obſervatur paragraphorum ordo, quem jam indicavi; verum in priore quidem Charondæ editione §. 9. ſic legitur: *Ut teſtamento manumiſſi liberi ſint, lex duodecim Tabularum facit, quæ confirmat * quod datum legatum eſt.* Deinde §. 1. & 2. hac ratione conjunguntur. *Quæ prohibet exceptis quibuſdam cognatis: & ſi plus donatum ſit, non reſcindit, minus quam perfecta lex eſt: quia vetat aliquid fieri: & ſi factum ſit, non reſcindit, ſed pœnam injungit ei, qui contra legem fecit, qualis eſt lex Furia teſtamentaria &c.* In poſteriore vero Charondæ editione §. 9. ſic exſtat: *ut teſtamento manumiſſi liberi ſint, lex duodecim Tabularum facit, quæ confirmat * quod datum legatum eſt, quæ lex perfecta eſt.* Mox §. 1. & 2. hoc modo connectuntur. *Minus quam perfecta lex eſt, quæ prohibet, exceptis quibuſdam perſonis mortis cauſa plus donare, & ſi plus donatum ſit, non reſcindit: aut vetat aliquid fieri: & ſi factum ſit, non reſcindit, ſed pœnam injungit ei, qui contra legem fecit: qualis eſt lex Furia teſtamentaria &c.* Ex hiſce igitur nemo non videt, ſatis confuſe quoad ordinem ea in hiſce Editionibus reperiri, ſed tamen plenius hæc reliquis tradi in poſteriori Editione Ludov. Charondæ, quæ ut dixi ad Codicem St. Auredani eſt expreſſa, quamque reliquis emendatiorem eſſe, & lectiones continere quantivis pretii in *Præfat. Juriſpr. ante Juſt.* ipſe teſtatur Cl. Schultingius, qui tamen eam demum nactus fuit poſt typis abſolutum Ulpianum, adeoque illa aliter uti non potuit, quam quod paucas Varias Lectiones ex ea *pag.* 938. & *ſeq.* exhibuerit: & quidem primum, quod ad ordinem attinet, certum eſt, eum in antiquis Editionibus conſtanter unum eundemque eſſe; nam quemadmodum eum immutarunt Editiones ſubſequentes, præeunte Cujaciana Lugdunenſi A. 1566. id ex ſola conjectura profluxit. Et tamen recte quidem hac in parte mihi conjeciſſe videtur Cujacius, etſi ejus rei

ſcindit; ſed pœnam injungit ei, qui contra legem fecit: qualis eſt lex Furia teſtamentaria,

tei monere Lectorem omnino debuiſſet: Præmiſiſſe enim Ulpianum Tractationi *de Libertis* varia quædam de juris ſpeciebus liquidiſſimum arbitror ex collatione Fragmenti, quod Doſitheus Magiſter in *Exercitationibus* ſuis nobis ſervavit, quodque ante aliquot annos emendatius, quam anteriores Editores, publicavit Vir Nobiliſſ. Matthias Röver; certiſſime enim mihi perſuadeo, Fragmentum illud non ex alio fonte dimanaſſe, atque hos *Titulos* 29. videlicet ex *Corpore Regularum* Ulpiani; Nam Dom. Ulpianum quoque ejus Fragmenti auctorem eſſe in proclivi videre eſt, & recte in Præfatione monuit Cl. Röver; imo ex *Corpore Regularum* illud deſumtum patet ex §. 4. ubi ait *Regulas eum exſequenti mihi* &c. Qui vero connexionem §§. 1, 2, 3, & 4. in eo Fragmento accurate introſpexerit, obſervabit, Ulpianum introductionis vel prooemii loco egiſſe de Juris Speciebus, ipſum vero Regularum Librum inchoaſſe a Tractatione *de Libertis*: atque hinc omnino evenit, ut quod de *moribus* in hiſce Titulis traditur, in omnibus antiquis Editionibus, & cum primis iis, quæ ad Codices MSS. expreſſæ fuere, præmittatur ipſi Indici Titulorum, quod Cujacius ex ingenio deinde immutavit, & reliqui poſtea Editores nullius Exempli manu exarati auctoritate niſi inſecuti ſunt. Si itaque mentem Ulpiani, quam fieri poteſt, proxime adſequi velimus, omnino ſtatuendum videtur, ea quæ *de Legibus & moribus* in his Reliquiis traduntur, generaliter præmittenda eſſe, moxque Titulum primum inchoandum a Tractatione *de Libertis*: At vero huic opinioni meæ obſtare dicas, quod in ipſis illis tribus Codicibus MSS. videl. Tilii, Gervaſii, & Auredani (qui quidem ſoli huc uſque noti ſunt) §. *mores* quidem prooemii loco collocetur, verum quod de lege perfecta ac minus quam perfecta, ut & de rogatione legis ſcriptum eſt, ſub Titulo primo *de Libertis* relatum ſit. Verum confuſe hoc & alieno loco ibi poſitum certo certius eſt; & ſi conjecturæ locus dandus, exiſtimaverim in antiquiſſimo Codice, ex quo tres modo memorati poſtea dimanarunt, primum folium ſive per Bibliopegæ incuriam, ſive per inſcitiam tranſpoſitum, atque ordine præpoſtero poſt ſecundum compactum fuiſſe. Atque ipſam illam quidem, de qua locutus ſum, Ulpiani introductionem admodum mutilam ad nos perveniſſe ex tota connexione perſpectiſſimum eſt; quin imo videtur JCtus fere ea omnia hoc loco tradidiſſe, quæ Imp. Juſtinianus ſub *Titulo ſecundo Libri primi Inſtit.* tractavit, uti colligo ex collatione Fragmenti Doſitheani, ubi multa reperiuntur, quæ hic non exſtant, ita tamen ut non niſi ſint e naufragio tabulæ: proinde ne plus juſto exſpatier, vel operoſe anquiram, qua ratione integrum illud Ulpiani exordium ex conjectura ſuppleri poſſit, illis ſolummodo particulis ſeu paragraphis medicinam adhibebo, quas nobis Codices Manuſcripti in his reliquiis adſervarunt: igitur mala connexio §. 9. cum §. 1. errandi occaſionem Cujacio & Schultingio præbuit; quum enim §. 9. mutilus eſſet, male ii hunc ſupplere voluerunt verbis §. 1. pariter mutili, ſed quæ immediate ſequebantur, *quod datum legatum eſt*; quum tamen ſtellula in utraque Charondæ Editione poſt vocem *confirmat* adpoſita lacunæ indicium Lectori faciat, ſatisque evincat, ſententiam hanc cum ſubſequentibus verbis connectendam haud eſſe. Certum itaque eſt, prima, quæ nobis ex Ulpiani opere ſuperſunt, verba eſſe * * * *quod datum legatum eſt, quæ lex perfecta eſt.* Mox vero ſubſequi * * * *quæ prohibet exceptis quibusdam cognatis* (aut *perſonis*) *mortis cauſa plus donare, & ſi plus donatum ſit, non reſcindit.* Deinde: *Minus quam perfecta lex eſt, quæ* (ſic malo pro *quia*) *vetat aliquid fieri, & ſi factum ſit, non reſcindit, ſed pœnam injungit ei, qui contra legem fecit, qualis eſt lex Furia teſtamentaria &c.* quemadmodum manifeſto patet ex lectione Codicis Gervaſiani, ſuppleta tamen ex MS. Auredanenſi; adeoque ita in contextu exhibere nullus dubitavi, ne quis vitioſæ, quam Cl. Schultingius repræſentavit, lectioni temere nimis fidem adhiberet. Quod ſi autem quis forte quærat, qua ratione mutilus hic locus ſuppleri poſſit, ejus deſiderio probabiliter, & forſan non longe ab Ulpiani mente, ſatisfacere potero: primum enim ex connexione horum §§. apparet, Ulpianum *b. l.* de lege perfecta, imperfecta, & plus quam perfecta egiſſe, adeoque veroſimiliter præmiſit *lex eſt aut perfecta, aut imperfecta, aut minus quam perfecta*, uti recte obſervavit Cujacius *lib. 19. obſerv. cap.* 30. adeoque juxta debitum ordinem loqui debuit de lege perfecta: & hujus quidem exemplum Ulpianum in lege Ælia Sentia adpoſuiſſe putat ibidem Cujacius: verum ſi conferamus §. 3. Fragmenti Doſithean, ubi *Legis Juliæ & Papiæ* mentio fit, magis credibile eſt, JCtum *b. l.* hanc legem in teſtimonium vocaſſe. Unde ſi conjecturæ locus dandus, ſic mihi poſt generalem legis diviſionem ſubnexiſſe videtur Ulpianus: *lex enim Julia & Papia viro & uxori exceptis quibusdam perſonis* (aut *cognatis*, vel etiam *caſibus*) *prohibet matrimonii nomine inter ſe plus decima capere; & ſi plus relictum ſit, reſcindit, quod datum legatumve eſt; quæ lex perfecta eſt*; quæ ſuſpicio eo veroſimilior eſt, quoniam ex duabus proxime adductis ab Ulpiano legibus adparet, eum exempla admodum ſimilia adponere voluiſſe legum, quæ ultra certam quantitatem donare vel legare vetabant. Sane lex Julia & Papia permittebat tantum decimam viro & uxori matrimonii capere vid. *infr. tit.* 15. exceptis cognatis, ſi hi inter ſe coiſſent, aliiſque præterea quibusdam caſibus, quibus inter ſe ſolidum capere licebat, *infr. tit.* 16. §. 1. & e contrario exceptis quibusdam perſonis, quæ nihil inter ſe capere poterant. *infr. tit.* 16 §. 2. quod ſi alioqui plus legatum eſſet, reſcindebatur illud, & caducum fiebat. vid. *tit.* 17. §. 1. Mox adponere debuit Ulp. exemplum legis imperfectæ, quo referenda ſunt verba, quæ plenius reliquis in Codice Auredanenſi reperiuntur, videl. *quæ prohibet, exceptis quibusdam perſonis,* (aut *cognatis*) *mortis cauſa plus donare, & ſi plus donatum ſit, non reſcindit*: ſcripſit itaque porro Ulpianus: *Imperfecta lex eſt, quæ prohibet, exceptis quibusdam perſonis,* (aut *cognatis*) *mortis cauſa plus donare, & ſi plus donatum ſit, non reſcindit*: quod ſane exemplum cum præcedenti legis Papiæ optime cohæret: reſpicitur enim *b. l.* ad SCtum, (forte Æmilianum) de quo Paulus *lib. 6. ad legem Juliam & Papiam* loquitur in *l.* 35. *pr. ff. de mort. cauſ. donat.* ubi ait: *Senatus cenſuit, placere mortis cauſa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem cauſa haberi, in qua eſſent, quæ teſtamento his legata eſſent, quibus capere per legem non liceret*: quum enim lex Julia & Papia quaſdam perſonas prohiberet in totum ex teſtamento capere, virum autem & uxorem inter ſe plus decima, (exceptis nonnullis caſibus, quibus ſolidum capere licebat) locuta non fuit de mortis cauſa donationibus, ſed tantum de mortis cauſa capionibus; unde quum tamen æquitas poſtularet, idem utrobique obſervari, SCto hoc extenſum fuit generaliter, ut iis perſonis, quibus ex lege Julia & Papia non poterat teſtamento relinqui, etiam non poſſet mortis cauſa donari, & ſi donatum eſſet, in eadem cauſa haberetur, atque ſi contra legis Juliæ Sanctionem teſtamento relictum fuiſſet, uti Paulus *d. l.* indicat, hoc eſt ut caducum fieret: & eatenus quidem hoc SCtum omnino erat perfectum, quoniam reſcindebat tanquam caducum, quod incapaci mortis cauſa donatum erat; verum alio reſpectu id ipſum erat imperfectum, quoniam non reſcindebat id, quod viro & uxori plus decima (exceptis nempe cognatis, aliiſve certis caſibus) mortis cauſa donatum erat, uti optime docuit Franc. Ramos del Manzano in *Comment. ad legg. Jul. & Pap. lib. 4. reliquat.* 33. Atque ſic quidem conſtabit mens Ulpiani, quum exemplo legis perfectæ adpoſito ex lege Papia. (ex qua viro & uxori plus decima teſtamento *capere* non licebat, plus vero relictum reſcindebatur,) jam ſubjungit exemplum legis imperfectæ, *quæ* (ſubintelligas *vel eiſdem*) *prohibet, exceptis quibusdam perſonis,* (aut *cognatis*) *mortis cauſa plus donare, & ſi plus donatum ſit, non reſcindit*: Quum vero hæc lectio Codicis Auredanenſis evincat, Ulpianum hic de donationibus mortis cauſa locutum fuiſſe, patet quam longe a vero abfuerit Jac. Cujacius, qui de donatione inter vivos egiſſe JCtum credidit, ſicque veſtigium legis Cinciæ ſibi inveniſſe viſus eſt, neque veritus fuit in Editione Anni 1566. poſt Codicem Theodoſianum excuſa (nam anterior Cujacii, ſcilicet Toloſana Anni 1554. id non habet) contra omnium Codicum MSS. & præcedentium Editionum fidem ipſum contextum ex ſola conjectura, nullaque ejus rei ad Lectorem admonitione facta, hunc in modum immutare. *Imperfecta lex eſt, veluti Cincia, quæ ſupra certum modum donari prohibet, exceptis quibusdam cognatis, & ſi plus donatum ſit non reſcindit.* (quam conjecturam male Pithœo tribuit Joſ. Fernandez de Retes in *Academ. Relect. de Donation. cap.* 19. § 3. Imo ex ſolo ingenio ſe eum locum ita ſuppleviſſe ipſe poſtea agnovit Cujacius *lib. 9. obſerv. cap.* 30. (quem librum Anno 1579. conſcripſit, vid. *tom.* 1. *opp. Cujac. pag.* 11. 3. *verſ. Edit. Fabrot.*) ubi ait, *ſibi videri* ita ſupplendum eſſe. Inductus vero exinde forſan fuit Cujacius, quod cum in *l.* 4. *C. Theod. de donat.* de quibusdam perſonis lege Cincia exceptis quoad mancipationis ſolemnitatem vel traditionem in donationibus legiſſet, atque præterea in diverſis capitulis, quæ a Triboniano in Corpus Ju-

ris

ria, quæ plus quam mille aſſium legatum, [2] mortisve cauſa prohibet capere, præter exceptas perſonas: & adverſus eum, qui plus ceperit, quadrupli pœnam conſtituit.

§. 3. Lex aut [2] rogatur, id eſt, fertur, aut abrogatur, id eſt, prior lex tollitur: aut derogatur, id eſt, pars primæ legis tollitur: aut ſubrogatur, id eſt, adjicitur aliquid primæ legi; aut obrogatur, id eſt, mutatur aliquid ex prima lege.

§. 4. [3] Mores ſunt tacitus conſenſus Populi longa conſuetudine inveteratus.

T I T U L U S I.

[4] *De Libertis.*

§. 5. [5] Libertorum genera ſunt tria, Cives Romani, Latini Juniani, Deditiorum numero.

§. 6. [6] Cives Romani ſunt [7] liberti, qui vindicta, cenſu, aut teſtamento, nullo jure impediente, [8] manumiſſi ſunt.

§. 7. Vindicta manumittuntur apud Magiſtratum, velut Prætorem, Conſulem, Proconſulem.

§. 8. [9] Cenſu manumittebantur olim, qui [10] luſtrali [11] cenſu Romæ, juſſu dominorum, inter Cives Romanos cenſum [12] profitebantur.

§. 9.

tie relata fuere, de modo donationis lege definito JCtos locutos obſervaſſet, ſimiliter uti de forma donationis, ita etiam de modo ejus legem Cinciam egiſſe, & ab utraque perſonas conjunctas exemiſſe putavit: verum uti de forma donationis ſanciviſſe Cincium ex *d. l.* 4. *C. Theod.* & *Novell. Juſt.* 162. *cap.* 1. *princ.* evidens eſt, qua de re in *notis* ad Paul. lib. 5. *ſent. tit.* 11. §. 4. dixi, ita de ejus modo eadem lege actum fuiſſe vellem unico loco probaſſet Cujacius: quod enim poſt Jac. Gothofredum ad *d. l.* 4. *C. Theod.* Freder. Brummerus in *Comm. ad leg. Cinc. cap.* 12. formavit ſecundum legis Cinciæ caput, UT NE PLUS . . . . . H. S. DONARE LICERET, EXTRA QUAM EI CONJUNCTIS PERSONIS DONARETUR, QUOD EO AMPLIUS DONATUM ESSET, RATUM NE ESSET, nulla alia auctoritate corroboravit, quam verbis, quæ ipſe quidem Ulpiani eſſe temere exiſtimavit, modo autem Cujacium auctorem habere, omnique deſtitui fundamento evici. Itaque ſi verum amamus, totum illud legis Cinciæ caput, quod pro genuino hactenus venditatum fuit, omnino dubiæ fidei eſt; nec unquam ejuſmodi ſanctionem legiſlatori Cincio in mentem veniſſe exiſtimaverim. Sane in *l.* 11. *l.* 21. §. 1. *l.* 23. *ff. de donat. l.* 5. §. 2. & 5. *ff. de dol. mal. except.* mentio quidem fit *modi* donationis *legitimi* ſeu lege definiti; verum primo, legis Cinciæ nomen neutiquam ibi expreſſum videas: deinde longe probabilius eſt, ejuſmodi legem ſub Impp. Romanis, qua ætate luxuries ſenſim magis magiſque ingraveſcebat, promulgatam eſſe, quam quidem Anno U. C. 549. quo legem Cinciam a M. Cincio Alimento latam ſtatuit Brummerus. Nam ex his, quæ Cicero (qui 120. & amplius annis poſt Cincii Alimenti tempora floruit) *lib.* 2. *de offic. cap.* 15. & *ſeqq.* de ſua majorumque ſuorum ætate ſatis obviis profuſis largitionibus narrat, ſatis adparet, tum temporis cognitam haud fuiſſe legem, quæ donationibus certum modum præſcriberet. Atque hæc quidem tam late & ex profeſſo docere conſultum exiſtimavi, ut omnem errandi occaſionem illis auferrem, qui temere nimis auctoritate interpretum niti ſolent, inque res ipſas inquirere negligunt. MEERMAN.

2. *Prohibet*] *L. non eſt dubium* 5. *C. de leg. Nov. Theod. ne cur. prod. ult. cond.* CUJAC. Adde *l. relegatorum* 7. §. *ad tempus* 4. *ff. de interd. & relegat. l.* 1. §. *biduum* 5. *ff. quando appel. ſit.* & notatur in *Can. biduum* 2. *quæſt.* 6. ex *Can. de Judæis* 45. *diſtinct.* PET. FAB.

3. *Minus quam perfecta*] Macrobius *ad fin. lib.* 2. *in ſomnium Scipionis fol.* 176. *Sed quia inter leges quoque illa imperfecta dicitur, in qua nulla devantibus pœna ſancitur: ideo in concluſione operis pœnam ſancit extra hæc præcepta viventibus, &c.* Ergo imperfecta eſt lex, quæ ſanctionem non habet. Vide quæ ſcripſi in *Sanctio* ad Lexic. Briſſonii. Valeriam legem, quæ de provocatione lata eſt, imperfectam fuiſſe, inde apparet, quod nihil ultra quam improbe factum eſſe adjecerat, ut Livius auctor eſt *lib.* 10. Porcia autem gravi pœna, ſi quis verberaſſet, necaſſetve Civem Romanum, ſanxit. Auctor Livius *lib.* 10. Vide Ant. Auguſtinum in *legibus.* Sic imperfecta cretio dicitur, cum non eſt adjecta exheredatio ejus, qui intra diem non cernit §. *ult. tit.* 27. *infr.* Illo etiam pertinet quod Tertullianus initio Scorpiaci adverſus Gnoſticos: *ita nec illud expectabit retractari a nobis, an obſervari voluerit diſciplinam, quam voluit inſtituere, & an merito ulciſcatur deſertam, quam voluit obſervatam, quando fruſtra inſtituiſſet, ſi obſervari eam noluiſſet, & fruſtra obſervari voluiſſet, ſi vindicare noluiſſet.* PET. FAB.

1. *Mortisve cauſa*] Cujus meminit Juſtinianus in *tit. de lege Falcid.* & Cicero *pro Balbo*, & *Verrina* 3. PET. FAB.

2. *Rogatur*] Cicero *lib. ad Atticum* 3. *epiſt.* 23. A. D. V. *Octo noſtri Tribuni plebis caput poſuerunt hoc: ſi quid in hac rogatione ſcriptum eſt, quod per leges Clodiam promulgare, abrogare, derogare, obrogare ſine fraude ſua non liceat, non licuerit: quod ei, qui promulgavit, abrogavit, derogavit, pœnæ, multæve ſit etiam jus.* PET. FAB.

3. *Mores ſunt tacitus*] Præmiſiſſe huic §. videtur Ulp. *legis autem adpellatione cæteræ partes juris ſcripti comprehenduntur*, quomodo accipienda eſſe corrupta verba in §. 3. *fragm.* Doſith. recte vidit Cl. Röver. MEERMAN.

4. *De Libertis*] Probabile eſt, Ulpianum ſcripſiſſe DE LIBERTINIS, quippe qui paſſim adcurate diſtinguere ſolet inter *libertos* & *libertinos*, Vid. inprimis *l. ult. ff. ſi ingen. eſſe dic.* id quod forte non aſſecuti ſunt librarii, qui Ulpianum exſcripſere, uti nec Doſitheus interpres Græcus fragmenti Ulpiani, ac Theophilus ad §. *ult. inſt. de libertin.* qua de re dixi plenius in *animadv. crit. in Caji inſtit. lib.* 1. *tit.* 1. *in princ.* MEERMAN.

5. *Libertorum*] Lege iterum : *libertinorum* : cæterum præmiſiſſe videtur omnino Ulp. *Omnes homines aut ingenui ſunt, aut libertini*, quod ſupplendum eſt ex *fragm.* apud Doſith. §. 5. MEERMAN.

6. *Cives Romani*] His primum licitum erat in urbe Roma commorari: cæteris autem libertis prohibebatur, ne vel in urbe Roma, vel intra ſeptimum ab urbe milliarium commanerent. Iſidor. *lib.* 19. *etymol. cap.* 4. Sane fuerunt leges apud Romanos latæ, quibus Peregrini urbe uti prohibebantur, vid. Cic. *lib.* 3. *de offic. fol.* 394. Socii Latini nonnunquam, ſed perraro urbe exire jubebantur, ut Cic. *pro Sextio* ſcribit *pag.* 463. ut ob famem. Vide Suetonium in *Octavio cap.* 42. PET. FAB.

7. *Liberti*] Hodie ex conſtitutione Juſtiniani Civitatem Romanam ſervi conſequuntur, qui ſcientibus dominis militiæ nomen dederint, ſic tamen ut ingenui, non liberti fiant. *l.* 6. *C. qui milit. poſ. lib.* 12. quod in promotis ad dignitatem ſervis locum habere ſanxit *l.* 7. *eod. tit.* PET. FAB.

8. *Manumiſſi*] Cicero in *Topicis*: *ſi neque cenſu, neque vindicta, nec teſtamento liber factus eſt, non eſt liber* (ex jure ſcilicet Quiritium, id eſt, Civis) *neque eſt ulla earum rerum: non eſt igitur liber.* PET. FAB.

9. *Cenſu manumittebantur*] Plenius omnino egit Ulpianus de manumiſſione cenſu, quod proinde hic ſuppleri poteſt ex fragm. apud Doſith. §. *ult.* MEERMAN.

10. *Luſtrali*] Qui fiebat quinto quoque anno; & addic hoc ad diſcrimen cenſus Equeſtris, Senatorii, & Provincialis, ut Turnebus monet *cap.* 21. *lib.* 7. *adverſ.* PET. FAB.

11. *Cenſu*] Apud Cenſores, qui ſunt patrimoniorum Judices, a *cenſu æris* appellati. Iſidor. *lib.* 9. *etymol. cap.* 4. de luſtro vid. apud eundem *lib.* 5. *etymol. cap.* 37. PET. FAB.

12. *Profitebantur.*] Ut ſcilicet manumiſſi, atque adeo liberi, & cives effecti luſtrarentur, & luſtralia acciperent, faces videlicet, ſulphur, & bitumen, quæ ſervis non licebat, authore Zoſimo initio *lib.* 2. *pag.* 43. Paulus Oroſius *cap.* 22. *lib.* 6. ubi de Auguſto: *eodem quoque anno tunc primum idem Cæſar, quem his tantis myſteriis prædeſtinaverat Deus, cenſum agi ſingulariter ubique Provinciarum, & cenſeri omnes homines juſſit, quando & Deus homo videri & eſſe dignatus eſt, prima illa, clariſſimaque profeſſio*, & cætera, quæ ſequuntur. Ex ſtatim: *Dominus noſter* JESUS CHRISTUS *hanc urbem nutu ſuo auctam, defenſamque in hunc rerum apicem provexit, cujus potiſſimum voluit eſſe cum venit,*

§. 9. Ut teſtamento manumiſſi liberi ſint, lex duodecim Tabularum facit, [1] quæ confirmat * * *.

§. 10. [2] Hodie autem ipſo jure liberi ſunt [3] ex lege Junia, qua lege Latini ſunt nominati [4] inter amicos [5] manumiſſi.

§. 11. [6] Dedititiorum numero ſunt, qui pœnæ cauſa vincti ſunt a [7] domino: quibus [8] veſtigia

dicendus utique Civis Romanus cenſus profeſſione Romani. Idem Oroſius *extremo cap. 2. lib. 7. Cenſus ille primus & maximus fuit, cum in hoc unum Cæſaris nomen univerſa magnarum Gentium creatura juravit, ſimulque per communionem cenſus unius ſocietatis effecta eſt.* & *cap. 3. Poſtquam Redemptor mundi Dominus* JESUS CHRISTUS *venit in terras, & Cæſaris cenſu Civis Romanus adſcriptus eſt.* Non ita Divus Hieronymus, qui in *cap. 27.* Matthæi ad illud: *Et cum veniſſet Capharnaum: Poſt Auguſtum Cæſarem*, inquit, *Judæa facta eſt tributaria, & omnes cenſi capite ferebantur: unde & Joſeph cum Maria cognata ſua profeſſus eſt in Bethlehem.* PET. FAB.

1 *Quæ confirmat * * *]* Hic expunxi verba, quæ in Edit. Cujacii & Schultingii ſubſequebantur, *quod datum legatum*, quippe quæ ad §. 1. pertinent, ut abunde ibi docui: quod igitur hic deeſt, ſic forte ſuppleri poterit: *qua confirmat teſtamento datas libertates, his verbis:* UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA, TUTELAVE SUA, ITA JUS ESTO, atque *tit. 11. §. 14. infr.* Add. *l. 120. ff. de V. S.* MEERMAN.

2. *Hodie]* Hic talia quædam deſunt: *olim liberi non erant, qui aliter, quam vindicta, cenſu, vel teſtamento manumittebantur.* CUJAC. Hoc verum eſſe non poteſt: nam & a Peregrinis manumiſſi liberi fiebant, non Cives, niſi addas a *Civibus*; ut Cives olim, qui manumitterent, Civitatem, non Latinitatem, ſicut Latini non Civitatem, ſed Latinitatem darent. PET. FAB.

Hodie autem] Quæ ante hæc verba deſiderantur, ſuppleri debent ex *fragm.* apud Doſith. §. 6 & 7. ubi docetur, quid juris eſſet ante legem Juniam, ſi quis aliter, quam vindicta, cenſu, aut teſtamento ſervum manumiſiſſet. MEERMAN.

3. *Ex lege Junia]* Hanc legem Juniam Norbanam (quomodo diſtincte vocatur §. 3. *inſt. de libertin.*) ſub Tiberio Imp. latam eſſe Coſſ. M. Junio Silano & L. Norbano Balbo, adeoque Anno U. C. 772. (juxta Faſtos Almeloveeni) inter eruditos fere omnes convenit, ſi ab uno receſſero Herm. Noordkerkio, qui in *diſquiſit. de lege Petron. cap. 3 §. 6. pag. 91. ſeq.* eam ad Coſſ. L. Corn. Scipionem, & C. Junium Norbanum, adeoque Annum U. C. 671. refert: verum hæc Viri Cl. conjectura aperte adverſatur verbis Ciceronis in *Topicis cap. 2.* ubi ait: *ſi neque cenſu, neque vindicta, nec teſtamento liber factus eſt, non eſt liber*: ita enim ſcribere non potuit Cicero poſt legem Juniam Norbanam, qua manumiſſi alio modo, quam vindicta, cenſu, aut teſtamento latinam libertatem accepere: atqui ſcripſit Cicero Topica ſua poſt inſtitutam peregrinationem in Græciam (vid. *cap. 1. in fin.*) quæ incidit Coſſ. P. Servilio Vatia & Ap. Claudio Pulchro, adeoque in Annum U. C. 675. (vid. Franc. Fabricius in *vita Ciceron. ad an. Cic. 58.*) Itaque fieri non poteſt, ut lex Junia jam Anno 671. publicata fuerit, ſed evidentiſſimum eſt, eam poſteriorem eſſe Anno U. C. 675. Quamvis vero deinceps A. 730. Coſſ. fuerint C. Jul. Cæſar Octavianus & C. Norbanus Flaccus, item A. 768. Druſus Cæſar & C. Norbanus Flaccus, attamen, cum hæc lex ſpeciatim *Junia Norbana* vocetur, nullusque ex his Coſſ. *Junii* nomen habuerit, patet eam iis annis latam haud fuiſſe, unde & lapſum adparet Jac. Cujacium, quum in *paratitl. C. de latin. libert. toll.* eam auctore Auguſto promulgatam ſcribit; ſic etenim non *Junia* ſed *Julia* lex dicenda fuiſſet, etſi ita vitioſe in *Schol. Baſilic. ad eund. tit. Cod.* quod tamen ipſe haud probat Cujacius: recte itaque hoc nomine notatus eſt Vir ſummus a Gaſp. Schifordeghero in *diſp. forenſ. ad Ant. Fabrum lib. 3. tract. 19. quæſt. 5.* Proinde id unum ſupereſt, ut dicamus, eam Anno 772. Coſſ. M. Junio Silano & L. Norbano Flacco latam eſſe, ſicque hæc lex, ut pleræque aliæ, ab utroque Conſule nomen ſortita eſt. Argumenta vero, quibus Cl. Noordkerkius utitur, levia admodum ſunt, facilique negotio diluí poſſunt: adducit enim pro ſua ſententia, quod in *fragm.* apud Doſith. §. 8. & alibi legitur, latinos hoſce lege Junia introductos cum latinis colonariis exæquatos fuiſſe, quod verum haud eſſe poſſe exiſtimat, ſi eam referas ad tempora Auguſti vel Tiberii, quum tunc temporis Colonarii (ſtatuente V. Cl.) jus civitatis haberent, quod Junianis diſerte abnegatur; unde concludit, Junianam Norbanam legem antiquiorem eſſe oportere lege Julia, quæ colonis latinis jus civitatis tribuit, ideoque eam, ut jam monui, refert ad Annum 671. Verum primo V. Cl. maximum hic in Chronologia errorem committit, ſibique ipſi aperte contradicit; ſiquidem lex illa Julia lata eſt Coſſ. L. Julio Cæſare, & P. Rutilio Lupo, ſive (juxta Faſtos Almeloveen, quibus etiam Cl. Noordkerkius uſus eſt) A. U. C. 664. uti ex Appiano oſtendit Ill. Spanhemius in *Orb. Rom. Exerc. 1. cap. 10.* jam vero, ſi cum V. Cl. dicamus, legem Juniam Norbanam latam eſſe A. 671. utique hæc non antiquior, ut volebat V. Cl. ſed e contrario ſeptem annis recentior erit lege Julia. Præterea confundit V. Cl. Latii incolas, ſociosque latini nominis cum latinis Colonariis: illis utique jam olim ex lege Julia & Plautia jus Civitatis Romanæ conceſſum fuit; vid. Celeb. Spanhem. *d. l.* Hi vero longo poſt tempore ſuperfuerunt, & demum ex notiſſima Ant. Caracallæ Conſtitutione cujus mentio in *l. 17. ff. de ſtat. hom.* cives Romani effecti fuere, uti late adſtruit idem Spanhemius *exerc. 1. cap. 8.* & *exerc. 11. cap. 19.* Nihil itaque certius, ut ex ſupra expoſitis patet, quam legem Juniam Norbanam A. 772. adeoque ſub Tiberio Imp. latam eſſe, qua ætate etiam probabiliter receptam fuiſſe vindicationem rei in dominio bonitario, & mancipationem rerum nec mancipi videbimus *infra ad tit. 1. §. 16.* MEERMAN.

4. *Inter amicos manumiſſi]* Supplo ex Fragm. apud Doſith. §. 8. *quippe quos exæquavit latinis Colonariis, qui cum eſſent Cives Romani, nomen ſuum in Coloniam dederant*, de quo loco egi in *Animadv. Crit. in Caji inſt. lib. 1. tit. 1. in princ.* & poſtea quoque, ſed qui a me in diverſa abit V. Cl. Alb. Dieter. Trekell in *antiq. ſelect. Part. 1. cap. 4. §. 36.* Licet vero & *h. l.* & in *dict. fragm.* mentio unice fiat manumiſſorum inter amicos, attamen hos etiam, qui alio quoque modo minus ſolenni manumiſſi erant, identidem ex lege Junia libertatem latinam conſecutos crediderim, quippe quæ generaliter eos fieri latinos juſſit, quos dominus liberos eſſe voluit, adeoque qui ante legem Juniam in libertate morabantur. vid. *dict. fragm. §. 9.* Unde & a domino bonitario manumiſſi ex ipſa lege Junia latini facti fuere, nam & hi latini Juniani dicti ſunt, ut notat Theoph. *ad §. ult. inſt. de libertin.* ubi hoc argumentum late perſequitur. Add. Juſtinian. *l. unic. C. de latin. libert. toll.* Cæterum deeſſe hic videntur, quæ de voluntate domini manumittentis ac tuitione Proconſulis ſcripſit Ulp. quæque proinde ſupplenda ſunt ex *fragm.* apud Doſith. §. 9. & 10. MEERMAN.

5. *Manumiſſi]* Etiamſi a Civibus, non modo ſi a Latinis. PET. FAB.

6. *Dedititiorum]* *Ex dedititiis quidam*, inquit Iſidorus, *poſtea quam primum eſſe cœperunt a Dominis manumiſſi, propter ſuppliciorum notas, quas manifeſta perpeſſi ſunt, ad dignitatem Civium Romanorum non pervenerunt*, *lib. 9. etymolog. cap. 4.* PET. FAB.

7. *Domino]* Qui, ſcilicet, ſit in ſolidum dominus, & ſocium non habeat; alioqui contra, ut Paulus docet *lib. 4. ſent. tit. 12. de manumiſſ. §.* [illegible] PET. FAB.

8. *Veſtigia]* Legendum videtur, *quibusve ſtigmata*, niſi veſtigia ſunt notæ. Seneca *lib. 1. de benefic. Sic non eſt beneficium, quod ſub oculos venit, ſed beneficii veſtigium & nota*, &c. CUJAC. Stigmata igitur ſcripta dicemus, ut & Quintilianus *lib. 7. cap. 4. Ex cauſis quamquam his excuſatio ſupereſt, ea eſt aut ignorantiæ, ut ſi quis fugitivis ſtigmata ſcripſerit, eoque ingenuo judicato, neget ſciſſe ſe liberum eum fuiſſe.* Suetonius in Caligula *cap. 47. Qui deformati ſtigmatum notis fuerunt.* Hi & *litterati*, & *inſcripti vultus* vocantur, ut ex Plinio, Seneca, & Plautino Olympione Cœlius Rhodiginus annotavit *cap. 31. lib. 4.* Martialis *lib. 12. Frons hæc ſtigmate non meo notanda eſt.* Auſonius *epigramm. 15.*

Tam ſegnis ſcriptor, quam lentus, Pergame, curſor
Fugiſti, & primo captus es in ſtadio.
Ergo notas ſcripto toleraſti, Pergame, vultu,
Et quas neglexit dextera, frons patitur.
Pergame, non recte punitus fronte ſubiſti
Supplicium, lentæ quod meruere manus.
At tu, qui dominus, peccantia membra coërce:
Injuſtum falſos excruciare reos.
Aut inſcribe iſtam, quæ non vult ſcribere dextram,
Aut profugus ferri pondere necte pedes.

Plutarchus [illegible] Ad iracundorum, & difficilium hominum in-

gia ſcripta fuerunt: qui propter noxam torti, [1] nocentesque inventi ſunt: [2] quive traditi ſunt, ut [3] ferro, aut cum beſtiis depugnarent: vel in [4] cuſtodiam conjecti fuerunt: deinde quoquo modo manumiſſi ſunt: idque [5] Lex Ælia Sentia facit.

§. 12. Eadem lege cautum eſt, ut minor triginta annorum ſervus vindicta manumiſſus, Civis Romanus non fiat, niſi apud conſilium cauſa probata fuerit: ideo [6] ſine conſilio manumiſſum ſervum manere putat. [7] Teſtamento vero manumiſſum perinde haberi jubet, atque ſi domini [8] voluntate in [9] libertate eſſet, [10] ideoque [11] Latinus fit.

§. 13. [12] Eadem lex cum dominum, qui [13] minor viginti annorum eſt, prohibet [14] ſervum

---

dicia videbis in vultibus famulorum, & in cicatricibus, & in compedibus. Claudianus *lib.* 1. *in Eutropium.*

Pars humili de plebe Duces, pars compede ſuras,
Cruraque ſignati nigro liventia ferro,
Jura regunt, facies quamvis inſcripta repugnet,
Seque ſuo prodat titulo.

Petronius Arbiter in *ſatyrico*, *pag.* 71. *Sequar ego frontes notans inſcriptione ſolerti, ut videamini ſtigmate eſſe puniti.* Et *pag.* 72. *Implevit Eumolpus frontes utriusque ingentibus literis, & notum fugitivorum epigramma per totam faciem liberali manu duxit.* Qui locus cum altero illo Martialis apte connectitur de ſtigmatio ſervo, qui compunctus notis a domino, enim nihilominus ſervaverit. Vide Dionem *lib.* 47. *pag.* 222. Appianum *lib.* 4. *Civil. pag.* 313. *Subverbuſtos* Tertullianus vocat in *de Pallio*, *fol.* 8. *Enim vero jam dudum cenſoria intenilenis epiſcinio diſperſo, quantum denotavi paſſivitas offert: libertinos in Equeſtribus, ſubverbuſtos in liberalibus, Dedititios in Ingenuis, Rupices in Urbanis, Scurras in Forenſibus, Paganos in Militaribus.* Apuleius *lib.* 9. *de Aſino. Dii boni! quales illi homunculi, vibicibus livedinis totum cutem depicti, dorſumque plagoſum, ſciſſili centunculo magis inumbrati, quam obtecti, nonnullo exiguo tegili tantummodo pubem injecti, cuncti tamen ſic tunicati, ut eſſent per pannulos manifeſti: frontes literati, & capillum ſemiraſi, & pedes annulati, tum livore deformes, & fumoſis tenebris vaporoſæ caliginis palpebris adeſi, atque ideo male luminati, & in modum Pugilum, qui pulviſculo perſperſi dimicant, farinulento cinere ſordide candidati.* Ubi de ſervis in piſtrinum datis agit. Pet. Fab. Ad illa verba Cujacii, *Niſi veſtigia ſunt notæ*, addit: Cicer. in *orat.* 29. *poſt reditum in Senatum*, *pag.* 388. *Non te illius unguentorum odor, non vini anhelitus, non frons calamiſtri notata veſtigiis in eam cognitionem adducebat, ut cum illius re ſimilis fuiſſes, frontis tibi integumento ad occultanda tanta flagitia diutine uti non liceret.* Pet. Fab.

1. *Nocentesque*] Secus eſſet, ſi de nulla colpa confeſſus eſſet ſervus. Vide Paulum *lib.* 4. *ſent. tit.* 12. §. *tormentis.* Pet. Fab.

2. *Quive traditi ſunt, ut ferro aut cum beſtiis depugnarent*] Nicol. Fernandez de Caſtro in *Prælect. ad l. unic. C. de Gladiator. num.* 8. legit: *ut ferro cum beſtiis depugnarent*, deleta particula *aut*, cujus emendationis rationes ibidem reddit.

3. *Ferro*] Ad ludum gladiatorium. *Ad ferrum*, in *l. ejus qui* 8. §. *ult. de teſtament. Ad gladium* in *l. ſi quis mihi bona* 25. §. *ſi quis plane de adq. hered. l. ſi quis a filio* 6. §. *ſed etſi de injuſt. teſt.* Cujac. Ad ferrum, & ad gladium; nam idem omnino ſignificant. Sic quod dicitur *jus gladii*, idem *jus ferri* appellatur, ut notavi ad *l. nemo poteſt de R. J.* Immo non idem eſt, ut ad Briſſonium ſcripſi. Pet. Fab.

4. *Cuſtodiam*] Hoc neceſſe eſt adjici, nam alioqui vinculorum nomine Carcer non continetur. *l. verum eſt* 216. *ff. de V. S.* Pet. Fab.

5. *Lex Ælia*] Lata temporibus Auguſti. Quamobrem quod hac lege comprehenditur, id Suetonius Auguſto tribuit, *cap.* 40. Pet. Fab.

6. *Sine conſilio*] Vindicta, & inter vivos ſcilicet. Pet. Fab.

7. *Teſtamento*] In eo, qui cenſu liberatur, nulla ætatis habita eſt ratio. Cujac. Ex ea ratione nec in eo, qui manumittebatur in Eccleſia, ſi Juſtiniano credimus, qui ad illius exemplum cæteros etiam quocumque modo manumiſſos, nulla ætatis habita ratione, juſtam libertatem, id eſt, Civitatem Romanam conſequi voluit, *l. pen. Cod. comm. de manumiſſion.* Pet. Fab.

8. *Voluntate*] Nuda, non ſolemni, ac legitima. Pet. Fab.

9. *Libertate*] Qui olim fiebat Latinus, hodie poſt SCta & Conſtitutiones ad id pertinentes fit Civis Romanus, *l.* 4. *C. de fideicomm. libertat.* ubi illa verba adjecta ſunt a Triboniano ex Juſtiniani conſtitutione in *l. pen. C. comm. de manumiſſ.* alioquin Civis Romanus effici non poterat, niſi vindicta, cenſu, aut teſtamento, vel ex conſtitutionibus in Eccleſia manumiſſus, ut ſupra in principio. Sed tamen hic modus faciendi Latini non enumeratur inter alios, quos propoſuit Imperator in *l. ult. C. de Latin. libert. toll.* & præter quos alium nullum hodie agnoſci jubet tribuendæ libertatis Romanæ modum, licet olim Latinus deretur. Sed vide, ne quid temere de ſententia *d. l.* 4. aſſeveres; & vide, ne ibi competat Romana Civitas ex conſtitutionibus ob relictam fideicommiſſariam libertatem teſtamento: ut mirum non ſit, ſi heredis patientia, & conſenſus tributæ libertatis loco ſit. Cæterum, ſi non eſſet data fideicommiſſaria libertas, ſolus domini conſenſus, aut patientia Civem Romanum non efficeret, ſed Latinum, ut hoc loco: *Domini voluntate in libertate, &c.* Ut, exempli cauſa, qui inter amicos eſt manumiſſus, vel ex edicto D. Claudii, qui cum ægrotus eſſet, expoſitus fuit, qui Latinus fit, non Civis Romanus, utroque caſu: quoniam vel non expreſſam, vel certe legitimam domini voluntatem non habet; id eſt, non talem, ac tam ſolemnem, ut Jus Civile Populi Rom. exigit, ſed qualem jus Gentium, quod & apud Latinos, & apud quoscumque obtinet peregrinos, qui manumittere ſervos ſuos, & per manumiſſionem liberare poterant. Plinius ad Trajanum *lib.* 10. *epiſt. pag.* 257. *Quare rogo des ei Civitatem Romanam: eſt enim peregrinæ conditionis manumiſſus a peregrina.* Cæterum is quoque domini voluntate in libertate eſſe videtur, atque adeo Latinus fit, de quo ſtatim dixero: nam ſervus, qui ſignare tabulas, vel judicare non poteſt, ſi volente domino id fecerit, liber intelligitur, ut Quintilianus docet *declamat.* 342. *fol.* 174. ubi etiam: *præterea* (inquit) *aliud eſſe in libertate eſſe, aliud liberum eſſe, etiam ex ea manifeſtum eſt, quod eos, qui in libertate fuerint, liberos eſſe lex jubet.* Ad eos ergo lex pertinet, ut ad noſtram finitionem redeamus, qui volentibus dominis fecerint aliqua tamquam liberi. Ancilla quoque olim Latinam, hodie juſtam libertatem conſequitur, cujus in matrimonium liberæ collocatæ nomine dotem dominus conſcripſerit, tamquam ejus voluntate ipſa in libertate ſit, aut ſi dominus inſtrumenta, ex quibus ſervus oſtendebatur, vel corruperit, vel ipſi ſervo dederit. § *ſed & ſi quis*, §. *ille etiam C. de Latin. libert. toll.* Pet. Fab.

10. *Ideoque Latinus fit*] Scilicet non ex ipſa lege Ælia Sentia, quippe quæ ſub Auguſto Imp. Coſſ. Sexto Ælio Cato & C. Sentio Saturnino A. U. C. 757. lata fuit, ſed poſtea demum ex lege Junia Norbana, quam ad §. 10. vidimus, ſub Tiberio Imp. A. U. C. 772. promulgata, adeoque quindecim annis lege Ælia Sentia recentior eſt: itaque hic particula *nunc* ſubintelligenda eſt, quaſi ſcripſerit Ulp. *ideoque nunc Latinus fit.* Cæterum putat Cl. Schultingius, JCtum manumiſſionis per cenſum, tamquam ſuo tempore haud uſitatæ, nullam hic injeciſſe mentionem, quod mihi neutiquam videtur, quum in *fragm.* apud Doſith. §. 19. edit. Rover. diſerte ſcriptum ſit: &, *qui in cenſu manumittitur, ſi triginta annos habeat, civitate Romana petitur*, unde, quoniam hi Tituli admodum mutili ad nos pervenere, quod ia hic deeſt, ex dicto fragmento & hic & alias ſupplendum eſt, quum utrumque ſcriptum ex eodem Ulpiani regularum corpore petitum ſit, ut ſupra obſervavi. Unde igitur Ulp. de manumiſſis cenſu hoc loco ea tradidit, quæ *dict.* §. 19. *in princ.* exſtant, ut & quæ de manumiſſis inter amicos §. 16. *ejusd. fragm.* repetiuntur. Meerman.

11. *Latinus*] Vide *l. pen. C. comm. de manumiſſ.* Pet. Fab.

12. *Eadem lex*] Ergo ex ea lege Ælia Sentia nec minori, nec a minore viginti annorum libertas juſta, plena, vel inter vivos, vel teſtamento tribui poteſt, ni fuerit cauſæ conſilio adprobata. Pet. Fab.

13. *Minor viginti quinque annis*] Suetonius tamen in *Auguſto cap.* 40. nihil de ætate. Hoc tantum addit Civitatem Romanam parciſſime dediſſe, & manumittendi modum terminaſſe. Tiberio pro cliente Græco petenti reſcripſiſſe, *non aliter daturum, quam ſi præſens ſibi perſuaſiſſet, quam juſtas petendi cauſas haberet. Adeo magni exiſtimabat ſincerum, atque ab omni colluvione ſervilis, ac peregrini ſanguinis incorruptum ſervari populum.* Pet. Fab.

14. *Servum manumittere*] Supple vindicta, aut teſtamento.

vum manumittere, præterquam ſi cauſam apud conſilium probaverit. In conſilium autem adhibentur Romæ quinque Senatores, & quinque Equites Romani: in provincia viginti Recuperatores, Cives Romani.

§. 14. Ab eo domino, qui ſolvendo non eſt, ſervus teſtamento liber eſſe juſſus, & heres inſtitutus; etſi minor ſit triginta annis, vel in ea cauſa ſit, ut dedititius fieri debeat, Civis Romanus, & heres fit: ſi tamen alius ex eo teſtamento nemo heres ſit. Quod ſi duo pluresve liberi heredeſque eſſe juſſi ſunt, primo loco ſcriptus liber, & heres fit: quod & ipſum [1] lex Ælia Sentia facit.

§. 15. Eadem lex in fraudem creditoris, & patroni [2] manumittere prohibet.

§. 16. [3] Qui tantum in bonis, non etiam ex jure Quiritium ſervum habet, [4] manumitten-

mento, (*imo nec ſervum Latinum facere poteſt*) *præterquam* &c. ex *dict. fragm.* Doſith. §. 15. MEERMAN.

1. *Lex Ælia Sentia*] Quæ SCto hac in parte porrecta eſt ad fideicommiſſarias hereditates. *l. ſi non* 83. § 1. *ff. de her. inſtit.* De directis agitur in *l. qui ſolvendo* 60. *eod. tit.* ubi primo loco ſcriptum heredem eſſe, oſtenditur. Sed hæc ita demum locum habebat, ſi nemo alius ex teſtamento heres eſſe poſſet. *l. ſi ir qui* 57. *ff. de her. inſtit.* Adde ex ſententia legis, & SCto, *aut vellet*, *l. facta* §. *ult. ff. ad S. C. Trebell.* ubi ſcripſi, & *d. l.* 83. Vide *l. ſi quis habens* 24. *ff. qui & a quib.* in qua etiam exceptio proponitur; nam caſus eſſe poteſt, ie quo non primo nominatus, ſed poſtea ſcriptus liber futurus eſt. PET. FAB.

2. *Manumittere prohibet*] Adde: *itaque ſervum pignori datum civem Romanum facere non poteſt, niſi ſi ſolvendo ſit, imo nec Latinum facere poteſt*, ex *dict. fragm.* §. 18. ubi vid. notata a Cl. Röver. MEERMAN.

3. *Qui tantum*] Sic loqoitur Cicero *pro domo ſua*, *num.* 83. *Ipſe cum loci illius, cum ædium cupiditate flagraret, ob eamque cauſam unam, una juſta illa rogatione ſua vir domus dominum ſua in bonis meis eſſe voluiſſet, tamen illo ipſo in furore ſuo non eſt auſus meam domum; cujus cupiditate inflammatus erat, poſſidere.* PET. FAB.

Ibid.] Veteres JCti Romani ſemper hac locutione uſi ſunt, aliquem rem in *bonis* habere, vel rem *ex Jure Quiritium* poſſidere: verum Theophilus ad §. *ult. J. de libertin.* & recentiores JCti Græci inde vocabula *dominus bonitarius* & *Quiritarius* effinxerunt: nam & ita Gloſſæ Nomicæ: [illegible]. Aliud vero Gloſſarium, quod citat Briſſonius *de V. S.* (voce *in bonis*) ſequentia habet: *In bonis*, [illegible]. *Ex Jure Quiritium*, [illegible] (vel ut idem Briſſon. in v. *Quirites* emendat, [illegible]) Doſitheus autem, qui fragmentum Ulp. Græce reddit, *in bonis* vertit, [illegible], *ex Jure Quiritium* vero [illegible]. vid. §. 11. & 19. *dict. fragm.* ſed ut a verbis ad res ipſas progrediamur, ſciendum eſt, veteres diviſiſſe dominium in Quiritarium plenum, Quiritarium nudum, & bonitarium: dominium Quiritarium plenum, quod variis legitimis modis adquiri poterat, conſtabat ex bonitario & ex Quiritario nudo, ut recte Theoph. ad *d.* §. *ult. J. de libertin.* idque proinde plenam vindicationem ex jure Quiritium producebat. vid. Cic. *pro Murena cap.* 12. & 2. *in Verr. cap.* 12. Cajus apud Boëth. *lib.* 3. *in Top. Cic. pag.* 797. Id vero ſeparationem recipere poterat, ita ut penes unum eſſet dominium Quiritarium nudum, penes alium vero bonitarium, uti *h. l.* Ulp. oſtendit: eoque caſu dominium illud Quiritarium nudum vindicationem quidem producebat ex Jure Quiritium, ſed imaginariam, quæque exceptione repelli poterat, dominus enim bonitarius re ipſa omnes effectus dominii ſentiebat, alter nullum: unde & ſervus, ſi alterius in bonis eſſet, alterius ex Jure Quiritium, ex omnibus cauſis adquirebat ei, cujus in bonis erat, docente JCto noſtro *infr. tit.* 19. §. 20. Dominium tamen bonitarium non videtur antiquis temporibus vindicationem produxiſſe, quum Ciceronis adhuc ætate unice vindicationi ex Jure Quiritium locus fuerit, ut colligi poteſt ex ejus *orat. pro Murena cap.* 12. vid. Jo. d'Avezan *lib. de ſervitut. Part.* 7. & Cl. Noodt ad *tit. dig. de R. V. pag.* 191. Tum temporis igitur Prætor dominum bonitarium tuebatur dein actione Publiciana, quoniam ſcilicet erat in conditione uſucapiendi. vid. Ant. Faber in *Rational.* ad *l.* 6. *ff. de Publ. in rem act.* perinde atque ſervus, qui vel modo minus ſolemni, vel ſolemni quidem, ſed a domino bonitario manumiſſus erat, jure civili liber non fiebat, uti patet ex eodem Cic. in *Topic. cap.* 2. ſed Prætor tamen manumiſſum tuebatur, eoque eundem ſervire patiebatur, ut adeo hic in libertate ſolum morneus fuerit. vid. *fragm.* apud Doſith. §. 6. & 7. donec lex Junia Norbana, tempore Tiberii, (uti ſupr. *ad* §. 10. oſtendi) lata ſuperveniret, quæ his manumiſſis propriam libertatem conceſſit, ut eſſent Latini Juniani. vid. ſupr. §. 10. *b.* §. 16. infr. *tit.* 22. §. 8. fragm. apud Doſith. §. 8. Theoph. *dict. loc.* At, quum nemo libertatem in manumiſſum conferre queat, niſi qui revera & quidem plene dominus eſt, *l.* 4. *C. de lat, qui a non dom. manum.* eadem Tiberii ætate ſimul introductum fuiſſe exiſtimo, ut dominus bonitarius rei vindicatione ex jure gentium experiri poſſet, tanquam is, qui jure gentium dominium adquiſivit. *l.* 23. *pr. ff. de R. V.* unde hoc recentiori jure dominium bonitarium plenum & perfectum recte dici poteſt, neque niſi nomine tenus a Quiritario pleno diverſum, nam uti pleno jure Quiritium dominus vindicabat: *Aio hanc rem meam eſſe ex Jure Quiritium*, ita bonitarius dominus, ſine adjecta formula *ex Jure Quiritium*, ſimpliciter, attamen eodem cum effectu in rem agere poterat hoc modo: *Aio hanc rem meam eſſe*: unde non adeo mirandum, quod eum ab eo tempore nullum re ipſa inter utrumque dominium eſſet diſcrimen, mancipatio cum effectu translationis dominii Quiritarii etiam extenſa fuerit quoad res nec mancipi, quod etiam ætate Tiberii obtinuiſſe oſtendi in *Diatr. de reb. manc. ſect.* 237. *ſeqq.* differentia tamen unica reſtabat quoad dominium ſervi; nempe, quod is, qui dominus pleno Jure Quiritium ſervi eſſet, eum manumittendo Civem Romanum faceret, quum dominus bonitarius duntaxat Latinum redderet: & hoc ſatis indicare mihi videtur Imp. Juſtinianus in *l. unic. C. de nud. Jur. Quir.* ubi poſtquam nudum Jus Quiritium ſuſtuliſſet, & hoc pacto dominium bonitarium & Quiritarium in omnibus exæquaſſet, his porro verbis utitur: *ſed ſit pleniſſimus & legitimus quiſque dominus, ſive ſervi, ſive aliarum rerum ad ſe pertinentium*, tacite hoc pacto indicans, bonitarium dominium, quod quis in ſervo habebat, antea minus perfectum fuiſſe Quiritario pleno (videlicet quoad libertatis dationem) at reſpectu omnium aliarum rerum æque perfectum, ejuſdemque cum Quiritario pleno effectus: fruſtra enim meo judicio in hujus loci explicatione ſe hucuſque torſerunt Viri Docti, qui utriuſque dominii naturam non habuere perſpectam: hoc porro eſt, quod Ulp. *h. l.* & infr. *tit.* 19. §. 20. de dominio bonitario loquens ſervi mentionem faciat. Cæterum varii erant & certi modi adquirendi dominium Quiritarium, tam quoad res mancipi, quam nec mancipi, reliquis vero omnibus adquirebatur dominium bonitarium, ſive iiſdem in mancipi ſive nec mancipi rebus, qua de re plena manu egi in *Diatriba* mea *de rebus mancipi & nec mancipi ſect.* 118. *& ſeqq.* Tandem vero Juſtinianus Imp. in *d. l. unic. C. de nud. Jur. Quir. toll.* duplex illud dominii genus Quiritarium & bonitarium exæquavit, de quo egi in *dict. Diatr. ſect.* 150. *ſeq.* ubi etiam vitium in *d. l.* latere oſtendi. Cæterum, licet dictæ legi ſubſcriptio deſit, certum tamen eſt, eam ante exitum Anni a Nat. Chr. 531. latam fuiſſe, quum illius jam mentionem faciat Imp. in *leg. unic. C. de uſucap. transform.* qua porro omnem differentiam inter res mancipi & nec mancipi ſuſtulit, quæque, ſubſcriptione teſte, poſt Conſulatum Lampadii & Oreſtis memorato Anno 531. promulgata fuit, quas duas Juſtiniani conſtitutiones porro inſecuta fuit tertia, qua generaliter omnes libertos Civitate Romana donavit. *l. unic. C. de Latin. libert. toll.* quæ, uti ſubſcriptio indicat, poſt Conſulatum Lampadii & Oreſtis IV. Coſſ. adeoque A. Chriſti 534. (juxta Faſtos Petr. Relandi *pag.* 711.) lata fuit. MEERMAN.

4. *Manumittendo Latinum facit*] Nemo enim libertatem Juris Quiritium, hoc eſt civitatem Romanam, in manumiſſum conferre poterat, niſi dominus ſervi ex pleno Jure Quiritium fuiſſet; vid. *infr.* §. 23. fragm. apud Doſith. §. 19. Theoph. *ad* §. *ult. J. de libertin.* At, quum dominus bonitarius vindicatione ex Jure Gentium experiretur, hic etiam ſervum ſuum manumittens eum libertate tantum, ut ita dicam, juris gentium donare poterat, (quæ ex lege Junia Norbana *Latina* libertas dicta fuit, quippe quæ hos Libertos Latinis Colonariis exæquavit) prout duplicem hanc libertatem diſtinguit Seneca *lib.* 3. *nat. quæſt. in præfat. Hæc res efficit, non e Jure Quiritium ut ſit liber, ſed e jure naturæ.* MEERMAN.

5. La-

tendo [1] Latinum facit. In bonis tantum alicuius ſervus eſt, velut hoc modo: ſi Civis Romanus a Cive Romano ſervum emerit, isque traditus ei ſit, neque tamen mancipatus ei, neque in jure ceſſus, neque ab ipſo anno poſſeſſus ſit: nam [2] quamdiu horum quid fiat, is ſervus in bonis quidem emptoris eſt, [3] ex jure Quiritium autem [4] venditoris eſt.

§. 17. [5] Mulier, quæ in tutela eſt, item pupillus & pupilla manumittere non poſſunt.

§. 18. [6] Communem ſervum unus ex dominis manumittendo partem ſuam amittit: eaque [7] adcreſcit ſocio: maxime ſi eo modo manumiſerit, quo, ſi proprium haberet, Civem Romanum facturus eſſet. Nam ſi inter amicos eum manumiſerit, [8] plerisque placet eum nihil egiſſe.

§. 19. Servus, in quo alterius eſt uſusfructus, alterius proprietas, a proprietatis domino [9] manumiſſus, liber non fit, ſed ſervus [10] ſine domino eſt.

§. 20. Poſt mortem heredis, aut ante inſtitutionem heredis teſtamento [11] libertas dari non poteſt, excepto teſtamento militis.

§. 21. Inter medias heredum inſtitutiones [12] libertas data utrisque adeuntibus non valet: ſolo autem priore adeunte, jure antiquo valet. [13] Sed poſt legem Papiam Poppæam, quæ partem non adeuntis caducam facit, [14] ſiquidem primus heres adeat, vel jure antiquo valere eam poſſe placuit. Quod ſi non adeat, [15] non valere conſtat, quod loco non adeuntis ea lege ærarium partis heres fiat. Sunt tamen, qui & hoc caſu valere eam poſſe dicunt.

§. 22. Qui teſtamento liber eſſe juſſus eſt, mox quam unus ex heredibus adierit hereditatem, liber fit.

§. 23. Juſta libertas teſtamento poteſt dari his ſervis, qui teſtamenti faciendi, & mortis tempore ex jure Quiritium teſtatoris fuerunt.

§. 24. [16] Lex Furia Caninia jubet teſtamento ex tribus ſervis non plures quam duos manumitti: & usque ad decem dimidiam partem manumittere concedit: a decimo usque ad triginta tertiam partem, ut tamen adhuc quinque manumittere liceat, æque ut ex priori numero: a triginta usque ad centum quartam partem; æque ut decem ex priori numero liberari poſſint: a centum usque ad quingentos partem quintam, ſimiliter, ut ex antecedenti numero, viginti quinque poſſint fieri liberi. Eademque præcipit, ne plures omnino quam centum ex cujusquam teſtamento liberi fiant.

§. 25. Eadem lex cavet, ut libertates ſervis teſtamento nominatim dentur.

TITULUS II.

De Statu liberis.

§. 1. Qui ſub conditione teſtamento liber eſſe juſſus eſt, ſtatu liber appellatur.

§. 2.

1. *Latinum*] Sed hic Latinus effectus iteratione poterat Civitatem conſequi. Vide *infr. tit.* 3. §. *iteratione.* Pet. Fab.

2. *Quamdiu horum quid fiat*] Bertr. Argentræus in *Comm. ad conſuetud. Ducat. Britanniæ tit.* 14. *pag. m.* 792. legit, *quamdiu horum nil fiat*, bono ſenſu, quamvis & vulgata lectio retineri poſſit, modo τὸ *quamdiu* accipiamus pro *donec*, ut h. l. docet Cl. Schultingius. Meerman.

3. *Ex Jure Quiritium autem venditoris eſt*] nudo ſcilicet; alias enim everteretur juris regula ab Ulpiano noſtro tradita *l.* 5. §. 15. *ff. commod.* quod ſcilicet duo ejusdem rei domini in ſolidum eſſe non poſſint: Add. infr. tit. 19. §. 20. Cæterum ſubjeciſſe videtur JCtus; *neceſſe eſt igitur, ut ſervus non tantum in bonis, ſed etiam ex Jure Quiritium domini ſit, ad id, ut manumiſſione Civitatem Romanam conſequi poſſit.* vid. *fragm.* apud Doſith. §. 11. ubi hic locus pro parte, ſed admodum depravate exſtat, reſtituendus proinde ex veriſſima conjectura Nob. Röveri. junq. §. 19. *ibid.* Forte etiam poſt hunc §. 16. exciderunt, adeoque hic ſupplenda ſunt, quæ de peregrino manumittente exſtant in eod *fragm.* apud Doſith. §. 14. Meerman.

4. *Venditoris*] Qui tunc pl[illegible] jure ipſius erit, ſi a domino bonitario, id eſt, emptore manumiſſus fuerit eo modo, quo Civis Romanus eſſet, ſi emptor ejus pleno jure dominus fuiſſet. Atque ita exiſtimo, *arg.* eorum, quæ ſequuntur in §. *communem.* Sed de contrario fieri pleno jure emptoris, quando nec mancipatum, nec in jure ceſſum anno poſſederit: atque ita ex juſta cauſa ſibi traditum uſuceperit. Pet. Fab.

5. *Mulier, quæ in tutela eſt*] Hæc multo plenius exſtant in *fragm.* apud Doſith. §. 17. unde hic locus ſuppleri debet. Meerman.

6. *Communem*] §. *ult. de donat.* Cujac. Adde *l.* 1. *Cod. de comm. ſerv. manumiſſ.* ex qua etiam apparet, quod dicitur, partem manumittentis adcreviſſe ſocio, non obtinuiſſe Ulpiani temporibus ſaltem in ſervo militis manumittentis, & alterius, quem conſtitutiones voluerunt cogi partem ſuam vendere; ſed vel jus merum, non jus conſtitutionum, quarum mentionem etiam non facit Ulpianus, retulit hoc loco; vel conſtitutiones illæ Severi, & Antonini de milite, non de pagano ſervum communem manumittente, accipiendæ ſunt, ut ſocius vendere compellatur partem in ſervo ſuam, quo magis voluntas militis, quæ præſertim pro libertate facit, conſervaretur: quod fortaſſis verius eſt, quamvis aliter Accurſio videatur. Hodie ſane ex Juſtiniani illa conſtitutione idem dicemus in pagano, quod in milite manumittente, & præterea, ut neceſſe non ſit ſocium ad venditionem a Prætore compelli, ſed pretium deponi in æde ſacra ſufficiat. Sic & jure antiquo a noſtris relato in alia quæſtione circa ſervi manumiſſionem data libertas a pagano erat fideicommiſſaria, quæ a milite directa jure militari, ut ait Papinianus in *l. teſtamento* 49. juncta Gloſſa *ff. de manumiſſ. teſtam.* Pet. Fab.

7. *Adcreſcit*] Vide Paulum *lib.* 4. *ſent. tit.* 12. *de manumiſſ. in princ.* ex quo ſcripſi *ad fin. l.* 122. *de R. J.* Pet. Fab.

8. *Plerisque placet eum nihil egiſſe*] Supple ex *fragm.* apud Doſith. §. 12. *proinde uterque dominus manet, neque juri adcreſcendi locus eſt, etſi Proculus contra exiſtimaverit.* Meerman.

9. *Manumiſſus*] Supple *vindicta*, ex *fragm.* apud Doſith. § 13. forte enim hoc generaliter verum non fuit, ſed inter amicos manumiſſione proprietatis dominus nihil egit, quod & ad *d. l.* conjecit Nob Röver. Meerman.

10. *Sine domino*] Interim donec finiatur uſusfructus. Pet. Fab.

11. *Libertas*] Et generaliter nihil ab heredis herede relinquitur utiliter poſt mortem. *tit.* 6. *de legat. lib.* 3. Pauli *ſent.* Ac de libertate quidem, ut poſt mortem heredis, aut legatarii data non valeat, ſenſiſſe Paulum arbitror in *l. Titia uſusfructus* 97. *de condit. & demonſtrat.* Pet. Fab.

12. *Libertas*] Exheredatio ita facta hodie valet. *l.* 3. §. *filius de liber. & poſtum.* ergo & libertas. Pet. Fab.

13. *Sed poſt legem Papiam Poppæam*] vid. ad *h. l.* Franc. Ramos del Manzano in *comm. ad legg. Jul. & Pap. lib.* 4. *reliquat.* 38.

14. *Siquidem primus heres adeat, vel jure antiquo*] Ita edidi ex utraque Charondæ Editione, adeoque auctoritate Codd. MSS. Gervaſiani & Autedanenſis, pro eo, quod in Edit. Schultingii vitioſe exſtat, *ſ. p. heres vel jus antiquum habeat*, eaque iisdem Codd. ſimiliter mox pro *non habeat* edidi *non adeat.* Meerman.

15. *Non valere*] Puto deeſſe verbum *ſecundus*, niſi tamen obſtat, quod dicitur ante heredis inſtitutionem legari non poſſe, quoniam & poteſtas teſtamenti ab heredis inſtitutione incipit *tit.* 24. *infr.* Pet. Fab.

16. *Lex Furia Caninia*] Rurſus quæro, cur per legem

§. 2. Statu liber, quamdiu pendet conditio, [1] ſervus heredis eſt.

§ 3. Statu liber, ſeu alienetur ab herede, ſive [2] uſucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem ſecum trahit.

§. 4. Sub hac conditione liber eſſe juſſus, ſi decem millia heredi dederit, etſi ab herede abalienatus ſit, emptori dando pecuniam, ad libertatem perveniet: idque [3] lex duodecim Tabularum jubet.

§. 5. Si per heredem factum ſit, quominus ſtatu liber conditioni pareat, perinde fit liber, atque ſi [4] conditio expleta fuiſſet.

§ 6. Extraneo pecuniam dare juſſus, & liber eſſe, ſi paratus ſit dare; & is, cui juſſus eſt dare, aut nollet accipere, aut antequam acceperit moriatur, perinde fit liber, ac ſi pecuniam dediſſet.

§. 7. Libertas & directo poteſt dari hoc modo; *liber eſto*, *liber ſit*, *liberum eſſe jubeo*; & per fideicommiſſum, ot puta, *rogo*, *fidei committo heredis mei*, *ut Stichum ſervum manumittat*.

§. 8. Is, qui directo liber eſſe juſſus eſt, orcinus fit libertus: is autem, cui per fideicommiſſum data eſt libertas, noo teſtatoris, ſed manumiſſoris fit libertus.

§. 9. Cujus fidei committi poteſt ad rem aliquam præſtandam, ejusdem etiam libertas fidei committi poteſt.

§. 10. Per fideicommiſſum libertas dari poteſt tam proprio ſervo teſtatoris, quam heredis, aut legatarii, vel cujuslibet extranei ſervo.

§. 11. Alieno ſervo per fideicommiſſum data libertate, ſi dominus eum juſto pretio non vendat, [5] extinguitur [6] libertas, quoniam nec pretii computatio pro libertate [7] fieri poteſt.

§. 12. Libertas ſicut dari, ita & adimi, tam teſtamento, quam Codicillis teſtamento confirmatis poteſt: ut tameo [8] eodem modo adimatur, quo & data eſt.

T I T U L U S III.

[9] *De Latinis.*

§. 1. [10] Latini [11] jus Quiritium conſequuntur his modis, beneficio Principali, liberis, iteratione, militia, nave, ædificio, piſtrino: præterea ex SCto, veluti quæ ſit [12] ter enixa.

§. 2. Beneficio Principali Latinus Civitatem Romanam accipit, ſi ab Imperatore jus Quiritium [13] impetraverit.

§. 3. Liberis jus Quiritium conſequitur Latinus, qui minor triginta annorum manumiſſionis tempore fuit: nam lege Junia cautum eſt, ut ſi Civem Romanam vel Latinam uxorem duxerit, teſtatione interpoſita, quod liberorum quærendorum cauſa uxorem duxerit; poſtea filio filiave, nato natave, & anoiculo facto, poſſit apud Prætorem, vel Præſidem provinciæ cauſam probare, & [14] fieri Civis Ro-

Furiam totam familiam inter vivos liberare liceat, non etiam in teſtamento? facilius enim quis in teſtamento totam familiam manumittit quam inter vivos, &c. CUJAC. Cur facilius? an quia moribundi ſolent liberaliores exiſtere? Tacitus *lib.* 18. *Pecunias eis tribuit parce, nec ut periturus.* PET. FAB.

1. *Servus heredis eſt*] Adeoque manet interea res mancipi, vid. *infr. tit.* 19. §. 1. verum, ex quo libertatem accipit, deſinit eſſe res, atque incipit perſona eſſe ſui juris l. 3. §. 1. junct. *l.* 4. *ff. de cap. minut.* quod non bene diſtinxit Sim. Leeuwius in *not. ad auct. de orig. & progr. jur. pag.* 277. *ſeq.* MEERMAN.

2. *Uſucapiatur*] Pro *ſuſcipiatur* legendum *uſucapiatur*: ſive, ne quidquam mutes, & quid ſit *ſuſcipere*, diſce a Cujacio *ad l.* 132. *ff. de V. O.* ubi tamen hunc locum non citat, ſed *cap.* 16. *lib.* 13. emendat *uſucapiatur*, quod & Fornerius facit *cap.* 11. *lib* 3. *ſelect.* motus alterius loci ſimilitudine, in quo idem traditur, nimirum *l.* 2. *ff. de ſtatu lib.* & ſimilem errorem caſtigat in *l. apud Julianum* 20. *de fideicom. libert.* PET. FAB.

3. *Lex* 12. *tabul.*] In hac lege *Emptoris* nomine continentur omnes, qui quoque jure dominium in ſtatu libero pacti ſunt. Et hoc Pomponius ſcribit in *l. ſtatu liberi a ceteris* 19. *de ſtat. lib.* CUJAC. Sic venditionis appellationem generaliter accipimus, *l. ſicut §. venditionis quib. mod. pign. vel hypot. ſolvit.* PET. FAB.

4. *Conditio expleta*] *L. heres ſtatu liberum* 66. *ff. de cond. & dem.* PET. FAB.

5. *Extinguitur*] Interim ſcilicet; aut potius ſopitur, & quieſcit, aut pendet, quia poteſt excitari aliquo caſu, ut *l. deberi C. de fideic. libert.* Melius dixiſſet ceſſare interim, aut pendere libertatis legatum, propterea quod cum is, cujus eſt, vendere nolit, nullas Prætoris partes eſſe Paulus ait. *l. alieno* 31. §. *ſi is cujus ff. de fideic. libert.* PET. FAB.

6. *Libertas*] Libertatis legatum, cujus vice nihil præſtari, velut æſtimatio ejus poteſt, ut ſolet in aliarum rerum legatis, aut fideicommiſſis, vel ipſi ſervo, vel ejus domino; quod etiam recte videtur percepiſſe noſter Cujacius. PET. FAB.

7. *Fieri poteſt*] *L. ſi peculiam* §. 1. *ff. de manum. teſt. l. ſi ſervo ff. de fideic. libert.* PET. FAB.

8. *Eodem modo*] Directo ſcilicet, quæ directo data eſt. PET. FAB.

9 *De Latinis*] Ad hujus tituli explicationem confer Cl. Trekell *ſelect. antiq. Part.* 1 *cap.* 3. §. 46. *ſeqq.*

10. *Latini*] Alia etiam ratione quibusdam in locis hi, qui jus habebant Latii, Civitatem Romanam conſequebantur, ut puta, Magiſtratu. Appianus *lib.* 2. *bell. Civil.* Οἷαι δὲ Νεώκωμον ὁ Καῖσαρ ἐς Λατίου δίκαιον ἐπὶ τῶν Ἄλπεων ᾠκίκει, ὧν ὅσοι κατ' ἔτος ἦρχον, ἐγίγνοντο Ῥωμαίων πολῖται· τόδε γὰρ ἰσχύει τὸ Λάτιον. *Deinde Novocomum condidit Cæſar ſub Alpibus, donavitque jure Latii, hoc eſt, ut qui annuum Magiſtratum ibi geſſiſſet, haberet in Urbe jus Civium.* Qua de ratione Aſconius in *orat. Ciceronis in Piſonem pag.* 121. *Pompejus Strabo Tranſpadanas colonias deduxerat. Pompejus enim non novas colonias eas conſtituit, ſed veteribus incolis manentibus, jus Latii dedit, ut poſſent habere jus, quod ceteræ Latinæ coloniæ, id eſt, ut gerendi* (ſic enim legendum exiſtimant permulti, non *petendi*) *Magiſtratus gratia Civitatem Romanam adipiſcerentur.* Videtur & alia fuiſſe ratio ingenuis, atque adeo liberis hominibus, ſed peregrinis conſequendæ Civitatis Romanæ, per cenſum ſcilicet: nam Cives Romani facti, qui nomen apud Cenſores profeſſi eſſent liberis orti parentibus ex Lege Terentia, ut ex Plutarcho in *Flaminio* colligitur, *fol.* 275. Sed vide, ne quid temere ſtatuas; nam ſub Imperatoribus quidam certe conſequuti Civitatem, nihilominus & annos, & cenſum edere cogebantur. Itaque Plinius ad *Trajanum lib.* 10. *epiſtol. pag.* 258. *Civitatem, inquit, Romanam Harpocrati Jatraliptæ meo indulſiſti, ſed cum annos ejus, & cenſum, ſicut præceperas, ederem, &c. annos ejus & cenſum libertis tuis, quibus juſſeras, miſi.* PET. FAB.

11. *Jus Quiritium*] Libertatem ſcilicet ex jure Quiritium, de qua vide apud M. Tullium *pro Cæcinna.* PET. FAB.

12. *Ter enixa*] Hoc in ingenua; libertinam enim quater enixam, aut quatuor liberorum jus impetrare oportuit; nam neque poterat aliter filio ſuccedere ex SCto Tertulliano videlicet, de quo *in tit.* 26. §. *ult. infr.* PET. FAB.

13. *Impetraverit*] Vide Plinium *lib.* 10. *epiſt pag.* 256. 257. 260. Et ſive libertus a Latino manumiſſus, ſive ingenuus Latinus erat. Vide Paul. *lib.* 4. *ſent. tit.* 9. §. *pen. & ult.* ubi ſcripſi. Ceterum jus Quiritium poteſtatem in liberos non adfert, niſi nominatim beneficio Principali fuerit comprehenſum, ut eſt apud Plinium *d. pag.* 260. PET. FAB.

14. *Fieri Civis*] Hoc inde putat originem habuiſſe Turnebus *cap.* 21. *lib.* 7. *adverſar.* quod lex ſociis Latini nominis dabat, qui ſtirpem ex ſeſe domi relinquerent, ut Cives Romani fierent: quam apud Livium extare dicit. Inde Feſtus *Improlum*, & *Improlem* dici ait

Digitized by Google

[1] Romanus, tam ipſe quam filius filiave ejus, & uxor; ſcilicet, ſi & ipſa Latina ſit: nam ſi uxor [2] Civis Romana ſit, partus quoque Civis Romanus eſt, ex SCto, quod auctore D. [3] Adriano factum eſt.

§. 4. Iteratione fit [4] Civis Romanus, qui poſt Latinitatem, quam acceperat [5] major triginta annorum, [6] iterum juſte manumiſſus eſt ab eo, cujus ex jure Quiritium ſervus fuit. Sed huic conceſſum eſt [7] ex SCto etiam liberis jus Quiritium conſequi.

§. 5. Militia jus Quiritium accipit Latinus, ſi inter vigiles Romæ ſex annis militaverit, ex lege Viſillia. [8] Præterea ex SCto conceſſum eſt ei, ut, ſi triennio [9] inter vigiles militaverit, jus Quiritium conſequatur.

§. 6. Nave Latinus Civitatem Romanam accipit, ſi non minorem, quam decem millia modiorum navem fabricaverit, & Romam ſex annis frumentum portaverit, ex edicto [10] D. Claudii.

* * * * *

TITULUS IV.

De His, Qui ſui Juris ſunt.

§. 1. Qui juris ſunt familiarum ſuarum principes, id eſt, paterfamiliæ, itemque materfamiliæ.

§. 2. Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati ſunt, [11] ſpurii appellantur.

TITULUS V.

De His, Qui in Poteſtate ſunt.

§. 1. [12] In poteſtate ſunt liberi parentum, ex juſto matrimonio nati.

§. 2. Juſtum matrimonium eſt, ſi inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium ſit: & tam maſculus pubes, quam fœmina potens ſit: & utrique conſentiant, ſi ſui juris ſunt: aut etiam parentes eorum, ſi [13] in poteſtate ſunt.

§. 3. Connubium eſt uxoris jure ducendæ facultas.

§. 4. Connubium habent [14] Cives Romani cum Civibus Romanis: cum Latinis autem, & [15] peregrinis ita, ſi [16] conceſſum ſit.

§. 5. Cum ſervis nullum eſt connubium.

§. 6. Inter parentes & liberos infinite cujuſcumque gradus connubium non eſt. Inter cognatos autem ex tranſverſo gradu [17] olim quidem uſque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant: [18] nunc autem etiam ex [19] tertio gradu licet uxorem ducere: ſed tantum

ait eum, qui nondum adſcriptus ſit in Civitatem, quod de Latino accipiendum idem Turnebus, & recte, putat. Pet. Fab.

1. *Romanus*] Cives quidem Romani fiunt vir, uxor, & liberi, ſed neque uxor in manum viri, neque liberi in poteſtatem patris veniunt, atque ideo ſui heredes non fiunt: ſed tantum naturales, & cum emancipatis eodem jure ſunt, ut bonorum poſſeſſionem habeant, ut ſcripſi *infr. tit.* 28. *ad* §. *liberis*. Immo videntur ex eo fieri in poteſtate parentum liberi, ut eſt in §. *ult. tit.* 7. & juſta fit uxor, & in manu. Pet. Fab.

2. *Civis Romana*] Maritus vero Latinus; non item peregrinus quilibet. Pet. Fab.

3. *Adriano*] Quo videtur abrogari lex Menſia, quæ ex alterutro peregrino natum deteriorem parentis conditionem ſequi jubet. Pet. Fab.

4. *Civis*] Manumiſſus ſcilicet. Pet. Fab.

5. *Major triginta annorum*] Hæc addit ad differentiam caſus præcedentis. Pet. Fab.

6. *Iterum*] Plinius *lib.* 7. *epiſt. pag.* 136. *Spero, imo confido facile me impetraturum, ut ex itinere deflectat ad te, ſi voles vindicta liberare, quos proxime inter amicos manumiſiſti*, quem Turnebus citat *in ſ. d. loco.* Ego adſcripſi *ad l.* 2. *de offic. Proconſ.* Pet. Fab.

7. *Ex SCto.*] Circa legem Juniam facto, quæ lex de minori dumtaxat triginta annorum manumiſſo loquebatur. Legis ſententiam protrahit Senatus & ad eos, qui alia ratione Latinitatem eſſent conſequuti, ut quoniam inter amicos eſſent manumiſſi, vel ægri a dominis expoſiti. Pet. Fab.

8. *Præterea*] Malim *poſtea*. Pet. Fab.

9. *Inter vigiles*] Hi ſunt, qui Urbaniciani milites dicuntur in *l. qui mittuntur* 35. §. 4. *ff. ex quib. cauſ. major.* nam in urbe ipſi quoque caſtra habuerunt, initio lecti ex libertinis ab Auguſto, poſt etiam ex aliis, ut puta peregrinis, ingenuis: atque ita illud Dionis *ex lib.* 55. *pag.* 386. interpretor. Καὶ εἰσὶ καὶ νῦν οἱ νυκτοφύλακες, ὄντι ἰδίαν τινὰ τρόπον ἐκ τῶν ἀπελευθέρων ἔτι μόνον, ἀλλὰ καὶ ἐκ τῶν ἄλλων στρατευόμενοι, καὶ τείχη τε ἐν τῇ πόλει ἔχουσι, καὶ μισθὸν ἐκ τοῦ δημοσίου φέρουσι. *Suntque adhuc nocturnæ quodammodo excubiæ militares, non ex libertinis tantum, verum etiam ex aliis conſtitutæ, quæ muris in urbe præſunt, mercedemque de publico accipiunt.* Immo vero in urbe fuere Prætoriani, fuere ex Urbanis Cohortibus, fuere ex Vigilibus, teſte Tacito *lib.* 17. *pag.* 431. Pet. Fab.

10. *D. Claudii*] Vide Suetonium in *Claudio Cæſare cap.* 18. *in fine, juncto cap.* 19. quod ſeparari nullo modo poteſt. Quem locum deſcripſi ad *l. ſemper* 5. §. *negotiatores* 8. *ff. de jur. immunit.* Pet. Fab.

11. *Spurii*] Et Favonii, auctore Iſidoro *lib.* 9. *etymol. cap* 5. ubi etiam ſcribit, eos, qui matre incerta, vel ignobili, patre nobili ac certo nati ſunt, appellari no-

thos. Eodem loco putat *ſpurium* Latinis dici quaſi *extra puritatem*. Originem verbi *ſpurius* a Juſtiniano traditam in *Inſtit. tit. de nupt.* quaſi *ſine patre*, amplexus fuit Plutarchus in *Rom. Quæſt.* 101. διὰ τὸ τοὺς ἀπάτορας σπορίους καλεῖν. *Ea de cauſa filios ſine patre ſpurios vocant.* Pet. Fab.

12. *In poteſtate ſunt liberi parentum*] Imo & in mancipio, ut videbimus infra ad *tit.* 10. *inſcript.*

13. *In poteſtate*] Alioqui matrimonium quidem eſt, ſed injuſtum vel inceſtum. Pet. Fab.

14. *Cives Romani*] Peregrinos non habuiſſe jus connubii cum Romanis, quod ipſum cum jure Civitatis tribui conſueverit, Juretus *ad lib.* 2. *Prudentii* docet *apud Symmachum* 113. ubi ex Boëthio, Seneca, Quintiliano, Macrobio, & Cod. Theodoſ. & Cedreno. Pet. Fab.

15. *Peregrinis*] Non alioqui. Seneca *de benefic. lib.* 4. *cap.* 35. *Promiſi tibi filiam in matrimonium: poſtea peregrinus apparuiſti: non eſt mihi cum extero connubium.* Pet. Fab.

16. *Conceſſum ſit*] Ut Campanis. Livius *lib.* 8. *decad.* 4. *Campani petierunt, ut ſibi Cives Romanas uxores ducere liceret, & ſi qui prius duxiſſent, ut habere eas, & ante eam diem nati ut juſti ſibi liberi heredesque eſſent: utraque res impetrata.* Quamvis verſum in hanc rem Cenſorius citat; atqui hodie hoc videtur ſuperfluo adjectum ab Ulpiano, cum ex conſtitutione Antonini, in orbe Romano qui ſunt, Cives Romani intelligantur *l. in orbe* 17. *de ſtat. homin.* Quamobrem qui poſſit non eſſe connubium inter omnes, qui ſunt imperio Romano ſubditi, cum ſint cives? Atque hoc ſane verum eſt, accipiendo de ingenuis, non item de libertinis, niſi poſt conſtitutionem Juſtiniani, qui libertinis omnibus jus aureorum annulorum dedit, & jus Civitatis, eiuſque natalibus reſtituit *Nov.* 78. *ut liberti de cætero, &c. cap.* 5. ſublata Latina, & dedititia libertate. Cæterum quod hic ait Ulpianus, accipe de exteris, vicinis tamen, & fœderatis populis, ac ſociis Romani nominis. Pet. Fab.

17. *Olim quidem*] Ante Tiberium ſcilicet, & Claudium Imperatores: qua de re ſcripſi *ad l. ſororis ff. de rit. nupt.* Pet. Fab.

18. *Nunc autem*] Ulpianus in *lib. regular. ſub tit. de nupt.* ex quo fragmento deſumpta ſunt, quæ beneficio Pithœi in lucem edita nuper fuerunt: *Nunc autem* (inquit) *ex tertio gradu licet uxorem ducere: ſed tamen fratris filiam, non etiam ſororis, nec amitam, nec materteram, quamvis eodem gradu ſint.* Vide Paulum *lib.* 2. *ſent. tit.* 19. ubi ſcripſi. Equidem hic malim *& amitam, non materteram.* Sed vide quæ de hujus loci emendatione Cujacius ſcripſit *cap.* 16. *lib.* 13. *obſervat.* Pet. Fab.

19. *Tertio gradu*] Hic locus ſic meo judicio reſtituendus

Dddddddd

tum fratris filiam, [4] non etiam ſororis, nec amitam, vel materteram; qoamvis eodem gradu ſint. Eam, quæ noverca, vel privigna, vel nurus, vel ſocrus noſtra fuit, uxorem ducere non poſſumus.

§. 7. [2] Si quis eam, quam non licet, uxorem duxerit, inceſtum matrimonium contrahit: ideoque liberi in poteſtate ejus non ſunt, ſed, quaſi vulgo concepti, ſpurii ſunt.

§. 8. Connubio interveniente, liberi ſemper patrem ſequuntur: non interveniente connubio, matris conditioni accedunt; excepto eo, qui ex peregrino & Cive Romana peregrinus naſcitur: quoniam [3] lex Menſia ex alterutro [4] peregrino natum deterioris [5] parentis [6] conditionem ſequi jubet.

§. 9. Ex Cive Romano & Latina Latinus naſcitur: & ex libero & ancilla ſervus: quoniam, cum his caſibus connubia non ſint, partus [7] ſequitur matrem.

§. 10. In his, qui jure contracto matrimonio naſcuntur, conceptionis tempus ſpectatur: in his autem, qui non legitime concipiuntur, editionis: veluti ſi ancilla conceperit, deinde manumiſſa pariat, liberum parit: nam quoniam non legitime concepit, cum editionis tempore libera ſit, partus quoque liber eſt.

TITULUS VI.

De Dotibus.

§. 1. Dos aut datur, aut [8] dicitur, aut promittitur.

§. 2.

dus eſt: *Nunc etiam ex quarto gradu licet uxorem ducere. Sed tamen fratris, aut ſororis filiam, neptemve corum, quamvis eodem gradu ſit, amitam, vel materteram, eamque uxorem, quæ noverca, vel privigna, vel nurus, vel ſocrus noſtra fuit, ducere non poſſumus.* Cujac. Hotomani autem judicio ita: *Nunc autem ex tertio gradu licet uxorem ducere. Si tamen fratris filia, aut etiam ſororis filia, non item amita, vel matertera, quamvis eodem gradu ſit: eam denique uxorem, quæ noverca, vel privigna, &c.* Sed obſtabit *l.* 39. *de rit. nupt.* ex qua colligitur, ſororis proneptem, atque adeo eam, quæ quinto gradu eſt, uxorem duci non poſſe. Verum ratio adfertur, quoniam ei vir parentis loco ſit, vel, ut eſt apud JCtum alio loco, *quoniam id ætatis ratio prohibeat.* Pet. Fab.

1. *Non etiam ſororis*] Hic expunxi τὸ *filiam*, auctoritate MS. Aured. quæ vox etiam abeſt in *Collat. Legg. Moſ. & Rom. tit.* 6. §. 2. Meerman.

2. *Si quis eam*] Quam moribus prohibemur ducere, *l. ſororis ea fin. ff. de rit. nupt.* Pet. Fab.

3. *Lex Menſia*] Pericles idem apud Athenienſes conſtituerat, ut Plutarchus auctor eſt in ejus vita ad *fin. fol.* 340. ſed tamen apud Græcos qui ex matre libera, patre autem ſervo nati eſſent, hi quidem Cives Athenienſes non erant, etiamſi mater Civis eſſet. At profecto liberi erant, non ſervi. Vide Dionem Chryſoſtomum περὶ δουλείας καὶ ἐλευθερίας *fol.* 159. [illegible] *Nam multæ ſquallem mulieres ob ſolitudinem & deſolationem; quippe quædam ex hoſpitibus conceperunt, quædam ex ſervis, aliæ quidem ignaræ, aliæ ſcientes. Itaque ex iis natis nullus eſt ſervus, ſed tantum non Civis Athenienſis.* Ergo nothi erant apud Athenienſes, qui ex altero parente non cive naſcebantur, idque ex lege Periclis, de qua *in ejus vita* Plutarchus, & ad quam Terentium reſpexiſſe in *Andria act.* 5. *ſcen.* 2. Nonius putat *lib.* 2. *miſcellan. pag.* 34. De nothis vide apud Feſtum Pompejum. Plutarchi verba notavimus ad indicem *des droits royaux*, in verbo *Baſtards.* Hinc pendet ſolemnis illa quæſtio, utrum poſt deportationem viri conceptus & editus filius ex matrimonio antea contracto inter Cives, hodie Civis exiſtimari debeat, & ad ſucceſſionem admitti patris vel ex teſtamento, vel ab inteſtato. Quod equidem non puto: quamvis enim matrimonium retineri non negem, inter Chriſtianos potiſſimum, qui jus naturale, & Divinum Civili hac in re præferunt; attamen quod inter volentes retinebatur jure Civili matrimonium, id non pro connubio erat, ſed pro matrimonio, eatenus, niſi fallor, ut non quidem cives forent, qui ex eo naſcerentur poſt alterius parentum peregrinitatem concepti, ſed peregrini legitimi haberentur. Sane cum peregrino non eſſe factionem teſtamenti traditur initio *tit.* 22. *infr.* & *l.* 1. *C. de her. inſt.* Attamen conceptum poſt deportationem patris incapacem non eſſe, judicatum eſt Arreſto generali Natalitiorum anni 1583. Vide quæ adſcripſi ad *l. ult. ff. unde legit.* & *l. ult. Cod. de bon. proſcript.* Legi Menſiæ derogavit SCtum, auctore D. Adriano factum, cujus meminit *tit.* 3. *ſupr.* Pet. Fab.

De Lega Menſia agunt Joſ. Fernandez de Rotes *lib.* 8. *opuſc. cap.* 5. & Alb. Diet. Trekell *Part.* 1. *ſelect. Antiq. cap.* 3. § 9. *ſeq.*

4. *Peregrino natum*] Non tamen Latino, ne ſit contra *ſupr. tit.* 3. §. *liberis in fin.* Sed neque ſi per errorem, §. *in poteſtate tit.* 7. *infr.* Pet. Fab.

5. *Parentis*] Mallem *conditionis parentem*. Sic & in *l.* 1. *metalli, Cod. de pœn.* mallem, *ad ſervilis pertinet conditionis.* quamquam ita videtur hic dici deterior parens, ut in *l.* 1. *C. Theod. ad leg. Jul. repetund. Inter peſſimos quosque, & plebejos:* peſſimos, id eſt, deterrimæ conditionis: & alio in loco: *Poſſeſſor melior eſſe*, id eſt, melioris conditionis *l. ſi non dominus* 14. *ff. qui potior. in pign. hab.* Iſidorus quoque *lib.* 9. *etymol. cap.* 5. *Filii ex libero*, inquit, *& ancillæ ſervilis conditionis ſunt: ſemper enim qui naſcitur, deteriorem parentis conditionem ſumit.* At in *Can. ult.* 32. *quæſt.* 4. qui eſt Iſidori ex *lib.* 1. *etymol. cap.* 5. *Semper enim qui naſcitur deteriorem partem ſumit:* quod puto eſſe depravatum. Sic deterior conditio fœminarum, quam maſculorum. *l. in multis* 9. *ff. de ſtat. hom.* Pet. Fab.

6. *Conditionem*] Sic hodie ſoboles ex ingenua, & monetario fit monetaria; ſoboles ex murilegula, & ingenuo, vel e murilegulo, & ingenua fit murilegula. *l.* 7. *l.* 17. 15. *C. de murilegul. lib* 11. Pet. Fab.

7. *Sequitur matrem*] Cicero *lib.* 3. *de nat. Deor. Ut enim in jure civili, qui eſt de matre libera liber eſt: item jure naturæ, qui de Dea matre eſt, Deus ſit neceſſe eſt.* Ideo de Cive Romano, & Latina Civis Romanus naſcitur ex SCto *tit.* 3. *ſupr.* Neque locus eſt Legi Menſiæ. Hoc etiam obſervari apud Lycios Herodotus *lib.* 1. auctor eſt. Et fortaſſe lex Menſia non pertinet ad Latinos, ſed ad alios peregrinos. Cæterum argumento ducto a contrario ſenſu rationis hujus, per quam fit, ut ex Cive Romano, & Latina naſcatur Latinus, quoniam non interveniente connubio partus matrem ſequitur: optima ratione colligere poſſumus, id quod fortitan cuiquam nondum in mentem venit, ut quoniam inter cives, & Latinos, atque peregrinos connubium nonnumquam intercedit, ſi videlicet conceſſum ſit, ut ſupra dixit, hoc caſu partus non matris ſed patris ſequatur conditionem. Ideoque ex Latino & Cive Romana editus Latinus ſit, & ex Cive Romano Latinaque ſuſceptus Romanus eſſe intelligatur: quod equidem eſſe non improbabile arbitror. Illud addo ex Cive Romano, & Latina quandoque non Latinum, ut ait Ulpianus *hic*, ſed Romanum naſci; hoc eſt, ſi vel connubium Latinis conceſſum ſit, vel ſi per errorem Civis Latinam, quaſi Civem, uxorem duxerit, §. *in poteſtate* 4. *tit.* 7. *infr.* ubi ſcripſi; ex Cive autem Romana, & Latino editus Civis Romanus eſt; ſed & ex Latino qui Civem Romanam, aut Latinam liberorum quærendorum cauſa ſe ducere teſtationem interpoſuerat, editus, probata cauſa, Civis cum parentibus efficitur, ut eſt in §. *liberis tit.* 3. *de Latin. ſupr.* Pet. Fab.

8. *Dicitur*] Dos dicitur ſolemnibus verbis ſine interrogatione. Dotis actio tam ex dictione naſcitur, quam ex ſtipulatione: hodie etiam ex nuda pollicitatione, & nudo pacto, *l.* 2. *Cod. Th. de inceſt. nupt. l. ult. C. Th. de dotib.* ſublata autem eſt dicendæ dotis ſolemnitas: ideoque a *l. ad exactionem* 6. *C. de dot. promiſſ.* ut ex Cod. Theodoſiano apparet, Tribonianus amovit hæc verba: *Dictio vel, &c.* Cujac. Item a *l. ſi quis inceſti* 6. *Cod. de inceſt. & inutil. nup.* amovit hæc verba. *Aut dicta*, ut apparet ex Cod. Theodoſiano *l.* 2. *eod. tit.* Pet. Fab. Denique in *l.* 1. *Cod. de jure dot.* cum Severus Imp. ſcripſiſſet: *Dictio, vel promiſſio*: & paulo poſt: *Ex dictione, vel ex ſtipulatione* (needum enim ex pollicitatione dotis actio erat) pollicitationem Tribonianus adſcripſit, & conditionem ex pollicitatione: cum tamen ex pactis, vel pollicitatio-

§. 2. Dotem dicere poteſt mulier, [1] quæ nuptura eſt, & debitor mulieris, ſi juſſu ejus dicat, [2] conſtitutus, parens mulieris virilis ſexus, per virilem ſexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare promittere dotem omnes poſſunt.

§. 3. Dos aut profectitia dicitur, id eſt, quam pater mulieris dedit: aut adventitia, id eſt ea, quæ a quovis alio data eſt.

§. 4. [3] Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur, [4] quintis in ſingulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod ſi pater non ſit, apud maritum remanet.

§. 5. Adventitia autem dos [5] ſemper penes [6] maritum remanet, præterquam ſi is, qui dedit, ut ſibi redderetur ſtipulatus fuit: quæ dos ſpecialiter [7] receptitia dicitur.

§. 6. Divortio facto, ſi quidem ſui juris ſit mulier, ipſa habet actionem, id eſt, dotis repetitionem. Quod ſi in poteſtate patris ſit, pater adjuncta filiæ perſona habet actionem [8] revera: nec intereſt, adventitia ſit dos, an profectitia.

§. 7. Poſt divortium defuncta muliere, heredi ejus actio non aliter datur, quam ſi moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.

§. 8. Dos ſi pondere, numero, menſura contineatur, annua, bima, trima die reddetur; niſi ſi, ut præſens reddatur, convenerit. Reliquæ dotes ſtatim redduntur.

§. 9. Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impenſas, aut propter res donatas, aut propter res amotas.

§. 10. Propter liberos retentio fit, ſi culpa mulieris aut patris, cujus in poteſtate eſt, divortium factum ſit: tunc enim ſingulorum liberorum nomine ſextæ retinentur ex dote: non plures tamen, quam tres ſextæ, in retentione ſunt, non in petitione.

§. 11. Dos, quæ ſemel functa eſt, amplius fungi non poteſt: niſi aliud matrimonium ſit.

§. 12. Morum nomine, [9] graviorum quidem ſexta retinetur: leviorum autem octava. Graviores mores ſunt [10] adulteria tantum, leviores omnes reliqui.

§. 13. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, [11] quæ annua, bima, trima die reddi debet, ita. Propter majores [12] mores præſentem dotem reddit: propter minores ſenum menſum die. In ea autem, quæ præſens reddi ſolet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur: [13] quod compenſatio facit.

§. 14. Impenſarum ſpecies ſunt tres: aut enim neceſſariæ dicuntur, aut utiles, aut voluptuoſæ.

§. 15. Neceſſariæ ſunt impenſæ, quibus non factis dos deterior futura eſt, velut ſi quis ruinoſas ædes refecerit.

§. 16. Utiles ſunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuoſior dos effecta eſt, veluti ſi vineta & oliveta fecerit.

§. 17. Voluptuoſæ ſunt, quibus neque omiſſis

citationibus præſcriptis verbis, non condictio dari ſoleat. CUJAC. imo & datur condictio ex pactis, vel pollicitationibus: nec arguendus eſt Tribonianus, quod condictionem ex pollicitatione adſcripſerit: condictio enim eſt cum actione præſcriptis verbis: quod probat JCtus doctiſſimus Eman. Coſta ex *l. duo* 19. §. *cum quid precaria* 2. *ff. de precario*. PET. FAB.

1. *Quæ nuptura*] Sed & quæ jam nupta, ut ſcripſi ad *l. ſi pater* 45. §. *ſic igitur*, *ff. de jur. dot.* PET. FAB.

2. *Conſtitutus*] Ita edidi juxta Lectionem Codicis MS. Auredanenſis, quæ in poſteriori Charondæ Editione extat, & ita legendum ſenſus docet. MEERMAN.

3. *Mortua in matrimonio*] Anton. Faber *lib.* 1. *Conject. cap.* 16. §. 7. putat hunc Ulpiani locum duntaxat accipiendum eſſe de prædefunctis liberis, quem refellit Hier. Borgius *lib.* 1. *Inveſtigat. Jur. Civ. cap.* 16. §. 17. & 18. Adde eosdem *lib.* 13. *cap.* 1.

4. *Quintis*] *L.* 2. *C. Theod. de dotibus*, *l. ult. C. Th. de repud.* Ita eſt in editione Lugdunenſi Torneſii. PET. FAB.

5. *Semper*] Sive ſint liberi, ſive non. CUJAC. Immo ſive ſit pater, ſive non. Et hæc eſt differentia inter profectitiam, & adventitiam dotem: nam hæc ſolida ſemper apud maritum uxore mortua remanet; illa non ſemper, id eſt, niſi pater mulieris non ſit ſuperſtes. Sed hoc falſum eſt: hic enim de jure antiquo agimus, ex quo adventitia patri adquirebantur. Quamobrem falſum eſſet penes virum adventitiam dotem ſoluto morte uxoris matrimonio, vivo uxoris patre permanere. PET. FAB.

6. *Maritum*] Soluto tamen matrimonio morte uxoris: alioqui contra, ut in §. *ſeq.* & in § *accedit* 13. *Cod. de rei uxor. act.* PET. FAB.

7. *Receptitia*] Θεώρετρα, & ἀντίδωρα, de quibus Conſtantinus Harmenopulus. CUJAC. Et Demetrius Chomatianus *quæſt.* 20. ejus libri, qui penes me eſt, & *quæſt.* 55. PET. FAB.

8. *Revera*] Quid eſt hoc *revera*, cum nulla ſimulationis injecta ſit mentio? Putem ſcriptum fuiſſe compendioſe ab Ulpiano REVXO: hoc eſt, *Rei uxoriæ*: quod cum non intelligeret indoctus Librarius, iſtud ineptum *revera*, & ſerio non falſo ſubſtituerit vocabulum. De rei uxoriæ actione agitur in *Cod. eod. tit.* Ea actio cum dotis actione eadem fuit: nam dotem mulier non rei uxoriæ actione antiquitus, aut ex ſtipulatu perſequebatur. De rei uxoriæ actione memini agere Fabium *lib.* 7. *inſtit. cap.* 4. Vide locos ex Cicerone, Fabio, & Gellio notatos à Briſſonio in verbo *Rei uxoriæ*. Sic igitur ſcripſiſſe hunc locum puto Ulpianum, ut iſtud *rei uxoriæ*, poſuerit poſt illa: *ipſa habet actionem*. Et illa *id eſt*, *dotis repetitionem*, ſint a gloſſemate non malo: quamquam ea malim tolerare, utpote non incommoda, quam temere rejicere. Cæterum in hoc vocabulo *rei uxoriæ* manifeſtum eſt mendum apud Suidam, nec tamen a Cujacio cognitum, ut ex Torneſii editione Lugdunenſi 1559. apparet. Verum in perfectiore editione hunc Ulpiani locum idem Cujacius emendat, ut nos facimus, niſi quod loco non mutavit iſtud *rei uxoria*, ſicut fieri placet. In editione Lugdunenſi hæc deſunt. PET. FAB.

Emendationem Cujacii, qui hic reſcribit *rei uxoriæ*, improbat Guil. Maranus in *Paratitl. Dig. tit. ſolut. matr. pag.* 218. *edit. noviſſ.*

9. *Graviorum*] Majorum, ut infr. PET. FAB.

10. *Adulteria*] Huc Horatius adſpexit *lib.* 1. *ſermon. ſat.* 2. *Nec vereor ne, &c. Hæc metuat doti deprenſa.* Vide judicium Marii Conſulis de dote reſtituenda uxori ob adulterium, & graviores mores derelictæ ſine ulla retentione, quod vir ſciens libidinoſam duxerit. Vide Plutarchum *in Mario fol.* 311. ſero enim accuſat mores maritus, quos uxorem ducendo probavit, ut eſt in *l. ſi uxor* 13. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Facit *l. quæſitum* 40. §. *ult. eod. tit. ad leg. Jul. de adult.* & vide *l. cum mulier* 47. *ff. ſolut. matr.* Similiter heres mariti morum coërcitionem non habet *l. rei judicatæ* §. 1. *ff. ſolut. matr.* PET. FAB.

11. *Quæ annua*] *Quæ a die reddi debet. Ita propter.* Legendum, *quæ annua*, *bima*, *trima die reddi debet*, *propter*. CUJAC. Ipſe nihil mutaverim; nam *a die* nihil eſt aliud quam *ad diem* vel *poſt diem*, quo vocabulo ſatis annua, bima, trima comprehenditur. Et recte Ulpianus *Ita*: nam hoc caſu proprie in dote reſtituenda circa tempus ſolutionis punitur maritus propter repræſentationem. At in caſu, qui ſubjicitur, non in ipſa dote, ſed in fructibus ejus ante perceptis multatur, quos refundere cogitur. PET. FAB.

12. *Mores*] Graviores, ut ſupra. PET. FAB.

13. *Quod compenſatio facit*] Ita malui edere ex MS. Aured. pro vulgato *repræſentatio*. MEERMAN.

ſis deterior dos fieret: neque factis fructuoſior effecta eſt: quod evenit in [1] viridariis & [2] pictoriis ſimilibusque rebus.

TITULUS VII.

De Jure Donationum inter Virum & Uxorem.

§. 1. Inter virum & uxorem donatio non valet, niſi certis ex cauſis: mortis cauſa, divortii cauſa, ſervi manumittendi gratia. Hoc amplius Principalibus Conſtitutionibus conceſſum eſt mulieri in hoc donare viro ſuo, ut is ab Imperatore lato clavo, vel equo publico, ſimilive honore [3] honoretur.

§. 2. Si maritus divortii cauſa res moverit, rerum quoque amotarum actione tenebitur.

§. 3. Si maritus pro muliere ſe obligaverit, vel in rem ejus impenderit, divortio facto, eo nomine cavere ſibi ſolet ſtipulatione Tribunitia.

§. 4. [4] In poteſtate parentum ſunt etiam ii liberi, quorum cauſa probata eſt, per errorem contracto matrimonio inter diſpares conditione perſonas: nam ſeu Civis Romanus Latinam, aut peregrinam, vel eam, quæ dedititiorum numero eſt, [5] quaſi civem per ignorantiam [6] uxurem duxerit, ſive Civis Romana per errorem peregrino, vel ei, qui dedititiorum numero eſt, aut etiam ſi Latino ex [7] lege Ælia Sentia nupta fuerit, cauſa probata, Civitas redditur, tam liberis, quam parentibus, præter eos, qui [8] dedititiorum numero ſunt: [9] & ex eo fiunt in poteſtate parentum liberi.

TITULUS VIII.

De Adoptionibus.

§. 1. Non tantum naturales liberi in poteſtate parentum ſunt, ſed etiam adoptivi.

§. 2. [10] Adoptio fit, aut per populum, aut per Prætorem, vel Præſidem provinciæ. Illa adoptio, quæ per populum fit, ſpecialiter adrogatio dicitur.

§. 3. Per populum qui [11] ſui juris ſunt adrogantur: per Prætorem autem filiifamiliæ a parentibus dantur [12] in adoptionem.

§. 4. Adrogatio [13] Romæ tantum fit, adoptio autem etiam in provincia apud Præſidem.

§. 5. Per Prætorem, vel Præſidem provinciæ adoptari tam maſculi, quam fœminæ, & tam [14] puberes, quam impuberes poſſunt. Per populum vero Romanum fœminæ quidem non

1. *Viridariis*] In Pandect. Flor. *Viridiaria* in *l. ſi cujus* 13. §. *fructuarius* 4. *de uſufruct.* &c. CUJAC. Et apud Vitruvium *lib.* 6. *cap.* 6. & apud Macrobium *lib.* 1. *ſaturnal. cap.* 4. PET. FAB.

2. *Pictoriis*] Lego *Picturis* CUJAC. *Tectoriis* mavult *cap.* 37. *lib.* 6. *obſervat.* PET. FAB.

3. *Honoretur*] Eadem ratione, ut arbitror, licuit donare marito in hoc, ut ornamentis conjugii donaretur a Principe. In colle Quirinali erat *conventus matronalis ſolemnibus dumtaxat diebus, & ſi unquam aliqua Matrona,* (hic adjo ſcilicum, & ſequenti vocabulo detraho) *Conſularis conjugii ornamentis eſſet donata: quod veteres Imperatores affinibus detulerant, & his maxime, quæ nobilitatos maritos non habuerant, ne innobilitatæ remanerent.* Auctor Lampridius *Heliogabalo. pag.* 261. Sane, *nuptæ prius Conſulari viro impetrare ſolent a Principe, quamvis perraro, ut nuptæ iterum minoris dignitatis viro nihilominus in Conſulari maneant dignitate: ut ſcio Antoninum Auguſtum Juliæ Mammææ conſobrinæ ſuæ indulſiſſe*, inquit JCtus in *l. ult. ff. de Senator.* PET. FAB.

4. *In poteſtate*] Hæc ſententia aliena eſt ab hoc titulo, rectéque eam cenſet transferendam in *tit.* 5. *ſupra, poſt* §. 4. Turnebus *cap.* 21. *lib.* 7. *adverſar.* PET. FAB.

5. *Quaſi per ignorantiam*] Lego *Per ignorantiam, quaſi Civem* Hoc & Cujacius mihi tribuit, & probat *lib. obſ* 6. *cap* 37. PET. FAB.

Quaſi civem per ignorantiam] Ita edidi ex poſteriori edit. Charondæ ad fidem MS. Aurelianenſis. MEERMAN.

6. *Uxorem duxerit*] Hoc caſu error facit, non quidem ut ſint nuptiæ, ſed ut naſcantur Cives, qui alioqui, utpote non interveniente connubio, deteriorem parentis conditionem ſequerentur §. *connubio* 8. *& ſeq. ſupr. tit.* 5. & naſcantur in poteſtate patris, qui civis eſt. Immo vero error facit, ut ſint nuptiæ, & uxor civis, quæ peregrina erat, & liberi in poteſtate: De dedititia non loquor. PET. FAB.

7. *Lege Ælia Sentia*] Puto hæc verba, *Ex Lege Ælia Sentia*, poſtponenda eſſe illis, quæ ſequuntur, *Nupta fuerit*: & ita quoque Pithœus ſe putare ſcripſit *in fragm. ſuis, pag.* 104. ut referantur ad cauſæ probationem, quam ex Lege Ælia Sentia fieri, cum minores 30. annis manumittere ſervos volunt, nemo neſcit: vel potius poſt illa verba, *Dedititiorum numero ſunt*; adde ex Lege Ælia Sentia, quæ ſcilicet lex dedititios facit. Vide §. *dedititiorum* 11. *tit.* 1. *ſupr.* ubi ex Iſidoro ſcripſi. Sed tamen vide *tit.* 16. *Fragm.* Pithœi *pag* 47. qui facit pro priori opinione. PET. FAB.

8. *Dedititiorum numero*] Hi non poſſunt Civitatem Romanam conſequi §. *dedititiorum* 11. *tit.* 1. *ſup.* ergo nec juſti eſſe conjuges, quia non ad eos, ſed ad Latinos Lex Junia pertinet, de qua in § *liberis* 3. *tit.* 3. *ſupr.* Ex quo etiam ſequitur, ut neque filios Cives effectos ob errorem matris in poteſtate habeant: nam peregrinus Civem habere in poteſtate non poteſt. §. *ſi patri* 3. *tit.* 10. *infr.* Datum eſt hoc errori fœminæ, quæ qualiter qualiter legi Juliæ & Papiæ obtemperare nubendo voluit, ut hac ratione maritus peregrinus, non tamen dedititius, Civitatem conſequatur, & liberos in poteſtate habeat: Latinus quidem certe, licet non per errorem ei nupſerit Civis Romana; ſed etſi Latinam ipſe liberorum quærendorum cauſa duxerit, Civitatem libens conſequitur, §. *liberis* 3. *tit.* 3. *ſupr.* Ergo & liberos in poteſtate habet. Quod de Latino nunc dixi, forte de alio peregrino non dixerim. Id addo, Latinum, qui beneficio Principis jus Quiritium conſequitur, non per hoc forſitan liberos jam natos habere in poteſtate; magnaque diverſitatis ratio reddi poteſt. PET. FAB.

9. *Et ex eo*] Ex illa cauſæ probatione; nam cauſæ probatio, ut in manum conventio, ut adoptio, conſanguineos facere dicitur ab ipſo Ulpiano in *fragm* Pithœanis *tit.* 16. *atque adeo parentes, & filios.* PET. FAB.

10. *Adoptio fit*] Adoptio in ſpecie olim fiebat per æs & libram, ſive per ritum mancipationis, uti docent Gellius *lib.* 5. *Noct. Att. cap.* 19. & Juſtinianus Imp. *l. ult. C. de adopt.* Add. Feſt. in v. *Mancipatus*, & Tertull. in *Apolog. cap* 9. Exempla exſtant apud Ciceron. *lib.* 1. *de Finib. cap.* 7. & Suoton. in *Aug. cap.* 64. Vid. Franc. Connan. *lib.* 2. *Comm. Jur. Civ. cap.* 15. MEERMAN.

11. *Sui juris*] Qui adeo capite minui dicuntur, quod caput ſuum, ut & fortunas ſuas in alienam familiam transferunt, *l. qui ex liberis* 11. §. *teſtamento* 2. *ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* PET. FAB.

12. *In adoptionem*] Ex hoc caſu emancipationem intervenire neceſſe eſt. Inde in adoptionem emancipari alicui alterum dicimus, ut apud *Cic. lib.* 1. *de finib.* PET. FAB.

13. *Romæ tantum*] Quia per Populum, *ut in* §. *ſeq.* At cum adrogatio fiat hodie per Principem, alibi quoque quam Romæ, hoc eſt, ubicumque ſit Princeps celebrari poteſt adrogatio. Quamquam dici etiam queat ubi ſit Princeps, ibi & Romæ cenſeri eſſe, quod ſane aliquo Pandectarum loco memini me legiſſe. PET. FAB.

14. *Puberes poſſunt*] Hodie poſſunt: imo & ante conſtitutionem Imperatorum *l. mulierem* 5. *C. de adoptionib.* § *fœminæ* 10. *Inſt. eod.* in ſolatium videlicet amiſſorum liberorum Privignos: imo & olim ante Diocletianum noverca Privignum adoptare potuit, ut de Ser-

vio

¹ non adrogantur. Pupilli antea quidem non poterant adrogari: nunc autem poſſunt ex Conſtitutione Divi Antonini.

§. 6. Hi, qui generare non poſſunt, velut ſpado, utroque modo poſſunt adoptare. Idem juris eſt in perſona cœlibe.

§. 7. Item is, qui filium non habet, in locum nepotis adoptare poteſt.

§. 8. Si paterfamiliæ adrogandum ſe dederit, liberi quoque ejus, quaſi nepotes, in poteſtate ſunt adrogatoris. Fœminæ vero neutro modo poſſunt adoptare: quoniam nec naturales liberos in poteſtate habent.

TITULUS IX.

² *De his, qui in manu ſunt.*

§. 1. Farre convenitur in manum, certis verbis, & ³ teſtibus decem civibus præ-

gio Galba legimus apud Suetonium *cap.* 4. *Adoptatus* (inquit) *a noverca ſua Livii nomen aſſumpſit, & Ocellæ cognomen, mutato prænomine: nam Lucium mox pro Sergio uſque ad tempus Imperii uſurpavit.* Sed ibi adoptionem accipimus teſtamentariam. Adoptio, quæ fiebat inter vivos, quoniam calatis comitiis, quorum fœmina communionem non habet, celebrabatur: ideo nec adrogare, nec adrogari fœmina poterat apud populum. Hodie & adrogatur apud Principem *l. nam fœmina ff. de adoptionib. & adrogat. l. ſi ſuſpecta* 29. §. *ult. ff. de inoff. teſt.* ſed juſſu Principis. Immo vero nec juſſu Principis ante Diocletianum adrogari a fœmina quemquam potuiſſe legimus: nam fœmina in poteſtate non poteſt filium habere. Proprium autem hoc adoptionis eſt, ut jus poteſtatis tribuat: quod ſecus eſt in adoptione teſtamentaria, per quam in familiam quidem nomenque adſciſcimur, in poteſtatem vero non venimus. PET. FAB.

1. *Non adrogant*] Legendum *adrogantur.* Cauſa illa eſt, quia nulla cum fœminis comitiorum communio eſt. CUJAC. Qua etiam ratione a populo fœmina non damnabatur. Ideo Sueton. in *Tiberio cap.* 2. ubi de Claudia: *Et quæ novo more judicium majeſtatis apud populum mulier ſubiit: quod in conferta multitudine, ægre procedente carpento, palam optaverit, ut frater ſuus Pulcher reviviſceret, &c.* PET. FAB.

Non adrogantur] Ita edidi ad fidem MS. Auredan. MEERMAN.

2. *De his, qui in manu ſunt*] Recte vidit Cl. Schultingius, hic legendum *quæ*, cum Ulpianus hoc loco agat de mulieribus, quæ in manum viri convenere: ſciendum itaque, olim fœminas aut nuptias ſolemni ritu per conventionem in manum contraxiſſe, aut matrimonium tantum. Quæ in manum viri conveniebat, dicebatur materfamilias, hæcque marito erat filiæ loco, adeoque ejuſdem conditionis, qua liberi in poteſtate patria conſtituti, uti docent Cajus apud Auctorem Collat. *leg. Moſ. & Rom. tit.* 16 §. 2. Servius ad Virgil. *lib.* 1. *Æneid. verſ.* 31. & Boëthius *lib.* 2. *Comment. in Top. Cic. pag.* 779. ac proinde erat & in manu, id eſt poteſtate, & in mancipio, hoc eſt dominio Quiritario nudo mariti: ſane materfamilias *in manu mancipioque* mariti dicitur apud Servium ad Virgil. *lib.* 11. *Æneid. verſ.* 476. Gellium *lib.* 4. *Noct. Att. cap.* 3. & *lib.* 18 *cap.* 6. & in antiqua *Graduum delineatione*, quam in fronte vetuſti exemplaris MS. Codicis Theodoſiani repertam edidit Cujacius *lib.* 6. *obſerv. cap. ult.* tametſi frequentiſſime apud Veteres ſimpliciter *in manu* mariti dicatur. Conventio vero in manum tribus modis fiebat, videlicet confarreatione, uſu, & coemptione, de quibus hic JCtum egiſſe dubium non eſt, ſed quæ temporis injuria interciderunt, ut ſolum paucа verba ſuperſint de confarreationis ritu: Ex interpretibus vero noſtris hoc argumentum accuratius reliquis pertractavit Vir. Clar. Chriſt. Ulr. Grupen in *tractatione de Uxore Romana*: ſed, quoniam coëmptionis naturam pauci quidem habuere perſpectam, pleriſque hoc errandi anſam præbuit, quа in parte cum non ſatis obvoris difficultatibus obviam iverit Grupenius, paucis hunc ritum luci exponere juvabit. Coëmptio itaque hæc re ipſa nihil aliud erat, quam adoptio, quippe qua maritus Jus Quiritarium patris omni modo conſequebatur, unde etiam per æs & libram hoc eſt mancipationem celebrabatur, docente Feſto in voce *remancipatam*, & Servio ad Virgil. *lib.* 4. *Æneid. verſ.* 103. Quamvis in eo lapſi fuerint tum Servius *d. l.* tum etiam Boëthius *loc. ſupr. cit.* ac Iſidorus *lib.* 14. *orig. cap.* 24. quod maritum & uxorem ſe invicem hic emiſſe tradiderint; nam mulier quidem emebatur (videl. imaginarie) a marito, ſeque in ejus dominium Quiritarium tranſibat, ſed quum nullum vice verſa jus eſſet uxoris in maritum, locus nullo modo eſſe poterat emptioni mariti: quod ſi in originem hujus erroris, quem nimis temere plerique interpretes, Grupenio tamen excepto, ſecuti ſunt, inquiramus, mihi quidem non aliunde is fluxiſſe videtur, quam ex male intellecta coëmptionis ſignificatione: *Coëmere* enim idem indicare crediderunt, quod *invicem* ſeu *mutuo emere*, v. e. ſi Titius annulum ſuum Sempronio vendiderit, hicque vieiſſim a Titio librum emerit, quo tamen nihil falſius; nuſpiam enim hæc a veteribus dicta fuit *coëmptio*; at vero *coëmere* nihil aliud notat, quam plures res ſimul emere, uti ex omnibus Auctorum locis a Grupenio *cap.* 5. §. 5. adlatis evidens eſt, quod tamen tum ipſum V. Cl. tum omnes, quos conſului, Lexicographos non obſervaſſe mirari ſubit: nec tamen hanc vocabuli ſignificationem ignoraſſe putaverim Cujacium, qui *lib.* 1. *obſerv. cap.* 35. in inſcriptione Tituli Cod. Juſt. *ut nemini liceat in emptione ſpecierum ſe excuſare*, auctoritate Codd. MSS. pro *emptione* repoſuit *coëmptione*, quæ & Græcis ſυνωνή dicitur, vid. Jac. Gothofred. in *Comm. ad l.* 1. *Cod. Theod. de publ. comparat.* quod non animadverterunt Franc. Hotmanus *lib.* 13. *obſerv. cap.* 35. & Franc. de Amaya in *Comm. ad dict. tit. Cod. Juſt. num.* 1. Quod ſi igitur quis rationem quærat, cur hic conveniendi in manum modus *coëmptio* dictus fuerit, ea hæc mihi videtur, quoniam non ſola mulier hic a marito emebatur, ſed & omnia bona ejus: id quod exinde probari poſſe exiſtimo, quod mulier non *venire* ſed *convenire* in manum diceretur, quia videlicet ſimul omne mulieris patrimonium in mariti poteſtatem tranſibat, docente Cicerone in *Topic. cap.* 4. ſane mulier etiam uſu in manum *conveniebat*, & tamen mutuam ibi uſucapionem interveniſſe nemo hactenus ſomniavit: reliquus autem conveniendi in manum modus idem *confarreatio* vocabatur, quia vir & mulier per fruges & molam ſalſam conjungebantur, ut ait Servius ad Virgil. 1. *Georg. verſ.* 31. unde & *diffarreatio* dicebatur diſſolutio nuptiarum eo modo contractarum: atque hanc meam ſententiam, poſtquam ante annos aliquot communicaſſem cum V. Cl. Alb. Diet. Trekellio JCto Hamburgenſi, is eam probavit in *notis ad Briſſonii lib. ſing. de Ritu Nuptiarum pag.* 299. *edit. oper. minor.* Nec eſt, quod Servii, Boëthii & Iſidori de mutua in nuptiis emptione loquentium auctoritas quemquam in contrariam ſententiam abducat: Servii etenim plurimos in materia conventionis in manum errores enumeravit Ampl. Grupen *dict. tract. cap.* 2 §. 6. nec pluris facienda, quæ Iſidorus, ſcriptor plus ſæpe nugivendulus, hac de re tradit, idem Grupenius oſtendit *cap.* 5. §. 16. & 18. Boëthius quoque eodem in loco ſibi ipſi manifeſte contradicit; primo enim generaliter ait, *matremfamilias* illam eſſe, quæ convenit in manum, ſicut & poſtea, *matremfamilias* dici, quæ in manum conventione perficitur; quum tamen loco intermedio *matrisfamilias* appellationem peſſime ad eam ſolam, quæ coëmptione in manum convenit, reſtringat: præterea, quod ait, tribus modis *uxorem* haberi, nulla prorſus ratione defendi poteſt; ſi enim *uxoris* vocabulum lato ſenſu accipias, etiam quartus modus addendus eſt, qui videlicet ſine conventione in manum perficitur; ſi vera anguſta ſignificatione, tum non *uxor*, at imo *materfamilias* tribus modis habetur: ut in hoc faciam plures ejuſdem auctoris errores, quos hic alte Grupenius notavit: liquidum tamen mendum irrepſiſſe arbitror in hæc Boëthii verba: *uxoris ſpecies ſunt duæ, una matremfamilias, altera* USU; quandoquidem ſubjungit, *ſed communi generis nomine uxores vocantur; fit enim (ut ſæpe,* *ut ſpecies iiſdem nominibus nuncupentur, quibus & genera*: adeoque, cum *uxor* ſit generale nomen, oportet etiam dari aliquam ſpeciem mulierum, quæ *uxores* dicuntur; quare pro verbis *altera* USU reſcribendum exiſtimo, *altera* UXORUM (ſcilicet *tantum*) imo flagitant hanc emendationem ipſius Boëthii verba ſequentia: *video uxori duas ineſſe formas, quarum una tantum* UXOR *eſt, altera materfamilias*, ut & Ciceronis in *Topic. cap.* 3. *Genus eſt uxor, ejus duæ formæ, una matrumfamilias, hæ ſunt, quæ in manum convenere, altera earum, quæ tantummodo* UXORES *habentur.* Atque hæc quidem de hac materia ſufficiant. MEERMAN.

3. *Teſtibus decem civibus*] Ultimum hoc verbum adjeci ad fidem MS. Auredan. MEERMAN.

præſentibus, & ſolemni ſacrificio facto, in quo panis quoque ¹ farreus adhibetur.

* * * *

TITULUS X.

² *Qui in poteſtate, mancipiove ſunt, quemadmodum eo jure liberentur.*

§. 1. Liberi parentum poteſtate liberantur emancipatione, id eſt, ſi, ³ poſteaquam mancipati fuerint, manumiſſi ſint. Sed filius quidem ter mancipatus, ter manumiſſus ſui juris fit: id enim lex XII. Tabular. jubet his verbis: *ſi pater filium ter venum duit, filius a patre liber eſto.* Cæteri autem liberi præter filium, tam maſculi, quam fœminæ, una mancipatione, manumiſſioneque ſui juris fiunt.

§. 2. Morte patris filius & filia ſui juris fiunt: morte autem avi nepotes ita demum ſui juris fiunt, ſi poſt mortem avi in poteſtate patris futuri non ſunt: velut ſi moriente avo pater eorum aut jam deceſſit, aut de poteſtate dimiſſus eſt: nam ſi mortis avi tempore pater eorum in poteſtate ejus ſit, mortuo avo, in patris ſui poteſtate fiunt.

§. 3. Si patri, vel filio aqua & igni interdictum ſit, patria poteſtas tollitur; quia peregrinus fit is, cui aqua & igni interdictum eſt; neque autem peregrinus Civem Romanum, neque Civis Romanus ⁴ peregrinum in poteſtate habere poteſt.

§. 4. Si pater ab hoſtibus captus ſit; quamvis ſervus hoſtium fiat, tamen cum reverſus fuerit, omnia priſtina jura recipit jure poſtliminii. Sed quamdiu apud hoſtes eſt, patria poteſtas in filio ejus interim pendebit: & cum reverſus fuerit ab hoſtibus, in poteſtate filium habebit. Si vero ibi deceſſerit, ſui juris filius erit. Filius quoque ſi captus fuerit ab hoſtibus, ſimiliter propter jus poſtliminii patria poteſtas interim pendebit.

§. 5. In poteſtate parentum ⁵ eſſe deſinunt & hi, qui ⁶ Flamines Diales inaugurantur, & quæ Virgines Veſtæ ⁷ capiuntur.

T I-

1. *Farreus*] Arnobius *lib.* 7. *adverſ. gent. pag.* 719. *Ut pium far monſtrat, quo peragi mos ſuit ſacrificiorum ſolemnium munia.* Hoc autem videtur ex Numæ inſtituto profectum eſſe. Plutarchus in Numa *pag.* 50. [illegible] *Ita quædam Numæ patria inſtituta arcanam rationem habent, veluti Diis libandum non eſſe ex vitibus non putatis, nec ſacrificandum ſine farina.* Vide Briſſonium *de rit. nupt. pag.* 7. 8. 9. Sane more Macedonum panem diviſum gladio uterque conjugum libat: & hoc apud eos ſanctiſſimum coëuntium pignus eſt, ut Curtius tradit *lib.* 8. De Farre Auſonius *Eidyllio* 12. *in cibis, fol.* 167.

Mox ador, atque adoris de polline pultificum far,
Inſtruxit menſas, quo quondam Romulidum plebs.

De fœminis, quæ in manu virorum ſunt, vide locum Livii ex *lib.* 34. quem attuli ad §. *ult. tit. proximo*, & ad tit. 12. *infr.* Pet. Fab.

2. *Qui in poteſtate mancipiove ſunt*] Agit ſub *hoc titulo* Ulpianus de liberis, quos in poteſtate mancipioque patris fuiſſe præter cæteros Gellius teſtatur *lib.* 18. *Noct. Att. cap.* 6. Et ex poteſtate quidem patria profluebant jura necandi, exponendi, noxæ dedendi, exheredandi, relegandi, coërcendi, & heredis neceſſarii; ex mancipio vero jus vindicandi. Mancipium autem apud veteres ſignificabat dominium Quiritarium aut plenum aut nudum, uti adparet ex Cicerone *lib.* 7. *ad Famil. epiſt.* 29. & 30. Seneca *lib.* 5. *de Benef. cap.* 19. Licet ergo pater in Liberos non haberet verum ſive plenum dominium Quiritiarium, neque illi proinde inter res mancipi unquam connumerati fuerint, prout ex profeſſo oſtendi in *Diatr. de Reb. Mancipi ſect.* 102. *ſeqq.* hi tamen in ejusdem nudo dominio Quiritario erant, quod cum poteſtate conjunctum cauſam producebat vindicationis cum effectu, uti JCtus docet *l.* 1. §. 2. *ff. de R. V.* ubi & hæc Pomponii verba adferuntur, *filium adjecta cauſa ex lege Quiritium vindicari poſſe*, quo loco Eduard. Caldera *lib.* 4. *Var. Lect. cap.* 1. non improbabiliter exiſtimat, Pomponium potius ſcripſiſſe *ex jure Quiritium*, ſed videtur Tribonianus in Pandectarum compoſitione conſulto ſubſtituiſſe *ex lege Quiritium*, quoniam Juſtinianus paulo antea in *l. unic. C. de nud. jur. Quir. toll.* nudum jus Quiritium ſuſtulerat. Meerman.

3. *Poſteaquam mancipati fuerint*] Recte diſtinguit Ulpianus *mancipationem* & *emancipationem*, quod non ita obſervarunt Anianus *lib.* 1. *inſt. Caji tit.* 6. §. 3. Juſtinianus *l. ult. C. de adopt.* Theophilus ad §. 6. *Inſt. Q. M. J. P. P. S.* Boëthius *lib.* 2. *in Top. Cic. pag.* 782. Mancipatio enim fieri poterat ſine translatione dominii Quiritarii, at emancipatio erat e mancipio ſive dominio Quiritario dimiſſio, uti docui in *Diatr. de Reb. Manc. ſect.* 294. At vero liberi emancipati h. e. ex jure Quiritium dimitti non poterant, niſi per tres mancipationes & intercedentes manumiſſiones, de quo ritu ex veteribus præter Ulpianum h. l. agunt Anianus, Theophilus & Boëthius *locis modo citatis*, ex recentioribus Connanus *lib.* 2. *Comm. Jur. Civ. cap.* 14. Joſ. Fern. de Retes *lib.* 1. *Opuſc. cap.* 21. §. 6. Jo. Balth. Wernher in *Progr. de Reb. Manc. pag.* B. & *ſeqq.* Cl. Scheltinga *Diſſert.* 1. *de Emancipat. cap.* 3. Meerman.

4. *Peregrinum*] Cur non, ſi ſervum? Certe nec ſervum pœnæ, nec in peregrinitatem redactum. Vide Cajum in *Inſtit. tit.* 6. Pet. Fab.

5. *Eſſe deſinunt*] Quid quod, ſi non ſolvebatur, minuebatur tamen antiquitus patria poteſtas, cum de parentum conſenſu nuptias contraxiſſent liberi? Dion. Halicarn. *lib.* 2. *antiquit.* ait, in Numæ Pompilii legibus fuiſſe ſcriptum, ut ſi pater filio uxorem ducere permiſerit, quæ ei ſacrorum, & pecuniarum ſocia ex legibus fieret, non amplius filium vendendi jus haberet. Vide Ant. Auguſtinum ad XII. tab. *fol.* 225. Id ipſum Plutarchus in Numa ſcribit. Pet. Fab.

6. *Flamines*] Qui emancipantur, hodie capite non minuuntur. Cujac. Immo ipſum emancipationis nomen capitis deminutionem oſtendit, ut equidem arbitror, ut pote cum ſtatus hominis mutetur. §. *minima* 13. *infr. tit. prox.* Pet. Fab. His autem quæ in hoc loco dicuntur ab Ulpiano addenda eſt, quæ in manum Flaminis convenit. Corn. Tacitus *lib.* 4. *Quando exiret ex jure patrio qui id Flaminium apiſcerentur; quæque in manum Flaminis conveniret.* Cujac. Idem auctor *ibid.* ſcribit, latam eſſe legem Tiberii, qua Flaminica Dialis ſacrorum cauſa in poteſtate viri, cætera promiſcuo fœminarum jure ageret. Quod jus cæterarum fœminarum eſſet, intelliges ex eo quod Valerius Tribunus plebis in oratione ad populum de abroganda lege Oppia dicebat apud Livium *lib.* 34. *fol.* 72. *Numquam ſalvis ſuis exuitur ſervitus muliebris; & ipſæ libertatem, quam viduitas, & orbitas facit, deteſtantur: in noſtro arbitrio ſuum ornatum, quam in legis malunt eſſe: & vos in manu, & tutela, non in ſervitio debetis habere eas, & malle patres vos, aut viros, quam dominos dici.* Pet. Fab.

7. *Capiuntur*] Ex quo ſequitur, vivo etiam patre teſtamentum condere poſſint, ut in Numa Plutarchus ſcribit. Quin etiam cætera quoque recte gerunt ſine curatore, quemadmodum & trium filiorum matres, ut ibidem traditur. De jure teſtamenti faciendi, quod adipiſcitur virgo Veſtalis, ſimulatque capta in atrium Veſtæ deducta, & Pontificibus tradita eſt, quo ſtatim tempore ſine emancipatione, ac ſine capitis minutione a patris poteſtate exit, vide Gellium *lib.* 4. *cap.* 12. Plutarchus in Numa *fol.* 121. *Græce* 106. *Latine ex editione Stephani*, tribuit his ingentes prærogativas, inter quas teſtamentum, vel ſuperſtite patre, nuncupandi arbitrium, ut quibus tres ſunt liberi. Pet. Fab.

TITULUS XI.

De Tutelis.

§. 1. Tutores conſtituuntur, tam maſculis, quam fœminis. Sed maſculis quidem impuberibus dumtaxat, propter ætatis infirmitatem: fœminis autem tam impuberibus, quam [1] puberibus, & propter ſexus infirmitatem, & propter forenſium rerum ignorantiam.

§. 2. Tutores autem legitimi ſunt, aut Senatusconſultis conſtituti, aut moribus introducti.

§. 3. Legitimi tutores ſunt, qui ex lege aliqua deſcendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege XII. Tabul. introducuntur, ſeu propalam, quales ſunt adgnati, ſeu per conſequentiam, quales ſunt patroni.

§. 4. Adgnati ſunt, a patre cognati, virilis ſexus, per virilem ſexum deſcendentes, ejusdem familiæ, veluti fratres, filii fratris, patrui, patrueles.

§. 5. Qui liberum caput mancipatum ſibi, vel a parente, [2] vel a coëmptore manumiſit, per ſimilitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur.

§. 6. Legitimi tutores alii tutela in jure cedere poſſunt.

§. 7. Is, cui tutela in jure ceſſa eſt, [3] ceſſitius tutor appellatur: qui ſive mortuus fuerit; ſive capite minutus, ſive alii tutela ceſſerit, redit ad legitimum tutorem tutela. Sed & ſi legitimus deceſſerit, aut capite minutus fuerit; ceſſitia quoque tutela extinguitur.

§. 8. Quantum ad adgnatos pertinet, hodie ceſſitia tutela non procedit: quoniam permiſſum erat in jure cedere tutela fœminarum tantum, non etiam maſculorum: fœminarum autem legitimas tutelas lex Claudia [4] ſuſtinet.

§. 9. [5] Excepta tutela patronorum, legitima tutela capitis deminutione amittitur.

§. 10. Capitis minutionis ſpecies ſunt tres, maxima, media, minima.

§. 11. Maxima capitis deminutio eſt, per quam & Civitas, & libertas amittitur: veluti cum [6] incenſus aliquis [7] venierit, aut cum mulier alieno ſervo ſe junxerit, denuntiante domino, & ancilla facta fuerit ex [8] Senatusconſulto Claudiano.

§. 12. Media capitis deminutio dicitur, per quam, ſola Civitate amiſſa, libertas retinetur: quod fit in eo, cui aqua & igni interdicitur.

§. 13. Minima capitis deminutio eſt, per quam & Civitate, & libertate ſalva, ſtatus [9] dumtaxat hominis mutatur: quod fit adoptione, & in manum conventione.

§. 14. Teſtamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim Ta-

1. *Puberibus*] Puberes tamen libertæ patronorum tutela liberabantur quatuor liberorum jure, ut in *tit. ult. infr.* idque ex lege Papia. Pet. Fab.

2. *Vel a coëmptore*] Quum *coëmptio* dicta fuerit illa conventionis in manum ſpecies, quæ per mancipationem celebrabatur, & de qua *ſup. ad tit.* 9. egi, non video, quo alio ſenſu *coëmptoris* vocabulum hic accipi poſſit, quam ut hoc referatur ad maritum, qui coëmptionem faciebat, cuique uxor ſive a patre naturali ſive adoptivo cum in finem mancipabatur, uti recte meo judicio ſenſit Briſſonius *lib. ſing. de rit. nupt. pag.* 303. *edit. noviſſ. opp. min.* ſenſus igitur hujus §. ſi quid video, perſpicuus hic eſt, quod tam is, qui filium filiamve familias a patre naturali ſibi mancipatum mancipatamve manumiſit, (adeoque ſive fiduciarius pater, ſive maritus, cui uxor coëmptione in manum convenit) quam quidem is, qui filiam ſuam, ſive naturalem, ſive adoptivam marito contracta fiducia mancipavit, & remancipatam ſibi poſtea ab hoc coëmptore manumiſit, fiduciarius tutor appelletur; nam ſicut quicunque liberum caput ſibi mancipatum manumittebat, ad ſimilitudinem patroni ſuccedebat, Cajus *lib.* 1. *inſt. tit.* 6. §. 3. ita nihil impedit, quominus ex mente Ulpiani dicamus, eundem etiam ad ſimilitudinem patroni tutorem effectum, qui non legitimus at fiduciarius vocabatur; idque obſervatum video Cl. Grupenio in *Uxore Romana cap.* 3. §. 20. & 21. Neque rationem perſpicio, quare cum Cl. Trekellio in *not. ad dict. loc.* Briſſonii, ita verba Ulpiani reſtringere debeamus, ut extraneus, qui mulierem ſine fiducia ſibi a marito mancipatam manumiſit, fiduciarius tutor dictus fuerit; quum mihi dubium non ſit, quin & ipſe maritus uxorem, quæ ipſi coëmptione adeoque per mancipationem in manum convenerat, manumittere potuerit, ſi ſcilicet contractus fiduciæ coëmptioni non acceſſiſſet; ſiquidem in fœminis una tantum mancipatione opus erat, ad id, ut eæ manumitti ſuique juris evadere poſſent. Ulp. *tit.* 10. §. 1. Aliam adhuc hujus §. explicationem tentat Retesius *lib.* 1. *opuſc. cap.* 7. *in auctar.* ſed cujus rationes ex his quæ dixi facile dilui poſſunt. Meerman.

3. *Ceſſitius tutor*] Ita edidi juxta lectionem MS. Aured. idque quoniam mox ſequitur *ceſſitia tutela.* Meerman.

4. *Suſtinet*] Lege *ſuſtulit.* Cujac. Improbat Ræwardus *cap.* 10 *lib.* 1. *var.* & *Suſtinet* interpretatur, id eſt *differt.* & ultra pubertatis tempus prorogat, ſeu potius continuat. Pet. Fab.

5. *Excepta*] Hoc eſt quod ait *l. tutelas* 7. *de cap. minut.* Tutelas etiam non amittit capitis deminutio, exceptis his, quæ I. A. P. P. id eſt, *quæ jure agnationis proximis potiſſimum deferuntur*, &c. Cujac. Tribonianus ita: *exceptis his, quæ in jure alieno perſonis poſitis deferuntur.* Quæ verba a nullo umquam JCtorum prolata ſunt: impolitum quidem ſcribendi genus redolent. Cæterum ſive Triboniani, ſive Pauli eſſe dicas, mendoſa ſunt, & neceſſario adjicienda eſt negatio, ut eas tutelas capitis deminutione minima dicamus amitti, quæ non deferuntur iis, qui ſunt in aliena poteſtate. Hac de re vide quæ ſcripſi *lib.* 3. *ſemeſtr. cap.* 23. Hic locus ita legendus, & explicandus eſt, ut a Goveano exponitur *lib.* 2. *var. cap.* 12. nam & in Pandect. Flor. & in Græca interpretatione negativum articulum deeſſe autumo. Vide quæ ſcripſi *ad d. l. tutelas.* Pet. Fab. Dixi *proximis potiſſimum*, ut in edicto translatitio Verris, &c. Cujac. Translatitia plerumque edicta erant. Cic. *epiſt.* 37. *lib.* 3. *Quid enim reprehendi poteſt, niſi quod addit viſum eſſe quibusdam edictum meum, quaſi conſulto ad iſtas legationes eſſe accommodatum, &c. Romæ compoſui edictum: nihil addidi, niſi quod publicani me rogarunt, cum Samum ad me veniſſent, ut de tuo edicto totidem verbis transferrem in meum, &c.* In quibus opponitur novo capiti edicti caput translatitium. Vide apud Cic. *lib.* 3. *in Verrem, pag.* 204. 205. Pet. Fab.

6. *Incenſus*] Incenſus, id eſt, qui cenſum profeſſus non eſt, ſeu qui bona in cenſum non detulit. Cic. *pro Cæcinna: cum autem incenſum vendit, hoc judicat: cum ii, qui in juſta ſervitute fuerunt, cenſu liberentur, eum, qui cum liber eſſet, cenſeri noluerit, ipſum ſibi libertatem abjudicaſſe.* Pet. Fab.

7. *Venierit*] Idem eſt, ſi ad pretium participandum venierit: item, ſi ob id quod ſacramentum, munusque militiæ detrectaſſet, venierit, ut Sueton. in Augusto *cap.* 24. legimus & in *l.* 4. §. *qui poſt deſertionem* 9. *ff. de re mil.* ubi ſcripſi. Livius *lib.* 11. *Qui miles ad exercitum non rediiſſet, eum ipſum, bonaque ejus vendere Conſul juſſus.* Vide & Livii locum ex *lib.* 5. quem adſcripſi *ad lib.* 1. *ſemeſtr. pag.* 181. Pet. Fab.

8. *S. C. Claudiano*] Vide Tacitum *lib.* 12. Suetonius tamen hoc SCtum Veſpaſiano tribuit *cap.* 11 ut & Macedonianum, quod tamen Tacitus *lib.* 11. Claudio tribuit. Pet. Fab.

9. *Dumtaxat*] Imo hanc capitis deminutionem ſalvo ſtatu contingere JCtus tradit *l.* 1. §. *capitis* 8 *ff. ad S. C. Tertyll.* ſed ſtatu ſcilicet Civitatis, & libertatis, non etiam familiæ. Pet. Fab.

Eeeeeeeee 2

Tabularum, his verbis: [1] *uti legaſſit ſuper pecunia, tutelave ſuæ rei, ita jus eſto*: qui tutores dativi appellantur.

§. 15. Dari teſtamento tutores poſſunt liberis, qui in poteſtate ſunt.

§. 16. Teſtamento tutores dari poſſunt hi, cum quibus teſtamenti faciendi jus eſt, præter Latinum Junianum: nam Latinus habet quidem teſtamenti factionem, ſed tamen tutor dari non poteſt: id enim lex Junia prohibet.

§. 17. Si capite deminutus fuerit tutor teſtamento datus, non amittit tutelam: ſed ſi abdicaverit ſe tutela, deſinit eſſe tutor. Abdicare autem eſt, dicere nolle ſe tutorem eſſe. In jure autem cedere tutela teſtamento datus non poteſt: nam & legitimus in jure cedere poteſt, abdicare ſe non poteſt.

§. 18. Lex Atilia jubet mulieribus, pupilliſve non habentibus tutores dari a [2] Prætore; & majore parte [3] Tribunorum plebis, quos tutores Atilianos appellamus. Sed quia lex Atilia Romæ tantum locum habet, lege Julia & Titia proſpectum eſt, ut in provincia quoque ſimiliter a Præſidibus earum dentur tutores.

§ 19. Lex Junia tutorem fieri jubet Latino, vel Latinis impuberibus [4] eum, qui etiam ante [5] manumiſſionem ex jure Quiritium fuit.

§. 20. [6] Ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur a Prætore Urbis ei mulieri virginive, quam ex hac ipſa lege nubere oportet, [7] ad dotem dandam, dicendam, promittendamve, ſi [8] legitimum tutorem pupillum (*alias* [9] pupilla) habeat. Sed poſtea Senatus cenſuit, ut etiam in provincia quoque ſimiliter a Præſidibus earum ex eadem cauſa tutores dentur.

§. 21. Præterea etiam in locum muti, furioſive tutoris, alterum dandum eſſe tutorem ad dotem conſtituendam Senatus cenſuit.

§. 22. Item ex SCto tutor datur mulieri ei, cujus tutor abeſt, præterquam ſi patronus ſit qui abeſt: nam in locum patroni abſentis alter peti non poteſt, niſi ad hereditatem adeundam, & nuptias contrahendas. Idemque permiſit in pupillo [10] patroni filio.

§. 23. Hoc amplius Senatus cenſuit, ut, ſi tutor pupilli pupillæve ſuſpectus, a tutela ſubmotus fuerit, vel etiam juſta de cauſa excuſatus, in locum ejus tutor alius detur.

§. 24. Moribus tutor datur mulieri, pupillove, qui cum tutore ſuo lege, aut legitimo judicio agere vult, ut auctore eo agat: (ipſe enim tutor in rem ſuam auctor fieri non poteſt) qui [11] Prætorianus tutor dicitur, quia a Prætore Urbis dari conſuevit.

§. 25. Pupillorum pupillarumque tutores & negotia gerunt, & auctoritatem interponunt: [12] mulierum autem tutores [13] auctoritatem duntaxat interponunt.

§. 26. Si plures ſunt tutores, omnes in omni re debent auctoritatem accommodare, præter eos, qui teſtamento dati ſunt: nam ex his vel unius auctoritas ſufficit.

§. 27.

1. *Uti legaſſit ſuper pecunia, tutelave ſuæ rei*] De hac lege Decemvirali late agit Joſ. Fern. de Retes *lib.* 1. *Opuſc. cap.* 22. & cum varii varie ejus legis verba reſtituere conati fuerint, meam quoque conjecturam propoſui in *Diatr. de Reb. Manc. ſect.* 112. ut videl. hic legamus, SUPER PECUNIA TUTELAVE SUI ERIS, ſive *heredis*: ſone veteres *eris* pro *heredis*, & *erem* pro *heredem* ſcripſiſſe recte docuit Joſ. Scaliger in *Not. ad Feſt. in v. Herem*: hanc vero legem XII. Tab. ſecundum antiquam & patriam linguam ſanciviſſe ait Juſtinianus *Nov.* 22. *cap.* 2 *in pr.* quamvis ipſiſſima Decemvirorum verba minime produxerit Imperator. Nec eſt, quod illius emendationis me adhucdum pœniteat. Aliqui vero dici poterit, Ulpianum *h. l.* ſimpliciter ſcripſiſſe *ſuper pecunia tutelave*, perinde ac Paulus *l.* 53. *de V. S.* quæ duo vocabula Pomponius *l.* 120. *de V. S.* Juſtinianus *pr. J. de leg. Falcid.* & *dict. Nov.* 22. brevitati ſtudentes unica expreſſione *ſuæ rei* comprehenderunt, quoniam *rei* appellatio tam ea quæ in patrimonio ſunt, h. e. pecuniam, quam ea, quæ extra patrimonium ſunt, qualis eſt tutela, complectitur, uti patet ex *l.* 5. *pr. de V. S.* unde fieri potuit, ut librarius variam lectionem *ſuæ rei* ex dictis Pomponii & Juſtiniani locis ad oram hujus §. adpoſuerit, quæ deinde in textum irrepſit, ſed omnino perperam, quum alterutra ſuffeciſſet, aut *pecuniæ tutelave*, aut *rei*, appellatio. MEERMAN.

2. *Prætore*] Suetonius tamen auctor eſt, Claudium ſanxiſſe, ut pupillis extra ordinem tutores a Conſulibus darentur, *in ejus vita cap.* 23. citatus in hanc rem ab ipſo Auguſtino in *Atilia Lege*. PET. FAB.

3. *Tribunorum*] Livius *lib.* 39. de Hiſpala Feſcenia Libertina, ſcorto nobili: *Quin eo proceſſerat conſuetudine capta* (Ebutii) *ut poſt patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore a tribunis & Prætore petito, cum teſtamentum faceret, unum Ebutium inſtitueret heredem.* Hæc ſcripſeram cum in mentem venit conſulere Ant. Auguſtinum in *lib. de Legib* ubi *fol.* 98. hunc quoque locum expreſſum omnino reperi. PET. FAB.

4. *Eum qui*] Puto legendum, *qui etiam dominus ante &c.* aut, *cujus ante manumiſſionem ex jure Quiritium ſervus fuit*, ut in *tit.* 2. §. *iteratione*, *ſupr.* PET. FAB.

5. *Manumiſſionem*] Factam a domino in bonis. PET. FAB.

6. *Ex lege Julia*] Vid. ad hunc §. Franc. Ramos del Manzano *lib.* 4. *ad legg. Jul. & Pap. Reliq.* 30.

7. *Ad dotem*] Ad hunc locum pertinere puto *l. ſive generalis* 61. *ff. de jur. dot.* quæ ſumpta eſt ex Clementis *lib.* ad legem Jul. & Pap. PET. FAB.

8. *Legitimum tutorem*] Sine quo dici dos non poteſt. Cic. pro Flacco, *Doti* (inquit) *Valeria pecuniam omnem ſuam dixerat. Nihil iſtorum explicari poteſt, niſi oſtenderes, illam in tutela Flacci non fuiſſe. Si fuit, quæcumque ſine hoc auctore eſt dicta dos, nulla eſt.* PET. FAB.

9 *Pupilla*] Puto delendas eſſe tres primas litteras, ut relinquatur *illa*; nec enim hic de impubere agitur: quamquam pupillæ nomine poſſit quis dicere non ad ætatem referri tantummodo, ſed & ad conditionem, quatenus aliqua perſona tutorem habeat: cum niſi pupilli tutor intelligi non queat, propterea quod iſta ſunt ex genere [illegible], tutor & pupillus. PET. FAB.

10. *Patroni filio*] Qui, ut & patronus ipſe, tutor eſt legitimus liberti pupilli; ſed cum patronus, vel patroni filius ipſe pupillus eſt, quia per ætatem tutor pupilli liberti eſſe nequit: ideo libertinis hoc caſu datur tutor a Magiſtratibus, *l.* 1. *de excuſat. tutor.* Hoc ex Pithœo *ad fragm. ſuorum notas*, *pag.* 110. PET. FAB.

11. *Prætorianus*] Hunc Prætorium tutorem dici Juſtinianus auctor eſt in § *ult. inſt. de auctor. tutor.* PET. FAB.

12. *Mulierum*] Hoc eſt ex JCtorum acuta interpretatione. Cicero videtur *pro Muræna* reprehendere, cum ait: *Mulieres omnes propter infirmitatem conſilii majores in tutorum poteſtate eſſe voluerunt. Hi invenerunt genera tutorum, quæ poteſtate mulierum continentur.* Sciendum, quod mulieres, quæ nupſerant, niſi in manum viri conveniſſent, nihilominus habebant tutores, & ſub eorum authoritate erant. Apulejus *apologet.* 2 *fol.* 150. *Dico exiguum prædiolum ſexaginta millibus nummum, id quoque non me, ſed Pudentillam ſuo nomine emiſſe, &c. Adeſt etiam tutor auctor mulieris vir graviſſimus, & ſanctiſſimus omni cum honore mihi nominandus, Caſſius Longinus.* Ea Pudentilla erat uxor Apulei, & quadrageſimum ætatis annum agebat, ut ex *fol.* 235. colligitur. Quin & puberibus fœminis conſtitutos olim tutores apparet ex initio *hujus tit.* & ex §. *mulierum.* Quos *curatores* dictos pro tutoribus cenſeas in *l. non tantum* 7. *ff. de tutor. & cur. dat.* Sic & in §. *pen. infr. tit.* 20. *de teſtament.* tutore auctore pubes fœmina teſtatur. PET. FAB.

13. *Auctoritatem*] Adeo, ut minoribus, ſive adultis mulieribus tutores dati negotia gerere non debeant, nec obligentur, quod non geſſerint. *l. Sejæ* 26. *ff. de tutor. & cur. dat.* PET. FAB.

§. 27. [1] Tutoris auctoritas neceſſaria eſt mulieribus quidem in his rebus, ſi [2] lege, aut legitimo judicio agant, ſi ſe obligent, ſi civile negotium gerant, ſi libertæ ſuæ permittant in contubernio alieni ſervi morari, [3] ſi rem mancipi [4] alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum [5] nec mancipi alienatione tutoris auctoritate opus eſt.

§. 28. [6] Liberantur tutela maſculi quidem [6] pubertate. Puberem autem Caſſiani quidem eum eſſe dicunt, qui [7] habitu corporis pubes apparet, id eſt, qui generare poteſt: Proculejani autem, eum, qui quatuordecim annos explevit. Verum Priſcus eum puberem eſſe, in quem [8] utrumque concurrit, & habitus corporis, & numerus annorum. [9] Fœminæ autem tutela liberantur, quæ in manum viri convenerunt.

TITULUS XII.

De Curatoribus.

§. 1. Curatores aut legitimi ſunt, id eſt, qui ex lege duodecim Tabularum dantur: aut honorarii; id eſt, qui a Prætore conſtituuntur.

§. 2. Lex duodecim Tabularum furioſum, itemque prodigum, cui bonis interdictum eſt, in curatione jubet eſſe adgnatorum.

§. 3. A Prætore conſtituitur curator, quem ipſe Prætor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex teſtamento parentis heredes facti, male diſſipant bona: his enim [10] ex lege curator dari non poterat: cum ingenuus quidem non ab inteſtato, ſed ex teſtamento heres factus ſit patri: libertinus autem [11] nullo modo patri heres fieri poſſit, qui [12] nec patrem habuiſſe videtur, cum ſervilis cognatio [13] nulla ſit.

§. 4. Præterea dat curatorem ei etiam, qui nuper pubes factus idoneé negotia ſua tueri non poteſt.

TITULUS XIII.

[14] De Cœlibe, Orbo, & [15] Solitario Patre.

§. 1. Lege Julia prohibentur uxores ducere [16] Senatores quidem, liberique eorum libertinas, & quæ ipſæ, quarumve pater, materve artem ludicram fecerit: item [17] corpore quæſtum facientem.

§. 2. Cæteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, a lenone lenave manumiſſam, & in adulterio deprehenſam, & judicio publico damnatam, & quæ artem ludicram fecerit. Adjicit Mauricianus, & a Senatu damnatam.

TITULUS XIV.

De [18] Pœna Legis Juliæ.

§. 1. [19] Fœminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem: a divortio ſex men-

1. *Tutoris auctoritas*] Conf. ad hunc §. Jo. Puga & Feyoo Tract. *Acad.* 22 *de rebus eorum, qui ſub tutela vel cura ſunt, cap.* 1. *n* 2 *& ſeq.*

2. *Lege*] Ut ecce: ſi mulier in ſolatium amiſſorum liberorum adrogare vult *l. mulierem* 5. *Cod. de adoptionib. l. ſi ſuſpecta* 29. §. *quoniam* 3. *ff. de inoff. teſt.* ſi ipſa adrogari vult *l. nam & fœminæ* 21. *ff. de adopt.* Pet. Fab.

3. *Si rem mancipi alienent*] Ita quidem in MS. Codice Tiliano legi teſtatus eſt [illegible] Cujacius *lib.* 17. *Obſerv. cap.* 28. verum, quod mireris, originalis Jo. Tilii editio, quæ ad hunc ipſum Codicem expreſſa eſt, diſerte exhibet *ſi mancipia alienent*, nec aliter omnes ſubſequentes Editiones, quas videre licuit. Primus vero ita emendavit Cujacius in Edit. Pariſ. & Lugd. 1586. (nam prior Lugdunenſis Cujaciana Anni 1566. adhuc habet *mancipia*) Utrovis autem modo legas, promiſcue videtur, modo per *mancipia* intelligas *res mancipi.* Meerman.

4. *Alienent*] Adde, ſi in manum viri conveniant uſu, vel coëmptione, nihil enim poteſt de tutela legitima ſine omnium tutorum auctoritate diminui, ut eſt apud Ciceronem *pro L. Flacco.* Adde ſi dotem dent, dicant, promittant, ut eſt apud eundem, & *ſupr.* in §. *ex lege* 20. Item ſi teſtamentum faciant, ut §. *pen. infr. de teſtament.* Pet. Fab.

5. *Nec mancipi*] Quod dic non tantum in mancipi rerum alienatione, quæ fit per emancipationem, atque adeo per legis actionem. Pet. Fab.

6. *Pubertate*] Et ideo anni, qui pubertatem præcedunt, tutelares dicuntur a Sidonio Apollinari *lib.* 4. *epiſt.* 24. *ad Turnum in fin.* Pet. Fab.

7. *Habitu corporis*] Quintilianus *declam.* 279. *fol.* 61. *Poſtea nudari filium, atque in conſpectu Judicum conſiſtere coëgiſſet, atque interrogaret, an ille maritus eſſet, qui fieri pater non poſſet.* Pet. Fab.

8. *Utrumque concurrit*] Servius ad illud *Virgilii* 7. *Æneid. Jam matura viro, jam plenis nubilis annis: non eſt iteratio*, inquit, *ſed ſecundum jus loquutus eſt, in quo & ex annorum ratione, & ex habitu corporis ætas probatur: primum ergo ad habitum, ſecundum ad annos pertinet.* Pet. Fab.

9. *Fœminæ autem tutela liberantur, quæ in manum, viri convenerunt*] Ita ſupplevi hunc locum, qui in omnibus aliis Editionibus mutilus eſt, ex Codice Aurelianenſi, quem expreſſit altera Charondæ Editio: hacque lectione nihil verius eſt, quæ etiam confirmatur ex iis, quæ Tacitus *lib.* 4. *Annal. cap.* 16. Boëthius *lib.* 2. *Comm. in Topic. Cic. pag.* 781. aliique Auctores veteres tradunt. Meerman.

10. *Ex lege*] Quæ forraſſe lex curatores agnatos, & gentiles volebat eſſe eorum, qui ab inteſtato legitimi heredes extitiſſent patri, & tamen aut furioſi eſſent, aut prodigi. Pet. Fab.

11. *Nullo modo*] Non modo ab inteſtato, ſed neque ex teſtamento. Pet. Fab.

12. *Nec patrem*] Nec matrem. Paulus *lib.* 4. *ſent. tit.* 10. *ad Orphyt.* Pet. Fab.

13. *Nulla ſit*] *L.* 1. §. 1. *ff. unde cognat.* Pet. Fab.

14. *De cœlibe, orbo*] Agit de hac Interpretione Franc. Ramos del Manzano *lib.* 4. *ad legg. Jul. & Pap. reliq.* 33. [illegible] 23.

15. *[illegible]litario*] Solitarium patrem [illegible] Græci vocant, Iſocrates *Æginetic. pag.* 181. [illegible] *Conſiderantes ſolitariis hominibus jam puberibus iſtum eſſe legem: propter hoc enim & cognati, & qui propinqui non ſunt, promptius diligentiam mutuo adhibent.* Pet. Fab.

16. *Senatores*] Non eſt alienus a materia ſubjecta hic titulus: nam poſt conſtitutas cœlibibus pœnas, & maritis, parentibusque præmia; & eodem fortaſſe legis Juliæ capite tractavit Auguſtus de maritandis ordinibus, & quæ a quibus uxores duci poſſent, ut ex Dione liquet *lib.* 54. *pag.* 361. *ſive* 608. [illegible] *Ac quoniam maſculi ingenui numerum ingenuarum fœminarum multum ſuperabant, liberum fecit, ut qui vellent, modo Senatores non eſſent, libertinas ducere poſſent; eorumque liberos legitimos eſſe juſſit.* Idem *lib.* 56. *pag.* 393. *ſive* 660. [illegible] *Et libertas iis, qui ex Senatorio ordine non erant, ducere permiſit; adeo, ut & ſi quis ex amore, aut conſuetudine cum aliqua in hoc pellectus fuiſſet, legitime id ipſum faceret.* Pet. Fab.

17. *Corpore quæſtum facientem*] Lege XII. Tab etiam plebejas vetabantur ducere patricii, ut Dionyſius Halicarnaſſeus ſcribit. Pet. Fab.

18. *Pœna Legis Juliæ*] Ambroſius *lib.* 3. *in Lucæ* 3. *Erat enim*, inquit, *deforme liberos non habere, quod* etiam

menſium: lex autem Papia a morte viri, biennii: a repudio, anni & [1] ſex menſium.

TITULUS XV.

De Decimis.

§. 1. Vir, & uxor inter ſe matrimonii nomine decimam capere poſſunt. Quod ſi ex alio matrimonio liberos ſuperſtites habeant, [2] præter decimam, quam matrimonii nomine capiunt, totidem decimas [3] pro numero liberorum accipiunt. Item communis filius, filiave, poſt nonum diem amiſſus, amiſſave, unam decimam adjicit: duo autem, poſt nonum diem amiſſi, duas decimas adjiciunt. Præter decimam, etiam uſumfructum tertiæ partis bonorum ejus capere poſſunt: & [4] quandoque liberos habuerint, ejusdem partis proprietatem. Hoc amplius mulier præter decimam dotem petet legatam ſibi.

TITULUS XVI.

De Solidi Capacitate inter Virum & Uxorem.

§. 1. Aliquando vir & uxor inter ſe ſolidum capere poſſunt: velut ſi uterque, vel alteruter eorum nondum ejus ætatis ſunt, qua lex liberos exigit: id eſt, ſi vir [5] minor annorum viginti quinque ſit, aut uxor annorum viginti minor: [6] item ſi utrique lege Papia finitos annos in matrimonio exceſſerint, id eſt, vir ſexaginta annos, uxor quinquaginta: item ſi cognati inter ſe coïerint usque ad ſextum gradum: [7] aut ſi vir abſit, [8] donec abeſt, & intra annum, poſtquam abeſſe deſierit, libera inter eos teſtamenti factio eſt: [9] ſi jus liberorum a Principe impetraverint, aut ſi filium, filiamve communem habeant, [10] aut quatuordecim annorum filium, vel filiam duodecim amiſerint, vel ſi duos trimos, vel ſi tres poſt nonum diem amiſerint: ut intra annum tamen & ſex menſes etiam unus [11] cujuscumque ætatis impubes amiſſus ſolidi capiendi jus præſtet. Item ſi poſt mortem viri intra decem menſes uxor ex eo peperit, ſolidum ex bonis ejus capit.

§. 2. Aliquando nihil inter ſe capiunt, id eſt, ſi contra legem Juliam, Papiamque Poppæam contraxerint matrimonium: verbi gratia, ſi famoſam quis uxorem duxerit, aut libertinam [12] Senator.

§. 3. [13] Qui intra ſexageſimum, vel quæ intra quinquageſimum annum [14] neutri legi parue-

etiam legum civilium fuit auctoritate multatum. Plato cœlibem, qui eſſet annorum 30. volebat pecunia, & honore multari: nam *lib. 4. de legib.* inquit, [illegible] *Uxorem quisque a 30. anno usque ad 35. ducat; ſin minus, pecunia multetur, atque dedecore.* Lycurgus etiam cœlibes multabat, ut ſcripſit ad Plutarchum *in Lycurgo, & Lyſandro.* Vide Athenæum *lib. 13. Deipnoſoph. in princ.* apud quem inter cætera. [illegible] Clearchus Solenſis *in adagiis refert, Lacedæmone fœminas quodam feſto die cœlibes viros circa aram tractos impactis colaphis cædere, ut indignitatem ejus contumeliæ peroſi liberos, ac prolem tollere cuperent, & tempeſtive adjungerent ſeſe uxoribus.* PET. FAB.

19. *Fœminis Lex Julia*] Vid. Fr. Ramos *lib. 4. ad Legg. Jul. & Pap. Reliq. 26.*

1. *Sex menſium*] Hic agitur de vacatione fœminis conceſſa. De vacatione, quæ maribus tribuitur, quid cenſendum, Cujacius docet *lib. 6. obſ. cap. 37.* At quæri poteſt, cur longioris temporis vacatio data fuerit Papia lege, quam Julia? Et probabiliter dici poteſt, Papiam ſpectaſſe liberorum procreationem, & Juliam de nuptiis contrahendis cogitaſſe, quas cum præcedere oporteat, ut juſta naſcatur ſoboles: ideo huic edendæ longius præſcribi tempus oportuiſſe. PET. FAB.

2. *Præter decimam*] Vid. Joſ. Fern. de Retes *lib. 1. Opuſc. cap. 3. §. 2. & ſeq.*

3. *Pro numero liberorum*] Non communium, ſcilicet, ſed ex alio matrimonio. PET. FAB.

4. *Quandoque liberos habuerint*] Fr. Ramos *lib. 4. ad Legg. Jul. & Pap. Reliq. 34. §. 8.* legit *quotiescumque*, at citra neceſſitatem, uti ex iis patet, quæ in *not. h. l.* Schultingius docet. MEERMAN.

5. *Minor annorum viginti quinque*] Major 25. annis cœlebs heres inſtitui non poterat propter legem Juliam. Nicephorus *lib 7. Eccl. hiſtor. cap. 46.* & Sozomenus *lib. 1. cap. 9. l. 1. Cod. de infirm. pœn. cœlib.* PET. FAB.

6. *Item ſi utrique*] Hoc immutatum & abrogatum eſt SCto Perniciano, de quo ſtatim loquitur. PET. FAB.

7. *Aut ſi vir abſit*] Vid. Ramos *lib. 4. ad Legg. Jul. & Pap. Reliq. 35.*

8. *Donec abeſt, & intra annum &c.*] Sic edidi pro *& donec abeſſet, intra annum &c.* ex utraque edit. Charondæ. MEERMAN.

9. *Si jus liberorum*] Et hoc quidem jus liberorum Imperatores omnibus dant in *l. 1. Cod. de jur. liberor.* Nec enim ſe jus trium dicunt, aut quatuor liberorum dare, ſed jus liberorum, &c. CUJAC. Interdum tamen jus trium liberorum dicitur ſimpliciter *jus liberorum*, & *jus paternum* a Martiale *lib. 8. epigramm. 31.* quem citat Duarenus *cap. 40. lib. 1. diſput.*

Neſcio quid de te non belle, Dento, fateris,
Conjuge qui ducta jura paterna petis, &c.
Nam dum tu longe deſerta uxore, domoque,
Tres quæris natos, quatuor invenies.

& *lib. 9. epigr. 68.*

Uxor cum tibi ſit formoſa, pudica, puella,
Quid tibi natorum jura, Fibulle, trium?
Quod petis a noſtro ſupplex Dominoque, Deoque,
Tu dabis ipſe tibi, ſi potes, &c.

& *epigramm. 99.*

Rumpitur invidia, tribuit quod Cæſar uterque
Jus mihi natorum: rumpitur invidia.

Militibus, qui per ætatem conjugio jungi non poſſunt, jura ac privilegia maritorum a Tiberio conceſſa ſunt. Vide Dionem *lib. 58.* PET. FAB.

10. *Aut quatuordecim annorum*] Vid. Retes *lib. 1. opuſc. cap. 3. §. 7.*

11. *Cujuſcumque ætatis*] Quid ſi *ſexus* legeris? nam etſi *ætatis cujuſcumque* referri ad eam poſſit, quæ intra pubertatis annos illa tempora, de quibus paulo ante agebat, ſuperet; nihilominus tamen id verius putem. PET. FAB.

12. *Senator*] Quæ duo nominatim prohibebantur lege Julia, & Papia *l. 44. ff. de rit. nupt.* & in *tit. 13. ſupr.* PET. FAB.

13. *Qui intra Sexageſimum*] Vid. ad hunc §. Ramos *lib. 4. ad legg. Jul. & Pap. Reliq. 25.*

14. *Neutri legi*] Si neque liberos ſuſcepit, neque matrimonium contraxit. Julia eſt de contrahendo matrimonio, Papia de procreandis liberis. CUJAC. Quam legem *Patriam* Seneca vocat, *cap. 34. lib. 3. de benefic.* niſi tamen ibi quoque *Papiam* legendum eſt: ubi de paterno munere, in quo conſortem habet, inquit: *In quo ſpectavit legem Patriam, præmia patrum, domus ac familiæ perpetuitatem, omnia potius, quam eum, cui dabat.* Imo nihil mutandum eo loco, in quo ſic lex *Patria* de Patrum auctoritate, ut lex *Regia*, quæ de Regum auctoritate lata ſit, nuncupatur. PET. FAB.

Nam mulier poſt 50. annum non gignit, *l. ſi ſterilis 21. in princ. de actionib. empt.* CUJAC. Auguſtinus tamen

ruerit, licet [1] ipſis legibus poſt hanc ætatem liberatus eſſet; [2] perpetuis tamen pœnis tenebitur, ex SCto Perniciano: ſed [3] Claudiano SCto major ſexagenario, ſi minorem quinquagenaria duxerit, perinde habebitur, ac ſi minor ſexaginta annorum duxiſſet [4] uxorem.

§. 4. Quod ſi major quinquagenaria minori ſexagenario nupſerit, impar matrimonium appellatur: & [5] SCto Calvitiano jubetur non proficere ad capiendas hereditates, & legatas dotes. Itaque mortua muliere, dos [6] caduca erit.

TITULUS XVII.

De Caducis.

§. 1. Quod quis ſibi teſtamento relictum, [7] ita ut jure civili capere poſſit, aliqua ex cauſa non ceperit, caducum appellatur, veluti [8] cecidit ab eo: verbi gratia, ſi cœlibi, vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel cœlebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium conſecutus ſit: aut ſi [9] ex parte heres ſcriptus, vel legatarius ante apertas tabulas deceſſerit, vel [10] peregrinus factus ſit.

§. 2. [11] Hodie ex Conſtitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fiſco vindicantur: [12] ſed ſervato jure antiquo liberis & parentibus.

§. 3. Caduca cum ſuo onere fiunt: ideoque libertates, & legata, & fideicommiſſa ab eo data, ex cujus perſona hereditas caduca facta eſt, ſalva ſunt. [13] Scilicet & legata, & fideicommiſſa cum ſuo onere fiunt caduca.

T I-

men ita ſcribit *lib.* 3. *contra Julianum Pelagianum cap.* 11. *Pro modo autem nunc temporis, quo longe breviore ſpatio vivunt homines, intra centum annos amborum conjugum generare poſſe dicuntur: Si vero in ſummam ducti amborum anni centenarium annum exceſſerint, ſic aſſeverantur non poſſe filios procreare, etiam ſi fœcunda ſit mulier, & fluentibus adhuc muliebribus poſſit ex juvene: ut jure fuerit etiam conſtitutum, ne quiſquam jus liberorum haberet, niſi cum amborum anni computati, ac ſimul ducti centum non tranſiſſe dicerentur.* Quod fortaſſe tunc verum fuit, cum major quinquagenaria etiam minori ſexagenario nubebat. Nam id matrimonium, utpote impar, ex Claudiano SCto jubebatur non proficere ad capiendas hereditates, & legatas dotes. At certe quod Auguſtinus ait, falſum eſſet, quo caſu major ſexagenario duxit minorem quinquagenaria, niſi forte ex SCto Perniciano; at ex legibus Julia, & Papia, itemque ex Claudiano SCto, quia recte matrimonium contrahebant, ideo & jus liberorum habuiſſe, & pœnis liberatos fuiſſe arbitror: Immo ex Perniciano SCto. Finge enim virum perveniſſe ad annum 59. mulierem ad annum 49. aut 48. aut 46. aut 42. non eſt impar matrimonium, cum uterque adhuc ejus ætatis ſit, intra quam parere intelligitur etiam ex SCto Perniciano; & tamen utriusque anni ſimul ducti uno ſaltem egrediuntur centeſimum. Itaque quod Auguſtinus ait, cenſeo accipiendum eſſe paulo rudius. PET. FAB. Nam & ſexagenarii idonei ſunt ad generandum. Ariſtot. *lib.* 5. *de hiſt. animal.* CUJAC. Dionyſ. Halicarnaſſeus *lib.* 4. [illegible] *Ultra enim* (quinquageſimum annum) *non fert uterum fœmina, ſed hic eſt ei partuum terminus, ut ſcribunt, quibus cura fuit perſcrutari talia.* Plinius *lib.* 7. *cap.* 14. *Mulier poſt quinquageſimum annum non gignit, majorque pars quadrageſimo profluvium genitale ſiſtit.* PET. FAB.

1. *Ipſis legibus*] Ipſis legum verbis. PET. FAB.

2. *Perpetuis*] Harum pœnarum meminit Paulus *lib.* 1. *ad Sabin. l. ſi is qui heres* 11. *ff. de vulg. & pup.* PET. FAB.

3. *Claudiano*] Putavit enim Claudius etiam ſexagenarium generare poſſe; auctor SCti Perniciani, auctores legis Papiæ non putarunt. Inde apud Lactantium *lib.* 1. *de falſa religione cap.* 16. non illepide Seneca in libris Moralis Philoſophiæ: *Quid ergo eſt*, inquit, *quare apud Poëtas ſalaciſſimus Jupiter deſierit liberos tollere, utrum ſexagenarius factus eſt, & illi lex Papia fibulam impoſuit? an impetravit jus trium liberorum?* Sed ſublatum eſt hoc legis Papiæ caput de quinquagenariis, vel ſexagenariis, & ſequens de matrimonio impari *l. ſancimus* 27. *C. de nupt. l. ſi major* 12. *C. de legit. hered.* Plane non modo poſt ſexageſimum, atque octuageſimum annum quosdam generaſſe Plinius refert *cap.* 14. *lib.* 7. M. Porcius Cato poſt octuaginta annos filium genuit, ut Plinius in *de Viris Illuſtrib.* refert. Sed quod ſemel, aut bis exiſtit, prætereunt Legiſlatores. Illud notandum, ex uxore minore quinquagenaria majorem ſexagenario filios procreare poſſe, non item majorem quinquagenaria ex minore ſexagenario, exiſtimari, ut notatur infra Quamobrem hoc, non item illud impar matrimonium appellari, hoc non item illud proficere ad capiendas hereditates, ac dotes: & quod hic traditur, caducam dotem ſuperiore caſu fieri, ſic accipiendum, deficientibus utique liberis, in fiſcum cadere, eique applicari. PET. FAB.

4. *Uxorem*] Minorem ſcilicet quinquagenaria, de qua loquitur in §. proximo. Hoc eſt quod Suetonius ita de Claudio ſcribit *cap.* 23. *Capiti Papiæ Poppææ* (ſic enim lego, non Pompeæ) *legis a Tiberio Cæſare* (cujus tempore factum eſt Pernicianum SCtum) *quaſi ſexagenarii generare non poſſent, addito* (ſic enim legimus non *edito*) *abrogavit edicto.* Sunt multa SCta circa legem Papiam facta auctore Juſtiniano in *l. unic.* §. *cum igitur* 1. *de caduc. toll.* quorum enumerat nonnulla Cujacius *cap.* 6. *lib.* 8. *obſerv.* quibus hæc addenda puto. Capitibus legum addebant aliquod aliud caput Principes per edicta *l. Divus Claudius* 10. *ff. de falſis.* PET. FAB.

5. *Senatusconſulto Calvitiano*] Ant. Auguſtinus *de Nomin. propr. Pandect. Flor. cap.* 4. non male meo judicio legit *Calviſiano*; at in Codice Auredanenſi hic quoque, perinde ac in §. *præced.* ſcriptum eſt *Claudiano*, num recte, in re obſcura decidere non auſim. MEERMAN.

6. *Caduca erit*] Huc referri poteſt non incommode exemplum illud, quod de Septicia refertur a Valerio *lib.* 7. *cap.* 7. *quæ Trachalorum mater Ariminenſium, quia filiis irata, in contumeliam eorum, cum jam parere non poſſet, Publio ſeni admodum nupſerat, teſtamento etiam utroque præterito: aditus ab iis D. Auguſtus & nuptias mulieris, & ſuprema judicia improbavit: nam hereditatem maternam filios habere juſſit; dotem, quia non creandorum liberorum conjugium interceſſerat, virum retinere vetuit.* Ubi quod ait retinere vetuiſſe, vel ita intelligendum, ut dos caduca fuerit, & fiſco applicata ex legibus Julia Papiaque Poppæa, ſi jam latæ erant, vel potius ut, quia nondum latæ erant, ideo dotem penes filios bonorum poſſeſſores, heredesve mulieris legitimos remanſiſſe ſignificet. PET. FAB.

7. *Ita ut jure civili capere poſſit*] Vid. ad hæc verba Athan. Oteyza & Olano *lib.* 3. *Paralipom. & Elect. Jur. cap.* 9. §. 87.

8. *Cecidit*] Iſidorus *lib.* 5. *etymol. cap.* 25. putat caducam hereditatem inde dici, quia ejus heredes ceciderunt. PET. FAB.

9. *Ex parte*] Sic & in *l. multum* 21. *ff. de cond. & demonſtr.* nam ex aſſe heres ſcriptus etiam ante apertas tabulas heres fieri poteſt *l.* 1. §. *ult. de jur. & fact. ignor. l.* 3. *Cod. de jur. delib.* ut Cujacius notat *lib.* 6. *obſ.* PET. FAB.

10. *Peregrinus*] Ita ex Codice Auredanenſi edere malui pro eo, quod vulgo legitur *pereger*. MEERMAN.

11. *Hodie*] Immo ex lege Papia. Quamobrem videntur mihi hæc eſſe tranſpoſita, atque reſtituenda eſſe in hunc modum: *Omnia caduca fiſco vindicantur: ſed ſervato jure antiquo liberis & parentibus. Hodie ex conſtitutione Imperatoris Antonini caduca cum ſuo onere fiunt;* & quæ ſequuntur: ut intelligatur conſtitutio ea, cujus fit mentio in *l. licet* 74. *de legat.* 1. *l.* 4. *Cod. ad S. C. Trebell.* CUJAC. Immo potius ea, cujus fit mentio in *l. ult ff. de his quæ in teſt. delent.* hoc eſt, decretum D. Marci, de quo vide Cujac. *ad eam l ult.* PET. FAB.

Cæterum confer ad hunc §. Ramos *lib.* 4. *ad legg. Jul & Pap. Reliq.* 36. *num* 1.

12. *Sed ſervato jure antiquo liberis & parentibus*] Franc. Ramos *dict. lib.* 4. *reliq* 37. *num* 3. non improbabiliter exiſtimat, hæc verba a præcedentibus divellenda, & ad unam ſectionem ſeu paragraphum redigenda eſſe cum illis, quæ hic mox §. 3. ſequuntur, hoc modo. *Sed ſervato jure antiquo liberis & parentibus caduca cum ſuo onere fiunt: ideoque &c.*

13. *Scilicet*] Pro *ſcilicet*, reponendum *ſed*, vidit Cujacius *cap.* 6. *lib.* 13. *obſerv.* PET. FAB.

TITULUS XVIII.

Qui habeant jus antiquum in caducis.

§. 1. Item liberis, & parentibus teſtatoris usque ad tertium gradum lex Papia jus antiquum dedit, ut [1] heredibus illis inſtitutis, qui ex teſtamento capere non poſſunt, quod quis hic ex eo teſtamento non capit, ad hos pertineat, aut totum, aut ex parte, pro ut pertinere poſſit.

TITULUS XIX.

De Dominiis, & Adquiſitionibus rerum.

§. 1. [2] Omnes res aut mancipi ſunt, aut nec mancipi. Mancipi res ſunt prædia in Italico ſolo, tam ruſtica, qualis eſt fundus, quam urbana, qualis domus. Item jura prædiorum ruſticorum: velut via, iter, actus, & aquæductus. Item ſervi, & quadrupedes, quæ dorſo, collove domantur, velut boves, muli, equi, aſini: [3] cæteræ res nec mancipi ſunt: Elephanti & Cameli, quamvis collo dorſove domentur, nec mancipi ſunt: quoniam beſtiarum numero ſunt.

§. 2. Singularum rerum dominia nobis adquiruntur, mancipatione, traditione, uſucapione, in jure ceſſione, adjudicatione, lege.

§. 3. Mancipatio propria ſpecies alienationis eſt, & rerum mancipi: eaque fit certis verbis, [4] libripende, & quinque teſtibus [5] præſentibus.

§ 4. Mancipatio locum habet inter Cives Romanos, & Latinos Colonarios, Latinosque Junianos, eosque [6] peregrinos, quibus commercium datum eſt.

§. 5. Commercium eſt emendi, vendendique invicem jus.

§. 6. Res mobiles non niſi præſentes mancipari poſſunt, & non plures, quam quæ manu capi poſſunt: immobiles autem, etiam plures ſimul, & quæ diverſis locis ſunt, mancipari poſſunt.

§ 7. Traditio propria eſt [7] alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum [8] dominia ipſa [9] traditione adprehendimus, ſcilicet, ſi ex juſta cauſa traditæ ſunt nobis.

§. 8. [10] Uſucapione dominia adipiſcimur, tam [11] mancipi rerum, quam nec mancipi. Uſucapio eſt autem [12] dominii adeptio, per continuationem [13] poſſeſſionis anni, vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii.

§. 9. In jure ceſſio quoque communis alienatio eſt, & mancipi rerum, & nec mancipi; quæ fit per tres perſonas, in jure cedentes, vindicantes, addicentes.

§ 10. In jure cedit [14] dominus: vindicat is, cui ceditur: addicit Prætor.

§. 11. In jure cedi res etiam incorporales poſſunt, [15] velut uſusfructus, & hereditas, & tutela legitima, & libertas.

§. 12. [16] Hereditas in jure ceditur, vel antequam adeatur, vel poſtquam adita fuerit.

§. 13. Antequam adeatur, in jure cedi poteſt a [17] legitimo herede: poſteaquam adita eſt, tam a legitimo, quam ab eo, qui teſtamento heres ſcriptus eſt.

§. 14. Si antequam adeatur hereditas, in jure ceſſa ſit, perinde heres fit [18] cui ceſſa eſt, ac ſi

1. *Heredibus illis inſtitutis, qui ex teſtamento capere non poſſunt &c.*]. Ita ſupplevi hunc locum ex Codice Auredanenſi, utpote qui in omnibus aliis Editionibus mutilus eſt. MERMAN.

2. *Omnes res*] Ad hunc §. & ſex ſequentes multa dici poſſent ab aliis interpretibus vel non intellecta, vel plane haud animadverſa; verum quum ea jam occupaverim in *Diatriba* mea *de rebus mancip*., & plenius adhuc, volente Deo, ſecundis curis pertractaturus ſim, Benev. Lectorem eo ablegaſſe ſufficerit. MERMAN.

3. *Cæteræ res*] Excipe uniones, auctore Plinio *cap.* 35. *lib* 9. *ad fin. Cum Ælius Stilo Jugurtino bello unionum nomen impoſitum maxime grandioribus margaritis prodat. Et hoc tamen æternæ prope poſſeſſionis eſt: ſequitur heredem, in mancipatum venit, ut prædium aliquod.* Quod autem ait Plinius, *heredem ſequi*, id eſt, ad heredem tranſire, neque ſtatim ut unguenta extingui, & perire. Vide *cap.* 3. *lib* 13. *Hiſt. Natur.* PET. FAB.

4. *Libripende*] Plinius *lib.* 3. *cap.* 33. *Quia & militum ſtipendiorum, hoc eſt, ſtipis ponderandæ penſiteres libripendes dicuntur: qua conſuetudine in his emptionibus, quæ mancipii ſunt, etiam nunc libra interponitur.* PET. FAB.

5. *Præſentibus*] Addit Iſidorus *lib.* 5 *etymol. cap.* 25. inde dictam eſſe mancipationem, *quia res manu capitur, unde oportet eum, qui mancipium accipit, comprehendere id ipſum, quod mancipio datur.* PET. FAB.

6. *Peregrinos*] An horum nomine comprehendi deportatos exiſtimandum eſt? Vide quæ ſcripſi ad Cujacium in *com.* ad *l.* 121. *de verb. obl.* PET. FAB.

7. *Alienatio*] Qui enim tradit, alienat. *l.* 2. *in princ. ff. de ſtatu lib.* PET. FAB.

8. *Dominia*] Non ex jure Quiritium, ſed in bonis ex jure gentium. Plane uſucapione rerum nec mancipi dominia ex jure Quiritium adquirimus, & ceſſione in jure facta. PET. FAB.

9. *Traditione*] Quaſi dicat, ſine ulla ſolemnitate alia nexus, & mancipationis, quæ in rerum mancipi alienatione requiritur: nam, ut ait Cic. in *Topic. res mancipi alienari non poteſt, niſi per mancipationem, aut in jure ceſſionem. Abalienatio eſt ejus rei, quæ mancipi eſt, aut traditio alteri nexu, aut in jure ceſſio, inter quos ea jure civili fieri poſſunt.* Vide Briſſonium in verbo *Nexum.* PET. FAB.

10. *Uſucapione*] Vid. ad hunc § Jo. Puga & Feyoo *tract. Acad.* 14. *de uſucap. cap.* 5. §. 2. & *ſeq.*

11. *Mancipi*] Hoc ita, ſi dominia rerum ad nos pertinere poſſunt: nam ſi tales eæ ſunt, ut dominia ipſarum non ad ſingulos, ſed ad rempublicam pertineant, aut fiſcum, ut ſunt prædia provincialia, conſequens eſt, ut ceſſet uſucapio. *l.* 1. *in princ. C. de uſuc. transform.* Itaque optime Cujacius ad *rubr. C. de uſuc. transform.* notat hunc Ulpiani locum ſic accipi debere de rebus mobilibus, vel ſe moventibus dumtaxat, non de rebus ſoli. PET. FAB.

12. *Dominii adeptio*] Modeſtinus ait in *l.* 3. *de uſurp. & uſuc. Adjectio dominii.* Mallem *adeptio*, ut hoc loco, &c. CUJAC. Et apud Iſidorum *cap.* 5. *lib.* 25. Sed tamen *adjectio* ferri poteſt; tamquam adjici dominium dicatur nudæ poſſeſſioni, quæ ex juſta cauſa penes aliquem fuerit. Nimium audacter facis, Cujaci; ſicuti & in *l. proinde* 8. *in fin. ff. de reb. credit.* pro *adpoſitum*, repoſuiſti *adquaſitum*. Conſervandam ego lectionem receptam utrobique docui Arreſtis generalibus ſub natalitia anni 1590. PET. FAB.

13. *Poſſeſſionis*] Iſidorus in *ſ. d. loco* addidit *juſtæ*, non male. PET. FAB.

14. *Dominus*] Qui non eſt dominus, fruſtra cedit. Ceſſio denique (ut eſt apud Iſidorum *ibidem*) eſt: *propria rei conceſſio; ſicut eſt illud, cedo jure propinquitatis: cedere enim dicimus, quaſi concedere, id eſt, quæ propria ſunt; nam ſi aliena reſtituimus, non cedimus.* PET. FAB.

15. *Velut uſusfructus*] Hæc verba explicant Joſ. Fern. de Retes in *opuſc. lib.* 1. *cap.* 19. §. 8. & Marc. Aur. Galvanus *Diſſ. var. de uſufr. cap.* 38. §. 7. & *ſeqq.*

16. *Hereditas*] Ad hunc §. & ſeq. vid. Puga *tract. Acad.* 20. *de transmiſſ. heredit. cap.* 1. §. 19. & *ſeqq.*

17. *Legitimo*] Sic dixit, pro *tam a teſtamentario, quam a legitimo.* PET. FAB.

18. *Cui ceſſa*] Cui pro *a quo*. Sic ſæpe dativus pro ablativo cum præpoſitione in libris noſtris. PET. FAB.

ac ſi ipſe heres legitimus eſſet: quod ſi poſtea quam adita fuerit, in jure ceſſa ſit, is, qui ceſſit (*alias* [1] is, cui ceſſa eſt) permanet heres: & ob id creditoribus defuncti manet obligatus: debita vero pereunt, id eſt, debitores defuncti [2] liberantur.

§. 15. [3] Res autem corporales, quoties ſingulæ in jure ceſſæ ſunt, tranſeunt ad eum, cui ceſſa eſt hereditas.

§. 16. [4] Adjudicatione dominia nanciſcimur, per formulam familiæ erciſcundæ, quæ locum habet inter coheredes: & per formulam communi dividundo, cui locus eſt inter ſocios: & per formulam finium regundorum, quæ eſt inter vicinos. Nam ſi judex uni ex heredibus, aut ſociis, aut vicinis rem aliquam adjudicaverit, ſtatim illi adquiritur, ſive mancipi, ſive nec mancipi ſit.

§. 17. Lege nobis adquiritur, [5] velut caducum, vel [6] ereptitium ex lege Papia Poppæa. [7] Item [8] legatum ex lege duodecim Tabularum, ſive mancipi res ſint, ſive nec mancipi.

§. 18. Adquiritur autem nobis etiam per eas perſonas, quas [9] in poteſtate, [10] manu, [11] mancipiove [12] habemus. Itaque ſiquidem (mancipio puta) acceperint, aut traditum eis ſit, vel ſtipulati fuerint, ad nos pertinet.

§. 19. Item ſi heredes inſtituti ſint, legatumve eis ſit, & hereditatem juſſu noſtro adeuntes, nobis adquirunt, & legatum ad nos pertinet.

§. 20. [13] Si ſervus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium ſit, ex omnibus cauſis adquiret ei, cujus in bonis eſt.

§. 21. Is, quem bona fide poſſidemus, ſive liber, ſive alienus ſervus ſit, nobis adquirit, ex duabus cauſis tantum, id eſt, quod ex re noſtra, & quod [14] ex operis ſuis adquirit. Extra has autem cauſas, aut ſibi adquirit, ſi liber ſit: aut domino, ſi alienus ſervus ſit. Eadem ſunt & in eo ſervo, in quo tantum uſumfructum habemus.

TITULUS XX.

De Teſtamentis.

§. 1. Teſtamentum eſt mentis noſtræ juſta conteſtatio, in id ſolemniter factum, ut poſt mortem noſtram valeat.

§. 2. [15] Teſtamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis [16] comitiis: alterum, quod in procinctu: tertium, quod per æs & libram appellatum eſt. Illis duobus [17] teſtamentis abolitis, hodie ſolum in uſu eſt, quod per æs & libram fit, id eſt, per mancipationem imaginariam: in quo teſtamento [18] libripens adhibetur, & familiæ [19] emptor, & non minus

1. *Is, cui ceſſa eſt*] Hanc lectionem defendere conatur Petr. Ant. de Chavarri & Eguia in *Didaſcalia Jurisprudentiæ Part.* II. *cap.* 6. §. *ult.*

2. *Liberantur*] Hoc verum, ſi abſolute ceſſa fuerit hereditas poſt aditionem. Ceterum, ſi non abſolute, ac ſimpliciter, ſed alicui ceſſa ſit ea, cum alteri addicatur a Prætore, non poſſunt videri debita periiſſe. Pet. Fab.

3. *Res autem corporales*] Jo. Puga *tract. Acad.* 17. *de perſon. poſſid. cap.* 3. §. 6. verba hujus §. nulla emendatione egere, eaque non ad dominium, ſed ad poſſeſſionem referenda exiſtimat.

4. *Adjudicatione*] Adjudicatione dominium transferri, ait *l. ſi ſtatu libera* 6. §. *non ſolum* 3. *ff. de ſtatu lib.* Adjudicationem vero Prætor tuetur, exceptiones, aut actiones dando *l. inter coheredes* 44. §. 1. *ff. famil. erciſc.* Pet. Fab.

5. *Velut caducum vel ereptitium ex lege Papia Poppæa*] Vid. ad hæc verba Ramos *lib.* 4. *ad legg. Jul. & Pap. reliq.* 40. Ceterum Fr. Hotmanus *lib.* 4. *obſerv. cap.* 9. pro *ereptitium* hic legit *receptitium.*

6. *Ereptitium*] Neſcio quid ſit *ereptitium*, niſi id forſitan ſit, quod alias in cauſa caduci eſſe dicitur. Cujac. Poteſt etiam non inepte *ereptitium* intelligi tacitum fideicommiſſum, ex quo fiſcus in rem actiones habet ex lege Papia Poppæa, quaſi dominio ſibi adquiſito *l. Imperator* 43. *de jure fiſc.* Pet. Fab. Niſi forſitan id ſit, quod alias in cauſa caduci eſſe dicitur. Cujac. Immo vero id *ereptitium* eſt, quod ab indigno eripitur, & fiſco applicatur, ut in ſpecie *l. cum tacitum* 49. *ff. de jure fiſc.* ut idem Cujacius animadvertit, quem vide *cap.* 37. *lib.* 6. *obſervat.* Pet. Fab.

7. *Item legatum*] Guil. Maranus in *Paratitl. Dig. lib.* 30-32. *pag.* 295. *edit. noviſſ.* putat, Ulpianum de ſolo vindicationis aut præceptionis legato intelligendum.

8. *Legatum*] Quid in fideicommiſſo? Non quæritur nobis dominium, ſed poſſeſſio *l. qui uſumfructum* 3. *ff. ſi uſufr. pet.* nam Prætor, quo imminente, fideicommiſſum perſequimur, & obtinemus, unde & fideicommiſſarius nominatur, heredem, vel dominum non facit, ſed poſſeſſorem, vel bonorum omnium ex cauſa ſucceſſionis univerſalis, vel rei per fideicommiſſum relictæ. Vide *infr. tit.* 25. *de fideicomm.* §. *fideicommiſſa.* Pet. Fab.

9. *In poteſtate, manu, mancipiove*] Intellige: *in poteſtate, id eſt, manu, mancipiove.* Falluntur enim tum Petr. Faber *h. l.* cum Jac. Cujacius in *not. ad tit.* 24. §. 23. & 24. (ubi ſimilis locutio occurrit) exiſtimantes, differentiam aliquam hac in parte fuiſſe inter Liberos & uxores; illos nempe fuiſſe in poteſtate, has in manu, ſervos vero in mancipio: ſiquidem manus & poteſtas ejuſdem ſignificationis ſunt. *l.* 4. *ff. de juſt. & jur.* Imo vero uxor, quæ matrio in manum convenerat, in omnibus ejuſdem naturæ erat, atque Liber. in patria poteſtate, adeoque tam in manu, ſive poteſtate, quam in mancipio maneb. Vid. *notata ſupra ad inſcriptiones tit.* 9. & 10. Meerman.

In poteſtate] Ut liberos. Pet. Fab.

10. *Manu*] ut uxorem, quæ convenit in manum noſtram, vel nurum, quæ convenit in manum filii, quem in poteſtate habemus. Pet. Fab.

11. *Mancipiove*] Ut ſervos. Pet. Fab.

12. *Habemus*] *L. adquiritur* 10. §. *de his* 3. §. *idem* 4. *verſ. quod enim ff. de adquir. rer. dom.* Pet. Fab.

13. *Si ſervus*] Vid. *diſſ. noſtr. de reb. manc. ſect.* 116.

14. *Ex operis ſuis*] Ita correxi pro eo, quod vulgo legitur, *operibus*, ex utraque Charondæ Editione, juxta locutionem JCtis noſtris vulgatiſſimam, qua & ipſe JCtus noſter uſus eſt in *l.* 2. & *ult. ff. de oper. ſerv.* Meerman.

15. *Teſtamentorum*] Quæ ad materiam de origine & progreſſu teſtamenti factionis apud veteres Romanos, adeoque ad explicationem *hujus* §. & *ſequentium* pertinent, ea ex profeſſo illuſtrata videbit Lector in eleganti Diſſertatione *de ritu teſtandi antiquo & novo*, quam doctus aliquis Juvenis proxime cum publico communicaturus eſt. Meerman.

16. *Comitiis*] Iſtud quod in comitiis fieret, apud Græcos uſurpatum reperio. Plutarch. *Alcibiade ſub init. in fol.* 355. vel loco quem adſcripſi Lexico, in *conditio, ſi ſine liberis*, ubi de Callia fratre Hipparetes uxoris Alcibiadis. Pet. Fab.

17. *Teſtamentis abolitis*] Teſtamentum, quod fiebat in procinctu, deſierat in uſu eſſe Ciceronis temporibus: ſic enim ſcribit *lib.* 2. *de nat. Deor. fol.* 215. *Itaque maxima Reipub. partes, in his bella, quibus Reipublicæ ſalus continetur, nullis auſpiciis adminiſtrantur, nulla perennia ſervantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur: ex quo in procinctu teſtamenta perierunt. Tum enim bella gerere noſtri duces incipiunt, cum auſpicia poſuerunt.* Pet. Fab.

18. *Libripens*] Quem ζυγοστάτην Græce appellari ex vetuſto Lexico Latino-Græco, & Græco-Latino intelligimus. Pet. Fab.

19. *Emptor*] Domitium emptorem familiæ pecuniæque in teſtamento Auguſti fuiſſe, ait Suetonius *cap.* 4. *in Nerone.* Ceterum hos teſtes, & libripendem puberes fuiſſe oportuit. M. Actius apud Priſcianum *lib* 8. *cap. de communibus.* Impubes libripens eſſe non poteſt, neque anteſtari pro [illegible], quod improbat Lambinus ad *Horatii lib. ſermon.* 9. *in fin.* Pet. Fab.

nus quam [1] quinque teſtes, cum quibus teſtamenti factio eſt.

§. 3. Qui in poteſtate teſtatoris eſt, aut familiæ emptoris, teſtis, aut libripens adhiberi non poteſt; quoniam familiæ mancipatio [2] inter teſtatorem, & familiæ emptorem fit: & ob id domeſtici teſtes adhibendi non ſunt.

§. 4. Filio familiæ emente, pater ejus teſtis eſſe non poteſt.

§. 5. Ex duobus fratribus, qui in eadem patris poteſtate ſunt, alter familiæ emptor, alter teſtis eſſe non poteſt: quoniam quod unus ex his mancipium accipit, adquirit patri, cui filius ſuus teſtis eſſe non debet.

§. 6. Pater, & qui in poteſtate ejus eſt conſtitutus: duo fratres, qui in ejusdem patris poteſtate ſunt, teſtes utrique, vel alter teſtis, alter libripens fieri poſſunt, alio familiam emente: quoniam nihil nocet ex una domo plures teſtes alieno negotio adhiberi.

§. 7. Mutus, ſurdus, furioſus, pupillus, [3] fœmina, neque familiæ emptor, neque teſtis, libripensve fieri poteſt.

§. 8. Latinus Junianus, & familiæ emptor, & teſtis, & libripens fieri poteſt: quoniam cum eo teſtamenti factio eſt.

§. 9. In teſtamento, quod per æs & libram fit, duæ res aguntur, familiæ mancipatio, & nuncupatio teſtamenti. Nuncupatur teſtamentum [4] in hunc modum. Tabulas teſtamenti teſtator tenens ita dicit: *hæc uti in his tabulis, cerisve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor: itaque, vos Quirites, teſtimonium* [5] *perhibetote:* quæ nuncupatio, & teſtatio vocatur.

§. 10. [6] Filius familiæ teſtamentum facere non poteſt; quoniam nihil ſuum [7] habet, ut teſtari de eo poſſit. Sed Divus Auguſtus Marcus conſtituit, ut filius familiæ miles de eo peculio, quod in caſtris adquiſivit, teſtamentum facere poſſit.

§. 11. Qui de ſtatu ſuo incertus eſt (facito, quod patre peregre mortuo, ignorat, ſe ſui juris eſſe) teſtamentum facere non poteſt.

§. 12. Impubes, licet ſui juris ſit, teſtamentum facere non poteſt; quoniam nondum plenum judicium animi habet.

§. 13. Mutus, ſurdus, furioſus, itemque prodigus, cui lege bonis interdictum eſt, teſtamentum facere non poſſunt: mutus, [8] quoniam verba nuncupationis loqui non poteſt: ſurdus, quoniam verba familiæ emptoris exaudire non poteſt: furioſus, quoniam mentem non habet, ut teſtari de ea re poſſit: prodigus, quoniam commercium illi interdictum eſt, & ob id familiam mancipare non poteſt.

§. 14. Latinus [9] Junianus, item is, qui dedititiorum numero eſt, teſtamentum facere non poteſt: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Junia prohibitus eſt: [10] is autem, qui dedititiorum numero eſt, quoniam nec quaſi civis Romanus teſtari poteſt, cum ſit peregrinus: nec quaſi peregrinus; quoniam nullius certæ civitatis ſciens, ut adverſus leges civitatis ſuæ teſtetur.

§. 15. Fœminæ poſt duodecimum annum ætatis teſtamenta facere poſſunt, [11] tutore auctore, donec in tutela ſint.

§. 16.

1. *Quinque teſtes*] Præter libripendem, & anteſtatum, qui ipſi ſeptem teſtium numerum complebant. Vide apud Cajum *Inſtit. tit.* 6. Non item familiæ emptor, inter quem & teſtatorem res agebatur, ut *in ſeq.* §. traditur: nemo enim rei ſuæ idoneus teſtis eſt. Sic in emancipatione liberorum adhibebatur fiduciarius pater, qui tamen in teſtium numero non erat. Vide apud Cajum: nam & cum eo res agi putabatur, ut hic eum emptore familiæ. Sed quid eſt, quod hic anteſtati non fit mentio, ut in Caji *Inſtit. lib.* 4. utrum idem eſt, an vero alius, atque alius libripens, & anteſtatus? Sic quidem videbitur ei, qui diligentius Caji verba examinaverit. Quamquam autem teſtes quoque cæteri, eum in jus aliquis vocabatur, ſolebant anteſtari, ut notat Briſſonius *lexico*; attamen aliquis eſſe poterat, qui anteſtatus ſpecialiter diceretur, veluti per quandam antonomaſiam. Porro in teſtamentis anteſtationem, hoc eſt, injectionem manuum, & aurium attritionem, adhibitam Clementis Alexandrini auctoritate omnino comprobatur in *lib.* 5. *Stromat. fol.* 418. ubi de Symbolis teſtamentorum per æs & libram. [illegible] (ubi deleo [illegible] ſumpta ex eorum, quæ ſequuntur [illegible], gloſſemate) [illegible]. *Retegens notitiam ſymbolorum, & quæ apud Romanos in teſtamentis fiunt, ordinantur ſecundum juſtitiam, illa ſcilicet, libra & aſſes, & mancipationes, auriumque attrectationes: quædam enim adhibentur, ut legitime fiat, alia vero ad pretii partitionem. Hoc autem, ut præſens quaſi onus quoddam, ſibi impoſitum intelligat, atque pararis munus gerat.* PET. FAB.

2. *Inter teſtatorem & familiæ emptorem*] Et ideo ſeorſim in tabulis heres ſcriptus (plerumque enim cui fit mancipatio, non fit nuncupatio) &c. CUJAC. Plutarchus in *libro* [illegible], *pag.* 356. vel 422. *in fin.* [illegible] &c. [illegible] (ſic enim legit, quod & Hotomanum, aliosque fecere deprehendi, non [illegible]) [illegible]. PET. FAB.

3. *Fœmina*] An igitur dicemus teſtamenti hujus factionem cum fœmina non fuiſſe? nam Latinum ideo emptorem, & libripendem fieri poſſe ſubjicitur, quod cum eo ſit factio teſtamenti. Fœminis profecto nullum jus comitiorum, aut agendi ad populum antiquitus fuit: ſed neque militiæ. Duo igitur illa teſtamenti genera, quæ abolita dixit Ulpianus, celebrare non potuerunt: de tertio eſt quod dubitemus; nam inteſtabilem prorſus fuiſſe fœminam non credimus: nec æquum porro videtur. Optime igitur poſt 12. annum eas teſtari tutore auctore poſſe, donec in tutela ſint, traditur in §. *fœminæ, infr.* PET. FAB.

4. *In hunc modum*] Franc. Hotmanus in *Comment. ad* §. 1. *Inſt. de teſt. ord.* legit, *etiam in hunc modum*, quoniam ſine ſcriptura & tabulis quoque nuncupari poterat teſtamentum.

5. *Præbitote*] *Perhibetote.* Iſidorus quidem legit *perhibete, lib.* 5. *etymol. cap.* 24. Vide Nov. Theodoſ. *tit.* 7. *de teſtam.* Apulejum, quem in hanc rem citat Cujac. *lib.* 6. *obſ. cap.* 37. PET. FAB.

Perhibetote.] Sic edidi ex MS. Aured. pro eo, quod vulgo legitur, *præbitote.* MEERMAN.

6. *Filiusfamiliæ*] Vid. ad hæc verba Joſ. Fern. de Retes in *Opuſc. lib.* 1. *cap.* 22. §. 9. *& ſeq.*

7. *Habet*] Tribunus tamen impubes poterat facere teſtamentum ante *l. ult. Cod. de teſt. milit.* PET. FAB.

8. *Quoniam verba*] Hodie autem ceſſante hac emptione familiæ; ideo dicimus teſtari ſurdum non poſſe, quia teſtes exaudire non poſſit in teſtamento teſtimonium ſibi perhibentes. Paulus *lib.* 3. *ſent. tit. de teſtam.* cæcum vero, quia teſtes videre non poſſit, cum tamen lex id exigat, ut in teſtatoris conſpectu ſint, *l. ſi non ſpeciali* 9. *l. ſi unus* 12. *Cod. de teſtam.* PET. FAB.

9. *Junianus*] Hoc forſitan addit ad Colonarii Latini differentiam, qui ſi non Civili jure, attamen ſecundum ſuæ civitatis leges teſtari potuit, ut quilibet peregrinus. PET. FAB.

10. *Is autem, qui dedititiorum numero eſt*] Agunt de hoc loco Athan. Oteyza & Olano *lib.* 4. *Paralipom. Jur. cap.* 14. §. 32. *ſeqq.* & Nic. Antonius *de Exilio lib.* 2. *cap.* 6. §. 10.

11. *Tutore auctore*] Auctoritatem interponente dumtaxat, non etiam negotia puberum fœminarum gerento: non enim hoc ipſi licet, ut *tit.* 11. *ad fin. ſupr.* At quod ait, *donec in tutela ſint*, ſic accipe, ut ſi eſſe per matrimonium deſierit, conveniendo in manum viri, tamen ejus auctoritate recte teſtetur. PET. FAB.

§. 16. Servus publicus Prætoriani parte dimidia teſtamenti faciendi habet jus.

TITULUS XXI.

Quemadmodum heres inſtitui debeat.

§. 1. Heres inſtitui recte poteſt his verbis: *Titius heres eſto, Titius heres ſit, Titium heredem eſſe jubeo.* Illa autem inſtitutio, *heredem inſtituo, heredem facio,* plerisque improbata eſt.

TITULUS XXII.

Qui heredes inſtitui poſſunt.

§. 1. Heredes inſtitui poſſunt, qui teſtamenti factionem cum teſtatore habent.

§. 2. Dedititiorum numero heres inſtitui [1] non poteſt, quia [2] peregrinus eſt, cum quo teſtamenti factio non eſt.

§. 3. [3] *Latinus Junianus,* ſiquidem mortis teſtatoris tempore, vel intra diem cretionis, civis Romanus ſit, heres eſſe poteſt. Quod ſi Latinus manſerit, lege Junia [4] capere hereditatem prohibetur. Idem juris eſt in perſona Cœlibis, propter legem Juliam.

§. 4. [5] Incerta perſona heres inſtitui non poteſt, velut hoc modo, *quisquis primus ad funus meum venerit, heres eſto:* quoniam certum conſilium debet eſſe teſtantis.

§. 5. Nec municipia, nec municipes heredes inſtitui poſſunt: [6] quoniam incertum corpus eſt, ut neque cernere univerſi, neque pro libito de herede cernere poſſint, ut heredes fiant. SCto tamen conceſſum eſt, ut a libertis ſuis heredes inſtitui poſſint. Sed fideicommiſſa hereditas municipibus reſtitui poteſt: denique hoc SCto proſpectum eſt.

§. 6. Deos heredes inſtituere non poſſumus, præter eos, [7] quos SCto, conſtitutionibus Principum inſtituere conceſſum eſt: ſicuti [8] Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum, ſicuti [9] Martem in Gallia, [10] Minervam [11] Ilienſem, Herculem Gaditanum, [12] Dianam Epheſiam, Matrem Deorum Sipelenſim, quæ Smyrnæ colitur, & Cœleſtem (*alias* [13] Cœleſtum)

1. *Non poteſt*] Niſi quo caſu ſit neceſſarius. Neceſſarius autem eſt, cum ex eodem teſtamento, & libertatem, & hereditatem conſequitur. Hæc ex lege Ælia Sentia. Pet. Fab.

2. *Peregrinus*] §. *antep. ſup. tit.* 11. Pet. Fab.

3. *Latinus Junianus*] Vid. Ramos *lib.* 4. *ad legg Jul. & Pap. Reliq.* 33. *num* 16.

4. *Capere hereditatem*] Sed & legatum prohibetur, non fideicommiſſum, ut *tit.* 25 *de fideicomm. infr.* Pet. Fab.

5. *Incerta perſona*] Niſi fortaſſe ſub certa demonſtratione, ita: *ex cognatis meis, qui nunc ſunt, qui primus ad funus meum venerit, heres eſto, argum.* eorum, quæ de legatis in *tit.* 24. traduntur. Pet. Fab.

6. *Quoniam incertum*] Plinius *lib.* 5. *epiſt.* 7. Pet. Fab.

7. *Quos SCto*] Hi ſunt Dii, quibus conceſſum eſt jus trium liberorum, ait Dio, ut ex teſtamento morientium capiant; quod jus olim quidem a Senatu tributum ſunt, dein a Principibus. Sic enim ille *lib.* 55. *ſub initium.* [illegible] *Quibus enim vel viris, vel fœminis fatum aliquod proventum tot liberorum negavit, iis lex antea quidem per Senatum, nunc autem per Principem jura gratificatur natorum: ut neque pœnis orbitatis obnoxii ſint, & præmia omnia multitudinis conſequantur, paucis ſaltem exceptis.* Sequitur: [illegible] *Atque hæc non homines modo, ſed & Dii impetrant, ut capere valeant, quæ quis ipſis ſuprema voluntate reliquerit.* Porro Tertullianus *Apologet. cap.* 5. *Vetus erat decretum, ne quis Deus ab Imperatore conſecraretur, niſi a Senatu probaretur, ut M. Æmilius de Deo ſuo Alburno, &c. Tiberius ergo, cujus tempore nomen Chriſtianum in ſæculum introivit, detulit ad Senatum cum prærogativa ſuffragii ſui. Senatus, quia non ipſe probaverat, reſpuit. Cæſar in ſententia manſit, comminatus periculum accuſatoribus Chriſtianorum.* Idem etiam *cap.* 13. *Nam, ut ſupra perſtrinximus, ſtatus Dei cujusque in Senatus æſtimatione pendebat. Deus non erat, quem homo conſultus noluiſſet, & nolendo damnaſſet.* Hinc apud Prudentium: *Vera ratis quæcumque fiant auctore Senatu.* Unde in hiſtoria D. Apollinaris Martyris Meſſalino Vicario ſuadentes, ut Chriſtum coleret, *Vicarius dixit* (ait) *Tu mihi perſuadere non potes, ut ego Deos ſequar ignotos, qui a Senatu præcepti non ſunt.* Quod olim inter homines juris erat, hoc & ad Deos transferebant Ethnici: quam re rideantur apud Auguſtinum *lib.* 6. *de Civit.* a Seneca, ſic fere: *Quid quod & matrimonia Deorum jungimus, & ne pie quidem, fratrum ſcilicet, & ſororum? Bellonam Marti collocamus, &c. quæ ſequuntur,* quæ vide apud Lipſium *cap.* 18. *lib.* 2. *elector.* Exempla Paganorum, qui Diis ſuis legata, & hereditates dabant, noſtri quoque & Chriſto, & Sanctis, Martyribusque, ac eorum Eccleſiis relicta legata approbarunt. Qua de re exſtat Conſtitutio Juſtiniani *Nov.* 131. *de Eccleſiaſt. titul. §. ſi quis in nomine.* Athenienſes deſpondere Minervam ſuam voluere Antonio. Vide Dionem *lib.* 48. *fol.* 255. & Seneca *lib.* 1. *ſuaſoriar. ſub init.* Sic & adoptio ex opinione Gentilium ab ipſis quoque Diis celebrata, quæ inter homines. Ergo Jovis hortatu Hercules ejus naturalis filius a Junone adoptatus, aut potius ab ipſo Jove, per Junonem uxorem ulnis illum accipientem adoptatus, tamquam ex utroque in naturæ ſimilitudinem editus. Qua de re videatur inſignis Diodori Siculi locus *lib.* 4. ubi ait, hujusmodi adoptionem ita celebrari apud barbaros. Ibidem de Hebe Herculi poſt adoptionem in matrimonium collocata, quod ad ſuperiora pertinet. De publicis, & veteribus, ſive antiquis Diis, videto, quod Lactantius *extremo cap.* 28. *lib.* 4. *divin. Inſt.* Pet. Fab.

8. *Jovem Tarpejum*] Capitolinum, qui gerit fulmina, vocat Minutius in *Octavio fol.* 297. Arnobius *lib.* 6. *fol.* 175. Firmicus *lib* 1 *cap.* 4. *matheſeon.* Silius Italicus *ad fin. lib. ult. Nec vero cum te memorat de ſtirpe Deorum, Prolem Tarpeti mentitur Roma Tonantis. Matrimonia inter Deos credi, tantoque ævo ex his neminem naſci,* ait Plinius *cap.* 7. *lib.* 2. *& alios eſſe grandævos, ſemperque canos, alios juvenes, atque pueros, atricolores, aligeros, claudos, ovis editos, & alternis diebus viventes, morientesque puerilium prope deliramentorum eſt: ſed ſuper omnem impudentiam, adulteria inter ipſos fingi, mox jurgia, & odia, &c.* Porro ad Jovem iſtum Tarpejum illa Julii Firmici invocatio pertinet ex *lib.* 1 *matheſ. ad fin. Et tu Jupiter, Tarpejæ rupis habitator, qui mundum, ac terras ſalutari ſemper, & benigna majeſtate lætificas, ſed ſecundi globi poſſides principatum.* Pet. Fab.

9. *Martem*] Cæſar *lib* 6 *de bell Gallic.* A. Gellius *cap* 6. *lib.* 16. ex Pomponio Atellanarum Poëta, in Gallis Tranſalpinis qui ſcripſit: *Mars, tibi voveo factorum, ſi umquam redierit, bidenti Verre.* Pet. Fab.

10. *Minervam Ilienſem*] Sic edidi ad fidem MS. Aurel. pro *Milienſem.* Merman.

11. *Milienſem*] Turnebus *cap.* 21. *lib.* 7. *adverſar.* legit *Ilienſem,* quod probo. Pet. Fab.

12. *Dianam Epheſiam*] Athenagoras in *Apologet.* pro Chriſtianis ad Impp. Antoninum, & Commodum hujus Dianæ Epheſiæ meminit *pag.* 10. *in fin.* & Plinius *lib.* 35. *cap.* 11. Scripſi ad Felicem Minutium Octavio, *fol.* 237. Meminit & Pauſanias in *Phocicis ad fin. pag. ult.* & Pomponius Mela in *de Situ Orbis lib.* 1. *cap.* 17. ubi e Solino ſcripſi. Pet. Fab.

13. *Cœleſtum*] Cœleſtus eſt Latinis, qui Græcis Οὐρανὸς dicitur, quemque a Pœnis ſumma veneratione cultum Lactantius refert *lib* 1. *de falſa relig. cap.* 11. & 15. Apollodorus *lib.* 1. *Biblioth.* [illegible] *Cœleſtis primus totius mundi dominatum tenuit. Cum autem Terram uxorem duxiſſet, primos ex ea creavit, qui Centimani ſunt appellati.* Sal-

leſtum) Salinenſem [1] Carthaginis.

§. 7. Servos heredes inſtituere poſſumus, noſtros cum libertate: alienos ſine libertate: communes, [2] cum libertate, vel ſine libertate.

§. 8. Eum ſervum, qui [3] tantum in bonis noſter eſt, nec cum libertate heredem inſtituere poſſumus, quia Latinitatem conſequitur: quod non proficit ad hereditatem capiendam.

§. 9. Alienos ſervos heredes, inſtituere poſſumus: eos tamen, quorum cum dominis teſtamenti factionem habemus.

§. 10. Communis ſervus cum libertate recte quidem heres inſtituitur, quaſi proprius, pro parte noſtra: ſine libertate autem, quaſi alienus, propter ſocii partem.

§. 11. Proprius ſervus cum libertate heres inſtitutus, ſiquidem in eadem cauſa permanſerit, ex teſtamento liber, & heres fit: id eſt, neceſſarius.

§. 12. Quod ſi ab ipſo teſtatore vivente manumiſſus, vel alienatus ſit, ſuo arbitrio, vel juſſu emptoris, hereditatem adire poteſt. Sed ſi ſine libertate ſit inſtitutus, omnino non conſtat inſtitutio.

§. 13. Alienus ſervus heres inſtitutus, ſiquidem in ea cauſa permanſerit, juſſu domini debet hereditatem adire. Quod ſi vivo teſtatore manumiſſus, aut alienatus a domino fuerit, aut ſuo arbitrio, aut juſſu emptoris, poterit adire hereditatem.

§. 14. Sui heredes inſtituendi ſunt, vel exheredandi. Sui autem heredes ſunt liberi, quos in poteſtate habemus, tam naturales, quam adoptivi: item uxor, quæ in manu eſt, & nurus, quæ in manu eſt filii, quem in poteſtate habemus.

§. 15. Poſtumi quoque liberi, id eſt, qui [4] in utero ſunt, ſi tales ſunt, ut nati in poteſtate noſtra futuri ſint, [5] ſuorum heredum numero ſunt.

§. 16. Ex ſuis heredibus filius quidem neque heres inſtitutus, neque nominatim exheredatus, non patitur valere [6] teſtamentum.

§. 17. [7] Reliquæ vero perſonæ liberorum, velut filia, nepos, neptis, ſi præteritæ ſint, valet teſtamentum: ſcriptis heredibus adcreſcunt, ſuis quidem heredibus in partem virilem; extraneis in partem dimidiam.

§. 18. Poſtumi quoque liberi cujuſcumque ſexus omiſſi, quod valuit teſtamentum, adgnatione rumpitur.

§. 19. Eos, qui in utero ſunt, ſi nati ſui heredes nobis futuri ſunt, poſſumus inſtituere heredes, ſiquidem poſt mortem noſtram naſcantur, [8] ex Jure Civili: ſi vero viventibus nobis, ex lege Julia.

§. 20.

vianus Cœleſtem vocat *lib.* 8. ubi de Afris. *Habent quippe intra muros patrios inteſtinum ſcelus, Cœleſtem ſcilicet illum Afrorum Dæmonem dico, cui ideo (reor) veteres pagani tam ſpecioſæ appellationis titulum dederunt, ut, quia in eo non erat numen, vel nomen aliquod eſſet,* &c. Proſper quoque in *lib. de Prædictionib. Dei, part.* 3. *promiſſ.* 38. *pag.* 103. *Apud Africam Carthagini Cœleſtis inesse ferebant templum numinis amplius omnium Deorum ſuorum, ædibus vallatum, cujus platea lithoſtrata pavimento, ac pretioſis columnis, & mœnibus decorata in duobus fere millibus paſſuum protendebatur.* Fuit & Cœleſtis Dea, cujus argumentum breve figmentum Aſclepiades Philoſophus ferebat, teſte Marcellino *lib.* 22. De Cœleſti Dea P. Pithœus in *libris ſucceſiv. lect. cap.* 4. *lib.* 1. Hanc eſſe Junonem ſemper a Carthaginenſibus cultam, Lipſius ex Apulejo, *lib.* 6. *de Aſino*, ex D. Ambroſio adverſus Symmachum, & ex Xiphilino in Heliogabalo, docet in *epiſt.* 22. *lib.* 5. Veruntamen hanc Cœleſtem a Carthaginenſibus cultam, & Lybibus, ſive Afris, eandem e Phœnicibus Aſtroarchen nominatam, Lunamque eſſe exiſtimatam, & ab Antonino Heliogabalo conjunctam, & veluti nuptui collocatam, ſoli Deo ſuo refert Herodianus in Macrino *lib.* 5. *pag.* 12. Et de Urania, ſive Cœleſti Carthaginenſium Dea Heliogabalo nupta Xiphilinus ex Dione agit in Avito Pſeudantonino, *pag.* 349. Vide quæ de Urania, & Cœleſti ſcripſi ad Lipſium, & ad Tertullianum *cap.* 23. *Apologet. pag.* 698. & Pauſaniam *Laconic. fol.* 83. Capitolinus in Macrino, *fol.* 301. *Vates Cœleſtis apud Carthaginem, quæ Dea repleta ſolebat vera canere ſub Antonino Pio, cum ſciſcitante Proconſule de ſtatu, ut ſolebat, publico, & de ſuo imperio futura prædiceret,* &c. Afri quoque auctore Vivio Paſſieno Proconſule Africæ, & Fabio Pomponiano duce limitis Lybici Celſum Imperatorem appellarunt, peplo Deæ Cœleſtis ornatum. PET. FAB.

1. *Carthaginis*] Divos ſpecialibus faventes agris, urbibus, inſulisque aliter enumerat Sidonius *carmine* 9. *ad Felicem.* Æſculapium quidem Carthaginenſium Deum fuiſſe Tertullianus ſignificat initio *lib. de Pallio*, & *Apologet. cap.* 23. Quid quod Africanæ Cereris meminit Tertullianus idem *lib.* 1. *ad uxorem fol.* 425. ubi vide, quæ ſcripſi. Idem auctor adverſus Gnoſticos *fol.* 620. *Sed enim Scytharum Dianam, Gallorum Mercurium, Afrorum Saturnum victima humana placari apud ſæculum licuit.* De aliis vide Tertullianum *Apologet. cap.* 23. Rurſum Carthagine ſignum Apollinis aureum, fanumque fuiſſe magnificentiſſime extructum olim cum a Scipione Carthago expugnaretur, ex Appiano intelligimus, *Lybica fol.* 57. & 58. Val. Maxim. *lib.* 1. *cap.* 2. *exempl.* 3. Æſculapii ſignum fuiſſe in arce Carthaginis pretioſiſſimum, & fanum quoque, ad quod tranſfugæ Romani cum Aſdrubale ſeſe, urbe expugnata, præſidii cauſa recepiſſent. De Mercurio Gallico ex Tertulliano *in ſupradicto loco*, & Scorpiaco, & Minucio in Octavio accipi debet, quod Solinus ſcribit *cap.* 23. *fol.* 55. *Galli Eſum, atque Teutatem humano cruore placabant* inquit Lactantius *cap.* 21. *lib.* 1. *divinar. inſtit.* ex quo, & alia ſcripſi ad Minucium *fol.* 246. ubi videto. Quamvis cuique populo, ac nationi Deos peculiares, ac proprios eſſe, ut Ilienſibus Hectorem, & Adraſteam, ſive Helenam; Lacedæmoniis Agamemnonem, Jovem item Philonoëm, & Taniam, Odian; Athenienſibus Erechtheum Neptunum, item Agraulum, & Pandroſum Athenagoras pluribus docet initio Legationis pro Chriſtianis *fol.* 3. & *fol.* 16. Celeum, & Metaniram Deos eſſe Athenienſibus, Menelaum Lacedæmoniis, Ilienſibus Hectorem, Chiis Ariſtæum, quem & Jovem, & Apollinem, Thaſiis Theagenem, Samiis Lyſandrum, Siculis Philippum Butacidæ, Amathaſiis Oneſilaum, Carthaginienſibus Amilcarem. Horum autem Deorum ſacra licet peregrina, quædam tamen Romæ recepta erant; ſic tamen, ut per alios quam Cives peragerentur. Phrygia quidem certe matris Deum Cybeles, ut ex Tacito, vel Diodoro Siculo addidiciſſe me arbitror, Serapidis quoque ac Iſidis numina non niſi ſero coli cœpta, & ita ut extra pomœrium iis fieret, auctor Dio *lib.* 40. *fol.* 91. PET. FAB.

2. *Cum libertate, vel ſine libertate*] Vid. Hier. de Oroz de *apic. jur. civ. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 17. & *ſeq.*

Cum libertate] Si cum libertate, ſocio adcreſcit. CUJAC. Falſum olim hoc erat in milite, hodie in pagano etiam falſum eſt. *l.* 1. §. *his itaque C. de comm. ſerv. manum.* PET. FAB. Si ſine libertate, ſervus communis eſt heredis & ſocii. *l. ſi verum* 63. § *ſi ſervum pro ſoc.* CUJAC. Recte vero etiam ſervus communis heres inſtituitur ſine libertate cum ſocio: nam & ſervus heredis proprius recte cum domino ſuo heres inſtituitur. *l. ſi ſocius* 89. §. *ult. ff. de hered. inſtit.* PET. FAB.

3. *Tantum in bonis*] Vid. notata ſupra *ad tit.* 1. §. 16.

4. *In utero*] Mortis tempore. Immo facti teſtamenti, ut §. *eos qui* 19. *infr. hoc tit.* PET. FAB.

5. *Suorum heredum numero*] Unde præteriti rumpunt agnatione teſtamentum, ut in §. *poſtumi*, *infr.* PET. FAB.

6. *Teſtamentum*] Teſtamenti gradum, a quo eſt præteritus. PET. FAB.

7. *Reliquæ vero perſonæ*] Vid. Franc. Hotmanus *lib.* 8. *Obſerv. cap.* 5.

8. *Ex jure Civili*] Hoc eſt ex interpretatione Prudentum, qui voluit conceptos haberi pro jam natis, cum Lex XII. Tab. quæ de ſucceſſionibus, aut legatis egit, ſed & lex Falcidia eos tantum apprehenderet,

Digitized by Google

§. 20. Filius, qui in poteſtate eſt, ſi non inſtituatur heres, [1] nominatim exheredari debet: [2] reliqui ſui heredes utriusque ſexus, aut nominatim, aut inter cæteros.

§. 21. Poſtumus filius nominatim exheredandus eſt: filia poſtuma, cæteræque poſtumæ fœminæ vel nominatim, vel inter cæteros; [3] dummodo inter cæteros exheredatis aliquid legetur.

§. 22. Nepotes & pronepotes, cæterique maſculi poſtumi præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjectione legati ſunt exheredandi: ſed tutius eſt tamen nominatim eos exheredari: & id obſervatur magis.

§. 23. Mancipatos liberos, cum jure civili neque heredes inſtituere, neque exheredare neceſſe ſit, tamen Prætor jubet, ſi non inſtituantur heredes, exheredari, maſculos omnes [4] nominatim, fœminas vel inter cæteros; alioqui contra tabulas bonorum poſſeſſionem eis pollicetur.

§. 24. Inter [5] neceſſarios heredes, id eſt, ſervos cum libertate heredes ſcriptos, & ſuos ſcilicet neceſſarios, id eſt, liberos, qui in poteſtate ſunt, jure Civili nihil intereſt: nam utrique etiam inviti heredes ſunt. Sed jure Prætorio ſuis & neceſſariis heredibus abſtinere ſe a parentis hereditate permittitur. Neceſſariis autem tantum heredibus abſtinendi poteſtas non datur.

§. 25. [6] Extraneus heres, ſi quidem cum cretione ſit heres inſtitutus, cernendo fit heres: [7] ſi vero ſine cretione, pro herede gerendo.

§. 26. Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur; velut qui actionem rerum hereditariarum facit, aut ſervis hereditariis cibaria dat.

§. 27. [8] Cretio eſt certorum dierum ſpatium, quod datur inſtituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem nec ne: velut, *Titius heres eſto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus ſcieris, poterisque: niſi ita creveris, exheres eſto.*

§. 28. [9] Cernere, eſt verba cretionis dicere ad hunc modum, *cum me Mævius heredem inſtituerit, eam hereditatem* [10] *adeo, cernoque.*

§. 29. Sine cretione heres inſtitutus, ſi conſtituerit, nolle ſe heredem eſſe, ſtatim excluditur ab hereditate, & amplius eam adire non poteſt.

§. 30. Cum cretione vero heres inſtitutus, ſicut cernendo fit heres, ita non aliter excluditur, quam ſi intra diem cretionis non creverit. Ideoque etiamſi [11] conſtituerit nolle ſe heredem eſſe, tamen ſi ſuperſint dies cretionis, pœnitentia actus, cernendo heres fieri poteſt.

§. 31. Cretio autem vulgaris dicitur, aut continua: vulgaris, in qua adjiciuntur hæc verba

deret, qui jam nati eſſent, & Cives Romani *l.* 1. §. *ſciendum* 8. *& l. Titius* 6. juncta *l. ſeq. ff. de ſuis & legit. her.* quæ tamen loquuntur de eo, qui mortis tempore in rerum natura eſt: & merito, cum agant de ſucceſſione inteſtati: ſicuti & *l. ſi quis filio* 6. *ff. de injuſt. teſt.* Cum autem dicat eos, qui in utero ſunt, poſſe inſtitui heredes ex jure Civili Ulpianus: ex eo ſequitur τὰ ἔτι ἀγέννητα, nondum conceptos, ſive vivis nobis, ſive mortuis naſcantur, & ſui ſint heredes mortis noſtræ tempore, fruſtra tamen inſtitutos habita temporis facti teſtamenti ratione: quod conſideratur etiam per Regulam Catonianam, non minus quam mortis, & aditæ hereditatis, *l. ſi alienum* 49. §. 7. *l. ſervum* 50. & *l. liber* 59. § *ſi heres* 4. *ff. de hered. inſtit.* Itaque vix pati poſſum quod Cujacius ſcribit ad *l. Gallus in pr. ff. de lib. & poſtum.* ubi vide. Pet. Fab.

1. *Nominatim*] Huc reſpexiſſe videtur Africanus, cum in *l. ſi quis legatum* 6. §. *ſi inſtitutus* 1. *ad leg. Corn. de falſ. Si inſtitutus heres exheredationem nominatim filii, vel aliarum perſonarum adſcribit, &c.* Pet. Fab.

2. *Reliqui ſui heredes*] Liberi, quos etiam in poteſtate parentis nemo præcedit. Pet. Fab.

3. *Dummodo*] Ne alioqui præteritæ per oblivionem viderentur, quando non facile in mentem veniunt teſtatori qui naſcituri ſunt. §. *poſtumi quoque* 1. *inſt. de exh. lib.* Apulejus in *Apolog.* 2. Pet. Fab.

4. *Nominatim*] Jure civili ex maſculis filii ſoli nominatim exheredari ſolebant, ut antea dixit. Pet. Fab.

5. *Neceſſariis*] Apulejus *lib.* 10. *pag.* 595. *Habebat filiam parvulam de marito, quem nuper amiſerat: huic infantulæ quod leges neceſſariam patris hereditatem deferrent, ſuſtinebat ægerrime.* Pet. Fab.

6. *Extraneus heres*] Vid. Athanaſ. Oteyza & Olano *lib.* 2. *Paralip. cap.* 6. §. 23. *ſeqq.*

Extraneus] Qui nec ſuus eſt, nec neceſſarius. Pet. Fab.

7. *Si vero*] In prioribus editionibus *ſive ſine cretione*, ſed locus reſtituendus eſt, ut hic, *ſi vero, &c.* ut ſcilicet id ſignificet Ulpianus, heredem cum cretione inſtitutum agnoviſſe, atque adeo adquiſiviſſe videri, non modo ſi creverit, ſed & ſi pro herede tantum geſſerit. Tamen ſi ſub imperfectam cretionem heres aliquis inſtituatur, & non cernat, ſed pro herede gerat, exiſtimarem equidem, quo caſu ſubſtitutus ei nemo ſit, ipſum in ſolidum, & ex aſſe fieri, quandoquidem ſubſtitutus in partem tantummodo admittitur, & ex altera parte hereditatem adquirit, qui ſub imperfectam cretionem ſcriptus non crevit, ſed pro herede geſſit. §. *ult. infr.* in quo oſtenditur hodie ſublata differentia per D. Marci conſtitutionem, ſub imperfecta cretione inſtitutum poſſe quomodolibet agnoſcere. Sed & Cujacius ipſe hanc lectionem, *ſi vero*, non antiquam *ſive*, *cap.* 36. *lib.* 13. *obſervat.* ſecutus eſt. Pet. Fab.

8. *Cretio*] Hereditas adquiritur cretione, aditione, pro herede geritione, immixtione, agnitione. Cujac. Immo vero hereditas adquiritur, ſive agnoſcitur duobus videlicet modis, aut ad ſummum tribus, cretione ſive aditione, pro herede geſtione, & ipſo jure ſine ullo heredis facto. Immixtione non quæritur, ſed non omiſſa eſſe, quæ ipſo jure adquiſita fuerat hereditas, oſtenditur. Itaque non mirum, ſi Ulpianus hoc in loco ſolos duos hereditatis adquirendæ modos percenſeat. Agnitionis modum a ſuperioribus non eſſe ſeparatum, ex ipſo verbi etymo apparet, atque ex *l.* 2. *C. de jure delib.* ubi qui pro herede geſſit, agnoviſſe ſucceſſionem dicitur. Adgnoſcendi verbum generale eſt; pertinet enim non ad ſucceſſiones modo, verum etiam ad tutelas *l. ſi filiusfam.* 7. *ff. de tutel.* Pet. Fab.

9. *Cernere*] Crevi, ait Feſtus Pompejus, *modo ſignificat hereditatem adii, modo majore ætate, vel cenſu ſum, &c.* Iſidorus tamen ita *lib.* 5. *etymol. cap.* 24. *Cernere*, inquit, *etiam eſt decernere, vel conſtituere, ut puta: ille mihi heres eſto, additurque, cernitoque intra dies tot.* Pet. Fab.

10. *Adeo cernoque*] Inde Prudentius in Epiphaniæ hymno καθημερινῶν. *Altrice te ſummo Patri Heres creatus unicus, Homo ex Tonantis ſpiritu, Idemque ſub membris Deus. Hunc & Prophetis teſtibus Iisdemque ſignatoribus, Teſtator, & Sator jubet adire regnum, & cernere.* Pet. Fab.

11. *Conſtituerit*] E contrario autem, ſi ſemel creverit, heres eſſe deſinere non poteſt. Cur diverſum jus ſtatuimus? Nempe quia cretio actus eſt legitimus & ſolemnis, cui expediendo tempus ipſe teſtator præſtituit, ex cujus voluntate cum ſemel heres extiterit, eſſe poſtea deſinere non poteſt. Repudiatio non eſt actus legitimus, & ideo intra tempus cretioni præſtitutum poteſt mutata ſententia repudiatam hereditatem adire ac cernere. Et vide Paul. *lib.* 4. *ſent. tit.* 4. *de teſtam.* §. *ult.* Sane qui heres cretione factus repudiare vult, licet intra tempus cretionis, quia jure ſuo non utitur, cum id jus non habeat, qui ſemel factus heres eſſe deſinere jam non poteſt, ei dicemus non licere ſententiam, & conſilium mutare in alterius injuriam, contra juris regulam *l. nemo poteſt* 75. *de reg. jur.* ubi vide, quæ ſcripſi, & iſta, ſi lubet, addito. Pet. Fab.

verba, *quibus ſcieris, poteriſque.* Continua, in qua [1] non adjiciuntur.

§. 32. Ei, qui vulgarem cretionem habet, dies illi dantur computantur, quibus ſcit ſe heredem inſtitutum eſſe, & potuit cernere. Ei vero, qui continuam habet eretionem, etiam illi dies computantur, [2] quibus ignoravit ſe heredem inſtitutum: aut ſcivit quidem, ſed nôn potuerit cernere.

§. 33. Heredes aut inſtituti dicuntur, aut ſubſtituti. Inſtituti, qui primo gradu ſcripti ſunt: ſubſtituti, qui ſecundo gradu, vel ſequentibus heredes ſcripti ſunt: velut, *Titius heres eſto, cernitoque in diebus proximis centum, quibus ſcieris, poteriſque: niſi ita creveris, exheres eſto. Tunc Mævius heres eſto, cernitoque in diebus*, & reliqua. Similiter & deinceps ſubſtitui poteſt.

§. 34. Si ſub imperfectam cretionem heres inſtitutus ſit, id eſt, non adjectis his verbis, *Si non creveris, exheres eſto*, [3] ſed ſi ita, *ſi non creveris, tunc Mævius heres eſto*, cernendo quidem ſuperior inferiorem excludit: non cernendo autem, ſed pro herede gerendo, in partem admittit ſubſtitutum. Sed poſtea Divus Marcus conſtituit, ut [4] & gerendo ex aſſe fiat heres. Quod ſi neque creverit, [5] neque pro herede geſſerit, ipſe excluditur, & ſubſtitutus ex aſſe ſit heres.

TITULUS XXIII.

Quemadmodum Teſtamenta rumpuntur.

§. 1. Teſtamentum jure factum infirmatur duobus modis: ſi ruptum, aut irritum factum ſit.

§. 2. Rumpitur teſtamentum mutatione, id eſt, ſi poſtea aliud teſtamentum jure factum ſit. Item adgnatione, id eſt, ſi ſuus heres inſtitutus, neque, ut oportet, exheredatus ſit.

§. 3. Adgnaſcitur ſuus heres aut adgnaſcendo, aut adoptando, aut in manum conveniendo, aut in locum ſui heredis ſuccedendo: velut nepos mortuo filio, vel emancipato: aut manumiſſione, id eſt, ſi filius ex prima ſecundive mancipatione manumiſſus reverſus ſit in patris poteſtatem.

§. 4. Irritum fit teſtamentum, ſi teſtator capite deminutus fuerit, aut ſi jure facto teſtamento, nemo exſtiterit heres.

§. 5. Si is, qui teſtamentum fecit, ab hoſtibus captus ſit, teſtamentum ejus valet: ſi quidem reverſus fuerit, jure poſtliminii: [6] ſi autem ibi deceſſerit, ex lege Cornelia: quæ perinde ſucceſſionem ejus confirmat, atque ſi in Civitate deceſſiſſet.

§. 6. Si ſeptem ſignis teſtium ſignatum ſit teſtamentum, licet jure Civili [7] ruptum, vel [8] irritum factum ſit, Prætor ſcriptis heredibus juxta tabulas bonorum poſſeſſionem dat, ſi teſtator & Civis Romanus, & ſuæ poteſtatis cum moreretur fuit: quæ bonorum poſſeſſio cum re, id eſt, cum effectu habetur, ſi nemo alius jure heres ſit.

§. 7. Liberis impuberibus in poteſtate manentibus, tam natis, quam poſtumis, heredes ſubſtituere parentes poſſunt duplici modo, id eſt, aut eo, quo [9] extraneis, ut ſi heredes non extiterint liberi, ſubſtitutus heres fiat: aut proprio jure, id eſt, ſi poſt mortem parentis heredes facti, intra pubertatem deceſſerint, ſubſtitutus heres fiat.

§. 8. Etiam exheredatis filiis ſubſtituere parentibus licet.

§. 9. Non aliter impuberi filio ſubſtituere quis heredem poteſt, quam ſi ſibi quis heredem inſtituerit, vel ipſum filium, vel quemlibet alium.

§. 10. Milites quomodocumque fecerint teſtamenta, valent, id eſt, etiam ſine legitima obſervatione: nam Principalibus Conſtitutionibus permiſſum eſt illis quomodocumque vellent, quomodocumque poſſent, teſtari: idque teſtamentum, quod miles contra juris regulam fecit, ita demum valet, ſi vel in caſtris mortuus ſit, vel poſt miſſionem intra annum.

TITULUS XXIV.

De Legatis.

§. 1. Legatum eſt, quod [10] legis modo, id eſt, imperative, teſtamento relinquitur: nam ea, quæ precativo modo relinquuntur, fideicommiſſa vocantur.

§. 2.

1. *Non adjiciuntur*] Quæ ideo ſimplex a M. Tullio *lib.* 11. *ad Atticum in epiſt.* 12. *Cephalio. Galeonis*, inquit, *hereditatem crevi: puta enim cretionem ſimplicem fuiſſe, quoniam ad me nulla miſſa eſt.* PET. FAB.

2. *Quibus ignoravit*] Nam & cum tempus luctus continuum eſt, merito & ignoranti cedit ex die mortis mariti, auctore Ulpiano *l. genero* 8. *ff. de his, qui not. inf.* PET. FAB.

3. *Sed ſi ita*] Puto auferendum articulum *ſi*, & hoc comma pendere ab illo primo, quod in ſuperiori verſiculo poſitum eſt explicandæ *imperfectæ cretioni*, quæ ſic dicitur, ut *imperfecta lex ſupr. tit.* 1. PET. FAB.

4. *Et gerendo*] Is ſcilicet, qui ſub imperfectam, non qui ſub perfectam cretionem ſcriptus eſt. PET. FAB.

5. *Neque pro herede geſſerit*] Idem dicendum, ſi ſub perfecta cretione heres inſtitutus non creverit, ſed tantum pro herede geſſerit: quemadmodum enim nuda voluntate, id eſt, etiam ſi conſtituerit ſe nolle heredem eſſe, non repellitur, ſi cernat intra diem cretionis poſtea: ita nudam animi deſtinationem ad adquirendam hereditatem ei prodeſſe non placet. PET. FAB.

6. *Si autem ibi deceſſerit*] Ita edidi pro vitioſo *ſi non ibi deceſſerit* ex edit. Charondæ. MEERMAN.

7. *Ruptum*] Facit *l. poſtumus* 12. *in pr. de inj. rupt. & irrit. fact. teſt.* Vide quæ ſcripſi, & quæ notat Accurſ. in *l. ult. C. unde legit.* PET. FAB.

8. *Irritum*] An igitur & ſi teſtator fuerit capite deminutus? quo genere irritum fieri teſtamentum antea dixit. At ejus teſtamentum, qui in aliena poteſtate ſit, qui valere poſſit, aut peregrini, aut ſervi, equidem non video. Unde adjicit hoc loco Ulpianus exceptionem hanc ad ea pertinentem, *ſi teſtator & Civis Romanus, & ſuæ poteſtatis cum moreretur fuit:* nam de altera irriti ſpecie, ob id quod nullus hereditatem adeat, nulla eſt dubitatio, cum per bonorum poſſeſſionem ſuccedatur teſtatori, ut hic ait. PET. FAB.

9. *Extraneis*] Hæc eſt vulgaris ſubſtitutio, quæ in primum caſum fieri dicitur, tamquam communis omnibus, tam puberibus, quam impuberibus; tam ſuis, quam extraneis. Pupillaris autem proprio jure ſit liberis impuberibus in poteſtate conſtitutis. Rurſum etiam vulgaris dicta videri poteſt ex eo, quod ſit lege XII. Tabb. introducta, tamquam legitimam dicas, & civilem, ut vulgaria verba civilia & legitima. Sed hoc non placet, nam verius pupillari nomen vulgaris tribueretur, cum moribus, atque adeo vulgi & populi conſuetudine recepta ſit. Perſto igitur in prima ſententia. PET. FAB.

10. *Legis modo*] Legis modo, & imperative relinquitur legatum per damnationem, ita: *centum dare damnas eſto*, quæ verba etiam in legibus apponebantur, ut in Manilia, Fania, ſeu Roſcia, Peducæa, Allıena, Fabia,

§. 2. Legamus autem [1] quatuor modis, per vindicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionem.

§. 3. Per vindicationem his verbis legamus, *Do, lego: capito, ſumito, ſive habeto.*

§. 4. Per damnationem his verbis, *Heres meus damnas eſto dare: dato, facito: heredem meum dare jubeo.*

§. 5. Sinendi modo ita, *Heres meus damnas eſto ſinere Lucium Titium ſumere illam rem, ſibique habere.*

§. 6. Per præceptionem ſic, *Lucius Titius illam rem* [2] *præcipito.*

§. 7. Per vindicationem legari poſſunt res, quæ utroque tempore ex jure Quiritium teſtatoris fuerunt, mortis, & quando teſtamentum faciebat: præterquam ſi pondere, menſura, numero contineantur: in his enim ſatis eſt, [3] ſi vel mortis duntaxat tempore fuerint ex jure Quiritium.

§. 8. Per damnationem omnes res legari poſſunt, etiam quæ non ſunt teſtatoris, dummodo tales ſint, quæ dari poſſint.

§. 9. Liber homo, aut res populi, aut ſacra, aut religioſa, nec per damnationem legari poteſt: quoniam dari non poteſt.

§. 10. Sinendi modo legari poſſunt res propriæ teſtatoris, & heredis ejus.

§. 11. Per præceptionem legari poſſunt res, quæ etiam per vindicationem. Si ea res, quæ non fuit utroque tempore teſtatoris ex jure Quiritium, per vindicationem legata ſit, licet [4] jure civili non valeat legatum, tamen SCto [5] Neroniano firmatur: quo cautum eſt, ut quod minus pactis verbis legatum eſt, perinde ſit, ac ſi optimo jure legatum eſſet: [6] optimum autem jus legati per damnationem eſt.

§. 12. Si duobus eadem res per vindicationem legata ſit, ſiquidem disjunctim, ſingulis [7] in ſolidum [8] debentur: ſi vero conjunctim, veluti, *Titio & Sejo hominem Stichum do, lego*, jure civili concurſu partes fiebant: non concurrente altero, pars ejus alteri adcreſcebat; ſed poſt legem Papiam Poppæam non capientis pars caduca fit.

§. 13. Si per damnationem eadem res duobus legata ſit, ſiquidem [9] conjunctim, ſingulis partes debentur, & non capientis pars [10] jure civili in hereditatem remanebat: nunc autem [11] caduca fit; quod ſi disjunctim, ſingulis in ſolidum debetur.

§. 14. Optione autem legati per vindicationem data, legatarii electio eſt: veluti, *hominem optato, eligito.* Idemque eſt, & ſi tacite legaverim, *Titio hominem, aut decem heres meus dato*, hominem dare heredis electio eſt . . . velit dare.

§. 15. [12] Ante heredis inſtitutionem legari non poteſt: quoniam & poteſtas teſtamenti ab heredis inſtitutione incipit.

§. 16. Poſt mortem heredis legari non poteſt, ne ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur: in mortis autem heredis tempus legari poteſt: velut, *cum heres moriatur.*

§. 17. Pœnæ cauſa legari non poteſt. Pœnæ autem cauſa legatur, quod [13] coërcendi heredis cauſa relinquitur, [14] ut faciat quid, aut non faciat, non ut legatum pertineat: ut puta

bis, quarum verba referuntur ab Auctoribus limitum. PET. FAB.

1. *Quatuor*] Ad hos legandi modos reſpexit Ulpianus *l.* 1. §. *ſi quis ex mortis ff. quor. legat.* PET. FAB.

2. *Præcipito*] Item ita, *Heres meus e media hereditate ſumito, ſibique habeto. l. Lucius Titius* 88. §. *quisquis* 3. *ff. de legat.* 2. Hinc, *e medio præcipito, ſumito, tibique habeto. l. ult. ff. de pecul. leg. l. prædia* 27. §. *liberto* 3 *ff. de inſtruct. & inſtr. leg.* Item, *tibi habere jubeo. l. Titia cum teſtamento* 34. §. *Lucius Titius* 1. *ff. de legat.* 2. Videtur & *præſumendi* verbum in præceptionis legato, ut *ſumendi* verbum in vindicationis legato uſurpari ſolitum: nam Servius ad illum Virgilii verſum ex *lib.* 11. *Æneid. Arma parate animis, & ſpe præſumite bellum*, ita ſcribit: *Bene ait præſumite, quaſi res jam ſui juris, ut ei deberi videatur certa victoria.* PET. FAB.

3. *Si vel mortis duntaxat tempore fuerint ex jure Quiritium*] Franc. Car. Conradi in *Præfat. Opuſc. de reb. manc.* hoc loco verba *ex jure Quiritium* ejici vult, ſed quæ nos vindicavimus in *Diatr. de reb. manc. ſect.* 132. MEERMAN.

4. *Jure Civili*] Quid eſt jure Civili? An regula Catoniana? Sed illa de tempore teſtamenti duntaxat loquitur; mortis tempus in nullo ducit. PET. FAB.

5. *Neroniano*] Hoc exemplo dicemus, quia per præceptionem res eas legari poſſe diximus, quæ etiam per vindicationem; pecuniam quoque, quæ domi relicta non eſt, per præceptionem non inutiliter relinqui. *l. heredes* 25. §. *ult. ff. famil. erciſc.* Paul. *lib.* 3 *ſent. tit.* 6. *l. filia lectum* 42. *ff. famil. erciſc.* PET. FAB.

6. *Optimum*] Nempe quia laxius, & expeditius eſt. Sic optimum jus uſurarum *l.* 1. *C. de uſur.* Optimum jus poſſeſſionis. *l. fidejuſſor* 26 §. *pater* 1. *de pign. & hyp.* CUJAC. Sic optimum jus domus apud M. Tullium *de Haruſp. reſp. num.* 14. *Multæ ſunt domus in hac Urbe, P. C. atque haud ſcio, an pene cunctæ jure optimo, ſed tamen privato jure, hereditario jure, auctoritatis jure, mancipii jure, nexi. Nego eſſe ullam domum aliam æque privato jure, atque optima lege. Publico vero omni præcipuo, & humano, & divino jure munitam.* Sic optimum jus libertatis *l. ſi mulier* 31. *ff. de minorib.* Sic optimo jure quadrantem bonorum a curia peti dicimus *l.* 1. *C. quand. & quib. quarta pars bon. det. lib.* 10. Sic optimo jure admiſſos eſſe Codicillos §. 2. *inſtit. de codicill.* Sic optimo jure Deum fieri apud Senecam in *lude morte Claudii Cæſaris.* Sic Cic. *Philip.* 5. *Sic pro Prætore eo jure, quo qui optimo.* Idem *Philip.* 11. *Senatui placere C. Caſſium Provinciam Syriæ obtinere, ut qui eum optimo jure Provinciam obtinuerit.* PET. FAB.

7. *In ſolidum*] Solidum interim, id eſt, ab initio: nam concurſu partes habent. Nec obſtat *l. ſi domina Stichus* 99 *ff. de legat.* 1. nec enim ait; interim dimidiam partem pertinere; ſed ſic intellige, cum ſervus manumiſſus optaverit. Facit *l. ſi Eros* 11. *de opt. legat.* Denique cum disjunctim per vindicationem duobus eadem res legatur, ab initio ſolidum deberi, partes concurſu fieri, Ulpianus ex Juliano & Celſo docet *l.* 1. §. *interdum ff. de uſufr. adcreſc.* PET. FAB.

8. *Debentur*] Legendum *ſingulis partes debentur.* CUJAC. Concurſu ſcilicet. Quamobrem interim ſolidum ad eum, qui agnovit, pertinet. *l. plane* 34. §. *ſed ſi in pupillari* 10. *de legat.* 1. Ubi ex converſo pro *partem* legi debet *ſolidum.* PET. FAB.

Cujacii emendationem in his verbis improbat Guil. Maranus in *paratitl. Dig. lib* 30—32. *pag.* 296.

9. *Conjunctim*] Idemque eſt in fideicommiſſo conjunctim relicto. *l.* 78. *ad Trebell.* nam fideicommiſſum cum legato damnationis congruit. PET. FAB.

10. *Jure Civili*] Antiquo. PET. FAB.

11. *Caduca*] Ex Lege Julia & Papia. PET. FAB.

12. *Ante heredis*] Ambroſius de Abrahamo Patriarcha *lib.* 2. *cap. ult. in fin. Sicut teſtamenta hominum prius heredem ferunt, poſtea legatum exprimunt: Melioribus hereditatem, poſterioribus legata.* PET. FAB.

13. *Coërcendi*] Non item legatarii, vel fideicommiſſarii: tunc enim non tam datur, quam datum transfertur, quod licet, etiam ſi pœnæ cauſa fiat, nec enim heredis intereſt cui præſtet, ut in *l.* 2. *ff. de his qu. pœn. nom.* Quod valde notandum puto. Et juvatur conjectura mea his verbis: *non ut legatum pertineat.* Rurſum hereditas pœnæ cauſa data valet, ſi heres quis in pœna fuerit ſubſtitutus ob non impletum quod teſtator juſſerit. Videto Decium, & locos per eum adductos *Conſil.* 277. *num* 2. PET. FAB.

14. *Ut faciat quid*] Ita edidi ad fidem MS. Aured. pro *ut faciat quidem.* MEERMAN.

puta hoc modo, *ſi filiam tuam in matrimonio Titio conlocaveris, decem millia Sejo*[1] *dato.*

§. 18. Incertæ perſonæ legari non poteſt: veluti, *Quicumque filio meo filiam ſuam in matrimonio conlocaverit, ei homini tot millia dato.* Sub certa tamen demonſtratione incertæ perſonæ legari poteſt: velut, *ex cognatis meis, qui nunc ſunt, qui primo ad funus meum venerit, ei heres meus illud dato.*

§. 19. Neque ex falſa demonſtratione, neque ex falſa cauſa legatum infirmatur. Falſa demonſtratio eſt: velut, *Titio fundum, quem a Titio emi, do lego*, cum is fundus a Titio emptus non ſit. Falſa cauſa eſt: velut, *Titio, quoniam negotia mea curavit, fundum do, lego*, ut negotia ejus nunquam Titius curaſſet.

§. 20. A legatario legari non poteſt.

§. 21. Legatum ei tantum[2] dari poteſt, qui[3] extraneus eſt: ideoque filio familiæ heredi[4] inſtituto, vel ſervo, neque a patre, neque[5] a domino legari poteſt.

§. 22.[6] Heredi a ſemet ipſo legari non poteſt.

§. 23. Ei, qui[7] in poteſtate, manu, mancipiove eſt ſcripti heredis, ſub conditione legari poteſt. Sed requiritur, ut quo tempore dies legati cedit, in poteſtate heredis non ſit.

§. 24. Ei, cujus in poteſtate, manu, mancipiove eſt heres ſcriptus,[8] legari[9] poteſt.

§. 25.

1. *Dato*] Exemplum pœnæ legatæ tale Horatius proponit, *lib. 2. ſerm. ſatyr. 3. Heredes Staberi ſummam incidere ſepulchro, Ni ſic feciſſent, gladiatorum dare centum damnati populo paria, atque epulum arbitrio Arri, Frumenti quantum metit Africa.* PET. FAB.

2. *Dari poteſt*] Dari accipio pro præſtari ab herede, quod alterius teſtamento ſit relictum. Ait autem, ei tantum dari poſſe, qui ſit extraneus, heredi ſcilicet: hoc eſt, qui in ejus poteſtate non ſit. At cum ea, quæ ſequuntur ſtatim, ſibi non conſtent, ob illa verba *heredi inſtituto*, prope eſt, ut loco mutanda cenſeam, atque huc transferenda, ut hac ipſa retenta ſententia, ſic legatur: *legatum ei tantum dari poteſt, qui extraneus eſt heredi inſtituto: ideoque filio familias, vel ſervo neque a patre, neque a domino* (heredibus ſcilicet inſtitutis) *legari poteſt.* Ita vero ſi emendes (ut faciendum cenſeo, quod Cujacius non animadvertit) dari erit hoc loco, non quod dicebamus, præſtari, ſed vel relinqui a teſtatore. Atque hoc mutuum eſt, quod apud Juſtinianum his verbis traditur in §. *an ſervo* 32. *Inſt. de legat. An ſervo heredis recte legemus, quæritur. Et conſtat pure inutiliter legari.* An & fideicommitti? Adhuc puto idem dicendum, niſi tamen adſcripta ſit ſervo fideicommiſſaria libertas ſimul cum legato. *l. ſi legatarius* §. 1. *de legat.* 3. Adde alteram exceptionem de filiofam. legatario, quæ proponitur ibidem in §. *cum ita*, & ſimilem iſtam, niſi teſtator adjecerit, *Rogo des filio tuo, facitoque ut ad eum perveniat*: reſcriptum eſt enim, videri in id tempus dari, quo capere poſſit, id eſt, ſui juris fiat. *l. ubi pure* 19. *ff. ad S. C. Trebell.* Idemque ſi dixerit, *filio tuo reſerva*, ex *l. filiam* 16. *ff. de aur. & arg. leg.* aut ſi dixerit, *volo eum habere; volo ad eum pertinere*: aut, *volo te filio relinquere. l. ſi legatarius* 8. §. *ult.* & *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi filio* 10. *ff. de legat.* 3. Hoc igitur caſu purum legatum diem tacitum complectitur: & ceſſat regula Catoniana, quæ ad conditionalia non pertinet. *l. pen. ff. de regul. Caton.* Quod autem diximus, neque legari, neque fideicommiſſum relinqui poſſe ſervo heredis proprio, hoc & in ſervo communi heredis, & teſtatoris etiam obtinet, ſi pure ſcilicet datum fuerit. *l. ſi ſocius* 89. *in princ. ff. de hered. inſt.* ex qua *lege* apparet, quod hic de legato traditur, ad inſtitutionem non pertinere, nam ſervus heredis ſive proprius, ſive communis ejus & teſtatoris poteſt cum herede utiliter heres inſtitui. *d. l. ſocius in fin.* Ita fit, ut partem ex perſona ſua dominus, partem hereditatis alteram per ſervum capiat. PET. FAB. Hic quoque locus valde corruptus eſt. Lego, *Legatum ab eo tantum dari poteſt, qui ex ſua perſona heres eſt. Ideoque* & quæ ſequuntur. CUJAC. Quid hoc ſibi velit, aut cur *extraneus*, in *ex ſua perſona* mutandum, Cujaci, cenſeas, tu videris. Ego recta illa eſſe cenſeo ut leguntur, ac tantum iſta, quæ ſequuntur *herede inſtituto*, loco mutari oportere, ut ſuperius notavi. Sane aliud quidem eſſe ex perſona heredis convenire, aliud proprio nomine defuncti precibus adſtringi, a Papiniano traditur *l. ſi Patroni* 55. §. *qui fideicommiſſariam, verſ. aliud ff. ad Trebell.* ſed id alio pertinet. Fortaſſe intelligis ex *ſua perſona*, id eſt, *ſuo nomine*, non per filium, aut ſervum, quos habet in poteſtate, ut loquitur Ulpianus in *l.* 1. §. *non ſolum ff. de ſucceſſ. edict.* & *l. ſi defenſor* 4. §. *illud quæritur* 96. *ff. de inter. in jur. fac.* Sed hoc ego falſum puto, ut ab eo legatum, aut fideicommiſſum dari non poſſit, qui heredem in poteſtate habet: nam ſi emolumentum ei quæritur, quare non & oneri ſubjiciatur? In legatis quidem præſtandis, quæ conſervantur liberis, & parentibus petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, non quærimus, cui adquiratur, ſed cui honor habitus ſit. *l.* 3. §. 1. *ff. de legat. præſt.* ubi ſcripſi. Et quamvis in adoptionem datus inſtitutus admittatur ad contra tabulas commiſſo edicto per alium præteritum, non item ſi is ſcriptus ſit, quem in adoptionem datus habet in poteſtate. *l. non putavit* 8. §. *in adoptionem* 11. *ff. de bon. poſſ. contr. tab.* PET. FAB.

3. *Extraneus*] Qui non eſt neceſſarius, nec ſuus. *tit. inſt. de her. qualit. in princ.* & §. *cæteri* 3. atque adeo qui non eſt in poteſtate heredis, ſcilicet ſecundum lectionem, quam reſtituimus. PET. FAB.

4. *Inſtituto*] Hæc verba ſubjicienda eſſe illis, *extraneus eſt*, præponenda vero iſtis, *Ideoque*, jam antea admonui: niſi potius immutanda, ut legatur hic *heredis inſtituti.* PET. FAB.

5. *A domino*] Quaſi dicat, pure legare non poſſe, quod verum eſt propter regulam Catonianam: cum enim heredi a ſemetipſo inutiliter legetur, ut præcedenti ſententia definitum fuit: & ei igitur, quem habet in poteſtate, utiliter non poterit, pure ſcilicet, nec poſtea convaleſcet, quamvis in ejus poteſtate eſſe deſierit, propter eam regulam ſcilicet: quæ quoniam in conditionalibus locum non habet, eo fit, ut verum ſit quod Ulpianus hoc loco ait. Ideo autem aut heredi a ſemetipſo, aut ab herede iis perſonis, quas habet in poteſtate, manu, mancipio, pure legari non poteſt, ne ſimul in eadem perſona emolumentum legati, & obligatio juris concurrant, *l. cum legata* 17. *ff. quand. dies leg. ced.* nemo etenim ſibi debere, aut iis, quos habet in poteſtate, manu, mancipio poteſt. At eadem ratio ſententiæ proximæ non eſt: nam cum legatarius heredem ſcriptum habet in poteſtate, poteſt differre aditionem hereditatis ejus, quem habet in poteſtate, & poſtea quam dies legati ceſſerit, eum, ſi ſervus eſt, alienare, aut manumittere, ſi filius, emancipare, ut legatario per ipſum, qui adit, non quæratur hereditas, ſed vel ſibi emancipato, aut manumiſſo, vel ei, in cujus dominium tranſierit. Porro quod hoc loco dicitur, ſub conditione legari poſſe ei, qui eſt in poteſtate ſcripti heredis, ſic accipe, non tantum de expreſſa, verum & de tacita ex interpretatione voluntatis defuncti, ut in ſpecie *legis ubi pure* 19. *ad S. C. Trebell.* de expreſſa traditur in *l. ſi ſocius* 29. *ff. de hered. inſt.* ubi multo magis probandum ait, in ſervo communi heredis & teſtatoris, quod in ipſius heredis ſervo. PET. FAB.

6. *Heredi*] Hac ſententia ratio videtur reddi ejus, quod proxima ſententia definitum fuerat. Deinde ſubjicitur exceptio in §. *et qui*, & altera exceptio rationis in §. *ex cujus*, dum tamen ita emendetur, ut pro *non*, reponatur *omnino.* PET. FAB.

7. *In poteſtate, manu, mancipiove*] Vid. notata *ſupr. ad tit.* 19. §. 18.

8. *Legari poteſt*] Sic exhibui deleta negatione ex MS. Aurel. MERMAN.

9. *Non poteſt*] Ne emolumentum legati, & obligationis concurrant: & hoc ita, ſi adita fuerit hereditas a filio, ſervove juſſu patris, aut domini legatarii *l. cum legata* 17. *ff. quando dies leg. ced.* Immo vero quod hic ait Ulpianus falſum eſt, & tollenda omnino negatio: nam a filio herede patri legari poſſe, & fratri, vel filio heredis, vel ſervo patris, diſerte Julianus tradit *l. quæſitum* 93. *in princ. de legat.* 1. & *l. cum legata*, *ff. quando dies leg. ced.* quæ ſunt ex eodem libro, & Paulus *l. a filio* 25. *ff. de legat.* 1. Et ſane Juſtinianus in §. *an ſervo*, *verſ. ex diverſo*, *inſt. de legat.* poſtquam dixit, ſervo heredis inutiliter pure legari, neque legatum convaleſcere, propter regulam Catonianam, ſubjicit deinde, *ex diverſo, herede inſtituto ſervo, quin domino recte etiam ſine conditione legetur, non dubitatur. Nam, etſi ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſerit teſtator, non tamen apud eum, qui heres ſit, dies* *legati*

§. 25. Sicut ſingulæ res legari poſſunt, ita univerſarum quoque ſumma legari poteſt: ut puta, *Mævius heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito:* quo caſu dimidia pars bonorum legata videtur. Poteſt autem & alia pars, velut tertia, vel quarta legari, quæ ſpecies [1] partitio appellatur.

§. 26. [2] Uſusfructus jure Civili legari poteſt earum rerum, quarum ſalva ſubſtantia utendi fruendi poteſt eſſe facultas: & tam ſingularum rerum, quam plurium, id eſt, partis.

§. 27. SCto cautum eſt, ut etiam, ſi earum rerum, quæ in abuſu continentur, ut puta vini, olei, tritici, uſusfructus legatus ſit, legatario res tradantur, cautionibus interpoſitis de reſtituendis eis, cum uſusfructus ad legatarium pertinere deſierit.

§. 28. Civitatibus omnibus, quæ ſub imperio P. Romani ſunt, legari poteſt: idque a Divo [3] Nerva introductum, poſtea a Senatu, auctore [4] Adriano, diligentius [5] conſtitutum eſt.

§. 29. Legatum, quod datum eſt, adimi poteſt, vel eodem teſtamento, vel codicillis teſtamento confirmatis: [6] dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum eſt.

§. 30. Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, niſi jam die legatorum cedente legatarius deceſſerit.

§. 31. Legatorum, quæ pure, vel in diem certum relicta ſunt, dies cedit, antiquo quidem jure, ex mortis teſtatoris tempore: [7] per legem autem Papiam Poppæam, ex apertis tabulis teſtamenti. Eorum vero, quæ ſub conditione relicta ſunt, cum conditio extiterit.

§. 32. Lex Falcidia jubet, non plus, quam dodrantem totius patrimonii legari, ut omnimodo quadrans integer apud heredem remaneat.

§ 33. [8] Legatorum perperam ſolutorum [9] repetitio eſt.

T I T U L U S XXV.

De Fideicommiſſis.

§. 1. Fideicommiſſum eſt, quod non civilibus verbis, ſed precative relinquitur: nec ex rigore juris civilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis.

§. 2. Verba fideicommiſſorum in uſu fere ſunt hæc, *Fideicommitto, peto, volo dari,* [10] & ſimilia.

§ 3. Etiam nutu relinquere fideicommiſſum in uſu receptum eſt.

§. 4. Fideicommiſſum relinquere poſſunt, qui teſtamentum facere poſſunt, licet non ſci-

legati cedere intelligitur, cum hereditas, &c. Et verius eſt Ulpianum ſcripſiſſe *legari omnino poteſt*, facili lapſu, & errore Librarii, qui pro *omnino*, repoſuerit *non*. Illud autem *omnino* eo pertinet, ut oſtendat, hunc caſum ab eo, quem ſuperius propoſuerat, diverſum eſſe: nam in illo, cum legatarius in poteſtate heredis eſt, legatum valet ita demum, ſi ſub conditione relictum ſit, non ſi pure; in hoc autem, cum heres ſcriptus eſt in poteſtate legatarii, legatum omnino valet, etſi non ſub conditione, ſed pure datum eſt. Itaque non hoc, ut ſuperiore caſu, de conditione poſtea loquitur, de qua ſatis illo articulo comprehenſum erat. Cæterum quod ait legari poſſe, ſic accipiendum eſt, ut ab initio valeat legatum, quod tamen poſtea non valebit: (nam nec ſi conditionaliter iſto, aut ſuperiore caſu legatum eſſet relictum, id conſiſtere diceremus, niſi quo tempore dies legati cedit, in priore caſu de legatario, qui erat in heredis poteſtate, aut niſi in poſteriore caſu de legatario, qui habebat in poteſtate, tunc ſcilicet cum aditur hereditas, dominica, vel patria poteſtas diſſoluta fuerit: alioqui legatum non debetur, ſi ſervus aut filius in poteſtate permanſerit) eadem cauſa durante, ſcilicet aditionis tempore *d.* §. *an ſervo in fin.* ut ſcripſi *l. cum legato* 17. *ff. quand. dies leg. ced. l. ſi a ſervo* 20. *ff. ad leg. Falcid.* propterea quod heredi a ſemetipſo legatum propter jus poteſtatis videretur. Quam in rem facit §. *an ſervo in fin. Inſtit. de legat.* & *l. cum legato in fin. quan. dies leg. ced.* a contrario ſenſu ſcilicet, uti ſcripſi, & *l. a filio* 25 *in fin. ff. de legat.* 1. Cum hæc ſcripſiſſem, reperi Cujacium *cap.* 37. *lib.* 6. *obſerv.* adnotare, tollendam hinc negationem per *l. a filio ff. de legat.* 1. Ego perſto in ſententia. Quid vero, ſi nihil mutes, ſed negativum articulum retineas? Nam legari non poſſe ſic poteſt accipi, cum effectu ſcilicet, ut legatum non deberi dicat ei, qui habet in poteſtate: quod dictum eſt ex *d. l. ſi a ſervo ff. ad leg. Falcid.* ut hæc per quandam ſimilitudinem, argumento ducto a tempore aditionis hereditatis ad diem, qua legatum cedit in ſpecie §. *præced.* veluti ſit ratio ejus, quod continetur in extremo §. *ei qui*, id eſt, quod congruit cum eo, quod ait Juſtinianus in *fine* §. *an ſervo*, quod ſi in eadem cauſa permanſerit, & juſſu legatarii adierit, evaneſcit legatum. Ex quo ſequitur, ut nec legari poſſit utiliter, ſi in poteſtate ſervus, aut filiusfam. remanſerit, ſi cum adiretur hereditas, dominus, paterve legatarius ipſum heredem in poteſtate habuerit: quaſi dicat Ulpianus, nam & quo caſu valere poteſt legatum pure datum, attamen non aliter valet, quam ſi diſſoluta fuerit patria poteſtas. Et ita ſentio: nec enim, quamdiu idoneus aliquis ſenſus ex verbis elici poterit, quidquam immutanti adſentiri poſſum. Pet. Fab.

1. *Partitio*] Cicero *pro Cluentio n.* 15. *Is fecit heredem illum adoleſcentem Oppianicum ſororis ſuæ filium, eumque partiri cum Dinæa matre juſſit.* Meminit etiam partitionis *lib.* 2. *de legib.* Pet. Fab.

2. *Uſusfructus jure civili &c.*] Vid. Marc. Aur. Galvanus *Diſſ. var. de Uſufr. cap.* 6. §. 2. & §. 11.

3. *Nerva*] Quid eſt igitur, quod Plinius, qui vixit ſub Trajano, qui Nervæ ſucceſſit, ad Calviſium ſcribit? *lib.* 5. *epiſtol. Nec heredem inſtitui, nec percipere poſſe Rempublicam conſtat. Saturninus autem, qui nos reliquit heredes, quadrantem Reipublicæ noſtræ, deinde pro quadrante præceptionem quadringentorum millium dedit. Hoc ſi jus adſpicias, irritum, ſi defuncti voluntatem, ratum, ac firmum eſt.* Pet. Fab.

4. *Adriano*] Immo fortaſſe Marco *l. cum Senatus* 20. *de reb. dub.* Cujac. Niſi ſit, ut Adriani appellatione Pium, utpote ab ipſo adoptatum, ita & Marcum, qui Pio ſucceſſit, intelligamus. Pet. Fab.

5. *Conſtitutum eſt*] Auctore D. Marco Senatus cenſuit, Collegiis, & corporibus, quibus coire licet, recte legari, *l. cum Senatus* 20. *de reb. dub.* Pet. Fab.

6. *Dum tamen*] Hoc videtur a Juſtiniano emendari, atque adeo immutari diſerte in tit. *de adempt. leg. Inſt.* ſatis enim eſſe volunt, ſi quovis modo adimatur. Pet. Fab.

7. *Per legem autem Papiam Poppæam*] Id eſt per SCta ad legem Papiam facta. vid. Puga in *Tract. Acad.* 18. *de ceſſ. legator. cap.* 1. § 14.

8. *Legatorum*] Hic locus, aut ego vehementer fallor, exponendus eſt ex *l.* 1. §. *ſi quis ex mortis* 5. *ff. quod legator.* Si temere legata ſolvit heres, antequam Falcidia deduceretur, atque adeo res corporaliter in ſolidum tranſtulerit, deducendæ Falcidiæ gratia repetitionem legatorum non habet; ideoque interdictum ei *quod legatorum* non datur: quod ceſſat in mortis cauſa donatione, quia portio legis Falcidiæ eo jure apud heredem permanet, etſi corporaliter res in ſolidum tranſlatæ fuerint. Denique ita exponendum eſſe hunc locum arbitror, ut heredibus error juris noceat. Quod ſi ideo repetitionem legatæ pecuniæ habere credunt, quod imperitia lapſi legis Falcidiæ beneficio uſi non ſunt, ſciant ignorantiam facti non juris prodeſſe, nec ſtultis ſolere ſuccurri, ſed errantibus, *l. regula* §. *ult. de jur. & fact. ign.* Pet. Fab.

9. *Repetitio eſt*] Sic edidi abſque negatione ex MS. Aured. Meerman.

10. *Et ſimilia*] Ut *Mando*; *l. cum pater* 77. §. *Mando* 24. *ff. de legat.* 2. Pet. Fab.

fecerint: nam inteſtatus quis moriturus fideicommiſſum relinquere poteſt.

§. 5. Res per fideicommiſſum relinqui posſunt, quæ etiam per damnationem legari poſſunt.

§. 6. Fideicommiſſa dari poſſunt his, [1] quibus legari poteſt.

§. 7. Latini [2] Juniani fideicommiſſum capere poſſunt, licet legatum capere non poſſint.

§. 8. Fideicommiſſum & ante heredis inſtitutionem, & poſt mortem heredis, & codicillis etiam non confirmatis teſtamento, dari poteſt, licet legari non poſſit.

§. 9. Item Græce fideicommiſſum ſcriptum valet; licet legatum Græce ſcriptum non valeat.

§. 10. Filio, qui in poteſtate eſt, ſervove, heredibus inſtitutis, ſeu ſi his legatum ſit, patris, vel domini fidei committi poteſt; quamvis ab eo legari non poſſit.

§. 11. Qui teſtamento heres inſtitutus eſt, [3] codicillis etiam non confirmatis rogari poteſt, vel ut hereditatem totam, vel ex parte alii reſtituat: quamvis directo heres inſtitui ne quidem confirmatis codicillis poſſit.

§. 12. Fideicommiſſa non per formulam petuntur, [4] ut legata: ſed cognitio eſt [5] Romæ quidem [6] Conſulum, aut Prætoris, qui [7] Fideicommiſſarius vocatur: in provinciis vero [8] Præſidum provinciarum.

§. 13. Pœnæ cauſa certæ, vel incertæ perſonæ ne quidem fideicommiſſa dati poſſunt.

§. 14. [9] Is, qui rogatus eſt alii reſtituere hereditatem, lege quidem Falcidia locum non habente, quoniam non plus, puta, quam dodrantem reſtituere rogatus eſt, ex Trebelliano SCto reſtituit, ut ei, & in eum dentur actiones, cui reſtituta eſt hereditas. Lege autem Falcidia interveniente, quoniam plus quam dodrantem, vel etiam totam hereditatem reſtituere rogatus ſit, ex Pegaſiano SCto reſtituit: [10] vel deducta parte quarta, ipſe, qui ſcriptus eſt heres, hereditatem reſtituat, & in ipſum actiones conſerventur: is autem, qui recepit hereditatem, legatarii loco habeatur.

§. 15. Ex Pegaſiano SCto reſtituta hereditate, commoda, & incommoda hereditatis communicantur inter heredem, & eum, cui reliquæ partes reſtitutæ ſunt, interpoſitis ſtipulationibus, ad exemplum partis & pro parte ſtipulationum. Partis autem & pro parte ſtipulationes proprie dicuntur, quæ de lucro & damno communicando ſolent interponi inter heredem & legatarium partiarium, id eſt, cum quo partitus eſt heres.

§. 16. Si heres damnoſam hereditatem dicat, cogetur a Prætore adire, & reſtituere totam: ita ut ei, & in eum, qui recipit hereditatem, actiones dentur, perinde atque ſi ex Trebelliano SCto reſtituta fuiſſet: idque ut ita fiat, Pegaſiano SCto cautum eſt.

§. 17. [11] Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommiſſum reſtituat, nec quadrantem eum deducere Senatus cenſuit: nec caducum vindicare ex eo teſtamento, [12] ſi liberos habeat.

§. 18. Libertas dari poteſt per fideicommiſſum.

TITULUS XXVI.

De Legitimis Heredibus.

§. 1. Inteſtatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad ſuos heredes, id eſt, liberos, qui in poteſtate ſunt, cæteroſque, qui in liberorum loco ſunt. Si ſui heredes non ſunt, ad conſanguineos, id eſt, fratres, & ſorores ex eodem patre. Si nec hi ſunt, ad reliquos adgnatos proximos, id eſt,

1. *Quibus legari poteſt*] Sed & aliis, ut ſequitur. Pet. Fab.

2. *Juniani*] Nam de Colonariis non dubitatur, qui omnia, quæ ſunt ex jure gentium, habent. Pet. Fab.

3. *Codicillis*] Ex ſimiliter non jure facto teſtamento fideicommiſſum nihilominus valere traditur a Papiniano in *l. peto* 69. §. *mater* 2. *ff. de legat.* 2. Quod ſic accipiendum tamen, ſi ab inteſtato ſuccedentes rogati probentur: alioqui contra, ut diſerte traditur in *l. ex imperfecto teſtamento* 3. *C. de teſtam.* ubi vide Gothofredum. Pet. Fab.

4. *Ut legata*] Quæ petuntur per vindicationem *l. quæ de tota*. §. *ult. de rei vind.* Pet. Fab.

5. *Romæ*] Quaſi dicat non Judicis, ſed Magiſtratus. Pet. Fab.

6. *Conſulum*] Quid eſt quod ait Conſulum, vel Prætoris Romæ cognitionem eſſe de fideicommiſſis? Quintilianus *lib.* 3. *cap* 8. *Ita non eſt in translatione quæſtio, ſed in eo, propter quod transferuntur. Non debes apud Prætorem petere fideicommiſſum, ſed apud Conſules: major enim Prætoria cognitione ſumma eſt. Quæritur, an major ſumma ſit: facti controverſia eſt.* Sed quanta ſumma eſſet, de qua Prætor poſſet cognoſcere, neſcimus. Id quidem ex reſponſo Celſi colligimus in *l. Pater* 29. *de legat.* 2. Sane Juſtinianus in *tit. de fideicomm. heredit.* ait, Auguſtum initio juſſiſſe Conſulibus auctoritatem ſuam interponere ſuper fideicommiſſis, & paulatim id converſum in aſſiduam juriſdictionem: tantumque fideicommiſſorum favorem factum, ut paulatim etiam Prætor proprius crearetur, qui de fideicommiſſis jus diceret, quem fideicommiſſarium appellabant: quod tamen e ſuperioribus locis ita explicandum, ut non de majoribus fideicommiſſis, ſed intra certam ſummam Prætor cognoſceret: præterea uti fideicommiſſum adjudicando non dominum, ſed poſſeſſorem faceret *l. qui uſumfr.* 3. *ff. ſi uſus, vel uſ. pet.* ut ſcripſi ad Cujacii notas *ſupr. in tit.* 19. *de Dominiis in fin.* Ad quæ poſſis referre *poſſidendi* verbum, quo de uſusfructus fideicommiſſo agens Scævola uſus eſt in *l. uxori* 27. *ff. de uſu & uſufr. leg.* & item, quo Cajus in *l. ſi quis uſumfructum* 29. *eod tit.* legatario uſusfructus, qui oneratus ſit ejus reſtitutione, adquiſitum ipſo jure uſumfructum, ſed Prætorem juriſdictione ſua debere tueri fideicommiſſarium. Pet. Fab.

7. *Fideicommiſſarius*] Actio tamen ex fideicommiſſi cauſa competere dicitur in *l. cum quis decedens* 37. §. *nuptura* 4. *ff. de legat.* 3. ſed improprie, nam verius eſt fideicommiſſorum extraordinarias perſecutiones non habere juris ordinarii executionem. *l. pecunia* 178. *ff. de V. S.* Ergo Judex, qui de fideicommiſſo cognoſcere debet. *l. voluntatis* 7. *C. de fideicomm.* non pedaneus Judex, ſed Magiſtratus accipiendus eſt, Conſul, aut Prætor Romæ, in Provincia Præſes, aut Proconſul, ut ſcripſi *ſupr. proxime.* Pet. Fab.

8. *Præſidum Provinciarum*] Hoc ex edicto D. Claudii, de quo ſic Suetonius in *Claudio cap.* 23. *Juriſdictionem de fideicommiſſis quotannis, & tantum in Urbe delegari Magiſtratibus ſolitam, in perpetuum, atque etiam per provincias Poteſtatibus demandavit*: Pomponius quoque *l.* 2. *de Or. Jur.* ait, a D. Claudio duos Prætores adjectos, qui de fideicommiſſis jus dicerent. Pet. Fab.

9. *Is, qui rogatus eſt*] Ad illuſtrationem hujus §. vid. Gull. Maranus in *Paratitl. Dig. tit. ad S. C. Trebell.* *pag.* 340.

10. *Vel deducta*] *Ut* legit Cujacius. Pet. Fab. Particulam *vel* hic defendit Oteyza & Olano in *Paralipom. jur. lib.* 4. *cap.* 3. § 23.

11. *Si quis in fraudem*] Ad hunc §. vid. Ramos *lib.* 4. *ad legg. Jul. & Pap. reliq.* 40.

12. *Si liberos habeat*] Vid. ad hæc verba Ramos *dict. lib.* 4. *reliq.* 37. *num.* 4.

eſt, cognatos [1] virilis ſexus, per mares deſcendentes, ejuſdem familiæ: id enim cautum eſt lege duodecim Tabularum, [2] *Ac ſi inteſtatus moritur, cui ſuus heres nec exſtabit: adgnatus proximus familiam habeto.*

* Si adgnatus deſuncti non ſit, eadem lex duodecim Tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis, *Si gnatus neſcit, gentiles familiam heres hanc.* (*Si adgnatus nec eſcit, gentilis familiam heres nancitor*, putat legendum J. Gothofredus) Nec gentilitia jura in uſu ſunt. *Ex Collat. Moſaicar. & Romanar. legg. tit. ult.*

§. 2. [3] Si ex defuncto ſit filius, & ex altero filio mortuo jam nepos unus, vel etiam plures, ad omnes hereditas pertinet, non ut in capita dividatur, ſed ut in ſtirpes, id eſt, ut filius ſolus mediam partem habeat, & nepotes, quotquot ſunt, alteram dimidiam: æquum eſt enim nepotes patris ſui loco ſuccedere, & eam partem habere, quam pater eorum, ſi viveret, habiturus eſſet.

§. 3. Quamdiu ſuus heres ſperatur heres fieri poſſe, tamdiu locus adgnatis non eſt: velut ſi uxor defuncti prægnans ſit, aut filius apud hoſtes ſit.

§. 4. Adgnatorum hereditates dividuntur in capita: veluti ſi ſit fratris filius, & alterius fratris duo pluresve liberi, quotquot ſunt ab utraque parte perſonæ, tot fiunt portiones, ut ſinguli ſingulas capiant.

§. 5. Si plures eodem gradu ſunt adgnati, & quidam eorum hereditatem ad ſe pertinere noluerint, vel antequam adierint, deceſſerint, eorum pars adcreſcit his, qui adierint. Quod ſi nemo eorum adierit, ad inſequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur: quoniam in legitimis hereditatibus ſucceſſio non eſt.

§. 6. Ad fœminas ultra conſanguineorum gradum legitima hereditas [4] non pertinet: itaque ſoror fratri, ſororive legitima [5] heres ſit.

§. 7. Ad liberos matris inteſtatæ hereditas ex lege XII. Tab. non pertinebat: quia fœminæ ſuos heredes [6] non habent: ſed poſtea Impp. Antonini & Commodi oratione in Senatu recitata id actum eſt, ut [7] ſine in manu conventione, matrum legitimæ hereditates ad filios pertineant, excluſis conſanguineis, & reliquis adgnatis.

§. 8. Inteſtati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim Tabularum non pertinet: ſed ſi jus liberorum habeat, ingenua trium, libertina quatuor, legitima heres ſit ex SCto Tertulliano: ſi tamen ei filio neque ſuus heres ſit, quive inter ſuos heredes ad bonorum poſſeſſionem a Prætore vocatur: neque pater, ad quem lege hereditas, bonorumve poſſeſſio eum re pertinet, neque frater conſanguineus. Quod ſi ſoror conſanguinea ſit, ad utraſque pertinere jubetur hereditas.

T I T U L U S XXVII.

De Libertorum Succeſſionibus, vel Bonis.

§. 1. Libertorum inteſtatorum hereditas primum ad ſuos heredes pertinet: deinde ad eos, quorum liberti ſunt, velut patronum, patronam, liberoſve patroni.

§. 2. Si ſit patronus, & alterius patroni filius, ad ſolum patronum hereditas pertinet.

§. 3. Item patroni filius patroni nepotibus obſtat.

§. 4. Ad liberos patronorum hereditas defuncti pertinet, ut in capita, non in ſtirpes dividatur.

§. 5. Legitimæ hereditatis jus, quod ex lege duodecim Tabularum deſcendit, capitis minutione amittitur.

T I T U L U S XXVIII.

De Poſſeſſionibus dandis.

§ 1. Bonorum poſſeſſio datur aut contra tabulas teſtamenti, [8] aut juxta tabulas, aut inteſtati.

§. 2.

1. *Virilis ſexus*] Cur virilis ſexus? Nempe propter legem Voconiam, quæ repellit cæteras adgnatas a ſucceſſione adgnatorum; ſolas ſorores admitti. Cæterum fœminis ex latere per mares conjunctis adgnati jure legitimo ſuccedunt. Vide Paulum §. *fœmina tit.* 8. *lib.* 4. *ſent.* PET. FAB.

2. *Ac ſi*] Malim, *ut ſi inteſtato.* PET. FAB.

3. *Si ex defuncto ſit filius, & ex altero filio mortuo jam nepos unus*] Ita edidi ex utraque Charondæ editione, & ſic legendum ſenſus ipſe poſtulat. MEERMAN.

4. *Non pertinet*] Idque Jure Civili, vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex XII. Tab. nulla diſcretione ſexus adgnatos admittit. Paulus *tit.* 8. *lib.* 4 *ſent.* PET. FAB.

5. *Heres ſit*] Hinc Iſidorus *lib.* 9. *etymol. cap* 6. *Soror*, inquit, *eſt ex eodem ſemine dicta, quod ſola cum fratribus in ſorte adgnationis habeatur.* PET. FAB.

6. *Non habent*] *L. nulla* 13. *ff. de ſuis & leg. her.* PET. FAB.

7. *Sine in manu conventione*] Etiam ſi vulgo quæſiti ſunt liberi. CUJAC. Hoc in *l.* 1. §. *ſed & vulgo* 2. *ff. ad S. C. Tertull.* traditur. Sed vereor, ut hæc verba non eo pertineant, ſed potius ad jus antiquum reſpiciant, ex quo mulier, quæ in manum viri convenerat, in ejus erat poteſtate ac mancipio, liberamque teſtamenti factionem non habebat. Sed & ei maritus ab inteſtato ſuccedebat, ut filiafamilias. Movet me quod Ulpianus ſimpliciter ait, *ut ſine in manu conventione, matrum*, non ait, *ut etiam ſine in manu conventione matrum*: quaſi ſenſerit Ulpianus, orationem Imperatorum eas tantummodo matres familias apprehendiſſe, quæ uſu uxores eſſent, non quæ in manum viri coëmptione conveniſſent: vel fortaſſe non dicit, quoniam ſi in manum conventio interceſſerit, maritus, qui uxorem habet in poteſtate ac mancipio, ejus mortuæ bona jure peculii, quaſi ſua occupat, & filio præfertur. Deficiente autem marito, in cujus manum uxor convenerat, puta mortuo, ſi poſtea decedat uxor, quæ in viri familia eſt, ei ſuccedent ex jure antiquo liberi non ſoli, neque liberorum jure, ſed quaſi conſanguinei, & cum aliis conſanguineis, ut puta cum adoptivis fratribus, vel ex priore matrimonio conceptis, quo caſu excluderentur a ſucceſſione legitima fratres naturales, & legitimi ejus fœminæ, de cujus ſucceſſione agitur. At vero niſi SCtum Tertullianum interveniſſet, iidem non excluderentur a ſucceſſione ſororis, quæ in viri manum conveniſſet, quamvis liberos ex ſe procreatos haberet: atque hoc jure quidem legitimo. Sed neque per Prætorem petita bonorum poſſeſſione liberi ſuccedebant matri ex capite *unde liberi*, excluſis ejus conſanguineis, verum poſt conſanguineos ex capite *unde cognati*, ut Juſtinianus docet *initio tit. ad S. C. Tertull.* Hodie etiam jure legitimi bonorum poſſeſſionem habent, propter SCtum Tertullianum, & SCtum Orphitianum. PET. FAB.

8. *Aut juxta tabulas, aut inteſtati*] Sic exhibui ad fidem MS. Aured. ſenſu perſpicuo ac veriſſimo, quo modo fere emendaverat hunc locum Guil. Maranus in *Paratitl. Dig. tit. de bonor. poſſ. pag.* 350. Neque enim probabile eſt, Ulpianum tam ambigua, quæque contradictionis ſpeciem involvere videri poſſet, oratione uſum, ut *pro adverſus tabulas* adhibuerit pro *ſecundum tabulas*, maxime quum mox §. 5. disertis verbis voces *bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas.* MEERMAN.

§. 2. Contra tabulas bonorum poſſeſſio datur liberis emancipatis, teſtamento præteritis, licet legitima ad eos noo pertineat hereditas.

§. 3. Bonorum poſſeſſio cootra tabulas liberis, tam naturalibus, quam adoptivis datur: ſed naturalibus quidem emancipatis: non tamen & illis, qui in adoptiva familia ſunt: adoptivis autem his tantum, qui in poteſtate manſerunt.

§. 4. Emancipatis liberis ex Edicto datur bonorum poſſeſſio, ſi [1] parati ſunt cavere fratribus ſuis, qui in poteſtate manſeruot, bona, quæ moriente patre habuerunt, ſe collaturos.

§. 5. Secundum tabulas bonorum poſſeſſio datur ſcriptis heredibus, ſcilicet, ſi eorum, quibus contra tabulas competit, nemo ſit, aut petere nolint.

6. [2] Etiamſi jure civili non valeat teſtamentum, forte quod familiæ mancipatio, vel nuncupatio defuit, ſi ſignatum teſtameotum ſit, non minus quam ſeptem teſtium civium Romanorum ſignis, bonorum poſſeſſio datur.

§. 7. Inteſtati datur bonorum poſſeſſio per ſeptem gradus: primo gradu liberis: ſecundo legitimis heredibus: tertio proximis cognatis: quarto [3] familiæ patroni: quinto patrono, patrooæ; item liberis patroni, patronæve: ſexto viro, uxori: ſeptimo cognatis manumiſſoris, quibus per legem Furiam plus mille aſſes capere licet. Si nemo ſit, ad quem bonorum poſſeſſio pertinere poſſit, aut ſit quidem, ſed jus ſuum omiſerit, populo bona deferuotur [4] ex lege Julia caducaria.

§. 8. Liberis bonorum poſſeſſio datur, tam his, qui [5] in poteſtate usque in mortis tempus fuerunt, quam [6] emancipatis: item adoptivis, non tamen etiam in adoptionem datis.

§. 9. Proximi cognati bonorum poſſeſſionem accipiunt, noo ſolum per fœminini ſexus perſonam cognati, ſed etiam adgnati capite deminuti: oam, licet legitimum jus adgnationis capitis minutione amiſerint, natura tamen cognati manent.

§. 10. Bonorum poſſeſſio datur parentibus, & liberis intra annum, ex quo petere potuerunt: cæteris intra centum dies.

§. 11. Qui omnes intra id tempus ſi non petieriot, ad bonorum poſſeſſionem ſequens gradus admittitur, perinde ac ſi ſuperiores non eſſent: idque per ſeptem gradus fit.

§. 12. Hi, quibus ex Succeſſorio Edicto bonorum poſſeſſio datur, heredes quidem non ſunt, ſed heredis loco conſtituuntur, beneficio Prætoris. Ideoque ſeu ipſi agant, ſeu cum his agatur, fictitiis actionibus opus eſt, in quibus heredes eſſe fiogumtur.

§. 13. Bonorum poſſeſſio aut cum re datur, aut ſine re: cum re, ſi is, qui accepit, cum effectu bona retineat: [7] ſine re, cum alius jure civili evincere hereditatem poſſit: veluti, ſi ſuus heres inteſtato ſit, bonorum poſſeſſio ſine re eſt, cum ſuus heres evincere hereditatem jure legitimo poſſit.

TITULUS XXIX.

De Bonis Libertorum.

§. 1. Civis Romani liberti hereditatem lex duodecim Tabularum patrono defert, ſi inteſtato ſine ſuo herede libertus deceſſerit: ideoque, ſive teſtamento facto decedat, licet ſuus heres ei non ſit; ſeu inteſtato, & ſuus heres ei ſit, quamvis non naturalis; ſed uxor, puta, quæ in maou fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil præſtat: ſed ex Edicto Prætoris, ſi teſtamento facto libertus moriatur, aut ut nihil, aut mious quam partem dimidiam bonorum patrono relinquat, con-

1. *Parati*] Paulus ait, antequam bonorum poſſeſſionem petant, cavere de conferendo debere cum ſatisdatione. *tit.* 10. *lib.* 5. *ſent.* Julianus tamen ait, Prætorem non ſub conditione collationis bonorum poſſeſſionem contra tabulas promiſiſſe, ſed demonſtraſſe, quid data bonorum poſſeſſione fieri oporteat. *l.* 3. *in princ. ff. de collat. bonor.* Pet. Fab.

2. *Etiamſi jure civil*] Conſentit Quintilianus in *declam.* 308. *Non dixerim ego teſtamentum, cui numerus* ſignatorum deeſt; *non dixerim teſtamentum, cui libripens, & emptor familiæ, & cætera juri neceſſaria.* Meerman.

3. *Familiæ patroni*] Id eſt, adgnatis patroni. Cujac. Hoc reprehenditur ab Hotomano *inſt. tit. de bon. poſſeſſ.* Pet. Fab.

4. *Ex lege Julia caducaria*] Vid. Ramos *lib.* 4 *ad legg. Jul. & Pap. reliq.* 39. *junct. reliq.* 36. *num.* 2.

5. *In poteſtate*] Sic edidi pro *in poteſtatem* ex utraque Edit. Charondæ. Meerman.

6. *Emancipatis*] Adde, vel Civitate donatis; nam & libro veteri, quem Pithœus excudi jubet, & cujus initium incipit, *Lex Dei*, in quo Veterum JCtorum fragmenta quædam proponuntur, ita ſcriptum legimus: *Suis Prætor ſolet emancipatos liberos, itemque Civitate donatos* (ſic enim lego, non *Civitatem donatus*) *conjungere data bonorum poſſeſſione.* Sed quæres, qui ſunt hi civitate donati? Nempe Latinus civitatem conſequitur, qui uxorem liberorom quærendorum cauſa teſtatione interpoſita duxerit, & anniculo nato, natave tam ipſe, quam uxor, & qui natus eſt, civitatem conſequuntur, §. *liberis tit.* 3. Sed neque uxor in manum viri, nec filius in poteſtatem patris idcirco venit: nec Latino civitatem conſecuto filius ſuus fit heres. Idemque eſt cum beneficio Principali Latinus civitatem Romanam accipit, ſi ab Imperatore jus Quiritium impetraverit. §. *beneficia tit.* 3. *de Latinis.* Nam & ſi ſibi itemque liberis ſuis jus Quiritium impetraverit, non per hoc tamen ſuos heredes habet in peregrinitate ſuſceptos, niſi beneficio Principis nominatim comprehenſum ſit, ut liberos in poteſtate habeat. Ergo Plinius ad Trajanum ſcribit, ut Chryſippo Mithridatis, Uxoriſque Chryſippi Stratonicæ Epigoni, item liberis ejuſdem Chryſippi Epigono, & Mithridati civitatem tribuat, *ita ut ſint in patris poteſtate, utque iis in liberos ſervetur jus patronorum, epiſt. lib.* 10. *pag.* 260. ubi legendum eſt *libertos*, non *liberos*. Reliqua vide ad Paulum 4. *ſent. tit.* 10. Sed forſitan quod dixi, Latinos non habere in poteſtate liberos, quorum quærendorum cauſa uxorem duxerint, verum non eſt, & opinio contraria verior videtur, præſertim cum & ſi qui civis per errorem Latinam duxerit, vel ſi quæ civis Latino nupſerit per errorem, & ipſi cives ſint, & liberos ex ea conjunctione natos in poteſtate habeant § *ult. tit.* 7. *ſupr.* Sane Trajani temporibus qui per Latium beneficio Principis in civitatem veniſſent, & jura cognationum, & ut eſſent in parentum poteſtate, ipſos impetrare oportuit: nam quod a Plinio in Trajani Panegyrico traditur, jura cognationum liberis, & parentibus, atque aliis fuiſſe tradita, hoc eo pertinet, ut ſine onere vigeſimæ teſtamentariam hereditatem caperent, ut ſcripſi ad Paulum *tit.* 10. *lib.* 4. *ſentent.* Illud profecto conſtat ex Edicto Trajani, ſi quis invito, vel ignorante patrono, ad civitatem Romanam beneficio Principis perveniſſet, cum vixiſſe quidem ut civem, ſed morientem pro Latino habitum fuiſſe, §. *ult. Inſt. de ſucceſſ. libert.* atque adeo ſuos nullos heredes reliquiſſe, nec ſucceſſiones legitimas ullas habuiſſe, cum, Latini morerentur, ut ſervi, & patroni eorum bona jure quodam peculii occuparent. Pet. Fab.

7. *Sine re*] Quæ ſine effectu dicitur in *l. quod vulgo* 19. *in fin. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Inde effectus ſucceſſionis ei auferri dicitur, cui bona, & res adimuntur. *l. cum fratrem C. de his, quib. ut indign.* Sine re, id eſt, ſine veritate. Suetonius *de clar. Rhetorib.* Pet. Fab.

Digitized by Google

contra tabulas teſtamenti partis dimidiæ bonorum poſſeſſio illi datur; niſi libertus aliquem ex naturalibus liberis [1] ſucceſſorem ſibi relinquat: ſive inteſtato decedat, & uxorem forte in manum, vel adoptivum filium relinquat, æque partis mediæ bonorum poſſeſſio contra ſuos heredes patrono datur.

§. 2. In bonis libertæ patrono [2] nihil juris ex Edicto datur: itaque ſi inteſtata moriatur liberta, ſemper ad eum hereditas pertinet, [3] licet liberi ſint libertæ, quoniam non ſunt ſui heredes matri.

§. 3. [4] Obſtat patrono hic lex Papia Poppæa. Poſtea libertas quatuor liberorum jure tutela patronorum liberavit: & eum intulerit, jam poſſe eas [5] ſine auctoritate patronorum teſtari, proſpexit, ut [6] pro numero liberorum libertæ ſuperſtitum virilis pars patrono debeatur.

§. 4. Liberi patroni virilis ſexus eadem jura in bonis libertorum parentum ſoorum habent, quæ & ipſe patronus. Fœminæ vero ex lege quidem duodecim Tabularum perinde jus habent, atque maſculi patronorum liberi.

§. 5. Contra tabulas autem teſtamenti liberti, aut ab inteſtato contra ſuos heredes non naturalis bonorum poſſeſſio eis oon competit. Sed ſi jus trium liberorum habuerunt, etiam hæc jura [7] ex lege Papia Poppæa nanciſcuntur.

§. 6. Patronæ ex bonis libertorum illud jus tantum habent, qood lex duodecim Tabularum introduxit. [8] Sed poſtea lex Papia patronæ ingenuæ duobus liberis honoratæ, libertinæ tribus, id juris dedit, quod patronus habet ex Edicto.

§. 7. [9] Item liberis ingenoæ trium liberorum jure honoratæ eadem lex id jus dedit, quod ipſi patronæ tribuit.

EX TITULO

* *De Injuriis.*

§. 1. Injuria, ſiquidem atrox, i. gravis rerum, non ſine judicis arbitrio æſtimatur. Atrocem autem æſtimare ſolere Prætorem: idque colligi ex facto, ut puta, ſi verberatus, vel vulneratus fuerit. *Ex Collat. Moſ. & Rom. Legum tit. 2.*

EX TITULO

* *De Actionibus.*

§. 1. Actionum genera ſunt duo: in rem, quæ dicitur vindicatio: in perſonam, quæ condictio appellatur. In rem actio eſt, per quam rem noſtram, quæ ab alio poſſidetur, petimus: & ſemper adverſus eum eſt, qui rem poſſidet. In perſonam actio eſt, qua cum eo agimus, qui obligatus eſt nobis ad faciendum aliquid, vel dandum: & ſemper adverſus eundem locum habet.

§. 2. Actionum autem quædam ex contractu, quædam ex facto, quædam in factum ſunt. Ex cootractu actio eſt, quotiens quis ſui lucri cauſa cum aliquo contrahit, veluti emendo, vendendo, locando, cooducendo, & cæteris ſimilibus. Ex facto actio eſt, quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipſe admiſit: veluti furtum, vel injuriam commiſit, vel damoum dedit. In factum actio dicitur, qualis eſt (exempli gratia) actio, quæ datur patrono adverſus libertum, a quo contra Edictum Prætoris in jus vocatus eſt.

§. 3. Omnes autem actiones aut civiles dicuntur, aut honorariæ. *Lex eſt 25. ff. de oblig. & action.*

1. *Succeſſorem*] Etiam ex modica parte *l. 6. ff. de bon. libert.* Pet. Fab.

2. *Nihil juris*] Id eſt, nihil novi juris Prætor circa ſucceſſionem libertarum introduxit. Sane Prætor non eſt denegaturus patrono bonorum poſſeſſionem *unde legitimi. l. 2. §. hæc autem 2. & §. ult. ff. unde legit.* Pet. Fab.

3. *Licet liberi ſint libertæ, quoniam non ſunt ſui heredes matri*] Hæc cum præcedentibus connexi, & a verbis §. ſequentis divulſi, auctoritate utriusque Editionis Charondæ. Meerman.

4. *Obſtat patrono hic lex Papia Poppæa*] Ita edidi ad fidem MS. Auredan. ſenſusque erit perfectus, ſi poſt *Poppæa* addas *quæ*, & leges, *quæ poſtea libertas quatuor liberorum jure tutela patronorum liberavit.* Cæterum ad hunc §. confer Ramos *lib. 4. ad Legg. Jul. & Pap. Reliq.* 13. Meerman.

5. *Sine auctoritate Patronorum*] Quæro, an liberta major quinquaginta annis ſine auctoritate Patroni libere teſtari poſſit? Nam ejus ætatis liberta operas patrono præſtare non cogebatur *l. 35. de oper. libert.* tum vero Papinianus ait, libertum, qui operarum obligatione dimiſſus ſit, liberam quoque ita teſtamenti factionem adſecutum *l. 4. eod. tit. l. 4. C. eod.* Sed aliud forſan eſt, habere liberam teſtamenti factionem, aliud poſſe ſine patroni, utpote tutoris, auctoritate teſtari: quod olim non licuiſſe mulieribus, etiam puberibus, oſtendit Cicero in *Topic. & lib. 7. epiſt. ad Trebat.* & Boëthius in *Topic. Cicer.* & Livius *lib.* 39. Ergo liberta quatuor liberis, aut quatuor liberorum jure honorata perinde teſtamentum facere poteſt, ſine auctoritate patroni ejusdemque tutoris, ut ingenua tribus liberis, aut trium liberorum jure honorata, cui Veſtalis comparatur hac in re, ut eſt apud Plutarch. in *Numa.* Pet. Fab.

6. *Pro numero liberorum*] Ab inteſtato igitur, non ut ex lege XII. Tab. ita & lege Papia libertæ liberos habenti patronus in ſolidum ſuccedat, ſed pro parte virili; ex teſtamento arbitror patronum incluſum in liberis a liberta inſtitutis. Pet. Fab.

7. *Ex Lege Papia Poppæa*] Vid. Ramos *dict. lib. 4. Reliq.* 14. *num.* 1.

8. *Sed poſtea lex Papia*] Conf. Ramos *eod. lib. 4. Reliq.* 15. *num.* 1.

9. *Item liberis*] Jung. idem Ramos *dict. lib. 4. Reliq.* 16. *num.* 1.

TITULORUM EX CORPORE ULPIANI

F I N I S.

GABRIELIS CATIANI,

B R I X I A N I,

D E

EO QUOD INTEREST,

S Y N T A G M A.

Digitized by Google

ANDREAS ALCIATUS

S. E B. G R Y P H I O

T Y P O G R A P H O

S. D.

GABRIEL Catianus vetuſtiſſimus Auditor meus, præcipuo mihi amore ſemper dilectus fuit, adeo ut in ultimam familiaritatem a me admiſſus, variis nominibus animum erga ſe meum devinxerit, tum ſuavitate morum, tum doctrina, tum juris peritia, atque etiam linguæ Græcæ commercio. Itaque amo eum quam maxime. Quod eò ad te ſcribo, ut ſcias quicquid ei commodaveris, me reum debendi fore. Is libellum compoſuit, DE EO QUOD INTEREST, quem cuperet typis excudi tuis. Rogo te chariſſime Gryphi, ut quod commodo tuo fiat, ei morem gerere non graveris, curesque ut publicum is libellus accipiat, & quam emendatiſſimus exeat in manus ſtudioſorum. Vale. Calend. Majis MDXLI. Nihil aliud eſt quod ſcribam: niſi quod, ſi de hac re a te impetraro, me perpetuo tibi devincies. Vale. Datum Bononiæ, die 12. Julii MDXLI.

ANDREÆ ALCIATO J. C.

CÆS. SENATORI, ET COMITI PALATINO,

GABRIEL CATIANUS

S. P. D.

LIBRUM DE EO QUOD INTEREST, *tum cæterarum rerum cauſa tibi dicamus, tum præſertim duabus: quarum altera eſt, quod te principe hæc ſtudia ingreſſi ſumus, & in iis adhuc te ducem habemus, donec ea exequar usque ad extremum. Altera vero, quæ etiam me impulit, ut hoc argumentum explicarem, in eo eſt, ut ſcirent omnes, quam eſſet mihi* APPIANI, *civis mei, grata memoria, quia, cum hac de re tuus ad illum extet liber, videor, dum hanc rem tracto, deſiderium lenire, quod ille, poſtquam extinctus eſt, nobis reliquit. Itaque tanquam Deo, & bene de civibus Brixianis, atque de me optime merito, primos meorum ſtudiorum fructus tibi decerpſimus. De hoc autem a nobis ſuſcepto opere, quod ſtudioſis utile futurum putamus, tantum tibi polliceri & affirmare poſſum, me multa Doctorum noſtrorum menda correxiſſe: & præterquam quod ea, quæ alii perturbato ordine tractarunt, aptis, accommodatisque locis expoſui: præterea* ὧν τε ἔμαθον, καὶ ὧν ἐγὼ ἐξεῦρον, *adeo multa addidi, ut confectio hujus libri expleta omnibus ſuis partibus videri poſſit, niſi forte me mea* φιλαυτία *decepit; quod ſi verum non eſſe intellexero, animum promptum, & alacrem ad hæc ſtudia proſequenda ſuſcipiam. Vale. D. Bononiæ, Pridie Calend. Mart.* MDXLI.

GABRIELIS CATIANI,

B R I X I E N S I S,

D E

EO QUOD INTEREST,

S Y N T A G M A.

C A P U T P R I M U M.

De lata ſignificatione ejus quod intereſt.

Emolumenta, & detrimenta, quæ Græci ὠφελήματα, & βλάμματα appellant, in id quod intereſt accipiuntur. Detrimenta in damnis verſantur, & in diminutione rerum, quæ noſtræ ſunt [1]: nam ſi quis re aliena uti juſte prohibeatur, damnum is non facit [2]: ἐνοχλήματα tamen, hoc eſt, incommoda patitur: idemque eſt, cum lucrum intercipitur; quod & damni, & amiſſionis appellatione continetur [3]. Emolumenta autem, etiam εὐχρηστήματα, quæ commoda ſunt, complectuntur: veluti, ſi quid factum ſit, ſi quidve fieret, id alicui bono futurum ſit: ſive id juſtum eſt, ſive non juſtum: nam etſi putem nihil utile eſſe, niſi quod rectum, honeſtumque ſit: tamen non tam arcte hanc rem in præſentia metimur [4]: ſed potius Hipparchi, non probatam a Platone, ſententiam hac in re ſequentes, putamus lucrum aliud bonum, aliud malum eſſe. Siquidem, inquit ille, Ἄνθρωποι ὑπὸ τῆς ζημίας ζημιοῦνται, καὶ ὑπὸ τοῦ κέρδους τοῦ πονηροῦ. Nec diſtinguimus an de facto, an de datione [5], an de publica re, an de privata tractetur [6]. Nec etiam refert, utrum id quod intereſt peti poſſit, an non poſſit [7]: ſicut, num æſtimationem recipiat, nec ne [8]. Nec denique ad rem magis eſt, ſive ad aliquid agendum nos admittat, ſive jam admiſſos retineat [9], excludatve [10]. Semper enim hæc omnia ab eo quod intereſt generaliter complectuntur: unde & propter voluptatem noſtra intereſt [11], & propter cætera, quæ hujusmodi ſunt [12]. quod & Plautus in *Amphitruone* ait,

Et uti bonis vos, voſtrosque omnes nuntiis
Me afficere voltis, ea afferam, ea nuntiem,
Quæ maxume in rem veſtram communem ſient.

Sane & ejus quod intereſt causa, facilius rerum differentias explicamus [13]. Et hujus verbi hæc eſt multiplex poteſtas. Quid autem hoc in tractatu id verbum valeat, multi non intellexerunt, nemo perfecte: itaque ante omnia hujus nominis vis explicanda eſt. Nec aliquis miretur, nos ita rem iſtam partiri, quoniam cum Pauli ſententia hæc diviſio conſentit [14].

C A P U T S E C U N D U M.

Ejus quod intereſt poteſtas & vis.

Ejus quod intereſt ea eſt natura, ut perſonam habeat, in qua conſiſtere poſſit [1]. Deinde rei eſt habenda ratio, unde damnum provenit, unde & lucri amiſſio [2]. Placuit hac in re lucrum a damno diſtinguere, cujus rei rationem infra explicabimus. Tertio loco id quod intereſt ex facto vim accipit [3]: quod alii ad probationem referunt, quæ hic requiritur, & quæ facti eſt [4]. alii ad obligationem, ſive ea ex contractu, ſive ex maleficio ſit: his haud invitus conſenſerim [5], ut qui ſciam obligationes plerunque facti eſſe [6], nunquam non obligationis cauſſam, quam Hermogenes αἰτίαν appellat [7]. Ego exiſtimarim de eo facto intelligendum eſſe, quod damnum dat, aut lucri cauſſam impedit, vel ſi non fiat id quod fieri debuit, vel ſi id quod faciendum non erat factum fuerit [8], quæ uno nomine factum dicitur [9], cujus appellatione plerunque etiam datio venit [10]. Ad vim ejus quod intereſt addunt aliqui æſtimationem: ſed illa foris aſſumitur, nec ad ſubſtantiam pertinet [11]: quoniam probationem duntaxat concernit, quæ a ſubſtantia multum abeſt [12]. quare damnum quod ex ſuapte natura æſtimari non poteſt [13], aliqua ratione æſtimationem recipiens [14], ad id quod intereſt pro-

1. L. 3. de damn. infect. 2. l. Proculus de damn. infect. 3. l. 2. §. merito ne quid in loco pub. l. ſi ſervum meum in fin. ad l. Aquil. dicam infr. cap. 10. 4. l. itaque fullo de fur. l. 1. de juſt. & jure. 5. l. qui non facit de reg. jur. l. cinnum ſi cer. pet. 6. l. 1. ſol. matr. l. 2. de his qui ſunt sui, vel alien. jur. 7. l. ſi creditori. l. ſi fidejuſſor de leg. 1. l. ſtipulatio §. alteri de verb. obl. 8. l. 1. §. ſed cum liber homo de his qui dejec. 9. l. qui bona §. qui damni de damn. infect. l. ſi conſtante §. fin. ſol. mat. 10. Alciatus in l. ſi ex conventione C. de pact. adde l. omnibus C. de teſt. cap. juravit, ubi Ab. in 2. not. de prob. 11. l. competit quod vi aut clam. dicam infr. cap. 6. in princ. 12. l. pen. ad exhiben. l. ſervus ea de ſer. export. l. ſi venditor ab emptore eod. tit. l. pen. quib. ex cauſ. in poſſ. 13. l. fideicommiſſa §. interdum de leg. 3. l. intereſſe puto de acquir. poſſ. 14. l. ſi liber homo. l. pen. in fin. ad exhibendum.

1. L. quatenus de reg. jur. 2. l. 1. in fin. C. de eo quod intereſt. l. ſi ſervum in fin. ad leg. Aquil. 3. d. l. quatenus. 4. l. idem eris de ſtatu hom. 5. l. ab interdicto de vi & vi arm. 6. l. ſi unus §. pactus de pact. 7. l. juris gentium §. ſed cum nulla de pact. l. 1. de act. & obl. 8. l. 1. de tut. & rat. diſt. l. ſi venditor ab emptore. l. ſi quid de ſerv. export. 9. l. ſi ſervum de verb. obl. l. qui non facit de reg. jur. 10. l. 3. §. dare de uſufr. l. ſi ſtipulatus de uſur. 11. l. ſi ita fidejuſſorem de fidejuſſ. 12. l. duo ſunt de teſt. tut. l. curent de teſtib. 13. l. non eſt in ſingulis de reg. jur. §. 1. 14. l. 1. §. ſed cum liber de his qui dejec.

Digitized by Google

producimus: ſin minus [15], non eſt quod de eo diſputetur, cum non finitas cauſſas leges negligant [16]: vel eas, tanquam ſi Gordianum nodum abrumperent, expediant [17]: idque contra Rhetorum præcepta, quæ has quæſtiones ἀπόρους faciunt [18]. Non igitur damni æſtimatio, ſed damnum eſt id quod intereſt, & id petitur, nempe ut reſarciatur, ne quis exiſtimet, injuriam vel incommodum peti [19]. Affertur & illud, quod juſta cauſſa in eo quod intereſt eſſe debet [20]: verum cauſſa, unde id quod intereſt provenit, inſpicienda eſt, quæ ſi juſta non videtur, nec illud quod inde ſequitur juſtum erit [21]. Poſtremo adjicitur id quod intereſt tale eſſe debere, ut peti poſſit: at ſi in eo inſunt quæ ſupra connumeravimus, ſemper peti poterit, ſi vero ſecundum illas regulas non judicetur, extra hunc tractatum errat [22], veluti cum affectus cauſſa intereſt, niſi ſi in litem juretur [23], & injuriæ judicium conſtitutum ſit [24]. Certe alia cauſſa, quæ petitionem impediret, ut probatio, nihilo magis faciet, ut non interſit, quod ſupra dixi [25]. Hinc dicimus, *id quod intereſt, damnum, vel lucri amiſſionem eſſe* [26], *quæ ex re, vel ejus ratione, ad aliquem, propter alterius factum, pertinent.* an autem ad pœnam referatur alii viderint [27]: ſicut & illud, an in bonis noſtris ſit, ut vendi poſſit [28].

CAPUT TERTIUM.

Pretium & communis æſtimatio ejus quod intereſt appellatione non intelliguntur.

Inde illud ſequitur, ut rei pretium, & communis æſtimatio ſub eo quod intereſt non contineantur: quoniam hæc non ex re, neque extra rem, ſed in re ipſa ſunt [1]: quod Paulus explicat [2], & ſæpius a prudentioribus teſtatum eſt [3]. Ajunt enim, eum, qui promiſit per ſe, heredemque ſuum, non fieri quominus habere liceat, re ab alio evicta, in hoc quod emptoris intereſt non teneri: ut vero rei pretium reſtituat, teneri [4]. Rurſus dicunt: ſi quis prohibeatur in eum locum mortuum inferre, quo jus inferendi ei fuit, actione in factum hunc conſequi poſſe, quod ſua interfuit, ſed illud comprehenſum continere alterius loci pretium [5]: etenim hæc computatio inter ipſas res differentiam agnoſcit [6]; & pretium ab eo quod intereſt diſtinguit [7]. Tradunt etiam, Dominum, cujus ſervus ab alio manumiſſus fuerit, quanti ſua intereſt petere poſſe, niſi pretium elegerit [8]: qua in re Accurſii auctoritas omnes decepit [9], neſcientes propter furtum [10] in id quod intereſt agi poſſe, præterquam cum dominus pretium elegit, quoniam tunc illud remiſſum fuiſſe cenſetur [11]. Quarto diſerte fatentur, in furti actione non quod intereſt quadruplari, ſed rei verum pretium [12]: & in actione diſtrahendarum rationum pretium, & rei æſtimationem, non quod intereſt duplicari [13]. Ac denique ſæpius repetunt hæc verba, *quanti eam rem apparet eſſe*, non ad id quod intereſt, ſed ad rei æſtimationem pertinere [14]. Noſtræ huic ſententiæ non contradicit, quod dominii cauſſa etiam illi actio furti defertur, cujus alias non intereſt, niſi ad æſtimationem corporis [15], quoniam non de eo quod vere intereſt id accipitur [16], ſed de utilitate commodoque [17], ſine quibus furti actio non eſt [18]. Nec Ulpiani reſponſum, quod opponitur, probabilius videtur. in eo dicitur, non a judice doli æſtimationem, ex eo quod intereſt fieri, ſed ex eo quod in litem juratur [19]: occurro enim, id exprimere Ulpianum voluiſſe: Prætorem non tam id reſpicere, quod re vera interſit, quam juramentum. Alterum quoque illius reſponſum non obſtat, in quo legimus, id quod intereſt aliquando pretium egredi [20], quoniam rectius a quibusdam probatum eſt a lege hanc ſententiam juvari [21]. Sed cum adhuc multa ſint, quæ obſtant & impediunt, hac diſtinctione a quibusdam ea removentur, ut pretium & communis æſtimatio ad id quod intereſt referantur, ſi non ſingulariter interſit: qua ratione ejus quod intereſt, his figuris coram comparatis, hæc fortior videtur, illa per ſe hic locum habet. Mihi apertiſſime placet a ſuperiori regula non recedere, quibusdam caſibus exceptis, quibus doctorum exquiſita argumenta funditus ſuſtuli. Pretium igitur, & æſtimatio ad id quod intereſt protrahuntur, ſi non ex veritate, & ex ſua ipſius natura, res pendatur, ſed aliquid amplius ad hæc accedat, quod nec vero pretio, nec vera æſtimatione utatur [22]: tunc enim hæc, quia excreſcunt, quod intereſt appellantur [23], cujus generis exempla ſunt lex Aquilia [24], quæ ejus naturæ eſt, ut res æſtimetur, quanti pluris eo anno fuerit [25], vel quanti in diebus triginta proximis erit [26], vel in anno proximo [27]. Huc pertinet cum propter moram augetur æſtimatio [28], vel rei evictæ pretium in altiorem locum venit [29], quoniam id, quod in obligatione erat, non attenditur, ſed quod poſtea acceſſit: id enim plus valet, quam verum pretium ab initio rebus conſtitutum: & hoc caſu defendi poteſt communis ſententia [30]. Tunc quoque hanc arbitror ſequendam, cum pro incerta rei æſtimatione certa ſumma promittitur [31]. Idem ſi quid minoris vendatur, ut aliquid fiat: nam ſi promiſſum non ſervetur, pretium in id quod intereſt venit [32]. Unde ſi de recuperanda pretii parte agatur, re vitioſa vel morboſa empta, nempe ut quanti minoris res empta fuiſſet reſtituatur, non negaverim pretium pro eo quod intereſt accipiendum eſſe [33]. Sed & neceſſaria hæc ſententia videtur, cum actio æſtimatur, veluti cum aliquis in judicio ſiſtendus eſt: nam ſi quis ſpopondit, & committatur ſtipulatio, quanti ea res eſt expendendum erit, id eſt [34], inſtituta actio [35], quæ principiis a re datis excitata, cum re conjuncta eſt: proinde fide neglecta cum ex actione, tum ex re, quinimo ex æſtimatione æſtimatio emergit, & id quod

15. *l. vel negare quemadm. teſt. aper.* 16. *l. ſi Titius de cond. inſt.* 17 *l. ſi Titius de verb. oblig.* 18. *l. qui* 400. *ad leg. Falcid.* 19. *l. de illo in fin. pro ſoc. l. ſi ſervum ad legem Aquil. l. poſt venditionem de aqua pluv. arc.* 20. *l. itaque fullo de furt. l. qui rem §. ſi quis alteri eod. tit.* 21. *l. non dubium C. de legib.* 22. *l. ſi liber homo ad exhib.* dicam *infr.* in *cap.* 6 23. *l. videamus de in lit. jurand.* 24. Bart. in *l. injuriarum* 2. *de injur.* 25. *l. ſi duo de teſtam. tut.* 26. *l. ſi commiſſa rem rat. hab.* Corn. *conſ.* 46. in litera D. in 4. vol. *l. apud Jul. in princ. ad Treb.* 27. Paul. de Caſt. in *l. fin. de eo quod cer. loc. num.* 3. Jaſ. in *l. Titia de verb. oblig. num.* 25. *l.* 4. *§. in eum de damn. infectu.* 28. Freder. de Senis *quæſt.* 303. *col.* 10. *verſic. ad argumentum dico.*

1. *L.* 1. *C. de adil. act.* 2. *l. ſi ſervum verſ. in lege enim ad l. Aquil. l. ſi fundus locati. l.* 3. *in fin. uti poſſidetis.* 3. *l. emptorem §. qui autem de act. empt. l. qui tab. de furt.* 4. *l. liberum de relig. & ſumpt. fun.* 5. *l. eum qui de uſuc.* 6. *l. evicta re de evict. l. ſicut C. de act. empt.* 7. *l.* 1. *C. de his qui a non dom.* 8. *gloſſ. d. l.* 1. 9. *§. nam qui inſtit. de uſucap.* 10. *l. fin. de eo quod cert. loc. l.* 4. *C. depoſiti.* 11. *l. in furti de furtis.* 12. *l.* 1. *§. conſiderandum de tut. & rat. diſtrab.* 13. *l. inter. l. hæc verba de verb. ſignific.* 14. *l. ſi vendidero de furt.* 15. *l. eum qui de furt.* 16. *l. itaque fullo de furt. d. l. ſi vendidero*, ibi, *ſi utilitas mea.* 17. *l. ſi quis uxori in fin. de furt.* 18. *l. non a judice de judiciis.* 19. *l.* 1. *de act. empti.* 20. *l.* 1. *l.* 2. *de in litem jur.* 21. *l. in furt. de furt.* 22. *l. locum §. condemnatio de tab. exb. ubi gloſſ.* 2. 23. *§. ex maleficiis inſtit. de act.* 24. *l.* 2. *ad l. Aquil.* 25. *l. ſi ſervus ſervum §.* 3. *ad legem Aquil.* 26. *l. ita vulneratus ad l. Aquil.* 27. *l. vinum ſi cert. pet.* 28. *l. Titius in fin. de act. empt.* 29. *l. ait lex ad l. Aquil.* 30. *l. fin. de prætor. ſtipul.* 31. *l. ſi venditor ab emptore in fin. de ſerv. export.* 32. *l. Julianus de act. empt. l. Labeo libro de contrab. empt.* 33. *l.* 2. *§. fin. qui ſat. cog. l. quoties §. fin. de verb. obl.* 34. *l. ſive in duplum qui ſatisd. cog.* 35. *l. fin. ſi quis in jus voc.*

quod intereſt appellatur [36], & utilitas [37]. Et ut extremum habeat aliquid oratio mea, concludo his caſibus exceptis, nec rem, nec rei pretium, æſtimationemve appellatione ejus quod intereſt contineri. Idcirco ex facto quandoque reſponſum fuit: ſi quiſpiam alicui caviſſet, amplius nomine ejus quod intereſt quicquam ſe non petiturum, nihilominus illum & rem, & rei pretium, & æſtimationem, & impenſas [38] poſſe petere [39], quod & ego probo [40], quia hæc ſignificatio huic rei proprie tributa accipienda eſt [41]: quam interpretationem & contrahentes ſecutos eſſe vero propius eſt: cui rei convenit quod contrahentium verba ſecundum leges, quæ de ea re loquuntur, interpretanda ſunt [42]: nam (ut Plato inquit) *οὐ παντὸς ἀνδρὸς ὄνομα θέσθαι ἐστὶν, ἀλλά τινος ὀνοματουργοῦ, οὗτος δ' ἐστὶν, ὡς ἔοικεν ὁ νομοθέτης, ὃς δὴ τῶν δημιουργῶν σπανιώτατος ἐν ἀνθρώποις γίγνεται* [43]. unde & heres, qui ſolvere legata promittit, deducta Falcidia promiſiſſe intelligitur [44]: quod etiam receptum eſſe ſcio, ſi proprietas repugnet [45]. Sunt tamen qui diſſentiant, quorum ſententiam veram eſſe arbitror, ſi evidentiſſime appareat, contrahentium mentem generaliter in id quod intereſt accipiendam eſſe [46]. Similiter tunc hac ſententia uterer, cum in aliud non intereſſet, niſi in rem ipſam [47], idque ut verba quæ ad quaſdam res nihil pertinent, ad quaſdam tamen operentur aliquid [48], quod in libello certius eſt [49].

CAPUT QUARTUM.

De Diviſione ejus quod intereſt.

Nunc videamus quas in partes cujusque intereſſe poſſit: non enim dubitarunt plerique, illud genus eſſe, & ad plures differentias induci. Igitur in hoc genere prima ſpecies Communis, altera Singularis, & præcipua dicitur. Id quod intereſt cum ad promiſcua damna, lucraque amiſſa revocatur, primam figuram conſtituit. Commune autem hoc in loco interpretamur, non quod omnibus accidit, ſed quod ſimiliter omnes, atque unus, perpeſſi fuiſſent [1], ſi in eam facti neceſſitatem incidiſſent. Nec juſta contradicendi illa eſt cauſſa, quod in perſona id conſiſtere non poſſit, quoniam id verum non eſt: nihil enim prohibet, quin per perſonam communiter damni lucrique ratio habeatur: nam qui ita natus eſt, ut negligentius in rebus ſuis verſetur, cæteris qui hujus naturæ ſint damni lucrique regulas perſcribet [2], ideoque illa non ex effectu, nec utilitate cujusquam, ſed communiter æſtimabuntur. Sed cum communis æſtimatio id quod ſingulariter intereſt plerunque moderetur [3], & ob hanc cauſſam ab eo videatur eſſe diverſa (quoniam res quæ diſponunt, ab his quæ diſponuntur diſtinguendæ ſunt [4]) cur hanc æſtimationem ei quod intereſt reddimus? Dicunt id ea cauſſa factum eſſe, quia æſtimatio hæc ab eo quod ſeparatim intereſt in ſpecie ſaltem differt, quod hac in re ſatis arbitror [5]. Sed ut concedamus has partes nec ſpecie eſſe differentes, fatendum certe erit, res quæ magnitudine, vel aliqua ſimili cauſſa ſeparantur, diverſas inter ſe actiones conſtituere [6]: atque etiam illas ipſas, ſi altera alteram non contineat. Homo enim ab homine ſpecie non diſtinguitur: alius tamen alium ducit, fert, amat, quæ actiones omnino contrariæ apparent, quod in *Euthyphrone* Plato ſub his verbis docuit, *λέγομέν τι φερόμενον, καὶ φέρον, καὶ ἀγόμενον, καὶ ἄγον καὶ ὁρώμενον, καὶ ὁρῶν, καὶ πάντα τὰ τοιαῦτα μανθάνεις ὅτι ἕτερα ἀλλήλων ἐστὶ, καὶ ᾗ ἕτερα*; ego ſic defendi poſſe Doctores noſtros interpretor, qui cenſuerunt, id quod communiter intereſt alterius fines regere, de qua re habeo ego quid ab ipſis diſſentiam [7]. Altera ſpecies eſt, cum non de communi ſententia, ſed ſpecialiter id quod intereſt penditur, qua in re affectus [8], & certa rei [9], & perſonæ [10] ratio verſantur: vel hæc conjunctim [11]: nam eorum vix ſequimur ſententiam, qui crediderunt affectionis ſolius cauſſa in litem non jurari [12]; cum pœnæ cauſſa rei æſtimatio creſcat [13]. Hæc autem in nullum alium venire poſſunt [14]: ſi enim res aliena alicui vendatur, qui eam, cum vilis eſſet, multorum nummorum faciat, illa evicta is rei pretioſæ jacturam ſingularem patietur, in quam hujus rei alius emptor non incidiſſet [15]. Idem & in re vitioſa, præſertim cum ad multos uſus res procreatas conſtet [16]. Cum igitur ex iis emptionibus damna varie proveniant [17], ſequitur ut hæc propria & ſingularia, non communia ſint: in quam rem ſatis multa ſcribunt juris magiſtri, ſed non ſatis eam explicant. Et utilitatis hæc exempla propoſuiſſe ſufficiat. Affectionis autem ubique multa occurrunt [18]. Ecce ſi mihi liber ſurreptus ſit, in quo quæ ab ipſo acceperam per locos quoſdam memoriæ cuſtodiebam [19] (ſolent enim hi memoriam afferre) in ineunda æſtimatione affectio multum valebit, contra ſi hic alii, quoniam damni diverſa vis eſſet. Nec in contrarium me vocat quorundam ſententia, qui affectionem id quod ſingulariter intereſt non eſſe tradiderunt, quia in emptione affectionis ratio non habetur, & tamen in ea ſpeciale damnum inſpicitur. Deinde quod intereſt animi motus cauſſa nunquam peti poſſe dicunt. Huic rei illud fere ſimile puto, quod in *Euthyphrone* a Platone relatum extat:

> *Ζῆνα δὲ τὸν θ' ἕρξαντα, καὶ ὃς τάδε πάντ' ἐφύτευσεν,*
> *Οὐκ ἐθέλεις εἰπεῖν, ἵνα γὰρ δέος ἔνθα καὶ αἰδώς.*

Sed Plato id verum eſſe negat, quoniam in genere ſpecies non apparet [20]. Sic in propoſito dicendum videtur, ut affectio ejus quod ſpecialiter intereſt ſpecies ſit, & continuo propoſitum genus non ſequatur [21]. Satis etiam illa petitur, cum ob eam cauſam in litem juratur [22]. Cæterum ambigi ſolet, an ſuperiores duæ ſpecies conjungendæ ſint, ut una tantum fiat: qua de re videndum eſt, ne eos imitemur, qui *ἄγαν σπεύδοντες βραδύτερον ἀνύουσι* [23], quo proverbio temere ſpecies conſtituendas non eſſe Plato docet [24]. Negare id verum non eſſe audeo, rerum attributionibus

36. *d. l. quoties §. fin. l.* 1. *§. hac verba ne vis fiat el.* dicam *infr.* in *ſeq. capite.* 37. *clem.* 1. *de reſcr.* 38. Alex. *conſ.* 20. *num.* 6. *lib.* 5. 39. *l. emptorem §. ibidem de act. empti. l. quibus diebus §.* 1. *de cond. & demon.* 40. *l. mortis cauſa capitur de don. cauſ. mor. l. non facile §.* 1. *de grad.* 41. *cap. ex literis de ſpon. in fin.* Butrius *conſ.* 2. *de conſtit.* 42. Plato in *Cratylo. l. ſi quis in fundi de leg.* 1. 43. *l. fin. C. ad l. Falc.* 44. *l quæro locati. l. ſi inſulam de præſc. verb.* 45. Andreas Sic. *conſ.* 42. *col.* 23. *lib.* 1. Cor. *conſ.* 46. *col. pen. lib.* 4. 46. *l. fin. C. quæ res pign. oblig. poſſ. l.* in *conventionibus de verb. oblig.* Dec. *conſil.* 155. 47. *l. ſed & ſi poſſeſſori §.* 1. ubi Bart. *de jurejur. l. ſtipulatio iſta §. hi qui de verb. oblig.* 48. *cap. ſi Papa de privil. in* 6. 49. Bal. *conſ.* 291. *col.* 3. *in primo vol.*

1. *L. ſi ſervum meum ad l. Aquil.* 2. *arg. l. non eſt veriſimile de eo quod met. cauſ.* 3. *l.* 1. *C. de eo quod intereſt*, ubi Doctores. 4. *cap. fin. de inſt. l. fin. de fund. inſtr.* 5. *d l. fin.* 6. *d. l. fin.* 7. *infr. cap.* 11. 8. *l. videamus de in lit. jur.* 9. *l. Titius de act. empt.* 10. *l. ſi navis in fin. de rei vend.* 11. *d. l. videamus. l. in actionib. eod. tit.* 12. *l. non a judice de judiciis. l. qui reſtituere de rei vend. d. l. videamus §. jurare.* 13. *l. cum pater §.* 2. *ad leg. Falc.* 14. Alex. *conſ.* 69. *ad fin. in* 4. *vol.* 15. *d. l. Titius de act. empt.* 16. *l. Julianus de act. empt.* 17. *d. l. Julianus* ibi, *ex emptione.* 18. *l. ſi cui fundus §. fin. de leg.* 2. *l. ſi in emptionem de minor.* 19. *l. peregre*, ibi, *recognoviſſet locum, de acquiren. poſſeſſ.* 20. *l. ſi quid eorum §.* 1. *de leg.* 3. *cap. in præſentia*, ubi Abb. *num.* 8. *de prob.* 21. *d. §.* 1. ubi Bart. ibi, *poſito genere non ponitur ſpecies.* 22 *l. qui reſtituere de rei vend.* 23. *gloſſ. in verbo maturius* in *§. his igitur inſtit. de juſt. & jur.* 24. Plato *de regno.*

nibus (quæ accidentia dicuntur) ſpecies non definiri, ſed ſubſtantia [25]: qua ratione cum id, quod proprie intereſt, quantitate tantum ab eo, quod Commune appellamus, diſtinguatur, hæ ſpecies disjungendæ non ſunt. Sed veterum contraria ſententia ad veritatem videtur propenſior, quoniam hæ figuræ a diverſa origine proveniunt, nempe ab eo quod commune & ſingulare eſt, quæ cauſſa res ſeparat, & varias ſpecies inducit [26]. Plane & hac in re hæc verba recepta ſunt: *Quod intereſt, quanti ea res eſt, quanti æſtimabitur, utilitas.* quæ omnia & communiter & ſingulariter accipiuntur. Et (ut de primo exemplo loquamur) inquit Ulpianus contra illum, qui in judicio ſiſti promiſerit, agendum eſſe in id quod intereſt [27], opinor ad communem æſtimationem [28]: quæ verba & id, quod non eſt in veritate, complectuntur, & ad ſingularem ſpeciem pertinent [29]. Eadem diſtinctione in ſecundo exemplo utimur: nam tanti ea res eſt, quantum veritas ipſa concedit [30], & quanti mea ſpecialiter intereſt [31]. Æſtimatio etiam in vero maxime verſatur, quod ex uſu communi provenit [32]: & propriam alicujus rationem reſpicit [33]. Denique hoc & in utilitate locum habet [34]. Cauſſa quoque ad id quod intereſt refertur, hæcque etiam amplior videtur [35]: item & fructus [36]. Tantum autem abeſt, ut obſtinate hanc ſententiam, quam probabilem fecimus, veram putemus, ut eas partes potius quam ſpecies eſſe exiſtimem, hæ enim inter ſe differunt, quoniam alicujus rei ſpecies ejusdem rei partes ſunt: partes vero in ſpecies non fluunt, unde ait Plato, εἶδος μὲν ὅταν ᾖ του, καὶ μέρος ἀναγκαῖον αὐτὸ εἶναι τοῦ πράγματος, ὅτου περ ἂν εἶδος λέγηται. μέρος δὲ, εἶδος οὐδεμία ἀνάγκη [37]. In has igitur cognitiores id quod intereſt ſecundum veteres diſpartiemur, & de his docebimus [38]. His duabus ſpeciebus tertia accedit, quam Conventam appellant, ea nempe, cum certa ſumma cauſſa ejus quod intereſt promittitur: ut ſi ſtatim ut pretium acceperis rem emptam non tradas, centum præſtes. Quare autem hæc ſpecies inventa fuerit, hæc cauſſa fuit, quod res perdifficilis eſt ad probandum quanti interſit, quod homines pertimeſcentes, quæ fieri ſine difficultate poſſunt complectuntur, & ea ratione certam ſummam ſtipulantur, nam tunc alia probatio quam conventio non exigitur: quia cum contrahentes huic rei conſenſerint, eorum conſenſum lex ſequitur [39], nec minime in odium illius qui moram fecit: quorundam enim opinionibus non rapiar in errorem, qui id omne pœnam eſſe crediderunt, quoniam ab Ulpiano accepi hæc inter ſe multum differre: nam ſocius qui pœnam ſtipulatur, pro ſocio non agit: cum vero pro eo quod intereſt certa ſumma in ſtipulationem ducitur, pro ſocio actioni locus datur, ſicut & cum pluris alicujus intereſt quam in ſtipulatione comprehenſum ſit [40]: qua ratione pœna promiſſa ad id quod amplius intererit actio erit [41], quod noſtro in tractatu non admittitur. Suntque & aliæ differentiæ, quæ in eo capite, in quo hanc ſpeciem explicabimus, facile obſervari poterunt. Et cum hæc ita ſint, neceſſe eſt, ut hæc ſpecies a ſuperioribus ſejuncta ſit, quia & ſi (ut aliqui crediderunt) in alteram ex prædictis figuris facta videatur, tamen per ſe ſtat [42]. Sed ego in neutram converti ſcio, quoniam lex ait, eam quantitatem apponi, ne probationis onus actor ſubeat [43]: quare id tantum attendendum erit, an mora facta ſit. Illud etiam urgere ceſſet, quod Ulpianus ait, quantitatem hac cauſſa promiſſum pro eo quod intereſt accedere [44]. Intelligo Ulpianum de communi æſtimatione quærendum non eſſe, cum fidejuſſor quantitatem adjecit: quod autem illa quantitas in vim illius quod intereſt non valeat, in eo reſponſo nullam mentionem inveni. Tanti igitur ex contrahentium conventione lex illud æſtimat, ſive plus ſit, ſive minus. Diſſitendum tamen non eſt, ſi de his pactionibus ageretur, quæ facile in fraudem trahuntur, priorem ſententiam veriorem eſſe: veluti cum ex natura contractus de uſuris ſuſpicamur [45]: tunc enim, & an interſit, & quanti interſit probandum eſſet, ad quam ſententiam in hujusmodi caſibus frequenter decurſum eſt, qua de re infra [46]. Sequens ejus quod intereſt diviſio ex eo deſcendit, quod aliud ex re, aliud extra rem eſt. Ex re, cum aliquid ex re illa deſcendit, & hanc attingit, igitur circa rem conſiſtit [47], & in re non eſt [48]. Hoc ita, ſi pretium & æſtimatio pro eo quod intereſt non accipiantur [49]. Quod autem extrinſecus intereſt, foris eſt, neque inhæret in rei natura [50], ſed ob eam rem emergit [51]: nam ex re, & propter rem eſſe, non idem valent [52], unde pretium hominis non ex re, ſed extra rem dicitur [53]. Exemplum eſt, cum alicujus rei cauſſa damnum contingit [54], aut lucrum impeditur [55], quod hic obtinet. Sed ut id etiam pateat latius, finge, Equorum par inſigne habebam, ejusdem ſocios oneris, quia alterum occidiſti, ille qui ſupervixit propter mortem alterius tantum pretium non habet, ſicut antea habebat, non perempti equi ſolum æſtimatio facienda erit, verum etiam ejus, quod mea intereſt, illum occiſum non fuiſſe [56]: & ideo recte dicitur idem eſſe, ſi ſervus meus ab alio heres inſtitutus occiſus fuerit [57]: nam etſi hereditas ei ſemper hæreat, atque ideo excepta legis Falcidiæ cauſſa [58], ſervi æſtimatio augeatur [59], quod in his quæ intra rem ſunt locum habet [60]: tamen ſpes & expectatio hereditatis potius, quam res ipſa id totum efficit [61]. Nec me movet, quod aliquando hereditas fructibus æquipollet, qui ex re ſunt [62]: Reſpondeo enim id verum eſſe, ſi ad vim reſpiciamus, nempe ut res reſtituantur, & corrigantur damna, non etiam ſi ad cauſſam: quia lex ait, per ſervum hereditatem obvenire, quod tantum indicat, quantum ſat eſt, ex ſervo hereditatem non deſcendere [63], ſed extra rem eſſe [64].

C A-

25. *l. fin. de fundo inſtr.* 26. *l. 1. §. fin. de conſtit. principum. l. 3. § genera de acquir. poſſ.* 27. *l. fin. ſi quis in jus voc.* 28. *l. 2. §. fin. qui ſatiſd. cog.* 29. *l. pen. de in litem jur.* 30. *l. ſtipulatio §. fin. de oper. nov. nunt. l. hæc verba de verb. ſign. l. ſervum meum ad l. Aquil. l. ſi tutor de in lit. juran.* 31. *l. 4. § in eum de damn. infect. l. 1. §. hæc verba ne vis fiat ei. l. arbitrio de dolo.* 32. *l. ait lex ad l. Aquil. l. ſed & ſocius §. fin. pro ſoc.* 33. *l. libertus qui de bon. lib. l. videamus, juncta l. pen. de in lit. jur.* 34. *l. quoties § fin. de verb. oblig. l. 1. § hæc verba ne vis fiat ei. l. proinde ad l. Aquil. l. 2. §. fin. de eo quod certo loco. l. ſi vendidero de furt.* 35. *l. cum fundus ſi cert. pet. gloſſ. in l. ſed partus* ubi Angel. *quod met. cauſ.* 36. Alexand. in *l. divortio §. ſi vir nam. 9. ſol. matr.* 37. Plato *de Regno. l. ſcapham de evict.* 38. *§ ſed non uſque inſtit. de leg.* 39. *l. fin. de prætor. ſtip. l. procurator ad exhib. §. 2. ff. rem ratam hab.* 40. *l. ſi quis a ſocio cum l. ſeq. pro ſocio.* 41. *l. prædia de act. empti.* 42. *l. jam hoc jure de vulg.* ibi, *tertium quoque genus.* 43. *d. l. fin.* 44. *l. 2. §. fin. qui ſatiſd. cog.* 45. *l. Lucius depoſiti.* 46. *infr. cap. 7.* 47. *l. ſi ſterilis §. cum per venditorem de act. empt. l. 1. eod. tit.* 48. *l. Rutilia Polla de contrab. empt.* 49. Dixi *ſupra cap. 3.* 50. *l. flumen §. vitium de damn. infect.* 51. *l. qui proprio §. procurator ut de procur. l. qui domum locati.* 52. *l. 1. C. ſi ſervus extero. l. eo tempore infect. de pecul.* 53. *a. l. venditor ex hereditate.* ibi, *pretium hominis de hered. vel act. vend.* 54. *l. Julianus de act. empt.* 55. *l. item veniunt §. item non ſolum de pet. her. l. 1. C. loc. l. & tamen §. in hac de ſervo corrupt.* 56. *l. proinde ad leg. Aquil.* 57. *l. inde Neratius ad legem Aquil.* 58. *l. pretia ad legem Falcid.* dicam *infr. cap 9.* 59. *l. pen. de bon. libert.* ibi, *veriore.* 60. vide *ſupra cap. 3.* 61. *l. 1. C. de pact.* 62. *l. venditor de evict.* 63. *l. præterea* ibi, *quæ per eum ſervum de eri vendit.* 64. *l. cum autem §. item ſi legatum cum l. ſeq. de ædil. edict.*

CAPUT QUINTUM.

Quando ei, quod communiter intereſt, locus ſit, & quomodo.

Sed jam has notiones in ſuos locos conjiciamus. & conſtituendum eſt, id quod communiter intereſt percipi, cum conventum, & ſingulare quieſcunt. Res autem ſecundum communem æſtimationem judicantur: hæc vero plerumque ratione temporis excreſcit, quod in præſentia explicaturi ſumus: non enim hic dicam de eo quod certo loco promittitur, eſt alius mihi locus ad hanc rem ſervatus, aptior & ab hoc noſtro ſejunctus. Sed illud prius admonebo, Doctores hanc rem male intellexiſſe, ſi aliqua male unquam intellecta fuit. Principio igitur conſtituam, rerum æſtimationem non augeri, ſed certa tempora ſtatuta eſſe, quæ hac in re obſervanda ſunt, quod ſumma ratione ordinatum eſt: nimirum, cum hi qui ſolutioni moram afferunt extra dolum ſint [1], & ſi culpa negligentiæ teneantur [2]: merito cum mora a delicto longe abſit [3], ſolum pœnis, uſuris, fructibus, periculo rei, aliisque, quæ iis proxima ſunt, non autem accretione æſtimationis enecenda fuit: nec obſtat, quod uſque ad ſententiam quandoque fructus præſtentur [4]: quia hi rei pars cenſentur, æſtimatio vero, variis aucta temporibus, jam a re receſſiſſe videtur. Illud quoque addimus, ad ineundam æſtimationem tempora ſpectanda eſſe, ſive præciſe (ut ajunt, vel ut verba Latine, contrarieque referamus) plene & ſpeciatim res debetur, ſive illius æſtimatio ſolvi poteſt: non enim hoc caſu tantum, ſed nec priori (ut aliqui falſo exiſtimant) a mora uſque ad ſententiam ſerpit æſtimatio. Hoc in medio poſitum eſſe videri poterit, ſi ad illud aliquis animum intendat, quod cum res omnimodo danda eſt [5], certa tempora æſtimationi conſtituta ſunt [6]: ſimiliter atque cum res facienda eſt [7], quo caſu id quod intereſt ſolvi permittitur [8]: quod ad facti æſtimationem referendum eſſe nos infra oſtendemus. Hoc etiam clarius apparebit, ſi Caji verba diligenter conſideremus, qui inquit temporis rationem habendam eſſe, cum res aliqua dari debet [9]. nec obſtat, quod ille vini, olei, frumenti (quarum rerum æſtimatio perſolvi poteſt [10]) exempla ſubjiciat, quoniam hæc regulam non reſtringunt [11]. Et de firmiſſimis noſtris argumentis hoc poſtremum ſit, quod in lege Aquilia ſingulari jure inductum eſt intra annum æſtimationem augeri. Quare minus cæterorum ſententiam probamus [12], qui tradiderunt, æſtimationem omni tempore poteſtatem habere, quia ex his quæ dicturi ſumus clarum fiet, JCtos certa ratione tempora diſtinxiſſe. Sane nec emptionem excipimus [13], quod jam declarabo: &, ut alia omittam, ſatis eſt, ſuperiores ſententias legibus non probari. Arbitror ego bonæ fidei judicia [14] a contractibus, qui ſtricti juris ſunt, diſtinguenda eſſe [15]: atque ita dicendum, ut in iis judiciis, quæ in bona fide ſunt, duo tempora ſpectentur, certe venditionis, & litis conteſtatæ: quod Pomponius docuit [16], cujus verba alii aliter interpretantur. hæc ſane ita, *ſi per venditorem vini mora fuerit quominus traderetur: condemnari eum oportet, utro tempore quo pluris vinum fuerit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* hoc eſt, mora æſtimationis principium erit, & lis conteſtata tempus extremum, ut in interjecto tempore quanti pluris res communiter venierit, tanti communiter interſit. Verum hanc interpretationem nos non probamus [17], quoniam ad medium tempus horum verborum ſignificatio trahi non poteſt [18], niſi majorem quam verbi proprietas patitur, & uſus fert, iis dictionibus poteſtatem dederimus. unde fere in eadem facti figura Paulus inquit, æſtimationem vini creſcere, ſi vinum hodie pluris ſit, nempe cum lis eſt conteſtata, de qua ſupra meminerat [19]. Nec in Pomponii reſponſo quærendum eſt [20], qua ratione mora facta ſit, quoniam lex eam ſemper legitimam fuiſſe putat [21]. Hoc ideo autem in cauſſis bonæ fidei obſervatur, quia in his ſummum imperium judici conceſſum eſt, ut ex bono & æquo rem æſtimet [22], illam etiam quæ ante judicium acceptum fuit [23]. Ex his quæro in ea quæſtione, quam aliqui attingunt, nec ſatis explicant [24]: ſi quis vinum emerit, & venditore moram faciente, paulo carius ab alio emat, quam ille vendiderat, an ad id, quia ſua tanti intereſt, is actionem habeat: videtur enim æſtimationem ad moram referre [25]: idque in eo receptum eſt, cui neceſſe ſit duplices arras reddere [26], quam ego ſequor ſententiam [27]. quod accipiendum eſt, ſi res quantitate, qualitateve diverſæ non ſint, & ementis culpa non intervenerit, medio igitur tempore æſtimationes per emptorem adſcitas nullas eſſe cenſemus. Enimvero cum ad diem, vel ſub conditione aliquid dandum eſt, ad diem & conditionem æſtimatio venit [28], quia ante eum diem aliquid peti non poteſt, & ante conditionem nec ipſa obligatio nata eſt [29]: quare conventione ineſt æſtimationi tractus temporis. Bene hoc ſubjungam, ſi actiones, quæ bonæ fidei conſtrictæ ſunt, ex arbitrio judicis pendeant, veluti cum in litem juratur [30], rem nullam recipere ambiguitatem, nihil aliud non eſſe obſervandum, quam rei judicatæ tempus [31], quoniam cum ex juramento judiciali res definitur, ad judicii tempus æſtimatio reduci debuit [32]. Sed & cum res eſſe deeſt, mortis tempus attendimus. Et ſi res vilior fiat a mora æſtimationis ratio habebitur. has duas exceptiones argumento earum ipſarum, quas infra ponemus, certas putamus. Nec dubium, quin in fidejuſſore ſolutio potior habeatur [33]. Ac denique ad nullum tempus animadvertitur, cum res ſimpliciter datur, & ſimpliciter accipitur, quia hoc & æſtimationis augmentum impedit. de qua re paulo infra dicemus. Cum vero de judiciis, quæ ſtrictum jus attingunt, agimus, conſtat ad eam æſtimationem animadvertendum eſſe, quæ eo tempore fuit, vel quo res danda erat, vel quo lis conteſtata fuerit [34]: generaliter igitur dies attendi debet, qui ex conventione ſolutioni datur [35]; ſi minus petitio, id eſt, litis conteſtatio [36]. cujus rei cauſſa eſt, quod in his caſibus ea, quæ ante judicium facta ſunt, ad officium judicis non pertinent [37]: merito litis conteſtatæ tempus æſtimationem moderatur [38]: & eo magis quod illius tem-

poris

1. *l. merito in fin. de vi & vi arm. l. quod te ſi cert. pet.* 2. *l. ſi mora ſol. matr.* 3. *l. omne §. contumacia*, ubi Bar. *de re mil.* 4. *l. 2. & 3. de uſur.* 5. *l. ſi quis certum ſi cer. pet. l. ubi autem in fin. de verb. oblig.* 6. *l. fundum de novation.* 7. *l. ſi inſulam de verb. oblig.* 8. *l. ſtipulationes non dividuntur verſic. Celſus de verb. oblig.* 9. *l. fin. de cond. tritic.* 10. Alc. in *l. vinum in verbo æſtimatio ſi cert. pet.* 11. *l. 1. §. quod vulgo de vi & vi arm. l. 1. & l. fin. in fin. de tritic.* 12. *arg. l. in lege Aquilia ad leg. Aquiliam. l. ait lex eod. tit.* 13 *l. 3. §. fin. de act. empt.* 14. *§. actionum inſtit de act.* 15. *l. 3. §. in hac commod. l. hominem mandati.* 16. *l. 3. §. fin. de act. empti.* 17. *l. ex empto §. fin. de act. empt.* 18. *l. hominem mand. l. ſi Calendis de re jud.* quam ita intellige. 19 *l. ſi ſterilis §. cum per venditorem de act empti.* 20 *d. l. fin.* 21. *l. qui teſtamenta de teſt. cap. 1. de et. & qual.* 22. *§. in bonæ fidei inſtit. de act.* 23. *l. ædiles §. item ſciendum de ædil. edict.* 24. Spec. in *tit. de fructibus & intereſſe §. fin.* qui incipit, *viſo verſ. & in ſumma.* 25. *l. ſi ſterilis §. cum per venditorem de act. empti.* 26. Bart in *l. 1. §. unde quæritur de public.* 27. *l. cum venditorem carnis C. de act. empti.* 28. *arg. l. quoties in diem de ver. oblig.* 29. *l. cedere diem de verb. ſignif.* 30. *l. videamus. l. in actionibus de in lit. jur.* 31. *l. 3. §. in hac commod. l. in fideicommiſſis §. in his quoque de uſur.* 32. *l. non a judice de judic.* 33. *l. hominem mandati.* 34. *l. hominem mandati. l. vinum ſi cer. pet. l. fin. de cond. trit.* quod ita intellige. 35. *l. ſi fundum de verb. oblig.* 36. *l. cum fundus ſi cert. pet.* 37. *l. ædiles §. item ſciendum de ædil. edict.* 38 *l. in fideicommiſſis §. in his de uſur.*

poris æſtimationi partes ſe obligaſſe videntur [39], quia tantum judicis officio hæc peti poteſt, & eo (ut dicunt) mercenario [40]. Nec aliquis miretur, cur cauſſæ fuerit, quare hæc differentia, quæ ex diei adjectione accipitur, tantam vim habeat, ut æſtimationum tempora mutare poſſit: quoniam & ſi ſine die concepta promiſſio ſpatium ſolutioni non adferat [41]: tamen multum intereſt, an ex natura rei, conventioneve, an legis auctoritate contractus diem habeat [42]: ſuperiore enim caſu qui paciſcuntur diem ſolutionis exprimentes, & æſtimationis diem expreſſiſſe videntur: hoc vero non ita, unde cum de ſtricti juris judiciis lis ſit, ad judicii accepti tempus recurrendum fuit. Sed ab hac opinione tunc recedendum eſſe ſatis firme animo concipio, cum quis fundum, deinde quanti fundus eſt ſtipulatur: tempus enim interpoſitas ſtipulationis æſtimationi regulas dabit, quoniam inde colligitur contrahentes perinde illi acquieviſſe, ac ſi dationi diem addidiſſent [43]. Nec non bene cognitum habeo, in arbitrariis actionibus æſtimationem venire ad litis conteſtatæ tempus [44], nec diem conventam attendi. Hoc amplius arbitror, cum res deterior facta eſt, condemnationem, ea vero extincta, tempus mortis obſervandum eſſe [45]: ita tamen, ut latius æſtimatio fiat, hoc eſt, ἐν πλάτει, ſecundum Celſum [46]. non enim extremo vitæ momento, atque moriente ſervo hæc ineunda eſt, ſed potius illo, quod ante mortem fuit. conſtat quidem exceſſum e vita aliquam temporis interpoſitionem admittere, quam noviſſimum vitæ tempus Ulpianus [47], γένεσιν Plato appellat [48]. Cum enim vita & mors contraria ſint, & altera ex altera fiat, neceſſe eſt, ut quidpiam inter eas ſit, quod tempus intermedium appello [49]. Has tamen ſententias a Marcello notari infra oſtendemus. Et ut ita Ulpianum intelligam, hac permoveor ratione, quod ipſe ait, *ſi vero deſierit eſſe in rebus humanis* [50]. quæ verba oſtendunt, præcedentem aliquam cauſſam rei mortem obtuliſſe [51]: & ideo ſequitur, *in utroque autem ſi poſt moram res deterior facta ſit*: perinde ut, ſi antequam res extingueretur deterior fiat, ex mora æſtimatio conſideretur; hoc & ſervi luſcati exemplo [52] planius eſt. alias hoc Ulpiani reſponſum tam abeſſet a concordia, ut nihil magis poſſit eſſe contrarium. *in utroque autem* (inquit Ulpianus) *ſi poſt moram deterior res facta ſit: Marcellus ſcribit libro* XX. *habendam æſtimationem, quanti deterior res facta ſit* [53]. Hæc verba ita difficiles explicatus habent, ut qui intelligerent, quid dicere vellent, neminem adhuc invenerim. Ego has dictiones, *in utroque*, pro eo accipio, quod eſt, vel cum in deteriore ſtatu res ponitur, vel cum non extat, ut ſupra dixi. Sciendum igitur eſt, Marcellum Servii Celſique ſententiam notare: ut ſi res deterior facta ſit, ad tempus, quo res petita eſt, ſemper reportanda ſit æſtimatio: id eſt ad tempus moræ: ſicque Marcellum ſenſiſſe arbitror [54]. Sed ſi res melior fiat ex præſenti æſtimatione pretium conſtituetur [55]. At cum res deterior fructuoſiorve ante moram facta eſt [56], in æſtimatione petitionis tempus obſervamus, ut tanti æſtimetur, quanti fuit, cum res petita eſt [57]. Nec tamen ita ſedulo ſequenda eſt hæc interpretatio, ut culpæ [58] mora ſuperenbet: nam & ad debitoris factum pertinere poteſt, quia dolo aliquid factum non eſt, ſi mora tantum intervenit: ideoque & cum res in meliorem ſtatum perducitur, æſtimatio petitionis termino concludenda eſt, ne latius extendatur, quaſi dolum contineat [59]. Hoc modo nodum, quem alii varie connexerunt, nos ita explicamus, & ad Pauli reſponſum has explanationes adhibeo [60]. An quod de æſtimatione diximus, æque probatur in nummis? Et conſtat, reprobos nummos ſolvi non poſſe [61], præſertim poſt moram, ſed æſtimationem deberi [62]. Sed finge, centum coronatos mihi debebas, qui ante moram factam ſinguli XVI. nummorum erant, poſt moram vero XV. tantum pendebantur: num quod deceſſit, quoniam tanti mea intereſt, potero petere? & receptum videtur [63]: aucta autem coronatorum æſtimatione, id debitoris lucro poſt moram non cedere, nemo eſt qui dubitet [64]: ego plurimum animi pendeo [65]. Verum hæc res maxime in contentione ponitur, an idem quoque dicendum ſit, ſi Decem coronati ad aſſes computandi debeantur: tanquam ſi XXXV. libras, quæ præſtandæ erant, creditor accepiſſet, fuiſſet in coronatos redacturus, in tempore facta ſolutione, atque ideo habiturus eſſet quod amplius pretii coronatis acceſſit [66]. Sed hæc ſententia obtinuit, ut ſcilicet æſtimationis augmentum mora facta non præſtetur, quia non multum vero conſonat, hanc rem a creditore prævisam, atque præcautam iri [67]: quo caſu lucri ceſſantis ratio habenda non eſt, alioquin contra, quod infra dicemus. Hinc apparet, aſſium æſtimatione imminuta poſt moram damnum præſtandum eſſe, quoniam hic de lucro non agitur [68]: nam id evenire vulgo ſolet, ut cum moneta aurea decreſcit, argentea quoque decreſcat [69], quod ea ratione fit, quia auri pondo argenti duodena continet, quod Plato his verbis oſtendit, ἀντὶ δωδεκαπλάσιον γὰρ, ἀργύριον αὐτοῦ καλοῦνται τὸ χρυσίον [70]. Scio etiam in hac computatione aliud aliquando obſervatum fuiſſe [71]. Si vero mora non interveniat, de eo quod intereſt agi non poteſt, quare hæc alibi. Porro illud multo magis dici poteſt, ſimplicem rei ſolutionem alicujus temporis electionem æſtimationis cauſſa non concedere: quod ſupra admonui, & nuper latius explicabo. Denique ſi res vendicetur condemnatio potior eſt [72], propterea (ut arbitror) quod tunc res illa noſtra eſſe appareret, prius enim nulla ſubſiſtente obligationis cauſſa, ad quam res pertineret, penitus incertum erat. Generaliter illud dicimus, in omnibus ſuperioribus caſibus, in quibus ad ineundas æſtimationes ad ſententiæ tempus reſpicimus, etiam ſi rei æſtimatio ſolvi potuiſſet, nihilo ſecius idem ſtatuendum eſſe. Dixerit aliquis, huic rei ego conſentire non poſſum, quia Juſtinianus ait, reum qui ante rem judicatam ſatisfaciat, abſolvendum eſſe [73], ut appareat rei æſtimationem ſolvi poſſe, quæ ante judicium acceptum pro re ipſa poterat præſtari. Reſpondetur, perverſam eſſe hanc noſtrorum interpretum ſententiam: quoniam cœpto judicio rei æſtimatio amplius ſolvi non poteſt [74]: ſed aut res quæ debetur perſolvenda eſt, aut ſecundum rei judicatæ tempus illius rei æſtimatio, & ita de-

39. *l. licet Prætor §. idem ſcribit de pecul.* 40. *l ſi quod ex Pamphila*, ubi Bar. *de leg. 3.* 41. *l. cum qui Calendis §. fin. de verb. oblig.* 42. *argum. l. Celſus de arbitr.* Alexander *in l. vinum ſi cert. pet.* 43 *l. fundum Cornelianum verſic. in altera de novat.* 44. *d. l. 3. §. in hac commod. d. §. in his.* 45 *l. pen. de cond. tritic.* 46. *d. l. pen.* quam ita lege. 47. *d. l. pen.* 48. Plato in *Phædone*. 49 *l. fin. de cond. inſt. l. Lucius §. quæ habebat ad Trebell.* 50. *d. l. pen.* 51. *arg. l. in ratione legis Falcidiæ §. ſi ſervus teſtamento ad leg. Falcid.* 52. *d. l. pen.* 53. *d. l. penult* 54. *d. l. pen. verſic. in utroque.* 55. *l. in furti actione de furtis.* 56. *d. l. fundum de novat.* 57. *l. quod te ſi cert. pet. d. l. fundum Cornel.* 58. *d. l. fundum.* 59. dicam infr. *verſ. eſt unus caſus*, & paulo poſt *ver. excipitur caſus.* 60. *d. l. fundum.* 61. Alex. *conſ.* 104. *in* 1. *vol.* 62. *l. eleganter §. qui reprobos de pignor. act.* juncta *l. quod te ſi cert. pet.* ubi Bart. 63. *l. Paulus reſpondit de ſolut.* 64. *l. hominem mand. ibi, etenim neutri. d. l. in furti.* 65. propter *d. l. fundum.* 66. *l. videamus an in omnibus §. præterea de uſur.* 67. *argum. l. Julianus qui & a quibus. l. eo tempore de pec.* 68. Butrius *cap. quanto de jurejur.* 69. *l. 2. C. de veteris numiſ. pot. lib.* 11. 70. Plato *de lucri cupiditate.* 71. *l.* 1. *C. de argenti pretio lib.* 10. 72. *argum. l. Julianus §. 1. l. fructus de rei vend.* 73. *§. fin. inſtit. de perpetuis & temp. act.* 74. *arg. l. ſi debitori de judic.*

demum debitor liberatur: cæteroquin non liberatur, quoniam poſt acceptum judicium mora purgari non poteſt [75]. Eſt unus caſus in quo æſtimatio a mora facta usque ad ſententiam augetur, cum dolus eſt in mora [76], quod & Paulus fere atteſtatur [77]. Et hoc in caſu etiam momentum temporis, quo pretium excreverit, ut mora cohiberi poſſit, obſervabitur [78]. Quod ſi quis abſurde hoc conſtitutum arbitretur, cogitet longe abſurdius eſſe conſtitui, in creditorum damnis reſarciendis momenta non obſervari, quibus forte a creditoribus res diſtracta fuiſſet [79]. Unum interim conceſſiſſe ſatis arbitror, ut ſicut ſuperiores rationes huic rei cauſſam præſtant, ita & deſinentes illam adimant, ut in lege Falcidia reſponſum fuit [80]. Non probatur ſuperior caſus, cum moræ ſatisfactum eſt [81]: nam ad illam diem æſtimatio major ſit, ultra vero non protenditur [82]. Idemque eſt, ſi res quæ debebatur interierit: quoniam rei, quæ non eſt, æſtimatio non augetur [83], inquit & Plato in *Parmenide*, τὸ μὴ ἔσιν λεγόμενον ἁπλῶς σημαίνει, ὅτι οὐδαμῶς ἔστιν, οὐδὲ μετέχει οὐσίας τό γε μὴ ὄν [84]. Inde traditum eſt, res quæ ad breve duraturæ ſint tempus [85], usque ad illud tantum æſtimationem habere. Quod alii generaliter accipiunt, ſpeciatim alii: puta, cum ex Tuſeniano fundo frumentum, tanquam certa ſpecies, danda eſt. Illud in dubium non venit, re ſimpliciter data, acceptaque, proteſtatione non interpoſita, omnem æſtimationem ceſſare, & incrementum non deberi [86]: cum enim judicis officio hoc petendum ſit, remiſſum cenſetur, quoniam ſimplex ſolutio illi locum non reliquit [87], certe longe ſecus eſt, ſi jure actionis peti poſſet, proteſtatione autem adjecta, an actione, an officio debeatur non multum refert [88]. Sed hæc cum non tam ad id quod intereſt, quam ad cætera pertineant, alibi videnda ſunt [89]. Scio quæſitum, quæ eſt in creditore æſtimatio, an & debitori ſit conceſſa? & convenit non negari [90]: datur enim debitoribus, ut iis temporibus, quibus res minoris fuerunt, cum a creditore mora facta eſt, æſtimatio fiat [91]. Sed quid de fidejuſſore, an æque hæc in eo locum habebunt? Et conſtat, fidejuſſorem de iis teneri, quæ in obligatione ſunt, perinde ut ille, pro quo præs eſt [92], in iis vero, quæ extra excedunt, non omnino obligari [93]: quæ res facit, ut æſtimationibus, quæ officio judicis petuntur, fidejuſſor adſtrictus non ſit. quod Africanus non in loci æſtimatione tantum [94], ſed & in hac noſtra reſpondit, inquiens, ad illud tempus æſtimationem reducendam eſſe quo ſatisdatum [95]: idque in aliis etiam obligationibus, quæ alteri accedant, probatum eſt [96]. Ubi vero pro his rebus, quæ in obligatione ſunt, acceptus fuit, veluti cum plane res danda eſt, rei conditionem ſequitur. Item cum ipſe moram fecerit [97]. Mora hæc præcepta exquirit, quæ qualis eſſe debeat in præſentia omittendum cenſui [98]. Sed in damnis ex æſtimatione reſarciendis jacturæ tempus damni autorem coërcet [99]. Unde ſi alicujus municipii lex velit, ut in proprio damno jurato credatur, ſecundum æſtimationem jurandum eſt, quæ tempore damni fuit [100], de qua re infra [101]. Cum deinde res evincitur, æſtimatio ad evictionis tempus reducitur [102], vel ad illud, quo aliquid rei accreverit [103]: niſi duplum præſtandum ſit, tunc enim venditionis tempus in ineunda æſtimatione ſemper dominatur [104]. Sicut & cum pro rei parte propter evictionem agitur [105]. Finge, ad fundi venditi partem aliquid accedit, quod alteram quoque pretioſiorem facit, deinde acceſſio cum parte evincitur, certe in reliqua præſens bonitas non conſiderabitur, ſed illa quæ inerat, cum fundus venditus fuit [106]: acceſſio tamen ipſa in æſtimationem veniet [107]. & ita hanc antinomiam, quæ Accurſium, & cæteros torſit, diſſolvendam arbitror. Excipitur caſus, in quo æſtimatio latius vagatur, is ad delicta pertinet, nam in furto tempus illud ſpectatur, in quo res unquam quanti plurimi fuit [108], etiam pretioſior [109], vel furis impenſa [110]. Hoc exemplo idem in lege Aquilia ſtatutum eſt, aliter tamen diſtinctis temporibus [111], quoniam non de dolo malo eſt illud judicium [112]. His caſibus exceptis, ſi quis generaliter tractare hanc rem velit, poteſt eſſe vera illius ſententia, ſi dixerit, in æſtimatione dationis [113], vel dominii tempus [114] præcipuum eſſe. Quare ſi lex, pactiove, dotalium terum partem, vel ipſarum æſtimationem largiantur, ad diem ſoluti, non etiam initi matrimonii æſtimatio veniet, de qua re cujusdam, qui hac tempeſtate inter JCtos excellit, in contrarium ſententiam reſponſum vidi. Sed (ut carmine Plautino utar)

> *Dicat quod quisque vult, Ego de hac ſententia*
> *Non demovebor.*

Quod ſuo in loco alias declarabo. Erit abunde explicata æſtimationis natura, ſi hoc etiam dixerimus, æſtimationes omnes, ad quæcunque tempora illæ pertineant, litis æſtimationes dici, quod ita accipiendum eſt, ſi perinde fiant, ac ſi lis conteſtata fuiſſet [115], ſive vel ante cœptum judicium, vel ante condemnationem perſolvantur [116], etiam ſi quis rem malit retinere, quod jure permiſſum eſt [117]; niſi res omnino danda ſit, tunc enim ad rei dationem neceſſitas affertur [118]. Hoc modo & noxalia judicia æſtimantur [119]. Hinc conſequenter apparet litis æſtimatione omne quod intereſt contineri [120]. Equidem & in capitalibus hæc æſtimatio, quæ a Platone τίμημα dicitur [121], locum habet, qua de re alibi. Cæteræ autem æſtimationes pretio proprius ſunt, & ad litem non attinent [122], ideoque nec ad id quod intereſt referri ſu-

75. *l. ſed ſi aliam de conſtit. pec. l. ſi reus in fin. de procurat.* 76. *l. ex empto §. & ex empto de act. empti. argum. d. l. pen. rerum amot.* 77. *l. 2. de in lit. jur.* 78. *d. l. in re furtiva de cond. fur.* Fel. *cap. ſeaes colum. 3. de reſc.* 79. *l. cum res in fin. de leg. 1. l. ſi cum exceptione §. quatenus in fin. de eo quod met. cauſ.* 80. *l. pretia in fin. ad l. Falc.* 81. *l. ſed ſi alia de conſtit. pec.* 82. *l. illud de peric. & comm. rei vend.* 83. *l. pen. de trit.* 84. *l. ſi ſervus venditus in prin. de evict. l. ejus qui ſi cer. pet.* 85. Alexand. *conſil. 27. vol. 2. in 4. vol. & conſ. 92. in 6. vol.* 86. *l. fin. de eo quod cer. loc.* 87. *l. 4. C. depoſiti.* 88. Aret. *conſ. 9. col. 2. ver. circa ſecundum.* 89. Paul. de Caſt. in *l. qui ſibi §. 1. de ſol.* Jaſ. in *l. fin. de eo quod cert. loc.* 90. *l. hominem mand.* 91. *l. nulli C. de erog. militaris annonæ lib. 10.* 92. *l. mora de verb. oblig.* Alex. *conſil. 34. in 2. vol. num. 7.* 93. *l. Græce §. illud de fidejuſſoribus.* ubi ita legitur in codicibus manu ſcriptis. *l. Lucius §. Paulus de admin. tut.* 94. *l. centum §. nec oportebit de eo quod cert. loc.* 95. *l. cum quis de act. & oblig.* 96. *d. l. fundum Cornel. de novat.* 97. *d. l. centum in primo reſponſ.* 98. Alex. *conſ. 210. in 6. vol. per totum.* 99. *l. Prætor §. hoc edictum de damn. infect. l. injuriarum æſtim. de injur. l. doli §. fin. de ſer. corr.* 100. Bar. *d. §. in hac. l. ſi is qui §. quod ait quod vi aut clam.* 101. in *cap. 14. in princ.* 102. *l. Titius de act. empt. l. evicta §. 1. de evict.* 103. *l. ſed ſi quid poſtea cum l. ſeq. de evict. l. emptorem §. ſi quis rem de act. empti.* 104. *l. ex mille §. ſi totus ibi, obligationis cum principio l. & §. ſeq. de evic. & d. §. ſi quis rem.* 105. *l. bonitatis de evict.* 106. *arg. l. ſi fundo de evict.* 107. *d. l. ſi quid poſtea.* 108. *l. in re furtiva de cond. furt. l. pen. rer. amot. in fin. l. ſi rerum de re jud.* 109. *l. in furti de furt.* 110. *l. ex argento de cond. fur.* 111. *l. 2. l. ſi ſervus ſervum §. 3. l. ita vulneratus ad l. Aquil.* 112. *l. 3. §. igitur ad l. Aquiliam. l. dolo malo de ſer. corr.* 113. *l. cum certum de aur. & arg. leg.* 114. *l. evicta §. 1. de evict.* 115. *l. ſi culpa de res vend. l. fin. de cond. tritic. l. ex empto de act. empt. l. qui inſulam loc. l. ſi ſervus de evic. l. ſi calendis de re jud. l. fin. C. de fideic. libert.* 116. *d. l. venditor 2. §. quod ſi rem de hered. vel act. vend.* ubi gloſſ. in *verbo pretii.* 117. *l. 2. §. fin. pro empt. l. 3. de reb. cor. in §. 1.* 118. vide quæ dixi infr. in *princ. cap. 12.* 119. *l. ſi heredes §. ſi unus fam. erciſc.* 120. *l. 1. §. ex die de vi & vi arm.* 121. Plato in *apologia Socrat.* 122. *l. 3. juncta l. certam §. ſi alia de confeſſ.*

ſupra admonui. Et hæc hactenus. Nunc videamus de eo quod verius intereſt, eo ſcilicet, quod proprie ex re deſcendit, & primum de fructibus dicamus. Duas eſſe vias obſervavi, quæ ad fructuum petitionem nos ducunt: alteram extra hanc materiam, ea eſt, cum fructus in obligatione ſunt, tunc enim rei promiſſæ eos partem putamus [123]; de hac non ſatis ex re hoc in loco dicere poſſum. De ſecunda, quæ in eo quod intereſt verſatur, quantum res poſtulat, verba faciam. Differunt igitur Fructus ab Aeſtimatione, quod illa rei faciem ſecum affert: hi vero ad rem accedunt. Varium etiam jus, & diſpar in petitione eſt. Fructus in bonæ fidei judiciis æque debentur, atque mora facta eſt [124], quæ in perfacili ortu verſatur [125], adeo ut & negligentiam contineat, cum tutores in emendis rebus indormiunt [126]. In judiciis vero, quæ ſtricti juris ſunt, ante litem conteſtatam, ob illam ipſam cauſſam, quam de æſtimatione ſupra retulimus, fructuum nulla eſt debitio [127]. Hinc Paulus, poſt judicium acceptum omnem cauſſam reſtituendam, ait [128]. Quæ verba quoniam latiſſime manant, & in eo quod intereſt inſunt [129], ne ſi illa de germanis fructibus tantum accipiantur, etiam ante judicium conſtitutum, fructus qui ad id quod intereſt reducuntur, a mora peti poſſint tanquam ejus inſtar in nomine. Si enim fructuum petitio, quæ ante judicium prohibetur, pro eo quod intereſt locum haberet [130]: lex [131] non rebus, ſed verbis impoſita videri poſſet: quod omnes aſpernantur & reſpuunt [132]. ex quo & ſi huic rei magnam autoritatem Bartolus jam ante tribuit, qui in eo errore fuit, pluribusque locis graves autores id comprobarint [133], tamen ſanioris judicii interpretes hanc ſententiam rejiciunt, & vere docent, de eo quod intereſt interpretandam eſſe Pauli legem [134]. Ad quam inducendum etiam eſt, ſi fiſcus fructus petat: hac enim in re non plus fiſco, quam cæteris tribuitur [135]. Item non ſolum id ſequimur, ſi in civili foro res ſit, ſed etiam ſi in pontificio hæc verſetur controverſia: in quo licet æquitas præſtet [136], non tamen contractuum, qui bonæ fidei, & ſtricti juris ſunt, eo jure ſublata eſt differentia, quin etiam Pontifices eam ſequuntur [137]. Unde ſecundum hoc in propoſito referebam, ſi ex bono & æquo res judicanda ſit, Principe, vel municipum legibus id jubentibus, ad hanc diviſionem recurrendum eſſe, etiam quibusdam diſcrepantibus. Hæc regula toties vera eſt, quoties qui moram fecit, ab illo cui res danda erat, fructus ipſe non percipiat; alioqui contra: quia fructus poſt moram peti poterunt [138]. Idem erit dicendum, ſi quis ſtipulatus ſit fundum dari, & vacuam poſſeſſionem tradi [139]: ſi vero alterum alteri deſit, mora petitioni locum non faciet [140]: nam cum datio in ſtipulatione eſt, cui etiam dies adjectus ſit ante litem conteſtatam fructus petere non licet: quia qui fundum dari ſtipulatur, nihil de fructibus agit [141]: itaque cum ad officium judicis recurrendum ſit, poſt litis conteſtationem petendi erunt, quicquid alii dicant. Rurſus cum ex ſtipulatione res tradi debet, idem ſervatur, quoniam traditio factum continet [142]. Unde & qui vacuam poſſeſſionem ſtipulatur, cauſam bonorum tantum ſtipulatur, hoc eſt, liberam poſſeſſionem, ut rem illam uſu ſuam facere poſſit [143]. Fructuum autem acquiſitio ad dominii cauſſam, non ad nudam poſſeſſionem pertinet [144], ideo in ſtipulatione non ſunt [145]. Quod & alii fatentur. Sed hoc ita accipiunt, ſi fructus ex ſua natura cenſeantur, non pro eo quod intereſt, quoniam eo inducti, ſicut nec illud, petitionem non effugiunt [146]. Et hanc rationem afferunt, quod ſi fundus creditori traditus fuiſſet, is & fructus haberet. Sed nonnulli in contrarium ſententiam ivere, quos & ego ſequor, tum ob varias cauſſas, tum propter illas in primis, quod Pomponius id diſerte docuit [147], & Ulpianus teſtatus eſt [148]: de quibus, quia clare loquuntur, diutius dicere non debeo. Deinde ſi in actionem ex ſtipulatu fructus non veniunt cum datio ſtipulata eſt [149], uberior altera & plenior, cur in traditione id locum habere dixerimus? Nec me movet, quod jure obligationis, cum res tradenda eſt, ejus quod intereſt fiat condemnatio [150], in qua & fructus eſſe debent; quia leve hoc eſt argumentum: cum lex dicat, fructus in hac ſtipulatione non eſſe [151]. Concludendum igitur eſt, ante judicium acceptum fructus non poſſe peti, & ratione poſſeſſionis non traditæ ineundam æſtimationem, & ad hanc id quod intereſt referendum [152]. Nec ab hac ſententia diſcedendum putamus, cum præſtationi dies conſtitutus eſt, nempe ut a mora fructus non præſtentur, quoniam qui ad tradendum ſe obligat, ad faciendum obligatur, & is ab obligatione ſolvitur, ſi id quod ea die intereſt perſolvat, qua opus abſolvendum fuit [153]: & nulla fructuum hic ſubeſt obligatio. Inde Ulpianus: *Si fundum certa die præſtari ſtipuler: & per promiſſorem ſteterit, quominus ea die præſtetur, conſecuturum me quanti mea intereſt moram factam non eſſe* [154]. Ea die ſcilicet, & ideo nec ejus quod poſtea interierit ratio habebitur. Quinimo amplius cenſemus, ſi de tradenda re agatur, ſtipulatione interpoſita, nec poſt litem conteſtatam fructus in id quod intereſt vocari: quoniam hi in judicio non verſantur, cum de poſſeſſione duntaxat ibi diſceptetur [155], quare ad judicium non pertinent. Quam ſententiam illud adjuvat, quod ab Ulpiano [156] dicitur, Partus in cauſſam novationis non transferri, & propterea non ex ſtipulatu, ſed actione empti petendos eſſe [157]. Et ſi quæ ſint, quæ obſtare videantur reſponſa, in dandi ſtipulatione intelligenda ſunt [158]. Sed de his ſatis. Illud autem (ut ad regulam noſtram revertar) apud me expeditum eſt, ut ſi obligatio diem habeat, ut ab eo tempore fructus ſolvendi ſint [159]. Hoc inde ſequitur traditione excepta, cum de ſtricti juris judiciis agitur, fructus, qui tanquam id quod intereſt petuntur, ſemper poſt judicium acceptum deberi. Hanc regulam, quæ ex ſuperiori provenit, veram fatemur, ſive fructus jam percepti ſint, ſive percipi potuerint, ut debitor pœnam ſuæ temeritatis ferat [160]: quo caſu ſuam induſtriam actor adducere poterit, cum plerunque opera hominis fructus uberiores faciat, atque ſuppleat quan-

123. *l. indebiti. l. in ſumma de condict. indeb.* ubi gloſſ. *l. loci corpus* §. 1. *ſi ſerv. vend. l. non quæcunque* §. *Julianus de leg.* 1. 124. *l.* 2. *C. de pact. inter empt. & vend.* 125. dicam infr. *cap.* 7. *ver. proinde.* 126. *l. tutor* §. *ſi poſt. de admin. tutor.* 127. *l. videamus* §. *ſi actionem de uſur.* 128. *l. cum fundus ſi cert. pet.* 129. *l.* 1. *in l. ſed & partus quod met. cauſ.* 130. contra *cap. cum quid de reg. jur. in* 6. 131. *d. l. cum fundus.* 132. *l. fin. C. ſi mancip. ita veneant.* 133. Alex. *conſil.* 7. *in* 2. *vol.* num. 16. 134. *d. l. cum fundus.* 135. *l.* 1. *C. de petit. hered.* 136. *cap. dilecti de jud.* 137. *cap. cum venerabilis de except.* 138. *l. filius* §. *fin. de coll. dotis.* 139. *l. ſi ſtipulatus de uſur.* 140. *l. datio* §. 1. *de act. empt.* 141. *l. ſi filiusfam.* §. *fin.* ubi Doc. *de verb. oblig.* 142. *d. l. ſi ſtipulatus. l. ſi rem tradi de verb. oblig.* 143. *l. in conventionibus in princ. de verb. oblig.* 144. *l. qui ſcit* §. 1. *de uſur. l.* 3. §. *ex contrario de acquir. poſſ.* 145 *d. l. datio* §. 1. 146. *l. ſi fundum de verb. oblig.* 147. *d. l. datio* §. 1. 148. *d. l. ſi ſtipulatus.* 149. *l. videamus* §. *ſi act de uſur. l. cum fundus ſi cert. pet. d. l. ſi ſtipulatus.* 150. *d. l. ſi fundum ſub. l. ſtipulationes non dividuntur ver. Celſus de verb. oblig.* 151. *d.* §. *primo.* 152 *l.* 3. *in fin. uti poſſ. l. ſi traditio C. de act. empt. arg. l. in interdicto de vi & vi arm. l. ſi fundus locati.* 153. *l. ſi colendis de re jud.* 154. *d. l. ſi fundum de verb. oblig.* 155. *arg. l. videamus. l.* 3. *de uſuris.* 156. *l. ædiles* §. *item ſciendum de ædil. edict.* 157. *l. ſi ſtipulatus* §. *fin. de uſur.* 158. *d.* §. *ſi actionem* ubi gloſſ. 159. *arg. l. ſi fundum.* 160. *l. in fideicommiſſis.* ubi Bart. *de uſur. in verb. præterea.*

quantum ob ſterilitatem fundo deeſt [161], quod æquum omnibus videtur, & ſi rara debitoris diligentia creditori non proſit [162]. Equidem & uſuras eum locum, qui fructibus tributus eſt, habere oportet, quia vicem fructuum obtinent [163]. Hoc intelligendum, ſi non quaſi uſuræ, ſed quod tanti interſit, petantur [164]. Et tunc in bonæ fidei contractibus ex mora debebuntur [165], in aliis poſt litem conteſtatam, etiam Accurſio Bartoloque repugnantibus [166]: nam etſi quod indebite ſolutum eſt cum repetitur, uſuræ condici non poſſint [167]: tamen noſtram ſententiam illud non moratur, quoniam debitoris fruſtratio nulla intervenit, merito tanquam ad rei acceſſiones ad uſuras condictione non agimus [168], quia uſura in fructu non eſt [169]. Sed plerumque mihi ipſi diffidi, an affirmare deberem, quæ uſuræ peti poſſint. Arbitror tamen uſuras, quæ in obligatione non ſint, pro eo quod intereſt non accipi, ſicut de fructibus ſupra diximus: quia naturaliter ex re non proveniunt, & a bonis omnibus ſemper improbatæ fuerunt, tanquam is quæſtus in odium hominis incurrat. Unde & Plato ſanxit, eos qui fœnori pecunias dabant, nec fœnus nec ſortem repetere poſſe, cujus verba hæc ſunt, *libro de legibus quinto*: μηδὲ δανείζειν ἐπὶ τόκῳ, ὡς ἐξὸν μὴ ἀποδιδόναι τὸ παράπαν τῷ δανεισαμένῳ μήτε τόκον, μήτε κεφάλαιον. Eas quoque Plutarchus in libro περὶ τοῦ μὴ δεῖν δανείζεσθαι, vehementer inſectatur: quare & jus noſtrum uſuras non multum benigne accipit, quod pluribus exemplis oſtendi poteſt [170]. Hinc apparet, veriſimile non eſſe, ut cujuſquam hac cauſa interſit, cum lex omnes probos, & bene moratos eſſe exiſtimet [171], nec malis moribus unquam præmia proponat [172]. Maxime ea eo noſtra ſententia confirmatur, quod fructus cum re repetuntur, uſuræ non repetuntur [173]. Sed magis ad id, quod dicimus probandum, poſſunt Pauli verba, inquit ille. *Uſuræ enim non propter lucrum petentium, ſed propter moram non ſolventium infliguntur* [174]. Quid ergo? Sic declaranda res eſt, ut quacunque ratione, & quales quibusve cauſis, uſuræ tanquam uſuræ petuntur, hæ ad rem noſtram non pertineant, cum vero quia interſit præſtantur, arbitror ad legitimas uſuras reſpiciendum non eſſe [175]: ſed ad induſtriam perſonæ, ad negotia quæ geruntur, ad mercaturam, ad loci conſuetudinem attendendum [176]: ita tamen ut uſuræ duplum non excedant [177], qua de re infra. Et ita ego Pomponii verba intelligo [178]: ea enim de ſocietate ſunt, quæ negotiationis gratia ut plurimum contrahitur [179]: itaque ſocii intereſſe potuit negotiationis cauſa, & hominis natura, hæc ideo inducitur petitio [180]. Etiam ante moram ſi de damno evitando agatur, quod & Pontificii cenſuerunt [181]. Extendenda quoque eſt hæc regula ad pecuniam, quæ debetur tanquam ſi ſpecies eſſet [182], licet in ſpeciebus uſurarum æſtimatio non fiat [183]. Rurſum regula officium ſuum apud Pontifices non perdit, quia & ipſi uſuras quatenus intereſt concedunt [184], & eas in ſortem non imputant [185]: quod pluribus exemplis comprobari poſſet [186], niſi genus ipſum propoſuiſſe ſufficeret, quod & a Thoma ab Aquino pertractatum fuit [187]. Hæc de Fructibus & Uſuris. Quid vero ſi alia ratione interſit, cum damnum ex re provenit, quod communiter eveniſſet? Et diſtinguenda eſt datio a facto, ſub quo & præſtationem ſupra contineri diximus. & in datione non puto in aliam cauſſam intereſſe poſſe, quam in fructus & uſuras: niſi ſingulariter, vel extra rem interſit. In facto vero ſi dies quo opus abſolvi debuit expreſſus eſt, tunc æſtimandum erit, quanti eo tempore interfuit, rem factam, vel traditam non fuiſſe [188]. die vero omiſſo litis conteſtatæ tempus oportebit attendere. nam quamdiu hæc conteſtata non ſit, ſi debitor faciat, tradatve, liberatur [189]. At ſi de mora non tractetur, temporis, quo damnum contigit, ratio habenda erit, veluti cum res evicta eſt [190]. Et hæc etiam de jure Pontificio vera eſſe didici [191].

CAPUT SEXTUM.

Quemadmodum, & quando id quod ſingulariter intereſt petendum ſit.

Nemo dubitat, cum ſpecialiter aliquid intereſt, illud poſſe peti [1]: ſcilicet, cum quæritur utilitas, non quædam ad rem ſingularis affectio, temporaque illa obſervari, quæ in ſuperiori capite retulimus: nempe ut cum res danda eſt, in bonæ fidei judiciis moræ tempus [2], in his quæ ſtricti juris ſunt, litis conteſtatæ in æſtimationem veniat [3]. Cum vero facienda vel tradenda res eſt, vel diei conventæ, vel accepti judicii ratio habebitur [4]. In cæteris cauſſis damni tempus attendimus [5]. Unde qui ex præcepto judicis non edit, quanti eo tempore petentis intereſt, quod is contumax a Prætore juſſum habuit, tenetur [6], ſicut & cum non ſiſtit [7], cum injuriam infert [8], quas pœnas plerunque Pontifices auxerunt [9]. Quantum ad affectionem pertinet, procul a dubio eſt, hanc expendendam non eſſe: quoniam in damno pecuniario, non in affectione fraus [10], & damnum conſiſtit [11]. Nec Pauli verbis admoneor ut contrarium credam, quæ poſtulare videntur, ut propter voluptatem, & geſtationem ad id quod intereſt agi poſſit [12]: quia cauſſa affectus actio non proponitur [13], ſed propter amœnitatem, quæ plurium nummorum locum faciebat, ut in prædiis bene ædificatis videmus [14]. Non igitur nec in delinquentium pœnam affectio attenditur [15]: ergo nec in furtis. Sed an ſaltem retentioni locus erit? & conſtat in ſingulari caſu, cum quis ita paupertate opprimitur, ut ſi reſtituere debeat quod in fundo ſuo ab alio inſumptum eſt, laribus, & ſepulturis avitis illi carendum ſit [16]. Alter etiam excipitur caſus, cum in litem juratur [17], in

161. *arg. l. ſi navis in fin. de rei vend.* 162. *l. 3. in princ. ad l. Falcid.* 163. *l. mora §. 1. l. uſuræ de uſur.* 164. *l. ſocium qui pro ſoc.* ubi gloſſ. 165. *l. mora §. in bonæ. l. evictis agris de uſur.* 166. gloſſ. *l. 1. C. de condict. ind. in verbo uſuras.* Bartol. in *l. 3. §. in hac commod. in fin.* 167. *d. l. 1. C. de condict. indeb.* 168. *l. indebiti de condict. indeb.* 169. *l. uſura de verb. ſignific.* ubi Alciatus. 170. *l. 3. C. de uſur. l. creditore eod. tit. l. cum quidam §. 1. de uſur.* 171. *arg. l. merito pro ſoc.* 172. *l. convenire de pact. dot.* 173. *d. l. indebiti.* 174. *l. cum quidam §. ſi pupillo in fin. de uſur.* 175. *l. 1. de uſur.* 176. *arg. l. quæ fine de neg. geſt.* 177. *l. 1. C. de eo quod int. l. fin. de per. & com. rei vend.* 178. *d. l. ſociam.* 179. *l. ſocietas contrahitur. l. vel quod pro ſocio.* 180. Alex. *conſil. 31. in 6. vol. in princ. & num. 5. & 77. col. fin. eodem vol. num. 12.* 181. Alex. *conſil. 63. in 4. vol. col. 2. num. 3. l. curabit* ubi Doct. *de act. empt.* vide infr. *cap. 7. ver. proinde.* 182. *l. cum res* ubi Jaſ. *in princ. de leg. 1.* 183. *l. in fideicommiſſ. §. fin. de uſur.* 184. *cap. pervenit de fidejuſſ. cap. conqueſtus de uſur.* 185. *cap. ſalubriter de uſur.* 186. Abb. & Doc. in *d. cap. conqueſtus.* 187 *Thom. 2. 2. quæſt. 62. art. 4. in 2. arg. & in ſol.* 188. *l. ſi calendis de re jud. l. ſi fundum de verb. oblig.* 189. *l. ſi inſulam de verb. oblig.* 190. *arg. l. Titius de act. empt.* dixi ſupra. 191. *d. cap. conſtitutus de fid. cap. dilecti de foro competent.*

1. *l. Titius in fin. de act. empt. cap. 2. & 3. de fidejuſſ.* 2. *arg. l. 2. C. de pact. inter empt. & vend.* 3. *l. videamus §. ſi actionem de uſur.* dixi ſupra in *præcedenti capite in ver. nunc videamus.* 4. Dixi in *præcedenti cap. verſ. concludendum eſt*, per *l. ſi fundum de verb. oblig.* 5. *arg.* eorum quæ dixi in *ſuperiori capite ver. mora hæc præcepto*, per *l. Prætor ait §. hæc autem de damn. infect.* 6. *l. ubi exigitur §. 1. de edenda.* 7. *l. qui autem §. illud ſi quis caut.* 8. *l. injuriarum æſtimatio de injur.* 9. *cap. ſi quis in clericis 12. quæſt. 2.* 10. *l. 1. §. & alias videamus ſi quid in fraud. patr.* 11. *l. ſi liber. l. pen. ad exhib.* 12. *l. competit quod vi aut clam.* 13. *arg. l. ad ponium de ſervitut.* 14. *l. quod ſi heres de impen. dot.* 15. *l. ſi ſervus ad l. Aquil.* 16. *l. in fundo alieno de rei vendic.* 17. *l. videamus. l. in actionibus de in lit. jur.*

in quo in ſtricti juris judiciis lis conteſtata, in contrariis res judicata obſervabitur [18]. Sed hujus tractatus hæc pars etſi a noſtro ſeparata non ſit, nunc tamen omittenda eſt, ne aliquis ad Juſtiniani ordinem reſpiciens, exiſtimaret nos extra cauſſam multa dicere, illud Ariſtidis in me contorquens, *Tibi in præſentia, non mihi judex ſedeo.* Quare interim, quod dicitur, ἱερῶς ἀμύνας ero, in poſterum non futurus, ſi me Deus juverit, ut opus aſſequar quod ſuſcepi: illud eſt, quod omnia quæ in jure civili diſperſa ſunt, ea cogimus, ut in certa genera jus civile diſtinctum facile a quovis cognoſci poſſit. Hanc quoque actionem Prætor latius porrexit, cum filii ad honeſtatem nati, malo cultu, praviſque moribus corrumpuntur: nam in hanc rem utilis competit actio judicis officio æſtimandam, quoniam, ut Paulus ait, *intereſt noſtra animum liberorum noſtrorum non corrumpi* [19]. idque ſummopere legibus curæ eſt [20]. & hac cauſſa Melitus Socratem accuſavit, tanquam Reip. maxime expediat liberos bene educarier, quapropter Plato ait [21], Ὀρθῶς γάρ ἐστι τῶν νέων πρῶτον ἐπιμεληθῆναι, ὅπως ἔσονται ὅτι ἄριστοι. ὥσπερ γεωργὸν ἀγαθὸν τῶν νέων φυτῶν εἰκὸς πρῶτον ἐπιμεληθῆναι. μετὰ δὲ τοῦτο καὶ τῶν ἄλλων, καὶ δὴ καὶ Μέλητος ἴσως πρῶτον μὲν ἡμᾶς ἐκκαθαίρει, τοὺς τῶν νέων τὰς βλάστας διαφθείροντας, ὥς φησιν. ἔπειτα μετὰ τοῦτο δῆλον ὅτι τῶν πρεσβυτέρων ἐπιμεληθεὶς, πλείστων καὶ μεγίστων ἀγαθῶν αἴτιος τῇ πόλει γενήσεται. Utinamque ſemper illius ſententiam in ore haberemus, quam *libro de legibus primo* his verbis expreſſit: οἵ γε ὀρθῶς πεπαιδευμένοι, σχεδὸν ἀγαθοὶ γίγνονται. καὶ δεῖ δὴ τὴν παιδείαν μηδαμοῦ ἀτιμάζειν, ὡς πρῶτον τῶν καλλίστων τοῖς ἀρίστοις ἀνδράσι παραγιγνόμενον. καὶ εἴ ποτε ἐξέρχεται δυνατὸν δ' ἐστὶν ἐπανορθοῦν. τοῦτ' ἀεὶ δραστέον διὰ βίου παντὶ κατὰ δύναμιν.

Forte non ab re hoc loco velut exceſſum ſubjungam, an actio affectionis cauſſa detur. & traditum eſt dari. contra quam ſententiam aliqui argumentando lectorem ſatietate fatigant: & dum erroris Alciatum inſimulant, ipſi in maximos inciderunt. Ego arbitror (ut omnia uno verbo diluamus) duos caſus diſtinguendos eſſe, ac in primo dicendum, ad id quod intereſt affectionis cauſſa actionem non eſſe, quod ſupra dixi. In altero vero ex affectu ad rem ipſam dari, quoniam nec in id quod intereſt, nec in affectionem actio conſtituitur, nec plus comprehenditur quam in illa ſit. Et hoc caſu quidem vere plerique conſenſerunt, quemque juris retinendi cauſſa actionem hac in re exercere poſſe, non ſolum in bonæ fidei judiciis, ſed & quæ ſtrictim interpretantur cauſſis. Nam cum teſtamentum a liberto factum reſcindit patronus, judicium illud de ſtricto jure eſt [22], & tamen in ſola affectione aliquando conſiſtit [23]. Præterea cum pro hac ſententia ſint multæ leges [24], non facile ab ea Papiniani verba me retrahent: hæc ſane, *placuit prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam eſſe* [25]. quoniam ea conditio quæ in mandato erat, & in ſervi venditione intelligenda eſt, nempe ut is e manu mittatur, idque & ſi expreſſa non ſit, propter ejus contractus naturam [26]: idcirco ex affectu actio oritur, quod in ſtricti juris contractibus locum non haberet: non quod & in iis affectio non verſetur, & illa actionem non producat: ſed quia cum in iis ea tantum quæ expreſſa ſunt inſint [27], hæc non ſumitur interpretatio: quod & alii docuerunt. Sed illud forte verius eſt, agendi nullum jus dominum habuiſſe: ſervo enim id tantum licuit [28]. Verum favor libertatis [29] in bonæ fidei judicio tantum poteſt, ut de hac re judicium domino concedat [30], ſicut & aliis [31]. Minus etiam me moverit, ex privilegio ætatis minoribus datum eſſe, ut affectionis cauſſa in integrum reſtituantur, quod ad ſtrictum jus pertinet [32]. Unde de anno elapſo, quem ad recuperandas res a patre venditas lex municipalis conceſſit, reſtituendum affectionis cauſſa eſſe minorem plerique cenſuerunt [33]: quos & ego ſequor. Nam reſpondendum eſt, minoribus ad retinendas, acquirendaſque res, majoribus autem niſi ad retinendas ſuccurri [34]. & ſi ſciam, minorem de recuperanda re in ſuperiori caſu auxilium expetere [35], quoniam auctio pura eſt emptio, ſed in conditionem reſolvitur, ſi quis majus pretium polliceatur [36]. Itaque ut minor rem emptam, deinde amiſſam recuperet, facile lex concedit, cui rei magis quam acquiſitioni favet [37]. Inde eſt, quod ſi Titia nupſerit Cajo, & puellæ patri Caji curator promiſerit, ſe erogaturum, quod in ſumptus neceſſarios, & liberales opus ſit, ut is Bononiæ ſtudiis vacare poſſit: mortuo curatore Titiæ, pater contra curatoris heredes agere poterit, ut ad ſtudia inferant quod promiſſum fuit, quoniam ſoceri habere doctum generum intereſt [38]. Item in animadverſionem, pœnamque eorum, qui injuriarum delictum perpetrarunt, ex affectu lex actionem permittit [39]: quod & ad cætera facinora admoven, niſi talia ſint, ut agentis certa cauſſa intereſſe velint, ut actio furti eſt: qua ratione ſurrepto filio hæc matri non datur: patri datur [40], ob poteſtatem quam in filio habet, quæ matri indulta non eſt [41]. agitur autem filii, non operarum cauſſa [42], nec ſecundum affectionem inibitur æſtimatio [43]. De eo quoque provenit affectionis actio, quod publicam utilitatem continet: veluti, ne aliquis temere ad ſupplicium trahatur [44]. ne quis injuſtæ ſervitutis incommodum ſubeat [45]. humanitatis enim is affectus hac cauſſa admittitur. Sane affectionis admovendam actionem ratio non habetur, cum ab agendo aliquis excluditur, veluti cum patronus ad revocandum teſtamentum non admittitur [46].

CAPUT SEPTIMUM.

Quo tempore, & qua ratione, id quod ex Conventione intereſt, peti concedatur.

De eo quod intereſt, quod Conventum appellatur, dicturi (de pœnis enim hoc in loco non tractamus) neceſſarium prius repetendum exiſtimaremus, usque ad quam ſummam illud promitti poſſit, qua in re variæ fuerunt ſententiæ: niſi hoc quale ſit infra magis opportune a nobis explicandum eſſet [1]. Illud eſt præſentis inſtituti, ut exponamus, an hæc conventionalis utilitas peti poſſit? Alii autoritate moniti negant, alii ratione ducti aſſerunt poſſe peti. Neutram ſententiam ego non negligo, poſterior tamen mihi ad verum videtur proclivior [2], quæ etiam crebrius comprobata eſt, ſi duæ res conſentiant: prima eſt, ut qui rem contrahunt, conveniant, poſt moram factam pro

co

18. *l. 3. §. in hac comm.* 19. *l. & tamen §. 1. de ſerv. corr.* 20. *l. ſcire §. fin. de tut. & curat. datis ab his.* 21. in *Euthyphrone.* 22. Bart. in *l. ſi heres de eo quod certo loco.* 23. *l. libertus qui ſolvendo de bon. libert.* 24. *l. 1. §. item ait de injur. l. pater de evict. l. ſervus ea lege de ſerv. export.* 25. *l. cum ſervus extero mand.* 26. *l. 1. §. 2. de tut. & rat. diſtr. d. l. cum ſervus.* 27. *l. quicquid adſtringendæ de verb. oblig.* 28. *l. 2. §. 1. de manumiſſ.* 29. *l. libertas de reg. jur.* 30. *d. l. cum ſervus.* 31. *l. 2. & 3. de liber. cauſſa.* 32. *l. ſi in emptione de min.* 33. Doct. in *l. dudum de contr. empt.* 34. *l. ſciendum ex quib. cauſſ. major. in integr. l. non eſt probabilis C. de reſc. vend.* 35. *d. l. ſi in emptione.* 36. *l. 2. de in diem adject.* ubi gloſſ. 37. *l. videamus de uſur.* ubi Bart. 38. Bald. *Novell. in tract. dotis in 4. parte in fin.* 39. *l. 1. §. item autem de injur.* 40. *l. filiusfam. cum l. ſeq. de furt.* 41. *l. familiæ §. fœminarum de verb. ſignific.* 42. *d. l. mater* juncta *l. 4. de condict. furt.* gloſſ. *l. eum qui emit §. ſi filius de furt.* 43. *d. l. ſi ſervum ad l. Aquil.* 44. *l. non tantum de app.* Hippolit. de Mar. in *l. 1. ad l. Corn. de ſicar.* 45. *l. 3. §. hoc interdictum de liber. hom. exhib.* 46. *l. 1. §. & alias videamus ſi quid in fraud. patr.*

1. Infra *cap. 11.* 2. *l. fin. de prætor. ſtipul.*

eo quod intereſt, certum quid dari [3]: adeo multum referre videtur, ſi quid tum debeatur, an ante moram: tunc enim æs illud alienum in ſuſpicionem uſurarum non venit, ſed ex mora, & eo quod intereſt pendere videtur [4]. Quid ergo eſſet, moræ mentione non facta? Clarum credo [5], nec Aretinus dubitat [6]. Quid ſi nec ejus quod intereſt? Poſſe dici arbitror, ſuſpicionem uſurarum hanc conventionem afferre [7]. Aliudne exiſtimandum erit, ſi quid in conventione ſit, iis rebus fere par & æquale [8]? ut ſi fundi emptor, illum a venditore conductum habeat donec pretium ſolverit. Et puto mercedem illam pro uſura non eſſe: & rei periculum ad emptorem pertinere, ſterilitatiſque incommodum [9]: nam etſi emptione perfecta ipſo jure fructus emptoris ſint [10], re necdum tradita [11]: temporis tamen, & fructuum ratio aliud exigunt, etiam pretii parte ſoluta [12], ea ratione quod a venditore ad emptorem dominium nondum tranſlatum eſt [13], merito & moræ, & ejus quod intereſt conventio hæc naturam imitatur. Unde ſi nec conductio in fundo ſit, & venditor illius dominium a ſe non abduxerit, re tamen tradita, idem aliqui ſcripſerunt [14]: & verum eſt, cum emptio abſoluta non ſit [15]. Proinde ſi emptor jam rei dominium habeat, aliud eſt, cum ad diem pretium debetur: quia quicquid promittitur uſura eſt, & ita Gordiani reſcriptum interpretor [16]: eo potiſſimum argumento quod venditioni fidejuſſor acceſſerat [17]. quod & in cæteris caſibus, qui hujus naturam exprimant, accipiendum eſt [18], & æque in dote probandum, etiam in fructibus rei, quæ pignori ſit data [19]. Contra ſi dies ſolutioni datus non fuit, quia tunc, etiam pactione non interveniente nec mora facta, emptor qui fundum poſſideat ratione fructuum ad uſuras obligatur [20], quas & ſi certa ratione jus civile præſtari velit [21], jus tamen pontificium hanc regulam transgreditur, ut damna penitus reſarciantur [22]: cum enim venditor emptoris fidem non ſequatur, & emptor fidem ſuam non liberet, dominii nulla ſit mutatio [23], & traditio ipſa moram effingit [24]. nec ſterilis fundi venditio hanc regulam vitiabit, nec uſurarum præſtationem minuet [25]: qua in re diſſimillimas ex bona fide non immerito diſtinguemus obligationes [26]. Nec non illud cecidit in quæſtionem, ſi emptor fundi dominium nactus tamdiu dum pretium ſolvat ſingulo quoque anno fructuum imitatione, vel (ut dicitur) contemplatione, venditori centum promittat, an hæc promiſſio valeat? & valere arbitror [27] (etiam multis, quos de hac re vidi, in diverſum euntibus [28]) ſicut & illa, quæ dote non ſoluta, ut pro alimentis quid annuum præſtetur, continet [29]: niſi promiſſio hæc alimentorum naturam excederet extra, cum & id quod amplius accipitur reſtituendum ſit [30]. Idem quoque exiſtimamus ſi alimentorum mentio non fiat, nam in eorum cauſſam pactum ſuſtinebitur, ſi a viro mulier alatur, quod & ad legem municipalem Paulus extendit [31]: eritque is contractus, facio ut des [32]: cui rei alii quoque conſentiunt [33]. Neque hoc argumento ſolum ſuperiorem ſententiam veram arbitror, ſed multo magis hoc ipſo, quod venditor fructus poteſt excipere [34]: & hoc in noſtro caſu factum apparet, licet emptor pro fructibus pecuniam dare poſſit [35]. Nec refert, ſi carius quam æſtimantur fructus veneant, quia contrahentes ſe circumvenire poſſunt [36]. Quare non temere remur, fundi ſterilitatem, fertilitatemque ad emptorem pertinere [37]. Hæc ita niſi multam uſurarum conjecturam afferret venditi fundi pretii magnitudo [38], quæ maxime pollet [39], plus enim his conventionibus non tribuent judices fraudis inimici, quam veritas ipſa concedit, ut adumbratas uſuras in lucem proferant [40]. Sed & poſt hæc non ignorabimus poſſe fieri conventum aliquod, ut poſt moram pro lucro quod amittitur aliquid ſingulis annis præſtetur, ſicut cenſet veriſſime Decius [41], ſi ea, quæ in lucro deſiderari ſolent, non defuerint [42]. Poſt hæc omnia deinde annuæ uſuræ illi promitti poſſunt, a quo ita ſortem acceperis, ut poſt mortem tuam amplius uſuræ non pendantur, nec perſolvatur caput [43]. verum hæc hactenus. Secunda quæ requiritur res eſt, ut veriſimile ſit tanti creditoris intereſſe, qua in re illius conditiones, fortunæque diligenter inſpiciendæ erunt [44], & hæc ſententia certa eſt. Cæterum fortaſſis nec temere, nec falſæ rei conſentiemus, ſi dixerimus, in hac ſpecie ejus quod intereſt petitionem concedi, altera ex ſupraſcriptis rebus ceſſante, ſi creditor fœnus exercere non conſueverit, & vir ſit ſumma integritate, & innocentia, vel periculum immineat, quod veri ipſam ſimilitudinem ſequatur [45]. Nihil etiam præter veritatem dicere exiſtimarem, ſi altera re quieſcente poſſe peti id quod intereſt aſſererem, ſi modo natura contractus uſuris ſuſpicionem non daret [46]: ut, cum ſpecies debetur [47], vel factum [48], & id recuſetur. In quantitate autem ſolertior adhibetur cura [49], præſertim ſi in mutuum veniat, quod cauſſa uſurarum celebratur [50], ut Ariſtoteles in *Problemat.* docuit [51], & Hermogenes teſtatus eſt. Sicut & cum aliquid ſingulo quoque menſe cauſſa ejus quod intereſt, promittitur. Satis enim convenit, id effici in uſuram menſtruam [52], etiamſi integrum debitori eſſet, quid perſolvere deberet [53]. His caſibus exceptis, verius eſt, id quod intereſt propter conventionem non concedi, niſi probetur [54], nec ſi jusjurandum appoſitum fuiſſet [55]: ſic

3. Alex. *conſil.* 31. in 6. 4. Alex. *d. conſil.* 31. maxime in *num.* 12. *in* 6. *vol.* 5. *l. lecta ſi cert. pet.* Dec. in *cap. cum venerabilis de except. num.* 14. *l.* 1. §. *item ſi ad l. Falcid.* 6. Arct. *conſil.* 152. *ver. præterea*, & in *fin. conſil.* Abb. in *cap. naviganti de uſur. num.* 13. 7. Soc *conſil.* 130. *in* 4. *vol. num.* 13. *Ancb.* 149. 8. Dec. *conſil.* 111. *num.* 5. 9. *l. ſicut emptio cum l. ſeq. locati.* Alex. *conſil.* 131. *in* 5. *vol. in princ. & per totum.* 10. *l. fructus C. de act. empt.* Alex. *conſil* 73. *in* 2. *vol.* aliqua in *conſil.* 82. *col. fin. eod. vol.* 11. Alex. *conſil.* 131. *num.* 6. *in* 4. *vol.* 12. Alex. *d. conſil.* 131. *in* 5. *vol. ad fin.* 13. Alex. *d. conſil* 121. *in* 5 *vol.* 14. Dec. *conſil.* 119. *num.* 2. Soc. *conſil.* 88. *num.* 14. *in* 4. *vol.* & *cap.* 30 *num.* 5. *eodem vol.* 15. Alex. *d. conſil.* 121. *in* 4. *vol. num.* 6. & *d conſil.* 131. *in fin. in* 5. *vol.* 16. *l. in initio C. de pact. inter. empt. & vend.* 17. *arg. l. quod vendidi de contrab. empt.* 18. Soc. *conſil.* 88. *in* 4. *vol. num.* 4. *verſic. quarto contra.* 19. *d. conſil.* 88. *num.* 11. & 130. *num.* 7. & 15. *eod. vol. in* 4. 20. *l. curabit C. de act. empt. l. Julianus* §. *ex vendito eod. tit.* Alex. *d. conſil.* 121. *in* 5. *vol. num* 4. Soc. *d. conſil.* 88. *num* 6. 21. *l. fin. de peric. & com. rei vend.* 22. Soc. *conſil.* 109. *in* 1. *vol. num.* 3. 23. *d. l. quod vendidi. l. ſed Celſus* §. 1. *de contr. empt.* 24. Paul. de Caſt in *d. l. curabit.* 25. Soc. *d. conſil.* 88. *in* 4. *vol. num.* 8. 26. vide ſupra *cap.* 5. *ad fin. in* 2. *ampl. ver. Item non ſolum.* 27. Alex. *conſil.* 121. *in* 5. *vol. num.* 4. *verſ. tamen hoc eſt verum.* 28. Dec. *conſil.* 119. Soc. *conſil.* 88. *in* 4. *vol.* & 130. *eod. vol. num.* 9. 29. *l.* 4. *l. ſi pater* §. 1. *de pac. dot.* 30. *l. creditor* § *ſi inter maritum*, ubi gloſſ. *ff. mand.* 31. Paul. in *l. divortio num.* 7. *ſol. mat.* 32. *l. naturalis* §. 1. *de præſcr. verb.* 33. Alex. in *l. inſulam* §. *uſuras num.* 5. *ſol. matr.* Soc. *conſil.* 84. *in* 4. *vol. num.* 4. 34. *l. qui fundum* §. *fundi venditor de contr. empt.* 35. *l.* 2. *ſi cert. pet.* 36. *l. in cauſſa* 16. §. *idem Pomponius de min.* ubi gloſſ. *l.* 2. *C. de reſcind. vend.* Abb. in *cap.* 1. *de empt. in princ.* 37. Bart. in *l. cetem* §. *qui max. de publ.* 38. *cap. in civitate de uſur.* Dec. *conſil.* 111. & 119. *num.* 5. 39. *l.* 1. *de reb. dub. l. pen. de bon. lib.* Alex. *conſil.* 47. *num.* 5. *in* 5. *vol.* 40. *cap. plerique* 14. *quæſt.* 4. *cap. ad noſtram de contrahend. empt.* 41. Dec. *conſil.* 111. *num.* 9. Soc. *conſil.* 130. *num.* 13. *in* 4. *vol.* 42. dixi infra *cap.* 10. 43. Aret. *conſil.* 152. 44. Alex. *conſil.* 52. *num.* 5. *in* 6. *vol. l. ſocium qui pro ſoc.* 45. Aret. *conſil.* 152. *verſ. præterea ut dixi, & in fine conſilii.* 46. Alex. *conſil.* 27. *in* 4. *vol. col. fin.* 47. *l. Lucius de action. empt.* 48. *l prædia de act. empt.* Alex. *conſil.* 157. *num.* 6. *in* 6. *vol.* 49. Alex. *conſil.* 50. *in* 4. *vol.* 50. *l. Lucius depoſiti.* 51. *Part.* 29. 52. *l.* 3. §. *fin. de annuis leg.* ubi Bart. 53. *cap. conſuluit de uſur.* 54. Paul. de Caſt. in *l. ſi Julianus* §. *ex empto de act. empt.* 55. Alex. *d. conſil.* 50. *in fin. in* 4. *vol.*

ſic efficax eſt hæc probatio, ut pœna promiſſa, id quod amplius intereſt poſſit peti [56], niſi abſolutum fuerit judicium [57]. Sed an ſaltem uſuræ petentur, dummodo legitimum modum non excedant [58]? Et non putaverim: quoniam lex conventionem ea cauſſa approbat, quod de eo quod intererit partes transegiſſe videntur [59], non tanquam uſuræ promiſſæ ſint, quod & Papinianus fere expreſſit [60]. Quæro, an jure Pontificio, quæ ſupra diximus, permiſſa ſint? Et arbitror in illis caſibus, in quibus uſuræ conceduntur [61], alias niſi ſuperiores duæ res ſubſint quanti interſit probandum erit [62]: quicquid Alexander reſponderit, qui omne quod poſt moram promiſſum eſt, peti poſſe cenſuit [63], cum tamen alias dixerit, ſi promiſſum ſit, & non interſit, petitioni locum non eſſe [64]: quod verius eſt. Quo caſu ſi ea quæ ſupra retulimus intervenerint, an vere tanti interfuerit, in controverſiam non veniet [65]: quod & æquitati canonicæ convenire traditum eſt, præterquam in eccleſia, in clerico creditore, & in miſerrimo, inaniſſimoque debitore [66]. Illud quoque in dubium venit, ſi quis promittat vinum, vel vini æſtimationem reddere, an is ad vinum, & ad æſtimationis incrementum conveniri poſſit? Aliqui exiſtimarunt, tanquam id in favorem creditoris adjectum ſit [67]. Sed nonnulli propter naturam dictionis *vel*, quæ res disjungit, hanc ſententiam non probant [68]. Quid ſi id quod intereſt non expreſſa quantitate promittatur? Et non dubito, propter incertitudinem hanc conventionem ex ſe non valere: quantum vero ad generalitatem, quæ ad legis regulam collata videtur, valere, quia etiam ſine conventione id quod intereſt actione conſequimur [69]: qua in re aliqui temere diffluunt [70]. Quando autem id quod intereſt attendendum ſit, propter conventionem dubitandum non videtur.

CAPUT OCTAVUM.

An ſuperiores tres ſpecies inter ſe concurrant.

Cum aliquid ſingulariter intereſt, plus communi pollet, potiusque eſt [1], ſi majus ſit: itaque creditori de actione integrum eſt, utrum illud, an hoc petat. Utrumque a convento vincitur, cujus ob contrahentium conſenſum magna eſt poteſtas [2]. Quare his non facile concederem, qui tradiderunt, illud quod in re majore conſiſtit, petendum eſſe, ut debitoris fruſtratio ipſi majorem pœnam afferat [3]: ut qui ſciam, a Juſtiniano id quod intereſt non augeri, ſed potius minui [4], atque reſtringi.

CAPUT NONUM.

Id quod extra rem intereſt, quando locum habeat.

Exiſtimo, quod cæteris non liquet, hac in parte a me luculenter explicatum iri. Sed neceſſe eſt, ut ab omnium ſententiis diſcedam, & quid novi habeam, & quid præter cæteros ſentiam, ipſe ſimpliciter explicem: ita enim hanc rem commodiſſime poſſe tradi arbitror. Si qui inſolenter me gloriari putant, his ego illud Platonis dictum in *libris de Republ.* opponam: τῷ ἀληθεῖ χαλεπαίνειν οὐ θέμις [1]. & illud: ὁ πρὸς τὴν ἀλήθειαν τιμητέος ἀνήρ [2]. Non enim tam autores in diſputando, quam rationis momenta quærenda ſunt, ſi Platoni velut oraculo crediderimus, hoc in *lib. 1. de Legibus* dicenti. Quantum autem Autoritas noceat Cicero cum & alibi, tum & in *libris de natura Deorum* præclare ſic diſſeruit, quin etiam obeſt plerunque his, qui diſcere volunt, autoritas eorum, qui ſe docere profitentur. Deſinunt enim ſuum judicium adhibere, id habent ratum, quod ab eo quem probant judicatum vident: ut merito damnandi ſint, qui communem ſententiam ſacroſanctam putant [3]; quive Bartolum, cæteroſque, etiam contra Juſtiniani præceptum [4] pro lege ita obſervant, ut ſicut de Pythagora priſcis temporibus, ita noſtris de Bartolo dicamus, αὐτὸς ἔφα. Quid enim id aliud eſt, quam ut ſine ratione valeat autoritas: quod a doctis omnibus reprobatum eſſe ſæpius obſervavimus. Hæc in excuſationem meam dicere volui, cum non in hac parte tantum, ſed in univerſo opere ſæpiſſime a communi abeam ſententia. Verum, ut quod noſtrum eſt agamus, ad hanc regulam hæc omnis res dirigenda eſt, ut ſi culpa alicujus id quod extra rem intereſt accidat, illud omnino ab eo reſarciendum ſit [5]: ſi vero hujus rei culpam is non ſuſtineat, illam in eo quod extra rem intereſt non præſtabit. Igitur cum dolus in re verſatur, hæc ſententia certior eſt [6]. Sed hac in re a lege Aquilia principium ſumamus, in qua verſatur damnum culpa datum, & ſi illa leviſſima ſit [7], dummodo aliquid fiat: nam qui non facit, lege Aquilia non tenetur [8]. Qui igitur in illam legem committit, ad id quod extra rem intereſt obligatur [9]. Nec deſidero quid reſpondeam quibuſdam argumentis, quæ in hanc rem contorqueri poſſunt. Primum eſt, quod leges, quæ pro hac ſententia ſunt, de hereditate loquuntur, quæ ſervum ſequitur [10]. Neſcio an omnium ineptiarum ulla ſit major: quod & ſupra oſtendimus, demonſtravimuſque id extra rem eſſe [11]. Sed nec hanc differentiam in magno poſuerim diſcrimine, cum ſint apud nos aliæ leges, quæ noſtram ſententiam tuentur [12]. Et quod contra dicitur, ſervum heredem inſtitutum pretiuſiorem non eſſe [13], hoc modo refelli ſolet: non de eo quod intereſt illud accipiendum eſſe, quoniam pretioſior eſt ſervus [14], ſed ad ineundam legis Falcidiæ rationem pertinere. Finge heredem de legatis Falcidiam detrahere voluiſſe, quoniam iis perſolutis quarta ipſi non remanſiſſet, certe ſervus ne Falcidia deducatur, quia heres inſtitutus ſit, pluris non æſtimabitur, nec hereditatis pretium augebit, cum multæ ſint cauſſæ, quæ hujus hereditatis acquiſitionem impedire poſſint; inter quas ipſius ſervi eſt voluntas, quia ad adeundum cogi non poteſt [15], uno caſu excepto [16]. Cum igitur legatarii de lucro certent [17], contra heredem non admittentur, cui rei accedit, quod nondum a do-

56. *l. prædia de action. empt. l. ſi quis a ſocio pro ſocio.* Corn. *conſil.* 2 *in* 3. *vol. col.* 5. 57. *l. terminato C. de pact. & lit. expenſ.* 58. *l. eos C. de uſur.* 59. *arg. l. in fideicommiſſo C. de transact.* 60. *l. Julianus §. idem Papinianus de act. empt.* 61. *cap. conqueſtus de uſuris*, ubi Abb. & cæteri. 62. *arg. cap. ſuam de uſur.* 63. Alex. *conſil.* 31. *in* 6. *vol. col.* 3. *num.* 12. 64. Alex. *conſil.* 221. *in* 2. 65. Anania *conſil.* 31. *pro ſuppoſito in princ. cap. dilecti de arbitris*, ubi Abb. 66. *cap. generalis in fin.* 54. *distinct. cap. fraternitas* 12. *quæſt.* 2. Ang. *conſil.* 43 *in fin.* incipit, *fratres. argum. l. in fundo alieno de rei vendic.* 67. Bart. in *l. quamvis de pignor. act.* Dec. *conſil.* 12. *col.* 2. 68. *l. plerumque in fin. de jure dot.* 69. *l. ſi ita ſtipulatio de verb. oblig.* 70. dicam infr. *cap.* 11. *in* 2. *limit. verſic. & illud.*

1. *L. Titius de act. empt.* 2. dixi in *ſuperiori capite.* 3. *arg. l. contumacia de re jud.* 4. *l.* 1. *C. de eo quod intereſt.*

1. Plato *lib.* 5. *de Republ. in fin.* 2. *l.* 1. *§. cumque hæc verſic. ſed neque ex multitudine C. de vet. jur. enuc.* Plato *lib.* 10. *de Republ.* 3. Hoc inquit Decius *conſil.* 55. *in* 2. 4. *l.* 2. *C de veter. jure enucl. §. hoc autem quod.* 5. *l. ſocium §. fin. cum l. ſeq. pro ſoc. l. commiſſa rem ratam hab.* 6. dicam in *fin. hujus capitis.* 7. *l. ſed & ſi quemque ad l. Aquil.* 8. *l. ſi uſusfructus legatus §. denique conſultus.* ubi Bartol. *de uſufructu.* Jaſ. in *l. ſi ita ſtipulatus eſſe col.* 3. *de verb. oblig.* 9. *l. inde Neratius ad l. Aquil.* 10. *d. l. inde Neratius cum ſimilibus.* 11 *ſupra cap.* 4. *ad fin.* per *l. præterea de rei vendic. & l. cum autem §. item ſi legatum cum l. ſeq. de æd. edic.* 12. *l. proinde ad l. Aquiliam. l. qua actione eod. tit.* 13. *l. pretia rerum ad l. Falcid. d. l. inde Neratius.* 14. *l. penult. de bonis libert.* 15. *l. cum proponas C. de hered. inſtit.* 16. *l. cum aliquis C. de jur. delib.* 17. *l. fin. §. & ſi præfatam verſ. licentia C. de jur. delib.*

domino admiſſa hereditate nulla ſreus ſit legatariis: quia qui non acquirit id quod poteſt, nec in ſcrupulo frandis ponitur [18]: cum enim variæ ſint hominum voluntates, perquirendum non eſt, cur hereditas non admittatur [19]. merito & ſi nolit heres ut ſervus hereditatem adeat, antequam cum legatariis tranſegerit frandis inſimulandus non erit cum bona cauſſa id facere poſſit [20]. Ego nullam inter has res differentiam eſſe duxerim: quoniam & ſi ſervi dominus locupletior non ſit, tamen ad id quod intereſt interempto ſervo actionem habebit, ad id quidem quod extra rem accidit, quodque in certo lucro conſiſtit [21]. Alterum minus urget, illud ſcilicet, quod id quod ſingulariter intereſt, in delictis locum non habet [22], & id quod extra rem eſt, ad eam ſigurem pertinet, quod neſcio an ſatis verum ſit: non magnopere tamen pugnn de hac re, cum ſciam, aliud eſſe, ſi de eo quod affectionis eſt, loqui volumus: aliud de eo quod ad utilitatem refertur [23]. Tandem de mora quædam confingunt, & ea huic ſententiæ objiciunt [24], tam falſa, quam quæ falſiſſima, quod in ſequenti exemplo oſtendemus. De more idem jus eſt, qua in re hæc ſit [25], quam in culpam, nnn etiam in dolum vocari ſupre diximus [26]. Qui enim creditorem fruſtratur, id quod extra rem illius intereſt præſtare debet [27]; ut Pomponius ſcribit [28]. inquit ille: *ſocium, qui in eo quod ex ſocietate lucrifaceret reddendo, moram adhibuit: cum ea pecunia ipſe uſus ſit, uſuras quoque eum præſtare debere Labeo ait: ſed non quaſi uſuras, ſed quod ſocii interſit moram non adhibuiſſe.* id eſt, id quod lucrari potuiſſet: nam non dubito, lucrum hoc extra rem eſſe [29], quoniam non proxime ex re ipſa deſcendit: id eſt, ut Barbari dicunt, immediate. Ex pecunia enim, pecunia confici non poteſt [30], & quidquid accedit ſorti uſura eſt [31], de qua nos non tractamus [32]. Quod autem in proximo lucrum eſt, id ex re eſſe dicitur [33]. Sequitur Pomponius: *ſed ſi aut uſus ea pecunia non ſit, aut moram non fecit, contra eſſe.* quia qui moram facit, ad id quod extra rem eſt tenetur [34]. Idem ſi in more nnn ſit, dum tamen pecunia ipſe utatur, quia qui re aliena utitur, nec reſtituit, in culpa eſt [35]. Similiter ut circa depoſitum ſcripſit Ulpianus [36]: qua de re paulo infra dicemus. Sed cur Paulus ait in venditione mora facta nihil quod circa rem non ſit æſtimandum non eſſe [37]? Et (ut aliorum commenta præteream) reſpondent quidam, in ea id eſſe ſingulare, ea ratione, quod idem in emptore conſtitutum eſt [38]: in iis enim, quæ ſub eadem ratione cadunt, debet eſſe æqualis juris diſpoſitio [39], quoniam hæc [illegible] eſt natura [40]. Ego adhuc dubito, quia hæc ratio quæſtionis cauſſam non tollit: nam cur in emptore ita conſtitutum eſt? cur & in emptione, cum in locatione aliud ſit [41]? quæ ſunt inter ſe pares, & æquales [42]. An igitur Paulus nec emptionem a noſtra regula excipit? Et ego arbitror, ſicque illum intelligo [43], ut quod a mora facta uſque ad litis conteſtationem extra rem intererſuit, eove tempore, quo judicium accipitur, peti non poſſit [44]: judicii enim neglectio culpam in creditore coarguit [45], quia tardius egit, ut obligatio major fieret [46], ad quam rem diligenter leges intendunt [47]. Quantum ad id quod extre rem conſiſtit, culpæ veniunt in compenſationem [48], ne ceſſator debitori noceat [49]: & ideo creditor, quia litem conteſtatus non eſt, deterioris habetur conditionis, quam ſi eſſet [50]. Sed & cum fundus publicatur, ſingulare eſt, ut pretium tantum reſtituatur [51], ut clare appareat amptionem ab hac regula ſejungendam non eſſe. Quid de locatione dicemus? & ſupra diximus, locationem æque judicari, atque emptio: itaque quod extra rem propter moram intereſt præſtandum, mihi in dubium non venit [52]. Sed hoc amplius eſt in locatione, quod id quod extra rem intereſt [*], cum continuam cauſſam habeat, non ſolum in tempore moræ, ſed & ſequentibus temporibus debetur: veluti cum conductor culture excluditur [53], vel ſemel excluſus aliis rebus illigatur [54], niſi remiſſionis ratio habenda ſit [55]. Hactenus de mora, quæ culpam arguit. Si delictum in ea inſit, dubitandum non eſt, ſuperiorem ſententiam expeditiſſimam eſſe, veluti cum de re depoſita tractamus [56]: nemo enim eſt qui neſciat, depoſitum in jure noſtro multa privilegia ferre [57], & cum qui depoſiti judicio convictus ſit, infamia damnari [58], quod in mutuo, commodatove locum non habet [59]. Nimirum ergo ſi qui depoſitum non reſtituit, delictum patrare dicatur, ſi etiam hæc mora id quod extra rem intereſt amplexetur [60]. Ad quod dum Doctores non animadvertunt, exiſtimantes propter moram ejus quod extra rem verſatur rationem habendam non eſſe, in maximas difficultates & errores inciderunt, qui in tanta re objecti illis omnino eripiendi ſunt. Diſtinxerunt ipſi, ut cum res ipſa augeri non poteſt, id quod extra rem intereſt, deberi, ut nummi ſunt, idque Ulpiani reſponſo freti auctoritate [61]: cum vero creſcere poteſt, non deberi, ut frumentum, vinum, oleum, & cætera hujus generis, quarum rerum creſcit æſtimatio [62]. Inde in hac diſtinctione ad primam partem multa exempla referunt, quæ apud ipſos videnda ſunt [63]. Ultimæ autem hæc eſt quæſtio, (exempli gratia) apud Titium decem corbes vini depoſitas habeo, & quoniam depoſitum mihi non redditur, penſionem, quæ mihi ſolvenda erat, domino dare non poſſum, & ob hanc cauſſam jura clientelæ amitto: dicunt in hac facti ſpecie, quoniam in vino more ſit, damnum hoc quia extra cauſſam eſt, a me peti non poſſe [64]; tanquam id ſufficiat, quod vini æſtimatio augeri poſſit [65]. Sed huic rationi ego nullo modo acquieſcere poſſum: quoniam paris culpæ, quæ idem damnum infligit, eſſet nimis diverſa, & incerta pœna: quare & Papinianus ait, ſi decem promiſſa ſint, nec dentur, agi ad id, quod extrinſecus intereſt [66]. dictio autem

18. *l. ſi poſtulante. l. facta §. ſi heres ad Treb.* adde *l. qui autem de his quæ in fraud. credit.* Bal. *conſil* 33. *in fin. in* 5. *vol.* 19. *l. quia poterat ad Trebell.* 20. *d. l. quia poterat. l. in ratione legis Falcidiæ mortes ad l. Falcid.* 21. ut infra *cap. ſeq.* dicam. 22. *l. ſi ſervum meum ad l. Aquil.* 23. dixi ſupra *cap.* 7. 24. *l. ſi ſterilis §. cum per venditorem de act. empt.* 25. *l. fin. ſi quis in jus voc. non ter.* 26. dixi ſupra *cap.* 5. 27. *l. ſi fundus loc. l. ſi ſterilis §. cum per venditorem de act. empt.* ut infra declarabo. 28. *l. ſocium qui ff. pro ſocio.* 29. *l. ſi ſterilis §. cum per venditorem de act. empti.* 30. *l. venditor ex hereditate,* ibi *pretium hominis de hered. vel act. vend. §. efficiens ver. primo quidem* 88 *diſt.* Abb. *conſil.* 39. *in* 2. 31. *cap. plerique* 14. *quæſt.* 3. 32. *d. l. ſi ſocium.* 33. *l. videamus §. præterea de uſur. l. ſi in lege §. colonus locati.* 34. *l. ex empto §. ex empto actionem de act. empti,* ubi Paul. de Caſt. *ver. & ſi non tradit.* 35. *l. curabit C. de act. empti.* 36. *l. nummis de in litem jur.* 37. *l. ſi ſterilis §. cum per venditorem de act. empti.* 38. *l. fin. de peric. & com. rei vend.* 39. *l. idemque & Julianus de act. empti. l.* 1. *C. de cupreſſis libro* 11. 40. Fel. in *cap. fin. de jud.* 41. *l. ſi fundus locati.* 42. *l.* 2. *loc. d. l. ſi fundus.* 43. *d. §. cum per venditorem.* 44. *arg. l. ubi exigitur §.* 1 *de edendo.* 45. Cicero *pro P. Quintio. arg. l. pure §. fin. de doli mali & met. except.* 46. *d. §. cum per venditorem.* ibi, *nec cum major ſit. l. ſi eum in fin. ff. ſi quis caut.* 47. *l. pen. de vi & vi armata.* 48. *l. ſi ambo de compenſ.* 49. *l.* 1. *in princ. de publ. l.* 1. *de calum. l. mulier §. ſi heres ad Trebell.* adde *l.* 1. *C. de divid. tut.* 50. *l. non ſolet de reg. jur.* dicam *infra cap.* 10. *in* 2. *lim.* 51. *d. l. ſi fundus.* gloſſ in *l. Lucius de evictiom.* 52. *d. l. ſi fundus. l. ſi uno §. pen. l. videamus loc.* * *l. ſi tibi* 7. *locati.* 53. *l.* 2. *de annais leg.* 54. *l. ſi in lege §. colonus locati.* 55. *l. ſi uno §. ubicunque locati.* 56. *l. videamus* 19. juncto *§. præcedenti de uſur.* 57. *l. pen. C. depoſ. l. in contractibus §. ſed quoniam C. de non numer. pecun.* 58 *l.* 1. *de his qui not. infam.* 59 Alc. *Parerg. lib.* 2. *cap.* 36. 60. *l. nummis de in lit. juran.* 61. *d. l. nummis.* 62. *d. §. cum per venditorem.* 63. Alex. *conſil.* 221. *in* 2. *vol. col.* 2. 64. Corneus *conſil.* 156. *in litera C. in* 2. *vol.* 65. *l. oleo C. de uſur.* 66. *l. liber homo §. fin. de verb. oblig.*

autem illa, *decem*, tam ad vinum, & frumentum, quam ad pecunias referri poteſt, quod & alii vere docuerunt [67], veluti ſi decem amphoræ vini in obligatione eſſent. Proinde & Cajus pecuniæ vinum, oleum, & frumentum æquiparat [68]. Deinque illi qui æque ſunt contumaces ac moroſi, contra quos in litem juratur, ad id quod extra rem numeratur ſine controverſia obligantur [69], veruntamen in litem non juratur [70]: ideo ille qui non exhibet ad ea, quæ extra rem ſunt, convenietur; quoniam arbitrariæ actioni eſt obnoxius [71], ſicut & ille, qui depoſitum non reddit: nam & Ulpiani reſponſum huc referri poteſt [72]. Non me præterit, fuiſſe qui crediderint, propter moram ad id quod eſt extra rem, actionem non dari [73], præterquam in depoſito, & in arbitrariis actionibus: ſed negari non poteſt, quin & in aliis cauſſis id verum ſit. Hæc quæ de mora diximus, de ea ſunt, quæ ab regula remota non eſt [74]: & de ea, quæ ex difficultate in præſtando non naſcitur [75]: conſtat enim & in traditione quod extra rem intereſt propter moram deberi [76]. Tertium ſequitur exemplum, cum culpam fraudemque jus vindicat, in ſocietatibus, mandatis, rebus venditis, locatis, commodatis, cæteriſque ſimilibus: in quibus quod ea cauſſa damnum contigit quemque cuique præſtare oportet. Hoc eſt illud hac in re primum, ut omnia quæ venditor norit, ea vitia dicat, ut omnia ſine inſidiis & dolo malo agantur. Et ut rem hanc ab origine repetamus, de Dolo primum dicemus. Qui igitur rem vitioſam ſciens vendidit, veluti tignum vitioſum, & emptoris domus propterea ruinam fecerit, in id quod extra rem illius intereſt, tenebitur [77]. Debet enim venditor de iis, quæ ipſe novit, emptorem certiorem facere [78]: in cujus rei teſtimonium etiam ex M. Tullii *libro tertio de Officiis* verba adducam: inquit ille, *ac de jure quidem prædiorum ſancitum eſt apud nos jure civili, at in his vendendis vitia etiam dicerentur, quæ nota eſſent venditori*. Nam cum ex XII. tabul. ſatis eſſet ea præſtari, quæ eſſent lingua nuncupata, quæ qui inficiatus eſſet, dupli pœnam ſubiret; a JCtis [79] etiam reticentiæ pœna eſt conſtituta. Quidquid enim eſt in prædio vitii, id ſtatuerunt, ſi venditor ſciret, niſi nominatim dictum eſſet, præſtari oportere [80]. Ideoque ſi equus naturali vitio in itinere obſtinate conſiſtens militi vendatur, eſt in periculo venditor, ne ad id quod extrinſecus intereſt, obligetur, ſi equus ille de quo miles pugnabat admotis calcaribus, tunc iter ingredi noluit, cum in fuga ſunt milites, capto enim hac cauſſa equite, auctor illi quod intereſt præſtabit [81]. Quod ego verum arbitror, ſi non ſine culpa ſua, flagitioque in dedecus diſciplinæ militaris in fugam eques ſe conjecerit: nam & arma turpiter amiſſa jus poſtliminii non habent [82]: ſemperque improbatum illud dictum fuit, *ὁ φεύγων καὶ πάλιν μαχήσεται*. hac cauſſa apparet in mercatore aliud eſſe quem prædones inſequantur, ſi equus, in quo ille vehebatur, in via conſiſtat. Quid ſi formidine retardetur? quid ſi pavitans in flumen ſe demergat? Et ſi propter inſequentium ſtrepitum [83], locive iniquitatem equus moveatur, hæc actio ceſſabit, ſi equi vitio damni agetur [84]. Quid ſi equi peſſundent, & boves cornu petant [85]? Et redhibitioni ſaltem locum eſſe conſtat [86]. Ego & ei quod intereſt locum facerem, ſi aſperitate ſua naturaliter damnum dent, & facile eorum impetus præcaveri non poſſint [87]. Hinc M. Varro *Rei Ruſt. libro* 2. ſolitos tradidit eos, qui indomitos boves emebant, ſic ſtipulari: *Illoſce juvencos ſanos, deque pecore ſano eſſe, noxiſque ſolutos recte præſtari ſpondes*. & hanc formam M. Manilii actionibus contineri idem ſcribit. Et lege deinde cavetur, ut nominatim vitia exprimantur [88], nec obſcure [89]. Nam & ſi quis vitia aliqua excipiat, ad ea tenetur, ſi ſciens fallat, nec emptori dicat, hæc ipſa in re vendita eſſe [90]. Quod expeditius videtur, ſi venditor affirmaverit, rem liberam eſſe, & improbato more excipiendo ſervitutem celet [91], non aliter atque ſi dixerit, rem ſanam eſſe, & univerſa venditor vitia excipiat [92]. Ad hanc quoque obſcuritatem pertinet, ſi venditor omnia vitia in re eſſe prædicet, quædam deinde nominet [93], quoniam ex omnibus vitiis quæ una comprehenſione continebantur, ea ſelegiſſe venditor videtur, quæ res illa habebat [94], hujus enim orationis hæc eſt natura [95]. Nemo autem obſcuraſſe dicendo videtur, qui ita dixerit, in equum quem tibi vendo omnia vitia delabuntur, ſed ea lege quæ de iis vitiis eſt teneri nolo, cum enim ante venditionem perfectam ita clare locutus [96] ſit venditor, dubitare non poſſum [97], quamvis Abbatis contra me ſtet ſententia [98]. Eſt & altera venditori juſta cautio, modo hæc ita ſiat, ut venditor quædam vitia exprimat, & pro iis tantum ſe obliget [99]. Quod autem diximus in his obſcuritatis caſibus emptorem teneri, ſic erit accipiendum, ut non tamen ad id quod extra rem mea intereſt conſequendum actionem habeam [100], noſque ita putamus: Si autem intelligatur ab emptore rei vitium, non poteſt dici cauſſam eſſe, cur reticentia venditori noceat [101]. Hæc & in locatione [102], commodato [103], depoſito [104], mandato [105], permutatione [106] receptiſſima ſunt. Sed hæc ad dolum pertinent: hæc culpæ ſunt, cum rei vitia a venditore ignorantur, quæ tamen ille propter rei naturam ſcire debuit [107]: tunc enim & omne quod extra rem intererit, venditor præſtabit [108]: ut in vaſe vendito [109], hoc enim caſu ignorantia non excuſatur [110], quia cum vaſa in uſu patrisfamilias ſint, ea dominus inſpicere ſæpius, ne cuſtodire debet, quod Cato [111], Columellaque admonent [112]. Nec me movet, quod emptor vaſis vitia prævidere potuerit [113]: quoniam multa aliis latent, & abdita ſunt, domino prompta & aperta. Adde quod

67. Jaſ. d. §. *fin.* 68. *l. ideo in arbitrium de eo quod certo loco.* 69. *l.* 2. *de in litem juran.* 70. Alex. *l. videamus de in lit. jur.* num. 7. *gloſſ. d. l.* 2. 71. *l. ſed & ſi hereditas ad exhibendum* 72. *d. l. nummis.* 73 *d. §. cum per venditorem.* 74. dicam infra in *fin. cap. ſequentis.* 75. *l. fin.* ubi Paul. de Caſt. *de act. empti.* 76. Cor. *conſil.* 306. *in litera F. in primo vol* 77. *l. Julianus de act. empti.* 78. *l. in vendendo de contrahend. empt.* 79. *l.* 2. §. *his legibus latis de origine jur.* 80. *l. quæro de action. empti.* 81. Joan. Andr. *in add. ad Speculum in tit. de empt. & vend.* §. 1. *num.* 43. 82. *l.* 2. *de capt.* 83. *l. ſi ſervus ſervum* §. *fin. ad legem Aquil.* 84. *l. ſi ex plagis* §. *in clivo ad leg. Aquil.* 85. *l. bovem de ædil. edict.* 86. *l. quod ſi nolit de ædil. edict.* 87. *d. l. ſi ex plagis* §. *quidam boves in fin.* 88. *l. quæro in ver. ſpecialiter de act. empt.* Alex. *conſil.* 95. *in* 5. *vol.* & 69. *in* 6. *vol.* 89. *l. ea quæ in fin. de contrab. empt.* 90. *l. quæritur* §. *ſi venditor de æd. edic.* Alex. *conſil.* 15. *in* 5. *vol. in fin.* 91. *l.* 1. §. 1. *de act. empti.* 92. Abb. in *cap. infirmitas in fin. de pœnit. & remiſſ.* 93. Abb. in *cap. injuſtum num.* 4. *de rerum permut.* 94. *cap. qui ad agendum de procur. in* 6. Alex. *conſil.* 7. *in* 1. *num.* 7. 95. *l. uxorem* §. *feliciſſimo de leg.* 3. Bart. *l. quaſitum* §. *fin. de fund. inſtr.* Alex. *conſil.* 77. *in* 4. *vol.* 96. *l.* 1. §. *ſi conveniat depoſiti.* 97. Speculator in *tit. de empt. & vend.* §. *nunc dicendum eſt* 2. *ver. quid ſi venditor.* 98. *l. ſi me rogaveris* §. *ſi de me commod.* *l.* 2. *C. de pign.* 99. Abb. in *cap. cum contingat num.* 24. *de jurejur.* & in *cap. injuſtum num.* 3. *de rerum permut.* 100. *l. qui libertatis* §. *ſervum verſic. ſicuti qui fundum de evict.* 101. *l.* 1. §. *ſi intelligat. l. quæritur in fin. de ædil. edic. l. ea quæ de contrab. empt. l. pen comm. l. nemo videtur de reg. jur.* 102. *l.* 2. *locati.* 103. *l. in rebus* §. *item qui ſciens commod.* 104. *l. ſi ſervus* §. *quod vero de furt.* 105. *l. inter cauſſas* § *fin.* ubi gloſſ. in *verb. culpa tua in ult. ſol. mand.* 106. *l.* 2. *C. de rer. permut.* 107. *arg. l. ſi ſterilis* §. 1. *de act. empti.* 108. *d. l. ſi ſterilis* §. *quamvis.* 109. *l. tenetur* §. *ſed ſi vas in fin. de act. empt.* 110. *l. ſed addes* §. 1. *loc.* 111. Cato *cap.* 2. & 3. 112. Colum. *lib.* 11. *cap.* 1. *l. quicquid de act. empti.* 113. *d. l. ſi intelligatur.*

quod emptor rei vitia ſemper ignorare præſumitur [114]: quare oon ſatis admirari queo, quod hujus capitis exordio jure conqueſtus ſum, fuiſſe multos, qui nec ad rationem, nec ad verba legum attendentes, contradixeruot. Sed nobis meliore ratione aliud placet: nam in iis rebus non dolus tantum, ſed & culpa præſtanda eſt [115], illud ſcilicet quod dominus ſcire potuit: ſiquidem dolus arguit ſcientiam, culpa negligentiam, nempe levem culpam [116]. Unde Cicero inquit: *qui ſcire debuit de ſanitate, de fuga, de furtis, præſtat edicto ædilium* [117]. Poſſunt tamen etiam tales eſſe res, quas venditor in culpa ſibi propugnatrices paret, quod in iis facile vitia cognoſci non poſſint: ut ſunt ſervi, ut paſcua, ut reliqua hujusmodi [118] (niſi & his aliquid accedat, quod dominum in culpa conſtituat.) ſuot enim ſæpe multa vitia ita occulta & tecta, ut indagari nullo modo poſſint. Itaque ſi vendatur equus, cujus jecur, cor, aut pulmo putridus ſit, quantum ad præſentem rem pertinet, venditor culpa eximitur [119], ne deinde ſi rem hereditariam quis vendat [120]. Nec tamen ignoratio ſuperiori tantum caſu non excuſatur, ſed nec illo, cum quis affirmaverit, rem vitioſam non eſſe [121]: eſt enim ex his hæc temeritas, quæ ignorantiam damnant, & ipſa in culpam converſa ad id quod extra rem intereſt venditorem obligat [122]. Ergo ſervo ſine diſtinctione conducto, ſi dominus imperitum pro perito dederit, culpam præſtabit, quia ſervum elegerit, qui ſua negligentia conductori damnum intulit [123]: videtur enim tacite affirmaſſe, ſervum huic muneri aptum eſſe. Non ita eſt, ſi ipſe illum ſervum locet [124]: cujus differentiæ manifeſtiſſimum argumentum eſſe puto, quod vitia in homine, ut in cæteris rebus, facile cognoſci non poſſunt [125]. *multis enim ſimulationum involucris* (inquit Cicero) *tegitur, & quaſi velis quibusdam obtenditur uniuscujusque natura: frons, oculi, vultus perſæpe mentiuntur, oratio vero ſæpiſſime* [126]. Ideo lex non exiſtimat mulione locato dominum exacte, & ad amuſſim illius negligentiam ſcire, ut providere potuerit ejus cauſſa mulum tuum periturum eſſe: quod ſecundum ſuperiora intelligendum eſt [127]. Magni autem intereſt ſcire, quis ſit, qui de iis rebus aſſeveret: quia in minore ſine juramento hæc quæ diximus facile locum non invenient [128]. Hæc porro, quæ de culpa diximus, non ſolum ad emptionem pertinent, ſed & ad locationem [129], & ad mandatum [130]. Excipitur Commodatum, in quo ſcientia omnino requiritur, ut hæc pœna locum habeat [131]. Nonnunquam etiam extrinſecus alia cauſſa oblata actionem hanc mitiorem efficit [132]. Illud procul dubio omnes fatentur, quod his caſibus, quibus excuſatio ignorationem defendit, id quod extra rem intereſt, non petitur: ſed quanti minoris res empta fuiſſet, vel alia quæ in haoc rem comparata ſunt remedia [133]. Nec obſtat, quod qui morboſum ſuodum locavit, penſionem non petit: & id quanti minoris intereſt locum non habet [134]. Reſpondeo ego, ideo non agi, quia veriſimile non eſt, aliquem ad perimendum pecus fundum conducturum. Sicut evenire poteſt, ut quis tignum vitioſum emat, quod in varios uſus utile eſſe poteſt [135]. Jam & illud urgere ceſſet, quod in hereditarii fundi venditione venditor non tenetur, qui tributi ignarus ſimpliciter vendidit [136]. quia & lex, quæ ſine cenſu fundi venditionem prohibet [137], & emptoris ignorantia ſine venditoris dolo nata [138] id inducunt: contrarium ergo, ſi venditor de tributo ſciſſet [139]. Denique in his rebus vitioſis non inficior in depoſito omne quod extra rem intereſt, ſemper contineri, ne cui officium ſuum damnoſum ſit [140], niſi depoſitarii culpa intervenerit [141], vel is ſua cauſſa depoſitum habeat [142]. Hæc de rebus vitioſis: ſupereſt pars utiliſſima, ut perſpiciamus de rebus alienis quæ venduntur: & arbitror in doli judicium id adducendum eſſe, neque ex ſuperioribus, ſed ex propriis regulis hanc rem judicandam, quoniam hic de furto agitur. *nam* (inquit Juſtinianus) *qui ſciens alienam rem vendiderit, vel ex alia cauſſa tradiderit, furtum ejus committit* [143], niſi hæc ſua ſit, & illam bis vendat [144]: ſiquidem a Paulo traditum eſt, pretium rei venditæ, non ex re, ſed propter negotiationem accipi [145], cui tamen rei aliæ pœnæ conſtitutæ ſunt [146]. & probabile putaverim ſecuta traditione primum emptorem in id quod ſua intereſt agere poſſe [147]. Qui ergo ſcientes res alienas vendunt, ad id quod extra rem intereſt obnoxii fiunt, ſive res illa evincatur [148], ſive aliquo modo hac cauſſa emptor damnum patiatur [149]. cui ſententiæ non ſat ex re objicitur Pauli reſponſum [150], quoniam illud loquitur, an id quod ex re intereſt duplum excedere poſſit, qua de re nos infra dicemus. Quid ſi quis per ignorantiam rem alterius vendat [151]? & lex generaliter ait, re evicta, id quod extra rem eſt, præſtandum eſſe [152], & quanti intereſt peti poſſe [153], quod & de eo quod extra rem venit accipi volumus [154]: quooiam lex dicit, *ita ea quoque, quæ per eum acquiri potuerunt, præſtare debet emptori ut habeat* [155], an autem id ultra duplum porrigatur, infra diſputabimus. Tum demum hæc vera ſunt, cum ſcienti quid alienum non venditur. Sed hæc alias [156]. Ultimum eſt exemplum in delictis, in quibus dolus verſatur [157], & ſi illud in id quod duplicatur imputandum ſit [158], quod verum eſt [159], niſi in re ſit [160]: quamvis Celſi hæc verba, *furti actio in hoc quoque æſtimabitur* [161], perinde interpretari poſſint, ac ſi dictum eſſet, & in hanc cauſſam furti actio danda erit.

C A-

114. Alex. *conſil.* 163. *in* 6. *vol. num.* 9. 115. *l. pen.* §. *ſervum meum locati.* 116. *l. contractus de reg. jur.* Corn. *conſil.* 118. *in* 1. 117. *argum. l. ſi quis fundum* §. *Celſus etiam locati.* Cicero *lib.* 3. *Off.* 118. *d. l.* 1. §. *ſed addes locati. l. Labeo libro de contrah. empt.* 119. Abb. in *d. cap. injuſtum num.* 5. *de rerum permut.* 120. *l. ſi ſterilis* §. 1. *de act. empti.* 121. *l. ſi quis affirmaverit de dolo.* 122. *d. l. tenetur* §. *ſed & ſi vas de act. empti.* 123. *l. pen.* §. *ſervum meum loc. l. ſi ſervus ſervum* §. *fin. ad l. Aquil.* 124. *d.* §. *ſervum meum.* 125. *l. pen. comm.* 126. Cic. ad *Q. fr. libro primo.* 127. paulo ſupra in *ver. niſi & his.* 128. *l. pen ver. aditus itaque C. ſi minor ſe majorem dixerit.* Paulus de Caſt. in *l. Julianus in fin. de act. empti.* 129. *d.* §. *ſed & ſi vas, & d. l. ſed addes* §. 1. 130. *gloſſa* in *d. l. inter cauſſas.* 131. *l. in rebus* §. *item qui ſciens commod. l. pen. eod. tit. l. ſi ſervus* §. *quia ſciens de furt.* 132. *l. qui domum locati.* 133. Paul. de Caſt. in *l. Julianus de act. empti.* 134. *l. ſed addes* §. 1. *locati.* 135. *d. l. Julianus.* 136. *d. l. ſi ſterilis* §. 1. *de act. empt.* 137. *l.* 2. *C. ſine cenſu vel reliq. fun.* 138. *l. item ſi obſtetrix in fin. ad l. Aquil.* 139. *d.* §. 1. 140. *l. ſi ſervus* §. *quod vere de furt. l. ſi quis ff. ſi quis om. cauſſ. teſt.* 141. *l. damnum de reg. jur. in* 6. 142. *l. ſi quis nec. ſi cert. pet.* 143. §. *nam qui ſciens inſt. de uſucap. l. rem alienam de contrah. empt.* 144. *l. quoties C. de rei vend. l. ſi ea res* §. *fin. de act. empti.* 145. *l. venditor ex hereditate de hered. vel act. vendit.* 146. *l. qui duobus ad l. Cornel. de falſis.* Alexand. *conſil.* 86. *in* 6. 147. *l. ſi quis ſervum de act. empti.* 148. *l. venditor de evict.* 149. *l.* 1. *C. de ædil. act.* de qua dixi cap. 2. *l. inficiando* §. 1. *de furt.* 150. *l. Titius cum l. ſeq. de act. empt.* 151. *l. emptorem ad fin. de act. empt.* 152. *l. venditor de evict.* 153. *l. ſi in venditione de evict. l. ſi controverſia. l. empti actio. l. ſuper empti. l. cum ſucceſſores C. de evict.* 154. dixi ſupra cap. 4. *ad fin.* 155. *d. l. venditor.* 156. Alex. *conſil.* 69. *in* 4. 157. *l. & tamen* §. *in hac de ſer. corr. l.* 3. *de cond. furt. l. inficiando* §. 1. *de furt.* 158. *l. inficiando* §. 1. *de furt.* 159. *d. l. in furti de furt.* 160. *l. qui tabulas de furt.* 161. *d. l. inficiando.*

CAPUT DECIMUM.

Lucri ceſſantis quando ratio habeatur, item & Damni.

Lucrum a Damno diſtinguimus [1]: nam Damnum res noſtras minuit [2], Lucrum auget: quod Plautus in *Amphitruone* ait,

Bonoque atque amplo auctu re perpetuo lucro.

& Plato ſæpenumero teſtatur, inquiens, ἐναντίον τῇ ζημίᾳ τὸ κέρδος. unde & lucrum ita definit, Κέρδος πᾶν κτῆμα, ὃ ἄν τις κτήσηται, ἢ μηδὲν ἀναλώσας ἢ ἐλάττω ἀναλώσας πλεῖον λάβῃ [3]: ſi de ea poſſeſſione intellexerimus; quæ damnum non afferat, ut aliquid ſecundum Philoſophiæ præcepta dicamus, non inficiarer aliquando damni appellatione venire lucrum quod intercipitur [4]: itaque diſtinguendum eſt, ut in his caſibus, in quibus lucri ceſſantis ratio habetur, lucrum amiſſum ſub damno contineatur, veluti cum Prætor interdicit ut damnum reſtituatur [5], vel promittitur, at aliquis damnum non ſubeat [6]. Nec me fallit, illum generaliter damnum pati, qui commodum amittit, cum illud certum eſt, ac fere acquiſitum, tunc enim quoniam radicitus extrahitur ad damnum pertinet [7]: alias verior eſt quorundam autorum contradicentium opinio [8]. Illud etiam quæro, an damni appellatione fructus veniant? Dicunt contineri, quoniam lex Aquilia in damno locum habet, & contra eum qui immature fructus collegit intendi ſolet [9]. Item & creditores cum de damno certant, ea revocant, quæ in fraudem alienata ſunt [10]. Revocatio autem etiam pro fructibus conceditur [11]. Cæterum addimus impenſas ſub damno eſſe [12], ut damna reſarciantur: itaque ſi hæc appellatio aliud induceret, diverſum jus eſſet [13]. Alii a contractibus judicia ſeparant, ut in iis ſumptus damni appellatione intelligantur, quod reſpuunt contractus [14]. His ſic generaliter explicatis, perquirendum eſt, an lucrum interclusum pro eo quod intereſt peti poſſit. Et totam hanc rem ad unam regulam dirigo: eſt autem, ut lucri ſemper fiat præſtatio. Hæc forſitan videbitur aliter dicta, quam poſtulat prave detorta, & inveterata quorundam opinio, verum ita exigit veritatis ratio [15]. Quis enim vel mediocriter in jure verſatus neſciat, tanti intereſſe, quantum quis lucrari potuit, nonnunquam aliis cauſſis excluſus, ut in redhibitione traditum eſt [16]. Neque in bonæ fidei judiciis modo, ſed & his quæ ſtricto juri amiciſſima ſunt, neque jure Pontificio tantum, verum etiam civili [17]: non enim leges, quæ de loco ſunt, ad tempus induci prohibentur [18], quicquid cæteri confingant, & comminiſcantur [19]: quorum etiam ſubtilitatem, dum certos ab incertis caſus diſtinguunt, rejicimus [20].

Cæteras quoque differentias perſequi ſupervacuum puto, conſentiens his qui tradiderunt, idem ſemper jus eſſe, ſive res danda, ſive tradenda ſit [21]; ſive extra judicium res ſit, ſive a judicio, in quo quis fruſtrationis cauſſa aut agat, aut excipiat [22]. Quædam tamen ad hanc regulam, quam propoſui, ſunt neceſſaria. Illud primum, ut non inſolita petentibus hæc lucra ſint [23], vel quod mercaturis faciendis hi rem quærere conſueverint [24]: vel quod in hanc cauſſam aliis pecunias dent [25], quod per jus facere licet [26]: qua in re modus maxime eſt adhibendus, ne creditoribus noceamus: nam & prima negotiatio, quæ certam lucri ſpem afferat ab hac regula ſuſtinetur. Quo fit, ut ei qui ex pecuniis, quæ ſibi debebantur, fundum empturus erat, conſulendum ſit [27]. Deinde illud etiam cenſemus, nihil niſi quod juſtum ſit, inter lucra, de quibus nos agimus, numerari poſſe [28]; quæ res efficit, ut uſuræ non concedantur [29]. Quin etiam reſponſum eſt, probationem hanc petenti imponi debere [30]: quod haud ſcio an ſatis verum ſit: quoniam a forma veritatis abeſſe lex putat, quod aliquis delinquat [31], ideo qui hac de re alicui quæſtionem ſive agendo, ſiva excipiendo conſtituit, ſemper id probare debet [32]. Hæc erunt honeſti animi documenta, cum dicitur, turpe lucrum petendum non eſſe, quoniam honeſtas omni pondere gravior eſt habenda, quam lucra omnia [33]: quare ſæpe ac ſæpius Socrates in *Apologia* hoc repetit, ἀλλ' ἐμὲ τοῦτο φέρω δεῖν ἐκεῖνο ἢ ἀνδρῶν πράξαι οὐδὲν ἀνάξιον. Eſt enim θεῖον ἀγαθὸν ὁ σοφός. Hominum autem condicionem in hujus lucri tractatione oportebit attendere, ut turpitudinem videamus [34]. Et generaliter traditum eſt, Lucrum, quod cum alterius detrimento fieret, ad regulam noſtram non pertinere [35]: nunquam enim lex ex alterius damno auxilium cuiquam concedit [36]; itaque meminerimus, neque ad res quas diu noſtras faciebamus (niſi modicum tempus ad implendas uſucapiones ſupereſſet [37]) neque ad uſuras agi poſſe [38]: nam fœneratio damnum infert: unde Columella inquit [39], fœnerationem eſſe etiam iis inviſam, quibus illa ſuccurrere videtur. & (ſicut M. Cato tradit) in lege fuit furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli [40]: tanquam furetur fœnerator ultra, quam fur facere poſſit: quare fur levius, fœnerator gravius punitur. [41]. Jam & illud ſciendum eſt, lucrum hoc non poſſe ex alterius arbitrio pendere [42]. Super cætera, ſimillimum veri eſſe debet, lucrum illud futurum eſſe [43], quod judex æſtimabit [44]; quare cenſuit Decius, procul disjuncta lucra in petitionem non trahi: cujus rei ipſe exempla adducit [45]. Itaque exploratiſſimi juris eſt, regulam noſtram veriorem eſſe, cum lucrum certum eſt [46], præſertim ſi ex re quæ debetur, deſcendat [47]. unde qui manum artifici amputaverit, ad præſtationem tenetur, quod minus ex operis propter manum amputatam ille habiturus ſit [48]. Hinc

tra-

1. *Proculus de damn. infect.* 2. *l. 3. de damn. infect.* 3. *l. Mutius pro ſocio.* 4. *l. ſi ſervum in fin. ad l. Aquil.* 5. *l. cum Prætor de verb. ſig.* 6. *l. apud Julianum*, ubi Paul. de Caſt. *ad Treb.* 7. *l. 2. §. merito ne quid in loco publ.* 8. Bald. *conſil.* 182. *in* 1. *num.* 2. Jaſ. *l. non amplius §. 1. de leg.* 1. *l. fin. C. de codic.* 9. l. 1. *ad l. Aquil. l. ſi ſervus ſervum §. ſi olivam eod. tit.* 10. *l. qui autem in princ. de his quæ in fraud. cred.* 11. *l. fin. §. fructus eod. tit.* Jaſ. in *l. venditores num.* 9. *de verb. obl.* 12. *l. inter quos §. fin. de damn. infect.* Alex. *conſil* 34. *in fin. in* 3. *vol.* 13. *cap. in noſtra de injur. l. quibus diebus §. 1. de condit. & demonſtr.* 14. Rom. *ſing.* 342. 15. *l. 1. in fin. C. de eo quod int. l. pupillorum C. de admin. tut. l. quicquid C. arbit. tut. l. tutor qui repertorium §. ſi poſt ff. de admin. tut. l. ſi quis ſervum de act. empt. l. ſi fundus, loc. cum ſimil.* 16. *l. cum autem §. item ſi legatum de ædil. edict.* 17. *l. ſi commiſſa rem rat. hab. l. 3. in fin. de eo quod certo loco.* 18. *l. 3. §. fin. de act. empt.* 19. Aret. *conſil.* 9. *verſ. ſed venio.* 20. *d. l. 1. d. l. 3. §. fin.* 21. Corn. *conſil.* 306. *in libro F. in* 1. *vol.* 22. *l. divi ad legem Falcid.* 23. Alex. *conſil.* 52. *in* 6. *vol. num.* 5. Soc. *conſil.* 156. *num.* 9. *in* 2. *vol.* 24. *l. 3. in fin. de eo quod cert. loc.* Decius *conſil.* 3. *col.* 3. *num.* 5. *in* 1. & 322. *ad fin. in* 2. 25. Alex. *conſil.* 200. *in* 6. *num.* 3. 26. Bald. *conſil.* 396. *in princ. in* 5. *vol.* 27. Alex. *conſil.* 200. *in* 6. *num.* 3. & 6. 28. Alex. *conſil.* 210. *in* 7. *vol. num.* 7. 29 *clem.* 1. *de uſur.* 30. Abb. *conſil.* 39. *in* 2. *ad fin. ibi, licite lucrari.* 31. *l. merito pro ſocio. l. omnimoda C. de inoff. teſt. l. cum pater §. rogo de legat.* 2. 32. *l. moveor C. de ſer. export.* 33. *l. Julianus ſi quis om. cauſſ. teſt. l. quisquis C. de poſt. l. miles §. ait Prætor cum d. ll. ſeq. de his qui not. infam.* 34. *arg. l. ſi quid procurationem C. de decur. lib.* 10. & *l. ſi cohortalis C. de cohortal. lib* 12. 35. *l. ſi is cui de furt.* ubi Bart. 36. *l. ſciendum ex quib. cauſſ. maj.* 37. Bart. in *l. ſi is qui pro emptore col.* 5. *verſ. venio ad ver. quod ſi ſervus de uſuc.* gloſſ. in *l. 1. §. qui autem de vi & vi arm.* 38. *d. clem.* 1. 39. Colum. in *proœmio.* 40. Cato in *princ. de re ruſt.* 41. *d. clem.* 1. 42. Bald. *conſil.* 71. *in primo num.* 3. 43. *l. quemadmodum §. item Labeo circa fin. in verbo cum incertum ad l. Aquil.* 44. l. 1. *C. de colon. Illyric. lib.* 11. ubi Bart. 45. Dec. in *cap. cum venerabilis num.* 14. *de excep.* & *conſil.* 322. *ad fin.* 46. *l. 3. de cond. furt. l. inde Neratius ad leg. Aquil.* 47. *l. videamus §. præterea de uſur.* 48. *l. qua actione ad leg. Aquil.*

traditum eſt, ex publica re lucrum deſcendens impediri non poſſe [49]: quare ſi in flumine publico pistrinum habeo, tu aliud in eo conſtruere non poteris, ſi aquam quam ad molarum uſum collegeram mihi ſis ademptturus [50]. Quod in re privata non procedit [51], niſi animo nocendi id fieret [52]; quia de re alias [53]. vel niſi immoderate dominus re abuteretur [54]. Quæ quoniam generalia ſunt, conſtituendum eſt, ut cum certa tempora obſervaverimus [55], adhuc ad emptionem venditionemque applicentur [56]. In nummis quoque, cum uſuræ pro eo quod intereſt accipiuntur, oportebit hæc ſervare, quoniam negotia maxime nummis conficiuntur [57]. Hinc Plato νόμισμα ξύμβολον τῆς ἀλλαγῆς appellat [58]. Et apud Platonem *libro de legibus quinto* de uſu nummorum ſanctiſſima lex eſt, hæc ſcilicet. Πρὸς τούτοις δ' ἔτι νόμος ἕπεται πᾶσι τούτοις, μηδ' ἐξεῖναι χρυσὸν μηδὲ ἄργυρον κεκτῆσθαι μηδένα μηδενὶ ἰδιώτῃ. νόμισμα δὲ ἕνεκα ἀλλαγῆς τῆς καθ' ἡμέραν ἣν δημιουργοῖς τε ἀλλάττεσθαι σχεδὸν ἀναγκαῖον καὶ πᾶσιν ὁπόσοις χρεία τῶν τοιούτων μισθοὺς μισθωτοῖς δούλοις, καὶ ἐποίκοις ἀποτίνειν, ὧν ἕνεκα φαμὲν τὸ νόμισμα κτητέον, αὐτοῖς μὲν ἔντιμον, τοῖς δὲ ἄλλοις ἀνθρώποις ἀδόκιμον. Sed quid in ipſa nummorum æſtimatione, num & lucri ratio habenda erit? & ratione loci traditum eſt [59]. idem eſt, cum de eodem loco tractatur, quædam ſupra, cum de æſtimatione loquebamur, explicavimus [60]. Sane nec diſtinguimus an lucrum hoc ex re, vel extra rem ſit, ſemper enim peti poteſt [61], emptione venditioneque exceptis, in quibus lex uſuras pro lucro conſtituit [62]. Iſtud tamen Pontifices rectius improbant [63]. Hoc amplius dictum volumus, ſi aliquis quempiam lucrum facere non patiatur, quod ex liberalitate alterius proveniret, illum impedientem hac cauſſa teneri, cujus rei multa ſunt exempla. Ecce ſi dolo per quem factum ſit, quominus Titius heres inſtituatur, ab eo qui illum heredem ſcripturus erat, agendo cum eo quod ſua intereſt Titius conſequetur [64]. Quinimo hodie in duplum, qui aliquem teſtari prohibuit, condemnandus eſt [65]. Unde Bartolus putat eadem pœna eum teneri, qui vetet, ne quid alicui relinquatur [66]: quod & alii tradiderunt [67]. Dolus autem adhibitus tunc clare apparet, cum illi inſtituuntur, quorum exhortatione ad mutandam ſententiam teſtator ſtimulatus, & excitatus fuit [68]. Proinde ſi dolus non intervenerit, contrarium obſervabitur, ut ſi ea cauſſa conſultatio acciderit [69]. Si inter aliquos iræ, diſcordiæ, atque odia placata fiant [70]. Plane ſi inſtimulatus teſtator aliam eccleſiam quam propoſuerat, inſtituerit, is ſacerdos, cujus opera id factum eſt, ſolum per duos menſes eas pœnas dabit, quæ ſunt ſis delictis ab eorum legibus conſtitutæ [71]. Ergo etiamſi quis in cauſſa fuerit, ut Chriſtiano more alicui civitati interdicatur, & idcirco pauperes a civibus victum ſibi parare non poſſint, qui miſerebantur eorum eſuriei: placuit contra illum harum ipſarum rerum nomine actionem competere [72]: quam ſententiam neſcio an ἀναντιρρήτως probatam ſit, cujus ſententia maximi pretii eſt; ſi interdictio hæc juſta ſit [73]. Et hac in re regulas propoſuiſſe ſatis ſit, ne ſingula exempla referamus [74]. Rectiſſime etiam addimus, quæ ſupra a nobis dicta ſunt Pontifices approbare [75]. Sunt tamen aliqui caſus, in quibus hæc regula non procedit. Primus, cum mora non intervenit [76]. Alter, cum de eo quod intereſt partes convenerint [77]. Tertius, ut lucri ceſſantis in eo anno tantum ratio habeatur, quo primum mora facta fuit, ne id quod intereſt in infinitum creſcat [78]: nam transferenda eſt in creditorem culpa, quod contra debitorem actionem non inſtituerit [79]: ideo contrarium reſpondendum eſt, ſi debitor extra culpam ſit [80]. qua in re adhuc deliberandum cenſeo. Hæc cum in lucro vera ſint, multo magis in damno locum habebunt, quod alicujus cauſſa contingat: nempe dolo culpave [81]: nam (ut inquit Paulus) *qui occaſionem damni præſtat, damnum feciſſe videtur* [82]. quare ſi civitas adverſus alias, clarigationes conceſſerit, (vulgo Repreſalias vocant) qui captus fuit, adverſus illum, cujus cauſſa id effectum eſt, ut damnum reſarciat, actionem habebit [83]. Quod accipitur, ſi clarigatio juſte & legitima conceſſa ſit [84]. Dicendum etiam eſt, eos, qui de aliqua re falſum teſtimonium dicunt, hac regula teneri [85]. Semper autem, cum cauſſa faciendi injuſta eſt, culpa ſubeſt [86]. Quod & in ebrio omnes fere tradunt [87]. Sed hac in re & illius qui damnum patitur actio æſtimanda erit [88]. Poſtremo cauſſas diligenter perpendemus [89].

CAPUT UNDECIMUM.

Id quod intereſt quando ad duplum reducendum ſit.

Cum intelligam quam nunc difficili re verſer, de ea dicturus, nihil prohibet *hujus capitis* me ita auſpicari principium,

—— Major rerum mihi naſcitur ordo,
Majus opus moveo.

Sequuntur enim dupli regulæ, quas video modo in hanc partem, modo in illam a Juris magiſtris trahi, quorum ego omnes ſententias procul a veritate abeſſe certum habeo. Atque etiam ſatis mirari non poſſum, compoſitas a prudentioribus ad Juſtiniani legem [1] interpretationes, tam probatas eſſe, quam falſitati eas proximas facimus; de quibus nihil attinet plura diſſerere, quandoquidem tunc demum per ſe vanæ apparebunt, cum præfatus fuero, quæ reor Juſtiniano cauſſam dediſſe, ut de eo quod intereſt legem ſcriberet. Dubitarunt igitur veteres, id quod cujusque intereſt, quanti

49. *l.* 2. *§. merito ne quid in loc. pub.* 50. Bart. in *l. quominus de flumin.* Alex. *conſil.* 194. *col.* 2. *in* 2. *vol.* Homodeus *conſil.* 71. *in conſiliis Baldi in* 1. *vol.* 51. *l. flumınum § fin. de damn. infect. l. Proculus eod. tit.* 52. *l.* 1. *§. denique de aqua pluv. arc.* 53. Alex. *conſil.* 174. *in* 1. *&* 194. *col.* 1. 54. *d. § fin.* 55. dixi ſupra *cap.* 9. *in* 2. *exemplo per §. cum per venditorem.* 56. *l. ſi fundus locati, juncta l.* 2. *eod. tit. l. ſi quis ſervum de act. empt.* 57. *l. ſocium qui pro ſocio.* 58. *l.* 1. *verſ. ſed quia de contrah. empt.* Plato *lib.* 2. *de Republ.* 59. *l. inde in arbitrium de eo quod certo loco.* 60. dixi ſupra *cap.* 5. 61. *d. l. ſocium quſ.* dixi ſupra *cap.* 8. *in* 2. *exemplo ver. non dubito.* 62. *l. fin. de peric. & commod. rei vend.* 63. *cap.* 1. *de plus pet.* vide Soc. *conſil.* 119. *in* 1. *num.* 3. 64. *l. Lucius §. Sempronia* cum gloſſ. *de legat.* 2. *l.* 1. *ff. ſi quis aliquem teſt. prohib.* 65. *§. & hoc pervenit in authent. ut nulli jud.* 66. Bart. *l. Titio ad munic. num.* 5. 67. Angel. in *l. non eſt enim de inoff. teſt.* & Alex. *conſil.* 172. *in* 5. *vol.* 68. gloſſ. in *cap. quicunque* 12. *quæſt.* 4. 69. *cap. nullus ex conſilio de reg. jur. in* 6. 70. *l. fin. ff. ſi quis aliq. teſt. prohib.* 71. *clem.* 1. *de privileg.* 72. gloſſ. in *cap. ſi canonici in verbo occaſionem de off. ord. in* 6. 73. *cap. ſacro de ſentent. excomm.* 74. *l. ſi victum de re jud.* 75. *cap.* 1. *de plus petit.* Abb. in *cap. conqueſtus de uſur,* & in *cap. p. & g. de offic. deleg.* Dec. in *cap. venerabilis de exc. num.* 14. Thom. 2. 2. *quæſt.* 62. Archiepiſc. Florentinus in 2. *parte.* 76. *l.* 2. *§. ſi navis ad l. Rhodiam.* Paul. de Caſt. in *l.* 3. *§. nunc de officio de eo quod certo loco.* 77. Alex. *conſil.* 200. *in* 6. *vol. num.* 8. 78. *l.* 1. *C. de eo quod intereſt.* 79. *arg. l. Neratius de ſer. cor.* vide ſupra *cap.* 9. *in* 2. *exemplo.* 80. *l. ſi procurator ff. rem ratam hab.* 81. *l. pen. in princ. ſol. matr.* 82. *l. qui occidit §. in hac ad l. Aquil.* gloſſ. in *cap. ſicut in verbo dederunt de teſtib.* gloſſ. in *cap. imputari de reg. jur. in* 6. 83. Bald. in *authent. & omnino ad fin. C. ne uxor pro marito.* 84. *l. ſi per imprudentiam de evict.* Dec. *conſil.* 74. 85. *cap. ſicut de teſtibus,* ubi Abb. in 2. *not.* 86. *arg. cap. quantum dicit* 50. *diſtinct.* 87. Abb. in *d. cap. ſicut in gloſſ.* 2. Bart. in *l. reſpiciendum §. delinquunt num.* 2. *de pœn.* 88. *l. item mea ad l. Aquil. cap. ſæpe contingit* 50. *diſtinct.* 89. *l. qui domum locati.* Soc. *conſil.* 156. *num.* 21. *in* 2. *vol.*

1. *L.* 1. *C. de eo quod intereſt.*

quanti æſtimandum foret; hanc dubitationem ſuſtulit Juſtinianus [2]. Non enim (etſi plerique illius diligentiam alio tulerunt) exiſtimo cæteras hujus tractatus partes antiquos JCtos dubias habuiſſe, nec Juſtinianum aliam obſcuritatem ſuſtuliſſe. Siquidem ille cum dixiſſet, ambigiſſe hac in re veteres, quantitati ejus quod intereſt regulas perſcribit, hunc his verbis: *ſancimus itaque*, quæ ad id, quod ſupra dictum eſt, referuntur [3]: quod & præfationis ſuadet natura [4]. Nec in eo vis facienda eſt, quod JCtorum quædam reſponſa Juſtiniani regulis conſonant [5]: quia eorum leges a Principum reſcriptis diverſæ non ſunt [6]: quod aliis pluribus exemplis verum eſſe docuit, ac etiam in his caſibus, quorum Juſtinianus ſe autorem prædicat [7]: idque argumenti ſatis ſit, quod ab Ulpiano dicitur, in teſtamento heredem in teſtem adhiberi non poſſe [8]. Juſtinianus vero id a ſe prohibitum eſſe dicit [9]. Rurſum donationes cauſa mortis ad exempla legatorum reduxiſſe fatetur [10]: & tamen JCti id ſæpe teſtantur [11]. Sed dixerit aliquis, cur ergo & multæ leges in contrarium ſunt, in quibus dupli rationem non habent conſtat [12], ut de his caſibus mentionem non faciam, in quibus ambigunt Doctores, an duplum egredi liceat. Huic ego dixerim, vel ſatis fuiſſe, quod finxerit Juſtinianus, omne jus vetus ſecundum hanc regulam judicandum eſſe; quoniam omnium de hac re legum reconciliatio difficilis erat: quod & ipſe fateri non erubuit [13], & nos ſæpe obſervavimus [14]. Unde & Pauli reſponſo, de novatione loquentis, quædam verba a Triboniano adjecta fuera, ex quibus vix recta ſententia colligi poteſt [15], idque ut a Juſtiniani lege diſſidere non videretur [16]: nihilominus aliæ in hanc rem ſcriptæ leges ad normam juris antiqui factæ conſpiciuntur [17]. Vel ut animum ad veritatem traducamus, auſim affirmare, legem nullam eſſe, quæ Juſtiniano contradicat, quod mox deinde oſtendemus: neque enim fas eſt exiſtimare, tot leges uno verbo corrigi [18]: neque prudentis eſt credere, negligentius hanc rem Juſtinianum pertractaſſe; nec poſt hæc reor, rei perplexitate, ſed interpretum noſtrorum vitio hanc rem in tantam difficultatem incidiſſe. Quare etiam ita pertinax ero, ut fateri nolim, in quinquaginta conſtitutionibus, quæ Pandectarum leges corrigunt [19], Juſtiniani legem commemorari poſſe, quando legum quidem conſpiratio & concordia reclament [20]. Nam etſi ſciam nonnullos in medio propoſuiſſe, in Africani Paulique reſponſis [21] quædam ſingularia conſiſtere, quæ in alias leges convenire non poſſunt, ut quia alia via emptori conſultum eſſet, & venditoris dolus, emptoris ſumptus adeſſent; tamen illi certa conjectura hæc non aſſequuntur, nedum certa ratione. Hæc autem qualia ſint, nos conſequemur, ſi ſententiam Juſtiniani recte interpretabimur, dicentis: *ſancimus itaque in omnibus caſibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus, & locationibus, & in omnibus contractibus, hoc quod intereſt dupli quantitatem minime excedere* [22]. Sed videamus quomodo hæc verba, *certam quantitatem*, vel *naturam*, accipienda ſint.

Certum plura ſignificat [23]: verum in præſenti re ſingularis certe eſt hujus verbi ſignificatio: nec tamen ea longe nobis, aut magna difficultate, ut alii fecerunt, requirenda eſt: quoniam non dubitamus illud certum dici, quod vel ea, quæ illi attribuuntur, vel ex ſui natura æſtimationem recipit: nec aliud magis noſtram ſententiam defendit, quam Celſi reſponſum [24], in quo annotavimus, jacto retis empto, ſi rete non jactetur, id incertum putari: ſi vero rete jactum fuerit, id certum eſſe: quippe cum priori caſu nec ex accedentibus, nec ex rei natura jactum in æſtimationem venire poſſe. Illud inde præcipiendum habeo, ad obligationum certitudinem reſpiciendum non eſſe: ſive enim illæ certæ ſint, ut quia dationem, ſive incertæ, ut quia factum contineant, ad rem non eſt [25]: quoniam emptio & locatio certi ſunt contractus [26], & nihilominus in his factum verſatur [27]. Hæc igitur certitudo ex natura rei, & accidentis accipitur. Natura quidem contractum definimus eſt, cum rem continet, quæ qualis ſit appareat, ut Stichum, fundum Cornelianum: tunc enim hæc res in æſtimationem vocatur, tum quia certa eſt, tum quia æſtimatio communis verum pretium imitatur [28]. Non omiſerim aliquando & ex natura contractus rem certam fieri [29]: quod ſemper verum non eſt [30]. Accedentia vero contractum certum faciunt: hæc ſunt quantitas, ſi promittantur decem aurei: locus, ſi illi quos in area habeo [31]. Item & qualitas, & quantitas rem definiunt: ut, ſi tritici Africi optimi modios centum quis promittat [32]: aut illud, quod domi habet. Sed cum in emptione pretium, in locatione merces interveniat, num emptio & locatio certi contractus erunt [33]? tanquam propter pretii adjectionem tanti æſtimaſſe contrahentes rem illam videantur? Et omnes, qui Baſtoli autoritatem reverentur, crediderunt [34] quod ipſe quoque confiteretur, niſi ſpes aliqua in re oſtendatur, quæ in fortuna poſita ſit [35], aut in homine reſideat [36]: niſi etiam in pretio fraus verſetur [37]: nam rei tunc declaranda eſſet æſtimatio. Itaque extra hos caſus non denegamus, ſuperiorum ſententiam veram eſſe [38]. Unde ſi centum aureos tibi dederim, ut eas Romam, hæc conventio, quæ dubia eſt, ex præſti adjunctio certa redderetur [39]. Sed illud quæri poteſt, ſi rei incertæ incerta addatur, an ambæ certæ dici poſſint? verbi cauſſa, ſi quis promiſerit Titio ire Romam, ut ille Mediolanum eat: & plerique eorum, quos viderim, ajunt, hunc caſum incertum eſſe, quoniam cum res principales incertæ ſint, adjuvantes, & proximæ, ſi priorum naturam habeant; definitæ non erunt [39]: quod, etiamſi ſciam aliquos diſſentire, mihi placet: quoniam perſonarum certæ conditiones, & itineris cauſſæ, non permittunt ut id ad communem æſtimationem redigatur. Accedit, quod ex ſe ipſo hoc factum certum eſſe non poteſt. Hinc ſequitur, quantum ad rem noſtram pertinet, nunc certa, nunc incerta facta eſſe [40]. Et ita Juſtinianum ſenſiſſe opinamur, qua in re utinam interpretes modum inveniſſent. Quid ergo eſt illud, quod ſumpſit Juſtinianus, caſus certos id quod intereſt moderari,

2. d. l. 1. 3. l. 1. §. *Julianus de itin. actuque privato.* 4. l. *fin. de her. inſtit.* 5. l. *Titius* & l. *ſeq. de act. empt.* 6. l. 1. §. *ſed hoc ſtudioſum C. de vet. jur. enucl.* l. 2. §. *tanta autem.* l. *ead.* §. *pen.* & 1. *conſt. Cod.* 7. l. 1. *de leg.* juncta l. 2. *C. com. de leg.* l. *miles ita* §. *ſi miles de milit. teſt.* juncta l. *cum quidam C. de leg.* 8. *ſed noſtra Inſtit. de ſucc. libert.* juncta l. *liberto* 26. *de bon. libert.* 8. l. *qui teſtamento de teſt.* 9. §. *ſed neque Inſtit. de teſt.* 10. l. *fin. C. de don. cauſ. mor. Inſtit. de don. in princ.* 11. l. *illud generaliter de don. cauſ. mor.* 12. l. *ſi venditor de evict. cum ſimilibus, de quibus inſr.* 13 l. 2. §. *ubi autem C. comm. de leg.* 14. §. *placebat Inſtit. de legit. agn. ſucc.* & l. *poſt conſanguineos de ſuis & legit.* 15. l. *aliam de novat.* 16. l. *fin. C. de novat.* 17. l. 4. §. *ſi ex conventionis de re jud.* 18. l. *ſi quando C. de inoffic. teſt. cap. cum expediat de elect. in* 6. 19. *de emend. Cod. Juſt.* 20. d. l. *Titius cum* l. *ſeq.* juncta d. l. 1. 21. d. l. *Titius cum dd. ll. ſeqq.* 22. d. l. 1. 23. Alciat. in l. *certum ſi cert. pet.* 24 l. *ſi jactum, ubi gloſſ. de act. empt.* 25. l. *ubi autem* §. *qui id de verb. oblig.* 26. d. l. 1. 27. l. *ex empto de act. empt.* l. *ſi ſtipulatus de uſur.* l. *ex conducto locati.* 28. l. 1. §. *ſi heres ad Trebell.* 29 l. *liber homo de leg.* 3. l. *cum quid ſi cer. pet.* l. *pacta de contrah. empt.* l. *quod ſi nolit* §. *quia aſſidua de ædil. edict.* l. *in ſumma* §. *in frumento de condict. indeb.* 30. l. *continuus* §. *item qui de verb. oblig.* 31. l. *hac venditio* §. *hujuſmodi de contrah. empt.* 32. l. *ubi autem de verb. oblig.* 33. d. l. 1. l. 2. *ff hoc.* 34. d. l. *ſi jactum.* 35 l. *pretia ad l. Falc.* dixi ſupra cap. 9. 36. l. *item ſi pretio* §. *fin. loc.* l. *voluntate C. de reſcind. vend.* 37. l. *Titius in fin. de act. empt.* d. l. 1. *C. de eo quod intereſt.* 38. l. 1. *de act. empt.* 39. l. *in teſtamento de cond. & demonſtr.* 40. d. §. *qui id quod.*

derari, nec concedere dupli fines excedi? res certa ipſa, vel rei æſtimatio, & pretium eſt: cui rei ſi Plutarcho habemus fidem [41], arbitror legem Luculli cauſſam dediſſe. is in Aſia legem fecit, ne duplo majores uſuræ fierent: ut ſi centum ſors eſſet, altero tanto pro uſuris, quæ ſortem aſcenderent, adjecto nihil amplius peteretur: quam legem cum noſtri JCti ſecuti ſunt [42], tum & Antoninus Imperator approbavit [43]; cujus reſcriptum in *Reſponſis* Socinus declarat [44], & Alciatus corrigit, docetque Juſtinianum huic alia quoque addidiſſe [45]. Hanc ob cauſſam viſum eſt Juſtiniano æquum eſſe, illud quod intereſt ad duplum reſtringere, dum tamen de re tractetur quæ uſurarum naturæ accedat. Exempli gratia: ſervum a te decem aureis emi, &c, ut illum in jure civili erudirem, quinque impendi; is deinde ſervus evincitur. ego etſi ille propter artem quam didicit, multo pluris ſit quam pretii, & ſumptus ſumma, tamen ad impenſam ſolam, quam in eam rem feci [46], & ad illud quod pretii duplum eſt, actionem habebo, nec paululum amplius id quod intereſt petitioni addet [47]. Hoc de una ſpecie, ut pretii incrementum, ſive ex pacto [48], ultra duplum extendi non poſſit: quod de contractibus intelligi volumus, nam cæteras cauſſas excipio. Id quoque in fructibus & uſuris [49], quæ tanquam id quod intereſt petuntur, obſervandum arbitror [50], quamvis extra rem ſint [51], ut negligentiam debitoris cum creditoris malitia penſemus, qui diſſimulant differuntque judicium, ut creditum augeant [52]. Præter hos caſus iniquum eſt dubitare, an duplum excedi poſſit [53], qua in re quot ſint exempla, propter brevitatem dicere non debemus: nam plura ex *decimo capite* repeti poſſent, magna quippe eſt in eo exemplorum turba, ad quam lectorem relegamus. Fortiſſimo hoc etiam utor argumento, quod lex Juſtiniani, ut concedam hanc aliis repugnare, a juſtitia quidem certe omnino diſcederet, niſi æquum exiſtimamus, in contractibus certis propter moram ad duplum tantum agi, cum creditor ſub maxima pœna illud in quo mora facta eſt præſtare tenebatur, in incertis vero ad id quod vere intereſt, a judice æſtimandum [54], potuit enim in pretio, fructibus, & uſuris ita diſtingui [55]. In cæteris autem quid iniquius, aut indignius excogitari poteſt, ſi damnum quod paſſus ſum mihi non reddatur, cum contractus certus eſt: in incerto reddatur? quæ enim ratio eſt, cur id factum ſit [56]? Itaque non ſolo dixerimus, id quod intereſt duplum excedere: cui ſententiæ omnes conſultos arbitror, ſi de dolo agitur [57]: ſi de mora tractatur, in qua dolus ſit [58], vel deteſtatio. Ego tamen cenſeo moram ſolam ſufficere [59], id eſt, interpellationem: nam extra ordinem mora tantam vim non habet [60]. Unde & re poſt hanc moram perempta, rei periculo non mittitur [61], quod & Paulus fere explicat [62], qua de re alibi [63], quod accipiendum eſt, ſi & in hac mora dolus non verſatur [64], vel de eo quod intereſt partes non convenerint [65]. Ab hac regula excipiuntur caſus illi, quos ex Juſtiniani ſententia ſupra retulimus [66]. Qui nec tantum exuberant ut aliquando non vincantur. Nam etſi aliqui & iis in caſibus eandem regulam exigant [67], quibus dolus accedit, quod jam diu Paulum in herede dixiſſe ajunt, qui ſervum fideicommiſſarium vendiderit [68]; nec adverſari arbitrantur, quod ille ait, eum qui ſciens rem alienam vendit, omnimodo teneri [69]: quoniam hoc non ad quantitatem referunt, ſed ad emptoris poſſeſſionem, ut ſive hanc ille habeat, ſive non habeat, venditor teneatur, nec doli mali exceptione evincenti oppoſita [70]: tamen ego hanc interpretationem ſequi non poſſum, quippe qui ſciam Pauli verba ad omnes caſus ſupra poſitos induci debere [71]: furtum quoque ob hanc cauſſam committi ſupra dixi [72]: certumque eſt, in delictis Juſtiniani legem locum non invenire [73]: quod paullo infra declarabimus. Dico igitur ego, heredem, qui fideicommiſſarium ſervum vendidit, in bona fide fuiſſe, quoniam exiſtimabat fore, ut a legatario fideicommiſſum non peteretur [74]. Non illud idem eſſe manifeſte apparet, ſi heres doli reus fuiſſet [75]. Inter cætera quoque non ignorare debemus, ſi conventum ſit, quanti intererit dupli regulam reſolvi [76]: quoniam conventiones ſervandæ ſunt [77]. Inde dicitur contractus ex conventione legem accipere [78]. quare ſi ſupra duplum, quam pretii nomine datum eſt, evictione ſecuta, dari convenerit, placitum cuſtodiendum eſſe conſtat [79]; quod & in eo quod intereſt JCti ſæpius prodiderunt [80]. Et illud nihil referre cenſemus, ſive certa quantitas ratione ejus quod intereſt promiſſa ſit, ſive non [81]: cum ſemper ultra duplum contrahentes cogitaſſe videantur [82], quam rationem in hac re præcipuam Paulus adducit [83]. Nec illud me in aliam partem impellet, quod dicitur, generalem promiſſionem ad juris regulas reducendam eſſe [84], quoniam hæc promiſſio mihi certa videtur: cum neceſſe ſit, id quod interfuit probare [85]. Videtur autem hæc futura probatio promiſſioni late patenti adjecta id efficere, quod fere in ſimili ſpecie ab Alexandro reſponſum fuit [86]. Poſt hæc deinde meminerimus, hæc ipſa Pontificiam æquitatem admittere [87]. Hactenus de contractibus. Quæ extra contractus ſunt, Juſtiniani regulam non ſequuntur [88], præſertim delicta [89]: niſi pretium a lege conſtitutum ſit, ut in actione ſervi corrupti, qua duplum petitur, non quanti plurimi ea res fuerit [90]. Sed jam de caſibus incertis dicamus, quos intelligemus, ſi cognoverimus contractus, qui certi ſunt: de quibus ſatis ſupra. Et quidem caſus

41. Plutarch. in vita Luculli. 42. *l. nihil §. quod in ſingulos de naut. fœn. l. ſi non ſortem §. ſi ſupra duplum de condict. indeb.* 43. *l. uſura C. de uſur.* 44. Soc. conſil. 59. col. 3. in 3. 45. Alc. parerg. libro 3. cap. 33. Conſil. 121. & 138. in Novell. 46. *l. ſuper empti C. de evict.* 47. *l. Titius ad fin. cum l. ſeq. de act. empt.* 48. de qua ſupra cap. 8. 49. *l. poſtulante §. fin. ad Trebell. l. uſura vicem de uſur.* 50. dixi ſupra in cap. 5. d. l. 1. ibi, *computatio.* 51. ſupra *cap.* 8. *in* 2. *exemplo.* 52. dixi ſupra *cap.* 8. *in* 2. *caſu,* & *cap.* 10. *in* 2. [illegible] per *l. ſi animo de compenſ.* 53. *l. ſi procuratorem §. mandati ff. mandati. l. nummis de in lit. jur. cum ſimilibus. l. Julianus de act. empt. cum ſimilibus.* 54. *d. l.* 1. 55. per rationem ſupra poſitam. 56. *l. liber homo §. fin. de verb. oblig.* 57. *l. Julianus de act. empt. l.* 3. *de condict. furt. l. videamus §. jurare de in litem jur.* 58. *l. Cvius mandati. l. ſi traditio C. de act. empt.* ibi, *prorata.* 59. *l.* 3. *in fin. de eo quod cer. loc.* 60. *arg. l. ſi ex legati de verb. oblig. l. fin. de condi. trit.* Areti. multa de hac mora, in *conſil.* 150. 61. Alex. in d. [illegible] *ſi cert. pet.* 62. *l. naturalis §. ſed ſi ſcyphum de præſcr. ver.* 63. Dec. in *cap. cum venerabili de except. num.* 14. 64. *l. fin. de ea per quem fac. erit.* 65. Alex. *conſil.* 157. *in* 6. 66. *d. l.* 1. *C. de eo quod intereſt,* dixi ſupra *in var. ob. cauſam.* 67. *d. l.* 1. *C. de eo quod int.* 68. *d. l. Titius.* 69. *l. idemque & Julianus de act. empt.* 70. Curt. *d. l.* 1. *num.* 55. 71. *d. l. idemque,* ibi *in omnibus tamen caſibus, junct. l. non diſtinguemus §. cum in plures de arbitr.* & *l. Julianus de leg.* 3. 72. *d. §. nam qui inſtit. de uſucap.* 73. *d. l.* 1. 74. *d. l. Titius,* ibi, *ad ſe pertinere noluiſſet.* 75. *d. l. idemque. l. qui reſtituere. l. præterea de rei vendic.* 76. *l. ſtipulatio iſta §. alteri,* ibi, *illud inſpicitur de verb. oblig.* Alex. *conſil.* 157. *in* 6. *num.* 7. 77. *l. juris gentium §. Prætor ait de pact.* 78. *cap. contractus de reg. jur. in* 6. *l.* 1. *§. ſi convenit depoſiti.* 79. *l. ſi diſtum. l. ſi fiſus de evict.* 80. *l. inſulam una §.* 1. *loc. l. fin. de præt. ſtipul. l. ſi procurator ad exhib. §. fin. rem ratam haberi.* 81. *d. l. inſulam §.* 1. 82. Dec. *conſil.* 480. *num.* 11. & 539. *num.* 10. 83. *d. l. Titius in fin.* vide quæ dixi *in fin. cap.* 7. 84. *l.* 1. *§. ſi ſub conditione ut leg. nom. caveatur.* 85. dic ut ſupra *cap.* 7. 86. Alex. *conſil.* 179. *lib.* 5. 87. Corneus *conſil.* 69. *de duobus in* 2. *vol. ad fin. ver. licet ſit.* 88. *l. ubi exigitur §.* 1. *de evend.* 89. *l. inficiando §.* 1. *de furt. l. ſemper §. in hoc interdicto quod vi aut clam. l. in inſtrumento unde vi. l. proinde. l. qua actione ad l. Aquil. gloſſ. fin. in reg. peccatum de reg. jur. in* 6. 90. *l.* 1. *de ſer. corr.* [illegible]

[illegible]

caſus incertos in poteſtate judicis eſſe, jam diximus [91]: id autem idcirco factum eſt, quoniam res incerta regulas ei quod intereſt dare nequit [92]. Unde magis expeditum fuit, ut id omne in judicis arbitrio poſitum eſſet [93]. Hoc ut recte explicetur non omittendum putavi, de pretio, æſtimatione, fructibus, & uſuris, ſicut ſupra diximus, hæc accipienda eſſe. Atque etiam ad ſuperiores, quos nuper connumeravimus caſus, diligenter reſpiciendum, maxime ad conventionem.

CAPUT DUODECIMUM.

Quibus actionibus id quod intereſt petendum ſit.

Quoniam ejus quod intereſt petendi ratio in eo conſiſtit, ut id aut eſſe dicamus in obligatione, aut non eſſe: quidam exiſtimantes oblatum ſibi eſſe locum, quo caſus explicarent, qui ad dandum faciendumve neceſſitatem afferunt, eos hic referunt [1]. Ego qui ſcio a re noſtra illos alienos eſſe, niſi quatenus neceſſitas flagitat, attingendos putavi. & eo magis, quod hæc res difficilis & obſcura, ita diligenter & docte ab Alciato explicata eſt [2], ut facile cognoſci poſſit, quamdiu illa in tenebris jacuerit: adeo ut cum hæc in re, tum in cæteris vere dici poſſit, Alciatus [illegible]. Sed jam quale ſit, quod dicturi ſumus, videamus. Quum factum promittitur, quoniam pro eo id quod intereſt ſolvere licet, hoc in obligatione eſſe cenſetur [3]; ideoque quin jure actionis petatur, nulla eſt recuſatio [4]. Rurſus cum de datione agitur in contractibus, qui ſine nomine ſunt, cum de eo quod intereſt debitor condemnari ſoleat, ad id actio erit [5]: quia ad faciendum hi contractus inducti videntur [6]. At ſi nomen habeant, ad officium judicis recurrendum erit, quia id quod intereſt obligatione non continetur [7]. Si non hæc datio incerta ſit: ut cum Sejus ſtipulatur, ſibi aut Titio rem dari, utri voluerit. hac enim in ſtipulatione id verſatur, quanti interſit illi non Titio rem datam eſſe [8], cujus rei cauſſa eſt, quod ad factum ſtipulatio interponitur: unde nec Titius adjectus cenſetur, quia Sejus conſtituere poteſt cui res danda ſit. Hoc jus in caſu qui ſequitur æque eſt, cum quis quod Titius debet [9], vel Titii nomine promittit [10]; quoniam nihil aliud promittit, quam ſe curaturum, ut Titius det: quare incerta eſt hæc ſtipulatio, & in facto conſiſtit. Itaque id quod intereſt, rem a Titio datam non eſſe, promiſſum apparet. Sane & his caſibus, quibus rei æſtimatio ſolvi poteſt [11], id quod intereſt per actionem petendum erit. Eſt præterea advertendum, cum res præſtanda eſt, id inſpiciendum eſſe, an res omnimodo præſtanda ſit, an etiam æſtimatio ſolvi poſſit: quos caſus ſuo in loco explicat Alciatus [12]: nec tamen dicimus æſtimationem in id quod intereſt vocari. Sed duo caſus in rei præſtatione certiſſimi ſunt, ut qui nec rem, nec rei æſtimationem contineant, ſed id quod intereſt. Unus, cum de dolo tractatur [13]. Alter, cum creditor culpa pignus perdidit [14]. Has differentias ſervamus pro conſenſu & obligatione. Nam de obligatione, quæ ex æquitate provenit, nihil dubitandum eſt, quin ex ea ad id quod intereſt actio ſit [15]. Si vero hanc judicis auctoritas inducat [16], officium judicis datur [17]. Cæterum illæ multum proſunt officii judicis actioniſque præcipuæ differentiæ [18], quia in actionibus re principali extincta, adhuc ad id quod intereſt, ſupereſt actio [19]; non etiam eum officium judicis competit, quod aliqui docuerunt [20], quos non facile laudo [21]; quia id quod intereſt ab uſurarum natura longe refugit [22]. Ex cauſſa autem præcedenti actiones accipiuntur [23], præter cum rem tradi ſtipulamur, qua de re ſupra. Præterea non ignoravimus, ſi ad rem commodatam actionem moveamus, officio judicis eſſe petendum id quod intereſt, ſi res vero non petatur, tunc actionem proditam eſſe [24]. Cæterum ejus quod intereſt petitionis rationem talem accepimus, ut illud ſemper petatur. Hoc ideo fieri præcipimus, quia rei petitio tantam vim non habet, ut id quoque comprehendat. cauſſa exempli: vino petito æſtimationisne in eo judicio ratio habebitur? num in irrogatione mulctæ? & non cenſeo [25], præterquam ſi & hujus gratia lis conteſtata fuerit [26], vel lite jam conteſtata intereſſe non incipiat [27]. Sed poſt rei judicium, & ejus quod intereſt poteſt admitti, ſi actio in eo verſetur, alioqui poſt latam ſententiam quod agitur inutile eſt [28]. Illud etiam actionis portionem putamus, ut prius res ipſa, quam id quod intereſt petatur [29]. Interdum tamen re non petita, ad id quod intereſt agimus, veluti cum res non extat [30]. Nec multum officit, quod non jure actionis, ſed officio judicis illud debeatur; quia loco rei ſuccedit, ſicut & æſtimatio [31], & in nominibus eſſe incipit [32]. Nonnihil etiam non obeſt, quod lex rem extare fingat, quoniam in moratoris odium [33], non in creditoris damnum id facit [34]. Me autem plerique docuerunt, multo ſecurius eſſe, rem ipſam [35], vel rem, & in conſequentiam id quod intereſt petere [36]: vel hoc cum re ſimul, ſed ſeparatim [37]. Nam id quod intereſt omnino finem judicio dabis [38]. Jamque ſi re data etiam interſit, res pariter, & id quod intereſt, petemus [39]: itaque vitiis rerum in libello expoſitis, non res tantum, ſed & illud petitum accepi [40]. Verum quin & alterum ſeorſum apud contractus innominatos in actione ſit, dubio caret [41]. Cum deinde factum debetur, de alterna petitione non dubitamus, conſtat enim ante moram ad factum non agi [42], & debitorem uſque ad litem conteſtatam æſtimationem offerre poſſe [43]. Ideo quamvis prius petendum eſſet factum, deinde id quod intereſt [44]; tamen cum actor hoc integrum debitori relinquat, ſeparatim petendo, videtur petere, quod debitori placuerit [45]. Idem quoque in traditione, quæ facti naturam habet. Excipiuntur omnes illi caſus, qui ne-

91. d. l. 1. 92. l. in teſtamento de cond. & dem. 93. arg. l. fin. C. de tranſact. ubi Alciatus.
1. In d. l. 1. 2. Alciat. in l. ſtipulationes non dividuntur de verb. oblig. 3. l. ſtipulationes non dividuntur §. Celſus de verb. oblig. 4. l. qui per colluſionem §. fin. de act. empti. 5. l. naturalis §. 1. de præſcr. verb. l. 1. C. de rerum permut. 6. Alc. in d. ver. Celſus. 7. l. 4. C. depoſ. 8. l. liber homo 118. §. fin. de verb. oblig. 9. l. ubi autem ver. quia verb Titio de verb. oblig. 10. l. ſi ita ſtipulatus §. poſt eod. tit. 11. Alc. in d. verſ. Celſus. 12. in d. ver. Celſus. 13. l. arbitrio de dolo. 14. l. 4. C. de pign. act. Alex. conſil. 197. col. fin. in 2. vol. 15. l. inficiando §. 1. de furt. l. liberam de relig. & ſumpt. 16. l. ubi de eden. 17. l. ſed ſi hereditas ad exhib. 18. infr. cap. 13. in princ. 19. l. hominem mand. 20. l. 4. C. depoſiti. 21. l. pen. de cond. tritic. 22. dicam infr. cap. fin. 23. l. ſi mandavero §. fin. mand. l. qui tibi C. de her. vel act. 24. Paul. de Caſt. in l. ſed mihi §. ſi reddita commod. 25. Alex. in l. ex quacunque in fin. ff. in jus voc. ut cant. 26. Alex. conſil. 3. in 2. vol. num. 13. 27. l. de eo §. ſi poſt ad exhib. Spec. in tit. de fruct. & inter. §. pen. commune num. 2. 28. Jaſ. in rub. ſol. matr. num. 37. 29. l. in re de cond. fur. l. qui tibi C. de hered. vel act. vend. 30. l. pen. de cond. trit. d. l. in re. 31. l. ſi cum ſervum ſi cert. pet. 32. arg. l. promiſſor 21. de conſtit. pec. 33. l. nemo rem ſuam §. fin. de verb. oblig. 34. l. quod favore C. de leg. 35. l. pen. de cond. ob cauſſ. l. ſi ſervum in fin. de verb. oblig. l. 3. de cond. furt. 36. l. 3. de confeſſis. 37. argum. l. 1. C. de form. 38. d. l. in re. l. ſi culpa in fin. de rei vend. 39. arg. gloſſ. in l. 2. in fin. de verb. oblig. 40. Aret. conſil. 183. col. 2. 41. l. naturalis §. 1. & ſeq. de præſcr. verb. 42. l. ſi ſtipulatus eſſem de verb. oblig. cap. 1. de plus pet. 43. d. l. ſtipulationes non dividuntur. 44. l. ſi quis ab alio §. fin. de re jud. 45. arg. l. 1. de edendo. vide Jaſ. in d. l. ſi quis ab alio §. fin.

neceſſitatem inferunt. Hæc breviter annotavimus, quæ alibi prolixius pertractantur [46]: ubi & de libello, & de ſententiis [47]: de quibus nos illud tantum dictum volumus, quod, cum id quod intereſt petitur, ea in libello exprimenda ſunt, atque probanda [48], quæ petitioni locum fecerunt [49].

CAPUT DECIMUM TERTIUM.

Qua ratione id quod intereſt probetur.

Etſi de probatione ejus quod intereſt invitus hic pertracto, quoniam quæ ad certa genera cogenda ſunt, diſſipare non debeo: tamen cum in præſentia ad noſtri ordinis normam non ſcribamus, in ejusmodi re tribuam aliquid interpretum inſtitutis: neque tamen tam multa verba faciam, ſed certos mihi fines conſtituam; quibus ea, quæ ad hanc rem ſunt neceſſaria, breviter exponam. In cognoſcenda atque pertractanda ejus quod intereſt probationis natura, quidam caſus diſtinguendi ſunt. Primus in eo quod communiter intereſt verſatur, & ad rei æſtimationem pertinet, quam ſupra ad id quod intereſt retulimus [1]: in quo neceſſe erit ejus loci, in quo res debetur, mentionem fieri, quoniam per quasque civitates regionesque diverſæ ſunt æſtimationes [2]: ac loci quidem, in quo res venales habentur: nam nominandi ſunt mercatus, in civitatibus, & aliis locis publice inſtituti [3]. Addimus & tempus, ad quod æſtimatio reducenda eſt [4], quod ſi certum conſtitui non poteſt, ſatis erit ſi annus adducatur [5]. Poſtremo & rei qualitas nominanda erit, ne hæc probatio incerta ſit [6]. Nec ſufficiet ſi dicatur, rem ſimilem tanti ab aliquo emptam fuiſſe, quia non cupidus, facilisve emptor, ſed id quod communiter agitur, inſpici debet [7]. Hæc autem qualicunque probatione doceantur, haud magna faciam. Si vero de fructibus diſputamus, qui tanquam id quod intereſt petuntur [8], loci natura pendetur, agri fertilitas, & præteriti temporis, præſentisque conditiones, quibus in rebus ad eruendam veritatem circumcoleutes teſtes idonei erunt [9], ſive de præteritis, ſive de futuris lis ſit [10]. Quod ſi hanc ob cauſſam uſuræ petantur [11], illud ſtatuendum eſt, ſi communiter interſit, ad communem ſpeciem confugiendum eſſe, atque ad illos veniendum, qui ad eos uſus, de quibus quæſtio eſt, periti ſint [12]. Veluti mercatores, cum de lucri æſtimatione lis oritur, quod ex mercatura fieri ſolet. At ſi id ſingulare ſit, maxime detur opera, ut illius regulæ ſerventur. De cæteris partibus, quæ ſub hac ſpecie ſunt, pluribus modis, qui clari ſunt, fidem facimus. Alter caſus in ſingulari ſpecie conſiſtit: poteſtque illud ſingulare damnum iis probationibus oſtendi, quas in ſequenti capite referemus [13]. Quandoque etiam in litem juratur [14]: ſed hoc in juramento, non eadem eſt ratio affectionis, quæ traditur in utilitate: nam inquiunt Doctores, cum de affectione tractatur, ita jurandum eſſe: magis ex re mea eſt, ut talem rem habeam, quam centum aureos: non etiam magis hanc rem velim, quàm illam pecuniæ ſummam. Tandem in conventa ejus quod intereſt figura probationes ſupra neceſſarias non putavimus, quibusdam caſibus exceptis, in quibus ad alteram ex propoſitis figuris, nempe ad communem, ſingularemve, recurrendum erit.

CAPUT QUARTUM DECIMUM.

Quibus modis id quod intereſt probetur.

In ſumma id generaliter conſtitui poteſt, cum dolus in eo quod intereſt verſatur, jurejurando controverſiam expediendam eſſe [1], ſi tamen dolum interveniſſe prius probatum fuerit [2], atque juramento judex modum ſtatuerit, quod & in damnis receptum eſt [3]. De juramento hoc nihil Caſtrenſis dubitat, quin difficultas probationis in contractibus ſtricti juris huic locum faciat: in bonæ fidei vero cauſſis difficultatem non deſiderari ait [4]: Sunt etiam qui dixerint adverſus illum, qui officio judicis tantum tenetur, juramenti fidem non ſufficere, ſed & alias probationes requiri [5], in quo judicio adhuc opus eſt. Aliis quoque probationibus uti poterimus, nempe teſtibus, item & inſtrumentis: ut cum ſervum, quem Titius ſub pœna promiſerat, aliquis avertit: nam contra furem ad probandum quanti illius interſit, pœnæ documentum ſatis erit [6]: neque enim ad jurandum cogitur, qui alias probationes habet [7]. Sed & illa probatio frequens & cognita eſt, cum ita damnum apparet, ut judicari poſſit, quantum ſit: tunc enim judex adhibere ſolet probatiſſimos homines, illius rei peritos, qui id inſpiciunt, & judicant [8], & ad hanc rem judicis officium implorari poterit, quæ qua ratione tractanda ſint, præſentis rei non eſt [9]. Conſtat & illud probationis genus præcipuum eſſe, quod a teſtibus deſcendit, qui ſi ad id quod intereſt dentur, ſemper obſervandum erit: ut cum de æſtimatione dicunt, cauſſam reddant, cur ita dicant: quoniam ſemper his in rebus, quæ judicio alicujus probantur, ratio, etiam non quæſita, a teſtibus proferenda eſt [10]. qualis autem hæc eſſe debeat, vix explicatur. Ego interpungendum arbitror, ut ſi ad probandam æſtimationem teſtes adhibeantur, ea obſerventur, quæ de æſtimatione in præcedenti capite a nobis expoſita ſunt: aut ſi de re æſtimanda teſtimonium dicatur, afferant teſtes, communiter tanti rem æſtimari: vel res, quæ illius qualitatis ſunt, hoc pretio vendi [11]: vel ſe credere, tali æſtimatione utendum, atque ſi oporteat, tanti ſe rem empturos eſſe. Cum enim hi tanquam æſtimatores adhibeantur, quælibet cauſſa admittenda videtur, quoniam unusquisque eam rationem adducit, qua ad id judicandum impulſus eſt [12]. quod de gnaris & prudentibus earum rerum accipimus [13]. Nec me movet, quod hi teſtes ſingulares ſint [14], quoniam ad unam ſententiam aliæ quoque reducuntur [15], etiamſi id quod intereſt æſtimetur, eujusmodicunque illud ſit, dum tamen ſi ſingulariter interſit, illius qualitates exprimantur. Non omiſerim, teſtis cauſſam, quæ ex

46. Bart. & Doc. in *l. ſtipulationes de verb. oblig.* 47. Spec. §. *fin. de fruct. & inter.* Bart. in *d. l. ſtipulationes.* 48. Dec. *conſil.* 328. *ad finem.* 49. ut *ſupra cap.* 10.

1. Supra *cap.* 3. & 5. 2. *l. ideo de eo quod certo loco.* 3. *l. ſeptem diebus C. de erog. milit. annon. libro* 12. 4. Alex. in *l. pretia rerum num.* 10. & 13. *ad l. Falc.* dixi ſupra *cap.* 5. 5. *arg. l. ſi arbiter de prob.* 6. *arg. l. ubi autem de verb. oblig.* 7. *l. in l. Falcidia la* 4. §. 1. ubi Alex. *ad l. Falc.* Alex. *conſil.* 28. *num.* 4. *in* 5. *vol.* 8. dixi ſupra *cap.* 5. 9. *arg. l.* 3. *in princ.* ibi, *aut æſtimatione, de fluminibus.* 10. *l. ſi in lege* § *colonus loc.* 11. dixi ſupra *cap.* 5. 12. *l.* 1. ibi, *artis & fidei, de ventr. inſp.* Paul. de Caſt. in *l. continuus* §. *cum ita de verb. oblig. num.* 5. 13. Alex. *l. in actionibus num.* 7. *de in lit. jur.* 14. *l. in arbitrio de dolo. l. in actionibus de in litem jur.* dicam in *ſeq. cap.*

1. *L. ſi per alium* §. 1. *ne quis eum qui,* ibi, *æſtimandum. l. ſemper* §. *in hoc interdicto quod vi aut clam. gloſſ. in cap. ſacro in verbo, ad intereſſe, de ſentent. excommun.* 2. *cap. fin. de his quæ vi metus.* vide Alex. *conſil.* 214. *in* 7. *vol.* & 103. *in* 1. *num.* 11. *gloſſ. fin. in cap. dilecti de foro compet.* 3. Jaſ. in *l. ſi quando num.* 20. *C. unde vi.* 4. Paul. de Caſt. in *l. ſummis in fin. de in lit. jur.* 5. Paul. de Caſt. in *l. argentarius in fin. de edendo.* ubi Jaſ. 6. *l. infitiando* §. 1. *de furt.* 7. *arg. l. quæ ſub conditione de cond. & demonſtr. cap.* 2. *de probat.* 8. *l. ſi irruptione* §. *fin. fin. regund.* Alex. in *d. l. pretia col.* 2. *ver. item poteſt ad l. Falcid.* 9. Bart. in *l. hac edictali* §. *his illud C. de ſecund. nupt.* & in *l. Theopompus col.* 2. *de dote prælег.* 10. Alex. *conſil.* 172. *num.* 17. *in* 6. *vol.* & 28. *in* 5. *vol. num.* 11. & ipſum vide 109. *num.* 2. & *per totum in* 1. *vol.* Dec. *conſil.* 322. *ad fin. in* 2. *parte.* 11. *l. continuus* §. *cum ita de verb. oblig.* 12. Alex. *conſil.* 101. *num.* 18. *in* 7. *vol.* & in *d. l. pretia num.* 11. & 12. 13. Aret. *conſil.* 183. *col. antep. & penult.* 14. *cap. licet de probat.* 15. Alex. *conſil.* 64. *in* 2. *vol.*

ex eo, quod ipſe facturus eſſet, deſcendit, admittendam non eſſe, ſi affectio vel ſimile aliquid, non uſus communis hoc ſuadeant [16]. Sciendum tamen eſt, non præſumi ex affectu rem æſtimari [17]: nam verba teſtium ſemper ad uſum communem referuntur, ſive de communi æſtimatione, ſive de eo quod ſingulariter intereſt agatur: quoniam & illud ab uſu communi æſtimationem recipit [18]. Hoc erit in æſtimatione optimum documentum, ut ex veritate, non ex pretio, quo res empta fuit, æſtimatio fiat [19]: ſicut nec quo vendi potuiſſet, cum lucri ratio non habetur [20]. Inde facile ſciri poteſt, in ineunda æſtimatione id deducendum eſſe, quod ſuperfuit [21]. Et quoniam recenſuimus quaſdam probationis ſpecies, (nam non inficior dedita opera me multas prætæriſſe) videndum eſt, an his ſuccurratur, qui probationes non habent, cum jam iis ad probandum judex tempus dederit [22]. Et conſtat, in omnibus ejus quod intereſt figuris maximam decernendi poteſtatem judicibus permiſſam eſſe [23]: poteſt enim judex id quod intereſt ad eas conjecturas revocare, quibus veritas inveniri ſolet [24], atque ad aſpectum, judiciumque ſuum totam rem traducere [25], præſertim in lucris [26]. An autem ob probationis inopiam hac in re jusjurandum deferri poſſit, in utramque partem diſputari poſſet: ſed hæc alibi [27]. Ultimum probationis locum conjecturæ habent, cum de lucro tractatur, cum enim rerum, quæ non ſunt, nullæ ſint qualitates, ad conjecturas recurrendum eſt [28].

CAPUT DECIMUM QUINTUM.

Si intereſſe deſinit, actio ceſſat.

Prioribus capitibus, in quibus profeſſus ſum ejus quod intereſt præcepta, unum deeſſe videtur, quod tractare noluimus, antequam ad calcem decurſum eſſet: quoniam cum omni tempore, id quod intereſt ceſſare, & extingui poſſit, non referre multum arbitror, quo tempore id fiat, neque enim ſi accepto judicio intereſſe deſinat [1], prius actio docenda non fuit: neque ſi ante litem conteſtatam conquieſcat, de hac re dicere potui: niſi materiæ, quam ſuſcepimus, partes tradidiſſem. Sed ut ad rem redeam, conſtituo eatenus actionem dari, quatenus interſit: nam eo quod intereſt ceſſante, actioni quæ inde provenit finis affertur, optime enim hac exceptione, *tua non intereſt*, actio tollitur [2], extinguitur mulcta [3], & judicium exſpirat [4]. Quod ſi dolus ei quod intereſt cauſſam dedit, utique reus tenebitur [5], etiamſi amplius non interſit. quamvis enim damnum ceſſet: attamen dolus hac pœna coërcendus fuit [6]: quare & re poſt dejectionem mortua, de vi actio remanet [7]: & extincta re furtiva, furti actio durat [8], niſi domini cauſſa id quod intereſt ceſſet [9]. Huc & contumacia referenda eſt [10], ſi actoris negligentia, qui diutius litis conteſtationem diſtulit, res mortua non ſit, jam ſiſtendi commiſſa ſtipulatione, quod Paulum [11] docuiſſe exiſtimo, qua in re nimium doctores ſatagunt [12]. Si vero dolo damnum datum non ſit, adhuc dicendum eſt, reum condemnandum eſſe, ſi facto ſuo intereſſe deſiit [13]. Cæterum non omittendi ſunt aliqui caſus, in quibus licet videatur amplius non intereſſe, nihilominus tamen id quod intereſt locum habet, quo ex numero damna ſunt [14], quæ niſi reſarciantur, ſemper durant, nec evictione facta decreſcunt [15], ſi non emptoris culpa intervenerint. Sed hæc hactenus: jam enim libellus noſter ad eum finem pervenit, quo *ejus quod intereſt* omnis natura continetur.

16. Alex in *d. l. pretia col.* 4. in *princ. l. ſi fundum §. cum libertus de leg.* 2. 17. Alex. in *d. l. pretia num.* 11. 18. *l. Julianus de act. empti.* 19. *l. ex damni in princ. de damn. infect.* Alex. in *l. Falcidia §. corpora ad l. Falc.* 20. *l.* 2. *§. ſi navis ad l. Rhod.* 21. *l. ex empto §. fin. de act. empti.* Bart. in *l. facienda arborum furtim caſarum.* 22. Paul. de Caſt. in *l. ſi quod ex num.* 3. *de leg.* 2. 23. *l. ſemper §. in hoc interdicto in fin. ff. quod vi aut clam.* Corn. *conſil.* 221. *in* 2. *vol. in littera* L. & 26. *in fin. in* 1. *vol.* 24. *l. ſi quod ex Pamphila de leg.* 2. Alex. *conſil.* 77 *num.* 13. *in* 6. *vol. l. & tantum §. his conſequenter de ſer. cor.* 25. Alex. in *d. l. pretia rerum num.* 6. 26. *l.* 1. C. *de colo. Illyricianis*, ubi Bart. *lib.* 11. 27. Dec. *conſil.* 322. *col.* 2. *num.* 3. *gloſſ. fin.* in *l. ſi traditio C. de act. empt.* 28. *arg. l. actor C. de probat. gloſſ.* in *l.* 3. *§. nunc de officio in verbo, ſolebat de eo quod cer. loc. l. ad probationem* 1. *C. de probat.*

1. *L. ſi conſtante §. fin. ſol. matr. l. ſi ſervus* 14 *de condict. furt.* 2. *l. fin. C. de rei vend. cap. cum inter R. ſeniorem de elect.* 3. *l. ex quacunque §. fin.* ubi Jaſ. *num.* 12. *ſi quis in jus voc.* 4. *d. l ſi conſtante § fin.* 5. *l. doli §. fin. de ſer. corrup.* 6. *l.* 1. *§. ſi rem depoſitam depoſ.* 7. *l.* 1. *§. rect ſſive de vi & vi arm.* 8. *l. inter omnes de furt.* 9. *l. & ideo de cond. furt.* 10. *l. qui autem §. illud ff. ſi quis caut. l. ubi exigitur §. is autem de edendo.* 11. *l. ſi eum §. qui injuriarum ſi quis caut.* 12. Jaſ. in *d. §. illud in* 1. *limit.* 13. *l. ſi poſt acceptum judicium de rei vend.* 14. *l. pen. ad l. Aquil. l. ſi calendis de re jud.* 15. *l. juſtiſſime §. fin. de ædil. ed. l. evicta §. ſi ſervus de evict.*

F I N I S.

ARGUMENTA CAPITUM.

CAP. I. *De lata ſignificatione ejus quod intereſt.* - - - 777.a.
CAP. II. *Ejus quod intereſt poteſtas, & vis.* ibid. b.
CAP. III. *Pretium, & communis æſtimatio, ejus quod intereſt appellatione non intelliguntur.* - - - - - 778.a.
CAP. IV. *De diviſione ejus quod intereſt.* 779.a.
CAP. V. *Quando ei quod communiter intereſt locus ſit, & quomodo.* - - 781.a.
CAP. VI. *Quomodo & quando id quod ſingulariter intereſt petendum ſit.* - 785.b.
CAP. VII. *Quo tempore, & qua ratione id quod ex conventione intereſt peti concedatur.* - - - - - - 786.b.
CAP. VIII. *An ſuperiores tres ſpecies ſimul concurrant.* - - - - - 788.a.
CAP. IX. *Id quod extra rem intereſt, quando locum habeat.* - - - - ibid.
CAP. X. *Lucri ceſſantis quando ratio habeatur, item & damni.* - - - 792.a.
CAP. XI. *Id quod intereſt quando ad duplum reducendum ſit.* - - - 793.b.
CAP. XII. *Quibus actionibus id quod intereſt a petendum ſit.* - - - - - 796.a.
CAP. XIII. *Qua ratione id quod intereſt probetur.* 797.a.
CAP. XIV. *Quibus modis id quod intereſt probetur* - - - - ibid. b.
CAP. XV. *Si intereſſe deſinit, actio ceſſat.* 798.a.

M. TATII ALPINI,

LITERARUM PROFESSORIS,

AD

WOLPHGANGUM HUNGERUM,

JURIUM PROFESSOREM,

EPISTOLA,

In qua *furtum per lancem & licium conceptum* quid ſit, aliter quam hactenus, explicatur, & juris & literarum ſtudioſis cognitu utilis futura.

ACCEDIT

VITI AMERPACHII,

AD

ANDREAM ALCIATUM EPISTOLA,

De *furto per lancem & licium concepto*, ſub cujus initium etiam oſtenditur, quid ſignificare videatur Juſtinianus per *aquam profluentem* in *Tit. de rerum diviſione.*

Digitized by Google

MARCUS TATIUS ALPINUS
D. WOLPHGANGO HUNGERO
S. P. D.

Excepisti tu quidem nos, eruditiſſime omnium conſultiſſimeque Doctor, convivio plusquam pontificio. Et minime dubium apud me eſt, quin ex iis quos una mecum invitatos, non lautis modo dapibus, ſed literatis etiam ſermonibus ſuaviter paviſti, jam num fecerint, aut mox facturi ſint tecum paria: in primis vero pro animi ſui gratitudine, nobilis ille juvenis Albertus Reiffenſtein, haud ſecus juris ac linguæ utriusque peritus, quam elegans poëta. Quare ne ſolus ego aſymbolus eſſe videar, ecce hoc commentatiunculæ, pro illo elegantiſſimo apparatu, tibi obtrudo: in qua, ea quæ de furto per lancem & licium concepto, tum mihi a te in menſa requiſito occurrebant, nunc poſtquam authorum, qui meam de furto eo ſententiam utcunque firmare videbantur, copiam in promptu habui, verboſius nonnihil hic retracto: inſcitiam quidem meam proditurus, ac me cum meis ſomniis propinaturus deridendum. Sed hercle magis, ut tu, qui tam facunde ac graviter longe doctiora in medium adferebas, in ſinu gaudeas: & ut de his quoque tibi pro illo fœliciſſimi tui ingenii acumine, ac innata eloquentia, plura cogitandi, atque alias uberius diſſerendi anſam præbeam, quam quod certi quicquam adfirmatum velim.

Domum igitur reverſus, ſtatim incidi in Sextum Pompejum Feſtum, *lib.* 10. *de verb. ſignif.* qui de iſto furto hæc verba habet: *Lance & licis dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat, propter matrumfamiliæ aut virginum præſentiam.* Hæc Feſtus meus, nec plura: quanquam & ipſa, ut vides, plane depravata. Ex quibus tamen Rhodigini furtum, dum furtum explicat, poſtquam anthorem diſſimulavit, ut quidem ex te percepiſſe mihi videor, licet deprehendere. Verum quia nec tuum juſtiſſimum deſiderium, nec meum quoque hæc Pompejana explent: expletura haud dubie, niſi a Paulo illo Pontifice, nefario legis Corneliæ reo, & hæc & alia præclariſſimi hujus Scriptoris omnia, deflendum in modum truncata atque corrupta legeremus. Ideo quid mihi videretur, haud diſſimulandum putavi. Et ut paululum declinem a Pompejo, vel ut ipſum magis fortaſſe explicem: arbitror, per lancem & licium concipi furtum ſacrilegio proximum, rerum ſcilicet, non ut in ſacrilegio, ad miniſterium Dei rite ſacratarum, ſed collectarum potius ad ſacrificia. Quod ita forte deduci poteſt, ſed ut utraque vox attingatur, prolixe aliquantulum.

Primo in congerendis iis rebus, quæ ad ſacrificia, quæcunque ea forent, conferebantur, diverſos fuiſſe miniſtros, apud Ovidium, quoque præter alios, ex his clare liquet, *lib.* 2. *Faſtor.*

Pontifices a rege petunt, & flamine lanas,
Queis vetere in lingua februa nomen erat.
Quæque capit lictor domibus purgamina certis,
Torrida cum mica farra vocantur idem.
Nomen idem ramo, qui cæſus ab arbore pura,
Caſta ſacerdotum tempora fronde tegit.
Ipſe ego flaminiam poſcentem februa vidi,
Februa poſcenti pinea virga data eſt.

Ecce præſtantiſſime Doctor, res nondum a Pontifice ſacratas, ſed deſtinatas tamen ſacrificiis, quarum mille alias etiam formas & Apulejus refert *lib.* 2. *Metamorph.* Ecce item diverſos *miniſtros* (*ut propter varia hominum ingenia, & ſpem culpæ in alios transferendæ, proclivius in aliquo ex multitudine ſit furtum*) *Pontificem, regem, flaminem, flaminiam, & præter hos lictorem etiam, qui e domibus res eas petit*: ut plane conveniat cum Feſto. Et quid is, niſi perperam intellectum mutilaſſet Paulus, poſt ſe ſcriptum reliquerit, ac quomodo etiam quæſitum in domo aliena id furtum fuerit, facile conjicias. Deinde miniſtros eos fuiſſe etiam ſuccinctos, Lucanus & Ovidius teſtantur. Et Lucani quidem hi ſunt verſus, *lib.* 1. *de bell. civil.*

Impatiensque diu non grati victima ſacri,
Cornua ſuccincti premerent quum torva miniſtri.

Ovidii autem etiam hi, *lib.* 1. *Faſtor.*

Nominis eſſe poteſt ſuccinctus cauſa miniſter,
Hoſtia cœlitibus quo feriente cadit.

Denique eosdem & licio, licio inquam, cinctos fuiſſe, ex præmiſſis Feſti verbis, atque ex ipſa definitione lictoris (quem ſupra inter ipſos miniſtros ex Ovidio connumeravimus) apud Gellium abunde ſatis conſtat, *lib.* 12. *noct. Attic. cap.* 3. Quid autem, dices, lanx hic otioſa facit? Certe non eſt otioſa, quæ ut hoc ipſum recte, quaſi ſacrilegium dicatur admitti, conveniens ad id eſſe videtur: nam cum eam vaſis ſacrificatorii ſpeciem Auſonius faciat his verbis, *de monoſyllab. per interrogat.*

Thuribula, & pateræ, quæ tertia vaſa Deum? lanx.

Stipes illæ jam oſtiatim quæſitæ, e lancibus iis ante rem divinam, a ſuccinctis illis impoſtoribus clam ſurripi poterant. Nam hæ ipſæ lances erant, quibus res illæ ſacris præparatæ, ad altaria Deorum a miniſtris offerebantur. Unde etiam Virgilius noſter ait, *lib.* 2. *Georg.*

Hic laticis, qualem pateris libamus, & auro,
Lancibus & pandis ſpirantia reddimus exta.

Et alibi, *lib.* 1. *Æneid.*

Dona ferunt, cumulantque oneratis lancibus aras.

En hic iterum lancis uſum, haud oculis quidem obtegendis, ſed rebus ſacris inferendis cognitiſſimum. Quare ut tandem appellem, exiſtimo furtum per lancem & licium ab eo concipi, qui ita præcinctus ſacri miniſterii oſtentu, res illas ſacrificandas e lancibus ſuppilat. Quemadmodum ſacerdos

cerdos ille Ariſtophanis in *Pluto*, liba, carices, & popauum, in templo clam intercipit: quem ſi, ut ſupra aſſeruimus, & par eſt credi, e lancibus ita ſucceinctum ea abſtuliſſe finges, in terminis, ut ajunt noſtri, facti ſpeciem habebis. Nec multum abſimile foret, ſi Plautinus ille Strobilus, in *Aulular. act.* 4. fidei congialem plenam facturus mulſi fideliam, mel & vinum iſto ornatu collegiſſet, iſtoque vaſe excepiſſet, ut ſibi biberet, quum id feciſſet, priusquam ad ullam aram veniret. Sed concinniter & tu hic quoque adjici poſſe cenſes, veterem illum in ipſis Divæ Mariæ februis, id eſt, expiatione & purificatione, cæreorum colligendorum ritum paſſim per hanc veſtram Bavariam, eodem quo Naſo canit menſe, hodieque obſervatum: ut certorum Divorum quidam ceu metangeli, faſcia cincti, & patinam circumferentes, templa perambulent, ac ſuo quisque Divo exoratos a populo cæreos in illis patinis excipiant. Nam ſi quis ex illis collectoribus cæreorum hujusmodi furtum feciſſe convinceretur, quo alio nomine id quisquam appellaret, quam furtum per lancem & licium? nec enim quicquam aliud eſt patina illa, & faſcia, quam lanx & licium. Illud ergo furtum quum velamento pietatis fieret, recte Doctor ille Benedictus Vitalinus in *tract. maleficiorum*, a te citatus, extra ordinem puniri admonet: non tamen per *l. 6. ff. de var. & extraord. crimin.* ſed per *l. 2. eod tit.* Cui quidem judicio, & vagos illos indulgentiarios, quos ſacra concilia ſacrique canones execrantur adeo, *Clement. de pænitent. c. 2. extra, eod. c. cum ex eo.* ac cæteros ejusdem farinæ ſacros impoſtores ſubjicere licebit, qui res hujusmodi oſtentu pietatis extortas à piis, in ſcorta & fœdas libidines profundunt atque diſperdunt; atque ideo prohibenda fuerunt ea ſcandala, ne iis offenſa eccleſiæ pars ſincera traheretur.

Quod autem Neoburgi, in nuptiis facundi, docti, ac prudentis illius JCti, D. Joan. Ducenrati, tui quippe plaſmatis (quid enim prohibet eum ita vocari, quem tu hic in tanto hominum doctiſſimorum cœtu, novum doctorem, tum baltei militaris fortitudinis, tum annuli equeſtris dignitatis, tum purpurei paludamenti conſularis eminentiæ, tum pallium Herculeæ tolerantiæ, tum denique pilei regiæ fortunæ ſumboli, ſi nos Tarquinii hiſtoria non fallit, vide Liv. *lib.* 1. honoribus inſigniens creaſti) quam ego novi matrimonii celebritatem, tum ob ipſius innumeras virtutes, præclaramque ſponſæ pudicitiam & formam, tum ob tot ac tantorum procerum frequentiam, & pulcherrimum omnium rerum apparatum, celebratis illis a Catullo Pelei ac Thetidis nuptiis intrepide prætulerim: quod tum, inquam, dicebas, te apud Calcagninum & Alciatum, *lib.* 5. *cap.* 8. *Parerg.* neſcio quid poſtea reperiſſe: licet vix quicquam unquam majore deſiderio optarim, quam ut illos (quia ego ne unum quidem ex hujusmodi neotericis habeo, propterea quod veteres nondum perlegi omnes) mihi quoque contingeret videre: poſtquam tamen contigit, nihil equidem vidi, cur ſententiæ me meæ pœnitere debeat.

Quod enim iſti, furtum non quidem fieri, ſed factum potius eo modo quæri arbitrantur, habere quidem ſpeciem, niſi tam ad furem, qui eſt facturus, quam ad inquiſitorem, qui inventurus eſt furtum, anceps illud Feſti verbum *quærere* referri poſſet.

Sed quod poſſit ad furem, ac debeat etiam referri, primo quidem Plinius aperit, *lib.* 33. *cap.* 6. qui hoc ipſo dicendi modo, in eadem contra iſtos ſignificatione, de argento vivo & auro loquens, hoc pacto utitur: *Quapropter id furtum quærentes, ovi liquore candido uſum ejus adulteravere, mox & hydrargyro.* Idemque & liquidiſſima Gellii verba *lib.* 11. *cap.* 18. ſole clarius demonſtrant. *Ea quoque furta*, inquit, *quæ per lancem & licium concepta eſſent, perinde ac ſi manifeſta forent, vindicaverunt.*

Per lancem & licium concepta ait, quaſi per inſtrumenta ea dicat commiſſa. Quod ſi cum iſtis ſenſiſſet, non per lancem & licium, ſed per lictorem: nec concepta, ſed inventa, ut Juſtinianus, procul dubio dixiſſet: quum ipſorum lictor (nam omnes fere ab eo eſſe inquiſitum, ſentire videntur, dum definitionem Tullii Tyronis de lictore; quam ſupra nos adduximus, *ex eod. Gellio*, inculcant) lance & licio ut inſtrumentis, haud quidem ad ipſum furtum concipiendum, ſed nec ad inquirendum etiam, verum propter mulieres, quibus hiſce parceret, uſus eſſe, claris Pompeji verbis exprimatur. Convincunt igitur utrique hi mei authores, non inventurum, ſed furaturum illum miniſtrum, quæſiviſſe furtum, de quo hæſitare quis apud Feſtum potuiſſet. Atque ideo quum dubiam ejus ſententiam ex Gellio certam fieri Calcagninus in *Equitatione*, advertiſſet, nec tamen in mentem veniret, ut ego quidem ſuſpicor, homini alias doctiſſimo, quo illum furandi modum (nam furti ſpeciem dicere non poſſumus) per authores planum faceret: & tamen color aliquis ipſi qualis qualis eſſe videretur, ſi Auli verba detorqueret, ſtatim & Aulo, & aliis non abſimilibus in jure locis vim eam faciendam, ac pro *concepta comperta* legendum eſſe, baſilice quidem imperat. Sed ita ſolent,

Ubi non eſt ſcriptura, ait Plautus, In *Truculento act.* 1. *unde dent, incuſant publicanos.*

Facit igitur Calcagninus compendium laboris, dum certam vocem violat, ut dubiam ex commodo interpretetur, ſeque moleſtia quærendi eum modum ſublevet. Quamquam & Moſellanus, in alio tamen Gellii loco, *lib.* 16. *cap.* 10. idem ait; longe tamen modeſtius: ut qui tantum ſe conjicere dicat ex Sexti verbis, pro *concepta*, ibi *comperta* reſtitui debere. Ac propemodum mihi ſubolet, Calcagninum id inde ſumptum ſibi arrogare, propterea quod non Moſellani tantum conjecturam, ſed Gellii quoque locum, quem tamen tu ex tempore citaſti, ſupprimit. Quanquam deteſtabilis hic morbus, non ingenue profitendi, per quos profeceris, communis eſt ipſi cum multis, præcipue novitiis: quos etſi rarius adhuc inſpicerem, quoties tamen inſpicio, video eos fortiter alios deplumare, quorum pennis ficticii pavones ipſi poſtea ſuperbiunt. Sed accidit ſæpiſſime, ut inanis arrogantiæ proditi, meritiſſime Horatianum illud audiant, *lib.* 1. *epiſt. ad Jul. Flor.*

Ne ſi forte ſuas repetitum venerit olim
Grex avium plumas, moveat cornicula riſum,
Furtivis nudata coloribus.

Et potiſſima quidem ratio eſt, quæ me, & pleroſque alios honeſtos viros, a lectione ipſorum maxime abalienat.

Porro nec illud Calcagnini ex eodem hoc loco, ad quod advertendum putas, quicquam moror: quod Gellius *lib.* 16. *cap.* 10. furtorum quæſtiones cum lance & licio evanuiſſe tradit. Hic enim te unum appello, fori utriusque callentiſſimum doctorem, ac ſummum decus literarum, ut tu mihi decidas, quid ab inquiſitione quæſtio differat: tantum, niſi fallor,

Quantum Hypanis Veneto (ut cum Propertio *lib.* 1. *Eleg.* 12. ludam) *diſſidet Eridano.*

Arbitror enim vel de rebus, vel de perſonis dijudicandis quæſtiones haberi; ſed vel adipiſcenda, vel recuperanda, vel cognoſcenda nos quærere. At ego facem ſoli admoveo. Quid? quod poſtea & alios comperi, dum plura in hanc rem excutio, certatim hunc ipſum locum explanantes: adeo humanum eſt, quod dicit Martialis *lib.* 8. *epigram.* 18.

Qui velit ingenio cedere, rarus erit.

Ex quibus Oldendorpius in *Comment. ſuper leg. 12. tab.* in furto quidem concepto mecum convenit; in modo autem id concipiendi, non ita. Ego

enim lancem & licium, ut inſignia atque inſtrumenta, ad provocandam mulierum in rem divinam liberalitatem, timoremque de ſuis eximendum, uſurpata volo: ipſe autem ceu quædam Empuſæ terriculamenta, ad exturbandas fugandaſque ex ædibus fœminas, ſomniat: quaſi vero illæ eo terrore foras percitæ, non ſtatim plateas lamentoſis clamoribus impleturæ, furemque manifeſtarium prodituræ fuiſſent. Rivallius item Allobrox in *Hiſt. Jur. Civ. & Canon.* & ipſe in concepto furto nihil a me diſcrepat; ſed quod licii uſum ad colligendas res furtivas adſtruit, nugæ gerræ ſunt. Quanquam nec illud, quod fures eos lancem ante ſuos ipſorum oculos tenuiſſe refert: tametſi præter Oldendorpium, & Alciatum, Alexandrum etiam ab Alexandro habeat adſtipulatorem *lib. 6. cap. 10. Genial.* facile probabit: niſi detortis ac male intellectis Pompeji verbis, vel potius impudenti Pauli aſſumento, ut tu perſpicaciſſime videbas; & profecto nulla alia re quam aſſumento. Quod enim & lanx & licium Feſti, ab initio aliter ac clarius habuerint, tum mei Gellii conceptum furtum, tum oſtiarius Ovidii lictor, fortiter convincunt. Ut interim Rhodiginum ſileam, qui & ipſe Sextum aliter legiſſe videtur, *Lection. antiq. lib. 10. cap. 6.* Sed age per Deos immortales, intueamur aliquanto propius iſtorum argumenta: ſi argumenta dici queunt, factæ authoribus injuriæ.

Primo igitur, præter id quod uſum licii extra magiſtratuum ac ſacrificiorum miniſteria haud equidem facile conceſſerim, pluſquam puerile eſt, inquiſitores illos furtorum domum alienam licio cinctos, aut ſilo (ita enim iſti interpretantur) ingreſſos, propter mulieres: quaſi vero magiſtratum, ſi juſtitiam exequeretur, curare oportuerit, ne illæ, quas ego ut domus ſocias, *l. 4. C. de crim. exp. hered.* ita & conſcias ſceleris citius crediderim, læderentur: atque ita neceſſe fuerit, per tædioſas legibus ambages, ea furta quærere, propter ſexum, *l. 22. C. de furtis:* qui tamen ſive terrendus eo inſtituto, ſive non terrendus erat (mirum enim, quam & in hoc interpretes iſti varient) quem obſecro terrorem, vel quod terroris levamentum, id filum, aut licium fuiſſet habiturum? Sed conſtringebant eo res furtivas, ait Allobrox. Quas, oro ô bone? faſciculoſne ligni ſulphurati? quam magnas enim, aut amplas, aut ponderoſas eas fuiſſe oportuerit, is ſtatim intelliget, qui conſiderabit filo ipſas vinciri atque auferri ſolitas. Atqui ô Rivalli, cum hoc dicto, ſine rivali, eadem dixiſſes temeritate, egoque tibi crediſiſſem citius, furibus illis præſagam mali mentem fuiſſe: atque ideo tuliſſe hoc ſecum pro laqueo, quo ſuſpendi poſſent, ſi forte deprehenderentur, ut eo mox rupto in pedes iterum recciderent.

Cogita modo, graviſſime Domine Hungere, ſintne iſta magis ad rhombum, ut ructem noſtri Accurſii proverbium, quam ſi quis dicat, in ſymbolum futuræ rei divinæ, propter mulieres ne aliud ſuſpicarentur, & ut eſſent ad dandum promptiores, furaturos illos miniſtros (ſeu veri, ſeu falſi ii fuerint) id licii geſtaſſe.

Secundo magis muti ſunt quam ulli piſces, de lance pro larva uſitata: niſi quod de ea duobus foraminibus aptata, Oldendorpius divinat. Sed cur obſecro duobus tantum, nec pluribus? Nam ſi de illis intellexit, per quæ fures oculis proſpicerent, certe oblitus eſt eorum quoque foraminum, per quæ funiculis ad faciem alligabantur lances: nec enim furtum illud auferre potuiſſent alioquin manus, lancibus ad oculos retinendis occupatæ, quas centenis libris interdum conſtitiſſe, immo quingenarias etiam, atque argenteas Romanis in tantum numerum fuiſſe, ſcis Plinium teſtari *lib. 33. cap. 11. nat. hiſt.* Ut nec id apud me veriſimile fiat, paſſuros fuiſſe magiſtratus, ut lances, quas ad ſacra pertinere dixi, ita perforarentur: niſi fures ipſos tam divites fuiſſe credere malimus. Sed jocorum ſatis eſt: nam hæ tot pondo argenteæ, ſpectabant fortaſſe magis ad luxum conviviorum. Atqui depravatis Feſti verbis ſimpliciter acquieturo, eas Lamias confingere neceſſe fuit; nempe animadvertenti, quam abſurdum foret, eum aliquid quærere, cujus oculis tam craſſa ſpecilla appenſa eſſent, ac viſum late impedirent. Quamobrem Pompejanum, vel Paulinum potius Oldendorpium, qui defectum ſa tam commode ſupplevit, omni noxa vel ultro jam abſolvo; etiamſi & hoc ariolatus eſſet, perſpicuo vitro lances ipſas conſtitiſſe, ut quod quæreret, invenire ac videre poſſet oculis quaſi faſcinatus ille lictor. Verum haud ignoravit vir doctus, Venetias nondum conditas fuiſſe, quæ pellucidum vitrum tum ſuppeditarent. Sed eſto perſonati fuerint ingreſſi, nec veris larvis, ſed ſacris lancibus abuſi: cur tamen quæſo? an, ne innoxiæ mulierculæ terrore afficerentur? atqui multo minus vera hominis forma, quam larvata fuiſſent conturbatæ. Vel potius, an ut conſternarentur conſciæ? ſed viſa aperte ac cognita præſentia lictoris, ut ſanguinarii judiciorum miniſtri, longe vehementius id effeciſſet.

An ergo, ô Hungere, ſumme omnis eruditionis polyhiſtor, lana mea ſacrificatoria, ac res ſacrificandæ lancibus exceptæ, ut fide dignis authoribus, indeque a miniſtris furtim interceptæ, minus huc quadrare videantur, vos docti poſthac judicate.

Tertio, ſi non concepta, ſed quæſita iſto modo, aut comperta, ut Calcagninus & Alciatus (quanquam hic non negat poſſe meliora inveniri) volunt, furta intelligenda admittemus, tota nimirum illa Manifeſti, nec manifeſti furti differentia in irritum cecidiſſet, ac fuiſſet de medio ſublata. Quum enim ita comperta, ut iſti loquuntur, perinde ac ſi manifeſta forent, juxta Gellium vindicarentur: manifeſti autem in liberis hominibus noctu prehenſis aut etiam interdiu, ſi telo ſe defendiſſent, cædes, alias verbera, & ipſorum addictiones: in ſervis autem, eadem verbera, & de ſaxo præcipitium, pœna olim fuerit conſtituta, quæ hodie in quadruplum, aut noxalem eſt redacta, *l. 11. C. de furtis:* quis amabo in tanto hominum ad iram proclivitate & avaritia, non maluiſſet ob res amiſſas vel ex decemvirali lege furem potius verberari, verberatumque ſibi totum cum rebus ſimul poſtea addici? vel cum lex correcta, juxta theoriam noſtrorum in *l. 9. ff. de juſt. & jure.* & *in authentic. quas actiones C. de ſacroſanct. eccleſ.* ad æquiparatos caſus itidem traheretur, quis ex poſteriore etiam hoc jure, non quadruplum prætuliſſet duplo? quæ furti nec manifeſti pœna fuiſſe, hodieque eſſe legitur.

Quare ſupervacuum fuit, furti nec manifeſti mulcta dominis proſpicere, ad quam nunquam eſſent deſcenſuri, eo quod plus hac, quam illa, quærendi ratione ſemper poſſent conſequi, & tamen rei furtivæ quærendæ periculum atque invidiam in alium transferre.

Adde quod & aliud quoddam monſtrum horrendum, informe, ingens, ut Maro canit, & id quidem geminum, ex iſtorum intellectu oriretur. Nam cum vindicatum dicat Aulus: ſive id in fure, quod veriſimilius eſt, factum contendant, pœna certe non ex atrocitate delinquentis, ſed ex facto quæſitoris, alterius ſcilicet perſonæ, fuiſſet adaucta, contra *c. non debet de reg. jur. in ſexto.* quantumvis in loco deſtinato jam res furtiva eſſet: item contra *l. 3. ff. de furt.*

Sive etiam lictorem ſuum fuiſſe punitum ratiocinabuntur (nam in altero fieri neceſſe fuit, niſi Gellium nihil dicere credamus) ut is contra ſententiam Calliſtrati, ſucceſſor alieni criminis conſtitueretur, *l. 26. ff. de pœnis.* ac innocens pro nocente plecteretur; eveniſſet nimirum illud Juvenalis, *Sat.*

Dat veniam corvis, vexat cenſura columbas.

Quod utrumque quam pulchrum ac juſtum fuerit;

rit, tuæ, Doctor conſummatiſſime, omniumque Juriſconſultorum prudentiæ relinquo pronunciandum. Nam quod dicebas, venire tibi in mentem, quæ noſtri dicerent arg. *l.* 30. *ff. de jurejurando.* illum videlicet, qui actione, quæ inficiando creſceret, litem evinceret legitimis probationibus, duplum conſequi; eodem modo & prius illud hic objectum a me abſurdum ita poſſe dilui, ut & is, qui certis ac ſolemnibus ceremoniis, teſtibuſque præſentibus furtum inquirit ac invenit, merito furem majore pœna ſibi obligatum habeat: nihil officere & tibi videri debet. Tum quia Juſtinianus in §. 26. *Inſt. de action.* actionum, quæ inficiando creſcunt, diverſam omnimodo naturam facit ab actionibus furti: tum quia alia prorſus eſt ratio abſurdi mei, & iſtius tuitionis. In veſtro enim argumento, non ideo ſimpliciter quod legitimis probationibus litem evicerit actor, duplum conſequitur; alioquin legitimæ probationes id ſemper operarentur. Sed quia bis ſe illi obnoxium fecerit reus, obligatione ſcilicet & inficiatione. Obligatione, vel damni injuriæ ex lege Aquilia, vel depoſiti ex quibusdam cauſis, &c. ex qualibus ipſe ſcis actiones creſcere *d.* §. 26. Inficiatione: quia nihil aliud eſt inficiari quod ipſe deſignaris, quam vel falſum, quo crimine Bartolus in *l.* 18. *C. de transaction.* nihil in mundo opprobroſius eſſe autumat, vel malignum propoſitum in alterius jacturam atque periculum, quod & ipſum Claudius Triphoninus a lege puniri recte affirmat in *l.* 16. *ff. de pœnis.* Quum igitur duo peccata ab iſto reo committantur, pœna duplicatur, *l.* 4. *C. de ſepulch. viol.* Nam parum ibi (quod ad hanc quidem rem attinet) me doctores permovent, dum quo modo plures concurrant pœnæ diſtinguunt, nec vident, ex gemino potius facinore, quod ibi patrari dicit Imperator, quam ex ordine & modo diſpoſitionis in jure, cumulari pœnas. In meo autem abſurdo, reo non duplex delictum, ſed ſimplex furti conceptus (quia alius eſt, qui furatur, & item alius, qui furtum concipit, ut clare docet Cajus *lib.* 2. *fragment.*) ut amborum ſimul inſimulari haud jure poſſit, de quo nulla alterius ſit peccati mentio, quod ipſe conceptui adjunxerit, ut ejus intuitu augeri pœna debeat: & tamen ita augeretur ſupra triplum, injuſtiſſime.

Moſellanum denique haud operæ pretium duxi refellere: ut qui *ad Gell. lib.* 11. *cap.* 18. hac de re nihildum compertum habuiſſe videatur; quanquam & ibi cenſoria nota non indignus, qui tam oſcitanter Gellii, quem elucidandum ſuſceperat, verba inſpexerit: quaſi idem ſit, lancem furto auferri, & concipi furtum per lancem: in *libro* autem 16. *cap.* 10. melius edoctus, & penſiculate agens, modeſtiſſime ſe gerat: quare & alias amœni ingenii molliter oſſa quieſcant.

Sed poſſet extra hos omnes, aliquis adhuc contendere: ſcilicet quod res ſimpliciter furtivæ, fuerint ad miniſtros ſacrorum perlatæ, quas illi poſtea conceptas (nam ita fere ſonant Juſtiniani verba in §. 4. *Inſt. de obl. quæ ex del. naſc.*) hujusmodi cinctus obtentu ac vaſorum adminiculo celaverint. At is cogitet, ab ipſo, qui lancem & licium geſtat, ſecundum Pompejum, hoc furtum quæri, & concipi: item per lancem & licium juxta Gellium. Quare etiam ab una eademque perſona utrumque fieri: quod certe in imperatoris furto non eſt, apud quem alius concipit, & alius quærit: ut furtum hoc noſtrum, & furtum Juſtiniani, ſint ſpecies omnino ſeparatæ. Quod aliter etiam ex eodem Gellio, duplici quidem argumento patet. Altero, quod furtum per lancem & licium conceptum ipſe adducit, ac modo aliquo declarat; de furto autem ſimpliciter concepto, nos relegat ad Sabini librum, ubi id inveniri ait, ipſe nulla relatione dignatus. Altero autem, quia furtum illud lancis & licii, perinde ac ſi manifeſtum foret, vindicatum prodit, furti interim alias concepti, cum Juſtiniano & Cajo Juriſconſulto in *l.* 3. *ff. qui ſatiſd. cog.* pœnam tripli eſſe aſſerens, alienam plane a manifeſti pœna, ut de utroque jure ſupra vidimus: quæ quidem mulctarum varietas, evidentem facit furti utriusque differentiam. Ejus non ignarus Imperator, quum de ſuo furto loqueretur, quanquam concepti & tripli mentionem faceret, tamen ne verbo quidem vel lancis vel licii meminit, haud equidem ſupine negligens, ſed quod ad ſe nihil attineret, conſulto prætermittens.

Nec me valde anxium habet ſcrupulus ille tuus, quod ſcilicet Juſtiniani quoque furtum, & conceptum & quæſitum introducitur. Reſpondeo enim, utraque vocabula eſſe vaga, neque tam ad ſtrictam ipſorum vim, quin & de pluribus apte dici poſſint. Utque mulierum conceptus, & plures alios ſilentio involvam, ſingque exemplo aut uno aut altero contentus: nonne & Virgilii 12. *Æneid. conceptum fœdus*, & Ciceronis *verba concepta Pro Cluent.* legimus? Quid igitur mirum, ſi duo furtorum genera, eadem loquendi formula concipi dicuntur? propter affinitatem in modo concipiendi: quum utrumque quodam alieni facti, illic videlicet ſuperſtitioſæ contributionis, hic vero doloſæ occultationis, interventu cæptum admittatur: imo & Juſtinianus ipſe in §. 4. *Inſt. de obl. quæ ex del. naſ.* tam apud ipſum furem, ut ego volo, quam apud receptatorem, ut vos, concipi furtum dicit. Idem & ad verbum quærendi contradictum volo: nempe tam ea, quæ nunquam noſtra fuere, ut victum Terentii in *Andr. Glycerium*: quam ea, quæ amiſimus, ut ollam Plauti in *Aulul. Euclio*, nos quærere: quod utrumque hoc uno Naſonis, niſi cui libeat cavillari, conſtat carmine, *lib.* 1. *Metamor.*

Quærere ut abſumant, abſumpta requirere certant.

Quare nihil novum fieri, ſi tam is, qui commiſſurus, ut ex Plinio monſtravi, quam is, qui recuperaturus eſt, ut Juſtinianus loquitur, furtum quærere dicatur.

Et hic quidem eram diſputandi finem facturus, quum ecce alius recentiorum, Antonius Auguſtinus Hiſpanus a te mihi advolat, qui hoc ipſum, quod animus mihi præſagibat, conſtanter affirmat, *lib.* 4. *cap.* 3. *Emend.* idem ſcilicet eſſe furtum per lancem & licium conceptum, quod furtum ſimpliciter conceptum. Id tamen ego quum adductis quatuor rationibus, haud poſſe ſubſiſtere, jam hic oſtenderim, non eſt cur vel repetam, vel fortius muniam, præcipue cum eas iſte non diluere videatur; niſi quod, ut diſcordes illas pœnas inter ſe conciliet, dicit ſe exiſtimare, a Prætoribus eodem modo pœnam furti per lancem & licium concepti, in triplum eſſe mutatam, quo & furti manifeſti in quadruplum: idque plane Laconica brevitate dicam, an arte? præ ſe fert ex Gellio probare. Quanquam ego eum authorem ex diametro cum hoc Antonio pugnare, auſim affirmare; propterea quod Gellius dicit, ſublata Decemvirali lege, hodie actionem in quadruplum dari ex furto manifeſto, cui deinde hoc furtum per lancem & licium æquiparat: ut neceſſario ſequatur ex eodem, eſſe ſimilem actionem, in quadruplum videlicet, propter affinitatem juris, ut paulo ante ex *d. authent. quas actiones Cod. de ſacroſ. eccl.* & *d. l.* 9. *ff. de Juſt. & jur.* etiam vidimus. Nec refert, quod poſt plura verba, quæ Antonius ſatis vafre tranſilit, idem author ait, furti concepti pœnam eſſe tripli: quia jam antea oſtendi, duo eſſe furti concepti genera. Quare haud inficias eo, ſimpliciter conceptum tripli pœna vindicari; ſed per lancem & licium conceptum etiamnum quadrupli eam eſſe volo, & convici ſupra.

Quod autem motem per lancem, hoc tempore non ignotum eſſe putat, Theophilum citans, ac pro confeſſo habens, idem hic eſſe lancem quod ſtateram, idemque conceptionem furti, quod emancipationis emptionem, quæ apud eum Scrip-

torem διὰ χαλκοῦ καὶ ζυγοῦ fiebat, quodque Varronis illicium adducit, dubito an feſelli debeat. Et quanquam certe omnibus (quos honoris potius cauſſa in hac mea ſcriptione nominavi, quam quod cujusquam authoritatem per me velim imminutam) ob præſtitas præclare in bonis ſtudiis operas, parcere cupiam: huic tamen Hiſpano vel inprimis, quod præter emendatas atque reſtitutas tot locis Pandectas, tam humaniter etiam ab eo tractatur communis noſter Mæcenas, præceptor meus tantum non adorandus, illuſtris ille ac magnificus D. Viglius,

Grande decus Phryſiæ, Zuicchemæ nobilis oræ,
Gloria linguarum, palma utriusque fori:
Ille ille Auguſtæ conſultor maximus aulæ,
Summaque Germani famaque lausque ſoli.

Ob hunc animi candorem, plurimum iſti faveo Antonio: quanquam & cæteri omnes ſunt amici, quos toto animo ſuſpicio ac revereor. οὕτως ἰσχυρὸν ἐστιν ἡ ἀλήθεια, ut eſt apud Æſchinem, ὥστε πάντων ἐπικρατεῖν τῶν ἀνθρωπίνων λογισμῶν, & in ſumma, amicior eſt veritas. Quare ut nec hujus quidem etiam opinioni adhuc animum noſtrum acquieſcere fateamur, atque ut veri inquirendi majorem occaſionem præbeamus, videndum eſt de utroque, & primu quidem de lance. At ut ſtatim, quo volo, perveniam, non urgeo figuratam lancis pro libra ſignificationem, non urgeo quantum contractus, vel quaſi, a delicto, id eſt, quantum emptio, vel ultima voluntas, a furto diſtet: non urgeo teſtes in furto committendo adhibitos, contra Varronis apud eundem Gellium, & Labeonis de furto definitionem, *lib. 1. cap. 18. & in l. 1. ff. de furt.* non urgeo utrum fur an conceptor, dominus an magiſtratus, uſus fuerit ea lance, aut libra: denique non urgeo clara Pompeji verba in contrarium: quæ ſingula ad explodendum iſtum novum intellectum ſuffectura eſſent. Sed unicum hoc, & prætetea amplius nihil quæro: an ſcilicet per iſtam furti concipiendi lancem ac ſtateram, emptio aliqua, quemadmodum in illa Theophili & Boëthii in *topic. Ciceronis* emancipatione fuerit introducta? & ſi introducta fuerit, an conſenſu domini id factum ſit? & ſi factum ſit conſenſu, an omnino furtum cenſeri debeat? noviſti enim, quibus hæc in jure fundamentis nitantur. Si negabit antecedens, hoc eſt, emptionem, ego per vulgatam Bartoli & aliorum doctrinam in *l. 92. ff. de. condit. & demonſt.* negabo & conſequens, hoc eſt, ipſam libram. Sin fatebitur emptionem (quæ & in aliis contractibus fictitia locum habere poteſt) interveniſſe, ecce clamabit extemplo Julianus in *l. 2. ff. de oblig.* conſenſu id factum, & ſtatim etiam Ulpianus accinet, in *l. 46. §. 7. ff. de furt.* accedente domini conſenſu furtum non committi. Sed quo pacto quæri aut concipi furtum dicetur in emptione, quæ (ut conſenſu celebrata) furtum omnino a ſe excludit? quis igitur concipiet quod nun eſt, aut quæret quod nuſquam ſe inventurum ſperat?

Venio nunc ad inlicium, quod Antonius pro Licio ſupponendum retur. Et quanquam hic iterum poſſem quærere, utrum cenſor & magiſtratus furtum facturus inlicium, id eſt, concilium, ut ſtatim ipſe Varru explicat, vocaverint: an ipſos viros ad furtum: an cum inlecto, id eſt, convocato populo, furtum illud forte quæſierint, vel conceperint: piget tamen verba amplius perdere. Varro enim de cenſoribus loquitur, *lib. 5. de ling. Latin.* & magiſtratibus, & populu, nos de furibus, dominis, & miniſtris. Varro de inlicio actu, nos de licio inſtrumento: Varro de luſtro faciendo, nos de furto per lancem & licium concepto: Varro denique in templo ſortitum ait, &c. nos in domo aliena quæſitum furtum, aut conceptum volumus. Quibus ſingulis, quid obſecro abſimilius?

Recte tu quidem hic & illud ſuggeris: quum licii uſus in veneficiis a Virgilio in *eclog. 8.* celebretur, ſintque plerique furtorum inquirendorum ritus ac modi, per certas magiæ ſpecies: quippe leconomantiam, aqua in pelvim effuſa: batonomantiam, inſcriptis ſalviæ foliis: & alias, ut gallinaceo ſub æneo vaſe tecto, &c. quarum plures Hieronymus Cardanus tuus enumerat *lib. 4. de ſapientia.* poſſe ita per magiam quæſitum videri & hoc furtum. Quia tamen domi propriæ eæ ſpecies exerceri poterant, & nulla in iſtis quidem licii aut lancis ſit mentio, tum etiam quia ſortilegi tales, tam civilis quam pontificii juris latoribus, ſemper execrabilea fuerunt, ut liquet per totos titulos, *C. de maleſ. & mathem. ac de ſortileg.* quumque & Raymundus ſcribat, nunquam licuiſſe furta per hujuſmodi divinationes quæri; ideo apud me veriſimile non ſit, Juris latores voluiſſe ex hujusmodi magorum præſagiis pœnas creſcere, contra *l. 5. ff. de pœnis.* aut omnino ea veneficia introducere. Quare eas ego inquiſitiones nihil huc pertinere arbitror.

Quum igitur licii non iſtum uſum fuiſſe videamus, & abſurda ſit lancis ante oculos quærentis imaginatio: quumque fruſtratoria juris etiam 12. tab. diſpoſitio, iſto modo reddita fuiſſet, ac item pœna non ex delicto committentis, ſed ex facto publici miniſtri adcreviſſet, vel ipſe miniſter fuiſſet eam pro ſure: quum denique nec Theophili, aut Boëthii emptoria ſtatera, nec Varronis inlicium quicquam ad hoc furtum faciat: & ſint duæ furti concepti ſpecies: arbitror me haud quaquam temere facturum, ſi mea illa ſundamenta tantiſper non abjicio, donec argumentis melioribus, & doctioribus teſtibus convincar: ceſſurus equidem facile, præſertim quum in conjectura totus hic ſtatus verſetur, modo ne ſint talia, quæ apud iſtos quoque alioquin doctiſſimos heroas, me parum commoverunt. Quandoquidem enim nihil aliud habent, quam Pompejum, atque is ſecundum Gellii & aliorum autoritatem, longe aliter quam iſti volunt, intelligi poteſt, hæreo adhuc in ſententia, & exſpecto fortiora, interim hunc genuinum Sexti ſenſum eſſe quovis pignore certaturus. Quippe quod illi quærentes, aut captantes furtum, quaſi ſacrorum miniſtri licio cincti per domos alienas ierint: & quod propter mulieres, ne illæ extimeſcerent ipſos, vel ad viros, vel ad liberos ſuos publice excipiendos venire potuerint (quod ob ſolum licium cum lictoribus commune, ſuſpicari potuiſſent) & ut munificentiores etiam ad promovendam rem divinam forent, ideo ſacras quoque lances in conſpectum protulerint, atque ante oculos ipſarum tenuerint: iiſdemque lancibus res a fœminis datas ad ſacrificia exceperint, atque inde tandem furtum illud ita quæſitum fecerint, ac denique propter dolum in re ſacra ſtructum tantas pœnas dederint. In ſumma, licium ad oſtentationem religioſi miniſterii, lancem vero ad oculos & viſum fœminarum refero, tum eximendi timoris gratia de ſuis, tum invitandæ ad pietatem (vel ſuperſtitionem potius) ipſarum prodigentiæ: quo quidem nomine & a ſene illo Periplectomene apud citatum jam aliquoties Plautum ſic taxantur in *Milite glorioſ. act. 3.*

—— Hoc nunquam verbum ex uxore audias
(venerint.
Da mihi, vir, calendis quæ mittam, quum Martiæ
Da qui faciat, qui condiat; da quod dem quinquatribus,
Percantatrici, collectrici, ariolæ, atque aruſpicæ.

Quo in loco perpende mihi quæſo, præter illas ſupra à Naſone relatas perſonas, hic plures etiam accedere, quæ tamen in tam ampla ac populoſa urbe, quomodo à profanis aliis omnes dignoſci, aut quo pacto ſtipes haſce colligere potuiſſent rogitantes? niſi ſacro ornatu & armis Deorum miniſterium profeſſæ? Perpende item hæc ſingula.

Mittam:

Digitized by Google

Mittam: ergo non ipſa feram, ſed utar aliorum miniſterio. Quorum autem? niſi talium, qui ad id deſtinati ultro petitum veniebant? *Qui faciat*: hoc eſt, pro me ſacrificet, qua voce & Virgilius in *eclog.* 3. in eodem ſignificatu utitur. *Qui condiat*: quomodo, aut ubi? niſi in lancibus, & iis quidem ſacrificatoriis? Quod enim de ſacris hic loquatur author, probant quidem Martiæ calendæ, quas Romanis matronis feſtas fuiſſe, Tibullus tradit *lib.* 4. *Eleg.* 1. Unde & ipſæ ad pompam & apparatus ejus feſtivitatis, maritos extorquendis muneribus probe emunctos reddebant: cujus rei præter eundem alibi Tibullum in *lib.* 3. *Eleg.* 1. Paulus quoque juris conſultus in *l.* 31. §. 8. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* atque ibi notatus in margine Juvenalis: & quos tu addendos cenſes, Martialis & Ovidius *lib.* 1. *de Art. amand.* authores ſunt. Quanquam ego non tam, quid viri mulieribus efflagitantibus, ut hic perſtringit Comicus, donarint quæro, quam in quos uſus ea dona expenderint, nempe in rem divinam: & quibus ipſæ dederint, nempe ſacrorum miniſtris. Id quod ultra ea omnia, quæ ſupra diſputavimus, etiam *quinquatria*, *percantatrices*, *collectrices*, *ariolæ*, *atque haruſpicæ*, clara quidem voce clamant. Hoc autem & aliorum ſacrificiorum prætextu potuit ſæpiſſime accidere. Poſito igitur ob oculos talia convaſandi (ut tuo verbo utar) ritu, clariſſime apparet, quanta & olim feneſtra ad hypocriticam illam nequitiam & impoſturam patuerit, ac quo actu furtum hoc noſtrum concipi potuerit, ut maniſeſta prope ſit calumnia tergiverſari amplius.

At ego, graviſſime celeberrimeque Doctor, te feriis quidem negotiis occupatum, ineptiis meis jam ſatis ſuperque occupavi, & patientia tua præter decorum ſum abuſus. Sed illas ego diſſimulare haud potui: adeo, ut ſi tibi ſatis moriones eſſe videbuntur, quæ aliis quoque riſum movere poſſint, ut pote Bacchanalia & vina tua etiamnum ſapientes, liberum permittam, ut eas tanquam Ariſtophanis veſpas, crabrones ſine dubio in ſe concitaturas, in vulgus ſi libeat emittas: magis equidem ut clareat, nondum omnibus iſtorum commenta ſatisfacere, quam quod valde mea tuear: quæ tamen pluribus accumulari potuiſſent, ex variis linguæ utriusque ſcriptoribus, apud quos ea de ſactis & ſacrificiis paſſim adnotavimus; ſed hæc quoque naſutis illis nimia fortaſſe videbuntur. Reliquum igitur eſt, ut inſaniem hanc meam garrulitatem æqui bonique facias, ac candide interpreteris, meque nominis & dignitatis tuæ ſtudioſiſſimum atque amantiſſimum viciſſim redames. Vale dulce decus meum: & tuas quoque caſtigatiſſimas in Ovidium noſtrum caſtigationes una cum aliis & in Jura & in literas doctiſſimis elucubrationibus, in lucem tandem emitte. Ego quidem de meis omnibus, jam mihi tot annos non ſegniter exſudatis, plane deſperavi, poſtquam novercans fortuna in aulam me protrudit, ignarum quid tanta fati neceſſitate poſthac velit operari. Vale iterum. Ingolſtadii, ex noſtro Muſæolo, poſtridie Bacchanalium. Anno M. D. XLV.

F I N I S.

VITUS AMERPACHIUS
ANDREÆ ALCIATO V. C.
S. P. D.

NUNC bimus eſt fere, cum a quidam adoleſcente allata eſt mihi charta, in qua ſe alius quidam propoſuerat mihi duas quæſtiones: alteram, de furto concepto per lancem & licium; alteram, de aqua profluente, cujus meminit Juſtin. *de rerum diviſione*, §. 1. ut per eundem rogaret, ut ſi quid hac de re ſcirem, id ſibi communicarem. Tametſi autem in his rebus non ſum valde multum verſatus, & hoc ille non potuit ignorare, vel ex profeſſionis genere: tamen, quia vel ingenium, vel doctrinam, vel diligentiam aliquam, non contemnendam fortaſſe, mihi tribuit, ſive alia cauſa hominem permovit: ac ſane prior quæſtio non tam ex legibus & jure, quam ex mediocri lectione, conjecturis, adeoque ingenii quibusdam viribus explicari utcunque poteſt, ac eatenus ad Grammaticum, & Philoſophum pertinet potius, quam ad peritum juris, morem adoleſcenti gerere volui: tametſi per internuncium id officium a me petenti, ac vel reverentia, vel pudore, vel ob ſimile impedimentum aliquod ipſe me non acceſſiſſet. Nihil enim ſiniſtri cogitare de ingenio tam liberali, ac non male inſtituto poſſum, aut debeo.

Reſpondi, quantum per alias occupationes fieri poterat: hoc eſt, paucis, ut poſtea videbis clarius, Andrea doctiſſime! Quia vero tuam ſententiam approbavi, non propter nullam cauſſam, & non ita multo poſt in tractationem hac de re M. Tatii, viri ſane doctiſſimi, & mihi præter amicitiam hoſpitii quoque jure conjuncti, ubi hæc noſtra ſententia graviter & prolixe oppugnatur, incidi, cogitandum eſſe mihi de toto negotio duxi diligentius iterum atque iterum: ac tandem poſt integrum ſemeſtre, cum alia quadam ſcriptione majoris momenti, quanquam non magis neceſſaria profeſſioni ac muneri publico meo, quam hæc eſt, impeditus eſſem, redii nunc aliquantulum ocii nactus ad intermiſſam curam: & viſus mihi ſum facere precium operæ, ſi meam ſententiam ita, ut Tatius fecit, publice de hac re exponerem, adeoque tuam, quæ ſemel a me probata, & non temere, ut eſt mea conſuetudo, ac (uti omnino exiſtimo) defenſa eſt, nonnihil probabiliorem facerem, atque adeo quantum poſſum, confirmatam aliis eruditis commendarem.

Tatii mei certe opinio tantum abeſt ut mihi probetur, ut non parum a ſe ipſa etiam alicubi diſſentire videatur. Nec dubito, quin, ut eſt vir doctus, & humanus, hoc totum ſit accepturus in meliorem partem: & ejus præter alia contemplatione, ut leges loquuntur, quod ipſe a multis aliis, quos etiam honoris cauſſa Heroes literarum & eruditionis appellat, plusquam διὰ πασῶν, ut ajunt, diſſentiat, ac inſuper liberrime confutet omnium opiniones.

Ad te autem potiſſimum hanc meam diſputationem eſſe mittendam cenſui, quod eſſes auctor hujus expoſitionis, ac ego ſimul cuperem tibi hoc velut publico nuncio teſtari meum ſtudium, benevolentiam, tuarum virtutum & eruditionis, quæ inſignis eſt, admirationem: & præterea, ſi pateteris, ut non dubito eſſe te facturum, non tantum notitiam tecum, ſed amicitiam quoque nonnullam ita contraherem. Hoc autem erit mihi tanto faciendum prolixius, quanto longior eſt Tatius in ſua tractatione. Huic enim fuit ante omnes reſpondendum, quod omnium fere opiniones collegerit in unum tanquam faſciculum, & multa inſeruerit probandi cauſſa, quæ tamen parum (ignoſcat mihi, velim, quod nihil diſſimulo) ad rem aliquando faciunt, ut ſuis locis indicabo: etſi quanta poterit fieri brevitate, ſimpliciter, ſine captionibus, & ornandi nimio ſtudio. Tuum eſt, Alciate, meum hoc officium non tam erga te, quam aut ipſam veritatem, aut hujus germanam probabilitatem, non aſpernari: ſed animo accipere, quo debes: judicio, quo potes, & debes. Ut autem res eo clarius intelligatur, ſic ille adoleſcens propoſuit illas quæſtiones, de quibus antea ſignificavi: „ Quale genus (in charta hæc tantum exaraverat) furtorum id olim fuerit, quod „ apud Romanos per lancem, liciumque concipi „ dicebatur, cujus etiam Aulus Gellius *noct. attic.* „ *lib.* 11. *cap. ult. paulo ante medium*, meminit. „ Ejus enim rei declarationes tum per Petrum „ Moſellanum, alioqui doctiſſimum, tum per alios „ ibi adjectæ, mihi nequaquam ſatisfaciunt. Item „ quid Divus Juſtinianus in ſuis Imperialibus Inſti„ tutionibus, in *tit. de rerum diviſ.* §. 1. per aquam „ profluentem intelligi voluerit, cum eum de „ flumine non intellexiſſe, manifeſte ex §. ſtatim „ ibi ſequente conſtet, Gloſſellaque ab Accurſio „ eodem loco adjecta plus ſatis ridicula omnibus „ fere videatur. „ Hæc ille. Quibus ego in hunc modum reſpondi.

„ Quid ſit *furtum conceptum*, apparet ex *tit.* „ *Inſtit. de oblig. quæ ex delic. naſc.* nec aliud ge„ nus furti ſignificat Gellius *lib.* 11. cum de fur„ tis per lancem liciumque conceptis loquitur, „ niſi quod verba per lancem liciumque addit, „ quæ ritum quærendi furtum indicant, ſicut æs „ & libra uſurpabantur cauſſa ritus in venditione „ imaginaria. Quomodo autem, aut cur ſint „ uſurpata lanx & licium, oſtendit Sext. Pompe„ jus & adſtipulatur Alciatus in *Parergis*, etſi „ nulla facta Pomp. mentione. Pueriliter eſt hic „ erratum a Moſellano: ut puerilius in enarratio„ ne ejusdem capitis de furto oblato. Cæterum „ *aquam profluentem* vocat Juſtin. in *tit. de rerum* „ *diviſ.* §. 1. omnem currentem aquam, ſeu ma„ nantem, aut ſcaturientem ex terra, quam fon„ tanam vocant Medici: nec pugnat hoc cum 2. „ §. *ejusdem tit.* Nam in 1. §. loquitur Imper. de „ proprietate, in ſecundo autem de uſu: ac eo „ modo flumen & commune eſt, & publicum. „ Hæc ego: nec ſum gravatus & alteram quæſtionem inſerere, tantum ideo, quia ſupra ejus memini, ac volui te hujus etiam judicem ac cenſorem eſſe, qui ſane in his rebus explicandis es feliciſſimus, & exercitatiſſimus. Adſcribantur nunc & Feſti, & Gellii verba, ut ex eorum inſpectione, & collatione, poſtea cum Tatii tractatione, ſi non certa per omnia, tamen vera generaliter, & probabilis in ſpecialitate ſententia deprehendatur, & conſtituatur. Sic habet Pompejus: *lance & licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamilias atque virginum præſentiam.* Gellius vero ſic, poſt expoſitas leges Draconis & Solonis de furto vindicando: *Decemviri autem* (inquit) *noſtri, qui poſt Reges exactos leges, quibus populi Romani uterentur, in* XII. *tab. ſcripſerunt, neque pari ſeveritate in puniendis omnium generum furibus, neque remiſſa nimis lenitate uſi ſunt. Nam furem, qui manifeſto furto prehenſus eſſet, tum demum occidi permiſerunt, ſi aut, cum faceret furtum, nox eſſet, aut interdiu ſe telo, cum prehenderetur, defenderet. Ex cæteris autem manifeſtis furibus liberos verberari, addicique juſſerunt ei, cui factum furtum eſſet, ſi modo id luci feciſſent, neque ſe telo defendiſſent. Servos item furti manifeſti prehenſos verberibus affici, & e ſaxo præcipitari: ſed pueros impuberes, prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam ſarciri. Ea quoque furta, quæ per lancem liciumque concepta eſſent; perinde ac ſi manifeſta forent, vindicaverunt. Sed nunc a lege illa decemvirali diſceſſum eſt. Nam ſi quis ſuper manifeſto furto jure & ordine experiri velit, actio in quadruplum datur. Manifeſtum autem furtum eſt, ut ait Maſſurius, quod deprehenditur dum fit: faciendi finis eſt, cum perlatum eſt, quo ferri cœperat: furti concepti, item oblati tripli pœna eſt.* Hactenus Gellius. Plana ſunt verba, & minime in hoc loco ambigua. Decemviros dicit furtorum diſcrimen feciſſe, manifeſtum, & non manifeſtum: illi pœnam ſeveriorem, huic mitiorem conſtituiſſe. Mutatum eſſe hoc poſtea, pœna quadrupli in alterum conſtituta, in alterum dupli, ac ut manifeſtum fuiſſe habitum, quod eſſet conceptum per lancem & licium. Porro, cum hinc tractetur de furtis, ac addita ſit generalis mentio furti concepti, non puto a quoquam recte hanc vocem aliter in altero accipi, quam in altero, quantumvis alioqui plures habet ſignificationes: cum, ſi vocabula per ſe conſideremus, aut nulla prorſus, aut perpauca ſint, quæ non poſſint propter ſignificationis varietatem & ambigua dici, & ita huc & illuc trahi, ut nihil ſit vel certum, vel explicatum, adeoque omnia fiant confuſa. Hinc eſt quod etiam dicitur, vocabula debere intelligi ſecundum ſubjectam materiam: & Cicero veriſſime ſcribit, ſingularium artium eſſe propria vocabula, non omnia quidem, ſed quæ ad artes proxime pertinent, ac non tam hic literæ ac ſyllabæ ſpectantur, quam ſignificatio, cum eadem vox in aliis artibus aliter ac aliter ſæpe ſignificet: uti nemo eruditus, imo nemo ingenioſior paulo, etiam indoctus, ignorat. Hoc enim etiam in barbariſſimis linguis uſu venit, partim propter infinitatem quandam rerum, partim propter elegantiam & delicias, ut in ſecunda, & hoc anno hic edita *oratione* mea *de ratione ſtudiorum*, oſtendi etiam per exempla. Verum hæc tibi, ut homini doctiſſimo, tam ſunt nota, quam eſt numerus digitorum tuorum. Idem cenſeo dicendum eſſe de verbo Pompejano, *quærere*, *lancis*, & ſimilibus: nec objectam lancem oculis tenuiſſe quærentem furtum, ut terreret matresfamilias, & virgines: ſed ut ipſe non ex aliqua parte conſpicari poſſet matremfamilias, aut mulierem, ut etiam tu diſertis verbis exprimis. Quam religioſe autem, ac ſevare olim Græci & Latini ſuas uxores aut filias obſervaverint, & cuſtodierint, præter hoc Phocylidis,

> Παῖδας δ' εὐμόρφου φρουρεῖν νεοτήσιον ὥρην·
> Πολλοὶ γὰρ λυσσῶσι πρὸς ἄρσενα μῖξιν ἔρωτος.
> Παρθενικὴν δὲ φύλασσε πολυκλείστοις θαλάμοισι,
> Μηδέ μιν ἄχρι γάμων πρὸ δόμων ὀφθῆναι ἐάσῃς.

Et hoc Horatii,

> *Prima nocte claude, neque in vias*
> *Sub cantu querulæ deſpice tibiæ.*

Quod-

Quodque S. Paulus fœminas vult οἰκουρὰς eſſe: ac præter alia multa, præſens adhuc Italorum conſuetudo, ſicut audio, copioſe teſtatur. Nam in Germania, præſertim in his regionibus, in hac re graviter peccatur a parentibus, & magiſtratibus, maxime Eccleſiaſticis. Magna enim eſt licentia non tantum in verbis, ſed etiam in geſtibus, inceſſu, colloquio, & ipſis (proh Deum!) factis, ut non raro, cum audias virginem, aut maritam loqui, nec fortaſſe inhoneſte admodum viventem alioqui, putes aut ſcortum loqui, aut militem aliquem petulantem, & effrenem. Idem pueri deinde, aliquando infantes, imitari diſcunt priusquam norunt quid faciant. O Chriſtianos, o religionem, o pietatem! Sed hæc præter inſtitutum extorſit indignitas rei. Non parum, dixi, ad ſimplicem illam noſtram de hoc furti genere ſententiam probandam facere, quod priſci factitarunt, & adhuc nonnullæ nationes factitant, in regendis uxoribus & filiabus. Accedit huc recta ratio, quæ peperit & conſervat hunc morem, ubi adhuc eſt. Non autem neceſſe eſt nos ſcire, quomodo lanx obtenta fuerit oculis quærentium, alligatane ad caput, an altera manu geſtata: perforata, an integra. Nec eſt hoc abſurdum, in ſimplicitate præſertim, & ruſticitate illa vetuſtatis, cum adhuc aut manum objicere, aut orbiculum, aut aliquid ſimile conſueverimus, ne a nobis conſpiciatur, quod ſcire vel turpitudine, vel pudore, vel terrore non poteſt conſpici, ut fit ſæpiſſime. Sed age, demus etiam Tatio noſtro aliquantulum temporis, & percurramus ejus bene longam diſputationem, & hoc amice, liberaliter, & ſine acerbitate, ne quid lædatur amicitia. Nolim enim quenquam a me offendi ſine juſta, & propemodum neceſſaria cauſſa: tantum abeſt, ut amicum velim, & hoſpitem, adeoque rogo, ac obteſtor, mi doctiſſime & humaniſſime Tati, fer æquo animo dicentem, quæ ſentit homo veritatis amantiſſimus: & ſicubi errabo, des veniam, & revoces in viam, ſi poteris, aberrantem. Et primo quidem, quod hic adeo ſtomachatur in Paulum Pontificem, Pompeji depravatorem, non eſt mirum, cum id habeat cum aliis bonis, & fortaſſe non paucis, commune. Sed velim hos omnes etiam conſiderare, quo animo Paulus hunc auctorem ita, non tam (ut ipſi volunt) mutilaverit, quam in compendium coëgerit: ut Florus etiam in Livio fecit, in Trogo Juſtinus, & in aliis alii: nec id per ſe vel non licere, vel eſſe detrimentoſum, aut inutile ſtudiis. Niſi fortaſſe putant & Juſtinianum accuſandum legis Corneliæ, cum potius nec haberemus hoc, & ſimilia compendia, niſi ejusmodi labor ſuſceptus eſſet, mihi certe nihil conſtat de hujus Pontificis mala fide, ſeu dolo: nec habuit, credo, in ſua poteſtate integrum Feſti opus, ut hoc, edito compendio, ſui nominis gratia totum ex omnium bibliothecis ejectum perderet, ac velut perpetua nocte obrueret. Quod autem putat ille meus hoſpes, ut ſtatim addit, per lancem & licium concipi furtum, ſacrilegio proximum, rerum non ut in ſacrilegio ad miniſterium Dei rite ſacratarum, ſed collectarum potius ad ſacrificia, nondum perſuaſit mihi ſuis argumentis. Nam quod ad primum, ubi ex hoc 2. *Faſtorum* Ovidii,

Pontifices a rege petunt, & flamine lanas &c.

Probat fuiſſe diverſos Miniſtros in congerendis, quæ ad ſacra facienda conferebantur: ac item ſecundum, ubi oſtendit, miniſtros etiam ſuccinctos fuiſſe, attinet, facile concedo rem ita eſſe, ut negari non poteſt. Hinc autem ſequi, furtum per lancem & licium ita fuiſſe quæſitum, hoc eſt commiſſum, aut factum, ut hic ſentit, pernego: nec magis alterum ex altero ſequitur, quam ſi, quod miniſtri noſtrorum ſacerdotum colligant aliquid ad rem ſacram, aut quia faciant hoc ipſi calceati, contenderem ſequi, non explorare ſuſpectorum probitatem, facinoroſos non inquirere calceatos: aut, quia ſit animal homo, non etiam eſſe animal aſinum. Eſt enim ex hiſtoriis, & aliis veterum ſcriptis notum, & lictores, homines profanos, minime tamen ad rem divinam aut faciendam, aut inſtruendam, cingi licio fuiſſe ſolitos. Unde libertus Ciceronis Tyro, exiſtimat nomen etiam fuiſſe lictoribus, ut habet Gellius *cap.* 3. *lib.* 12. Vides igitur, Andrea, cujusmodi ſint hæ argumentationes: hoc eſt, quæ tametſi habent ſpeciem dialecticorum, revera tamen ſunt captiones, quas παραλογισμοὺς Ariſtoteles vocat: etſi nec ab eruditis, & bonis viris vel docendo, vel audiendo, ſemper caveri poſſunt: & nihil eſt hoc noſtro ſeculo frequentius, aut uſitatius, etiam in ſummis & graviſſimis negotiis, quæque pertinent ad futuram vitam, ad perpetuam ſalutem, aut miſeriam. Peſſime autem erit hic illis, qui nec diligentiam adhibent juſtam, & non raro invidia, odio, ſuperbia transverſi aguntur: ut non dubito fieri. Quid nunc dicam de lance? Noſter amicus videtur ex Auſonio ſentire, quod fuerit ejus uſus tantum in ſacrificiis, cum res aliter habuerit, ac in profanis prandiis & cœnis æque fuerint uſitatæ lances, ac in ſacrificiis peragendis. Et hoc vel unus Plinii locus *lib.* 33. *cap.* 11. oſtendit. Quis enim ſupra quingentas Romæ argenteas centenarias ante bellum Syllanum civile fuiſſe, ad res tantum ſacras deſtinatas, credat? Quis putet Claudii ſervum Druſillanum Rotundum fuiſſe tam religioſum, ut quingenariam lancem haberet, cui fabricandæ officina prius exædificata fuerit: & comites ejus octingentas quinquaginta octo librarum (ut ibi ſcribitur) pietatis & divini cultus gratia? Nonne Plinius in eo capite generaliter ſcribit, de frugalitate ac luxu in vaſis? in libra certe lances appellantur etiam vaſa, in quibus res, quas ponderamus, collocantur: quod vel proverbialis figura, æqua lance ponderare, ſignificat. Omitto, quæ afferunt Grammatici ex Horatio, & Juvenale, cum res jam ſit manifeſta. Ineptiſſimum autem eſſet putare, aut quia vaſis aliquod genus in ſacra uſurpatum eſſet, ideo nullum ejus uſum fuiſſe in profanis: aut contra, quia profanis aliquod fuerit accommodatum, ideo non licuiſſe accommodare ſacris. De genere loquor, non de individuo, quam JCti ſpeciem vocant. Nulla religio, niſi fallor, unquam religioſius habuit ſua vaſa, quam noſtra, maxime in quibus conſecratur, ſervatur, & tractatur Euchariſtia: nec id immerito, cum nulla gens unquam Deum ipſum ita ſe, ac hominem crediderit habere, dare, & accipere. Non tamen eſt illicitum, aut irreligioſum, formam horum in profanis imitari, ac ea uti. Quanquam non hoc negaverim, lancis interim plurimum uſum fuiſſe in ſacrificiis, ac eo ſpectare hoc Auſonii, quod eſt a Tatio citatum,

Thuribula, & pateræ, quæ tertia vaſa Deum? lanx

Huc etiam, quæ adduxit e Virgilio,

Lancibus, & pandis ſpirantia reddimus exta:

Item

—— Cumulantque oneratis lancibus aras.

Verum hinc non illud ſequitur, quod in ſacris tantum fuerit lanx uſurpata, ut oſtendi: multo minus, ab eo per lancem & licium concipi furtum, qui ita præcinctus ſacri miniſterii oſtentu, res illas ſacrificandas ex lancibus ſuppilat: quemadmodum ſacerdos ille Ariſtophanis liba, caricas, & popanum in templo clam intercipit, (ut iſthic additur) & ſi cum fictione, ſi e lancibus ita ſuccinctus hæc auferat. Tatio quidem hæc ſententia videtur veriſimilis, mihi vero minime: ut non dicam abſurdum eſſe credere, hanc mendicitatem veteres in ſacris uſurpaſſe. In Homero certe, Virgi-

 lio,

lio, cæteriſque ſimilibus, imo nullis; quod ſciam, veteribus hoc legitur: non omiſſuris rem tanti momenti, ſi habuiſſent eam in uſu: maxime Homero & Virgilio, qui minutiſſima etiam in ſacrificiis ſuis perſequuntur aliquando. Sed hæc non ſunt alicujus magni momenti, ſicut etiam quod ſequitur ex Plauto: plus ornatus & ſplendoris habent, quam firmitatis: ut & ſimilitudo colligendorum cereorum, pro conſuetudine regionis Bavaricæ, in feſto Purificationis B. Virginis. Quod autem, ſi quis talis collector cereorum ex eis partem aliquam ſurripuiſſe convinceretur, non aliter quam furtum per lancem & licium deberet appellari, nondum aſſentior: idque propter novitatem, abſurditatem, & tam anxie quæſitam ſolicitudinem, ut ſupra in verbis Feſti & Gellii clare demonſtratum eſt, & poſtea demonſtrabitur clarius. Non poſſum etiam hoc concedere Tatio, quod hoc genus furti, ſi committeretur in cereis, aut ſimilibus rebus ita collectis, puniri deberet extra ordinem, per *l. ſub prætextu ff. de var. & extr. crim.* Sicut nec vagos illos indulgentiarios impoſtores, de quibus addit, cum illi ſacrilegi ſint potius, hi vero corruptores præterea pietatis, ac ideo revera falſarii, fumi venditores, & Simonraci heretici, adeoque multis criminibus obnoxii, non uni tantum. Quamprimum autem iis, qui vel cereos, vel ſimilia colligunt in ſacros uſus, aliquid ſic datum eſt, ut habet eccleſiarum conſuetudo; jam eſt factum ſacrum: & propterea, qui furatur horum aliquid, ſacrilegii ſe adſtringit. Quid enim aliud eſt ſacrum, quam dicatum rebus divinis, ac ſeparatum a profano uſu? Nec eſt neceſſe concepta vel ſolennia verba ſacerdotum, aut ritus accedere: quod experientia quoque teſtatur in omnis generis anathematis, hoc eſt, donis quæ in templa ſuſpenduntur, aut pecuniis quæ conferuntur in gazophylacia, quæ ſacra tanquam ſunt æraria. Nec tamen vel hic, vel alibi valde pugno, ſed libenter & Tatio, & tibi, tum aliis quibuscunque melius me docentibus locum dabo, ac inſuper agam non exiguas gratias. Hactenus Tatius velut præluſit pugnæ ſuam ſententiam, & cauſſas exponendo præcipue. Quæ deinde ſequuntur, juſti certaminis inſtar habent, ac in primam tanquam aciem antagoniſtarum ſuorum tuam expoſitionem collocat, ubi dicit: habere quidem, quod illi arbitrantur, furtum non fieri, ſed factum quæri, ſpeciem, niſi tam ad furem, qui eſt facturus, quam ad inquiſitorem, qui inventurus eſt furtum (ſic enim loquitur) anceps illud Feſti verbum (*quærere*) poſſet referre. Ad hoc autem probandum, citat locum e *cap. 6. lib.* 33. Plinii, ubi id verbum habet hanc tam optatam ſignificationem: *Quapropter id furtum quærentes, ovi liquore candido uſum ejus adulteravere.* Quaſi vero non eſſet minus proprie dictum hoc a Plinio, cum nemo recte alioqui etiam dicatur quærere, quod non eſt: ac furtum nondum factum adeo non ſit furtum, ut qui eſſe contenderet, legibus etiam (puta in individuo, ſeu ſpecie) coërceretur. Sed res furtiva eſt. Res quidem eſt, ſed non furtiva prius, quam attrectata ſit cum dolo, & alienandi animo. Furem autem quærimus, latronem, fratrem, parentem, argentum, aurum, & infinita ſimilia, non quod inventa incipiant eſſe talia, ſed quod jam ſint. Et hoc vere ac proprie, non quod & non in aliis, ut a Plinio factum eſt, hoc verbum etiam poſſit uſurpari, ſed quod minus frequenter, & improprie tamen hoc fiat.

Nunc autem cur maluit unum exemplum ex Plinio quærere (hoc etiam non inventurus, niſi fuiſſet ibi) Tatius pro hac impropria ſignificatione, quam alia plurima pro ſignificatione propria? Non eſt difficile ariolari. Acute cogitata, & nova opinio placuit nimium, ut ſolet aliquando nobis omnibus accidere. Sed ex Gellio pergit hoc liquidiſſime poſſe demonſtrari dicere. Quomodo autem? Ea quoque furta, inquit, quæ per lancem & licium concepta eſſent, perinde ac ſi manifeſta forent, vindicaverunt. Addit hæc ad ſuam expoſitionem applicando, per lancem & licium concepta, quaſi per inſtrumenta ea dicat commiſſa. Quod ſi cum iſtis ſenſiſſet, non per lancem & licium, ſed per lictorem dixiſſet: nec concepta, ſed inventa, ut Juſtinianus procul dubio dixiſſet. Hic mirum eſt primo, cur Gellii verba ſint huc detorquenda, & quidem ut demonſtratio quædam, cum ad noſtram ſententiam longe ſint aptiora. Nam ſic inventum furtum, cum hoc ritu, publice; & auctoritate magiſtratuum, non immerito habetur pro manifeſto, etſi non deprehenſum, interea dum fieret: cum per omnia quadret huc fere, nec manifeſtum furtum ab eo nomen habeat, quod in publico ſacro loco ſit perpetratum, ſed quod ſit deprehenſum ante, quam res furto ablata ad locum deſtinatum perlata eſt. Mirum & hoc eſt, cur debuerit dici non per lancem & licium, ſed per lictorem. Cur autem per æs & libram dictum eſt fieri venditionis illud imaginarium genus, & non per libripendem, aut quinque teſtes puberes, cives Romanos adhibitos? An libra in hac re plus valuit, plus fecit, quam hi omnes? Cur non etiam per lancem & licium diceretur furtum quæri, quantumvis lictor plus ageret, quam hæ res mutæ? Non etiam fuit neceſſe nec libram hic, nec iſthic lancem & licium inſtrumenti vim ita habuiſſe, ut gladium vulnerationis, & verriculum capturæ. Satis fuit aliquam cauſſam adeſſe, ut in horum altero reverentia fuit, in altero ſignificatio dominii translationis, quæ fiebant in mancipatione. Sic etiam judicandum eſt de verbo *concepta*, cum & Gellius, & Juſtinianus, & veteres a te citati JCti hoc luce meridiana clarius demonſtrent, quod ea furta ſint concepta, quando apud aliquem ſunt quæſita, & inventa: ut *conceptum* aliud nihil in hac tractatione ſit, quam inventum, & nec Pompejus, nec Gellius repugnent, imo ille aſſentiatur occulte, cum veterem formam loquendi retineat: hic vero manifeſtius, cum ponat etiam concepti & oblati differentiam. Quorum ut hoc ad eum, qui rem furtivam ad alium detulit, ſic illud reſpicit ad eum, apud quem eſt quæſitum & inventum: fures proprie ſint vel non ſint. Ac ut alter eſt obligatus ei qui rem invenit; ſic alter ei cui rem obtulit, ſi ipſe non eſt fur: ac ita vel per medium punitur in eo qui obtulit (niſi plures, quam unus offerant alius alii; tunc enim fur, qui primus obtulit, cum poteſt haberi, & convinci, punitur vere, cum reliqui damnum ex actione oblati ſarcire queant) vel ſine medio, ſi nemo ad eum detulit: aut, qui detulit, non poteſt convinci. Major autem videtur fuiſſe in his pœna, quam in non manifeſtis: propterea quod patefactum eſt per teſtes, ac ita medium quoddam inter illa viſum eſt habere: cum tamen eſſet revera non manifeſtum, ac ideo ſublatum eſt fortaſſe. Calcagnini correctionem, ut ἀπροσδιονύσως repudio totam: etiamſi nihil mutat in vera, niſi totus animus fallit me, ſententia. Moſellanum æque nihil moror: & mihi non ſtatim videtur furti accuſandus, qui alieno invento utitur, auctoris nomine diſſimulato. Quid enim dictum eſt, quod non dictum ſit prius, ut ille ait? Nec iden faſtidiendos mihi recentiores puto, quod nondum legerim veteres omnes: cum fortaſſe nec omnes habiturus unquam ſim, aut nomina quoque omnium ſciturus, ut non dicam, plurimos etiam e veteribus non eſſe legendos hac ratione: imo nullos, cum vetuſtiſſimi fere interierint. Sed hoc ὑπὲρ τὰ ἐσκαμμένα. De re ipſa dicamus. Non certe nullum habet pondus, quod alibi Gellius dicit, evanuiſſe furtorum quæſtiones cum lance & licio: nec ſatis eſt dicere, nihil differre quæſtionem ab inquiſitione. Sed hoc erat oſtendendum potius, hoc nomen verbale non retinere ſignificationem ſui verbi apud Gellium in eo loco, tametſi repugnaſſet ita ſibi Tatius ipſe,

ut

ut etiam facit, ubi ſtatim ſubjiciendo exponit diſcrimen horum, haberi quæſtiones, & quæreret niſi velit, inquiſitionem fieri, aut quæſtionem haberi de furto, idem eſſe, quod eſt, res ad ſacrificandum collectas intervertere, aut ſuppilare, ut eſt ejus opinio de hac re. Sed hoc non faceret ſine ſuæ cum noſtra ſententia manifeſta συγχύσει. Quam autem ſit abſurdum, ſentire Gellium in eo loco, in quo ſcribit, *proletarios, aſſiduos, ſanates, vades, ſubvades, viginti quinque aſſes, taliones & furtorum quæſtiones cum lance & licio, atque adeo omnem duodecim tabularum antiquitatem, niſi in legis actionibus centumviralium cauſſarum Æbutia lata, conſopitam eſſe*: hoc eſt, priſci juris conſuetudinem, ritus & vocabula ſublata eſſe, per quæſtiones intellexiſſe modum, aut genus faciendi furti, non furtum ipſum, & ejus inquirendi rationem, præſertim cum ibi continenter ſubjiciat, ſtudium & ſcientiam præſtare ſe debere juris & legum, vocumque earum, quibus utantur? legum eſt enim crimina coërcere, ac ejus rei faciendæ formam præſcribere potius, quam docere, quomodo patrentur illa.

Supra meam ſententiam expoſui de cauſſa, cur oculis objecta lanx fuerit. Quare non valde moveor nec Tatii ratione de provocanda per lancem & licium, ut per inſignia quædam, aut inſtrumenta, mulierum in rem divinam liberalitate, ac timorem de ſe eximendum: nec Oldendorpii, quem hic ille dicit, velut Empuſæ terriculamenta uſurpata fuiſſe ad exturbandas & fugandas ex ædibus mulieres, illa ſomniaſſe. Non legi Oldendorpium; ſi tamen ita ſenſit, ut facile credo, vel quia Tatius vir eſt doctus, honeſtus, & amicus: nihilo cautius facit omnino, quam, ut recte hic a Tatio reprehenditur hoc nomine, feciſſent ipſi fures, ſi contra id genus hominum naturam ita facturi furtum obambulaſſent, præſertim cum ſcribantur inferius feciſſe hoc ſub obtentu ſuperſtitionis, & non publici miniſtri, ut ibi dicetur clarius. Nihilo commodius de licio ſenſit Rivallius, ac ideo facile hac in parte me Tatius habet approbatorem. Sed in hoc longe lateque diſſentio, quod iterum ad ſententiam ſuam nobis inculcandam, non tantum vult ſibi Feſtum & Gellium eſſe teſtes, verum etiam Oſtiarium Ovidii lictorem, & Rhodiginum; ac non dubito, quin, ſi viverent hi adhuc omnes, accuſatores magis hujus ſententiæ, quam teſtes agerent. Sed argumenta etiam aliorum diluit, in quibus perpendendis & nos aliquid ſane diligentiæ navemus, cum ita rem tractandam libere ſemel ſuſceperimus. De uſu licii; cujus hic iterum fit mentio, nos, quantum & hic locus requirit, ſupra, ſicut etiam de lancis uſu. Quod autem putat, Magiſtratum in exequenda juſtitia non debuiſſe curare, ne mulieres, ut ſuæ domus, ac ita ſceleris conſciæ læderentur, admodum eſt debile. Nec recte ad hoc in marginem citata eſt *l. adverſus C. de crimin. exp. hered.* Ignoſcat mihi Tatius, dicenti ex animo, & bona fide, quod ſentio.

Non terroris incutiendi cauſſa objectam faciei lancem nos putamus, ſed reverentiæ, nec adeo virgines, aut matresfamilias oportuit ſuſpectas habere de facinore, nedum eſſe conſcias, cum aut peregrinus aliquis, aut alius domeſticus præter has, patremfamilias, & reliquos liberos, potuerit venire in ſuſpicionem, ac inſuper mariti, & filiifamilias non raro celent hæc flagitia conjuges, & parentes, ut non dicam, ſemper deberi huic ſexui reverentiam, & maxime priusquam aliquod ſcelus eſt patefactum, ac probatum. Nam & in ipſa pœna & delicto & ſoles hoc obſervari. Quæ deinde ludunțur in captionem lancis ad faciem, ad me nihil pertinent: ac non fuit neceſſe nec perforari lancem, & alligari ad caput: nec, ſi eſt altera manu portata, propterea furtum aut quæri non ſatis potuit, aut inventum non commode auferri, cum & removeri nonnihil a facie potuerit, ac ita proſpectum altiorem & rectiorem tantum adimere, nec oportuerit lictores aut ſolos ire, aut re inventa non removere lancem, tanquam re jam perfecta, præſertim extra Gynæcea, & in exeundo, ac obvertendo mulieribus terga. Mihi certe videtur verbum, *tenere*, quo Pompejus eſt uſus, pulchre ad liberam illam geſtationem lancis, de qua ſupra etiam nonnihil, quadrare. Non enim proprie tenemus, quæ circumferimus corporis alicui parti appenſa, vel affixa, ut veſtes, & ſimilia, ſed geſtamus. Porro non valde curo, ſive ſacra lanx fuerit, ſive profana: cum hoc parum ad rem pertineat. Cum præterea ſcribit, neceſſe fuiſſe acquieturo depravatis Feſti verbis, iſtas lamias contingere, mirum eſt, quomodo ipſe unus potuerit tam acute, vel ſine his conſpicillis, ut appellat, videre, ut ſententiam ejus perciperet.

Quid vero? an oportuit ſic tectos lictores ingredi, vel non terrendarum, vel terrendarum gratia mulierum? fateor, in utroque eſſet abunde factum, niſi fortaſſe in priore commodior fuiſſet facies tecta, quam aperta, propter perſonam; quod non tamen puto. Sed non eſt hæc noſtra ſententia, nec tu, Andrea, quicquam de cauſſa in tuis illis tractationibus addidiſti. Quid vis amplius, Tati? An potes nobiſcum tandem ſentire? Ita quidem ſpero; ac ſi recte novi tuam ingenuitatem, facies omnino. Certe non minus ego judicium hic eruditis permitto, quam tu fecis; aut eo fortaſſe magis etiam, quod fretus cauſſæ bonitate, a qua docti & honeſti non poſſunt abhorrere, nemine conſulto, hac de re meam diſputationem edere malui, quam privatim & occulte veſtram ſententiam reprehendere. Quanquam ut illud, ſi fiat ſine maledictis, contumeliis, tum iracundiis, contentionibus, concertationibusque in diſputando pertinacibus, ut recte videntur hæc alicubi M. Ciceroni Philoſopho indigna: ita hoc etiam non incurrit ſane reprehenſionem, ſi moderate ac liberaliter fiat, & hoc præter alias cauſſas, ut etiam utilitas aliqua, ſi approbaretur a doctis hæc tractatio, rediret ad alios. Nam hic animus, & hoc ſtudium debet eſſe omnium eruditorum & bonorum, ut quam plurimis proſint, pauciſſimis, aut, ſi poteſt fieri, nullis noceant.

Venio nunc ad tertium argumentum. Opinatur hic Tatius, perire differentiam furti manifeſti, & non manifeſti, ac e medio tolli, ſi non concepta (ſic loquitur) ſed quæſita iſto modo; aut comperta, ut Calcagninus & Alciatus volunt, furta intelligenda admittamus. At fallitur non leviter. Primo, quod ſignificat, eſſe differentiam inter Calcagnini & tuam ſententiam, cum ſcribas, appellationem hinc trahi videri per lancem & licium rem perquirendi: nec ideo neges, & inventam ab hoc ritu nomen habuiſſe; adeoque pro natura actionis & finis, ut quæri aliquid, ita cum inventum eſt, etiam inventum eſſe dicitur. Quod autem Gellium, ad probandum, ſic everti hoc diſcrimen furti manifeſti, nec manifeſti adducit, non aliter videtur facere, quam ſi hoſtem habeat pro ſocio, pro amico inimicum. Nam Gellius, ut ſupra eſt expoſitum, & ejus verba clare loquuntur, ponit hoc diſcrimen, ac diverſum horum furtorum pœnam. Præterea manifeſto addit, *conceptum per lancem & licium*: nec aliquid hanc rem turbat noſtra ſententia, cum & furtorum & pœnarum diſcrimen relinquat. Nunc autem noſter hic ratiocinatur ex proclivitate ad iram, & avaritia hominum; ac putat, & ſemper homines duriore via fuiſſe uſuros, etiam apud veteres, & ne quidem in hoc eos faciendo impediri potuiſſe, idque caſibus æquiparatis ex legis correctione juxta quandam ſuorum contemplativam, quam ipſe cum vulgo theoricam vocat, mutilata Græca voce, in *l. omnes populi ff. de juſtit. & jure* & in *Authent. quas actiones C. de ſacroſ. eccl.* Et fingit præterea, niſi rem non ſatis intelligo (eſt enim hic argutus, & brevis, ut habet certe ingenium), ex hoc etiam receſſiore jure, quod amiſſorum domini, quia habuiſſent con-

conſequi potius quadruplum, quam duplum, ſemper hac ratione quærendi per lancem & licium uſuri fuiſſent, ac ita fruſtra fuiſſe proſpectum eis de non manifeſti furti multa, præterquam quod periculum & invidiam rei furtivæ quærendæ in alium tranſtuliſſent. Hoc eſt acute cogitatum, ſi quid eſt in hac tota diſputatione, meo quidem judicio: nobis tamen haud quaquam ſatisfacit. Primum non eſt credibile, imo contra experientiam, & hiſtorias, tantam fuiſſe hominum avaritiam, & ultionis cupiditatem priſcis, & tantum non aureis temporibus, quanta invaſit paulatim ſequentibus ſeculis. Deinde ne quidem his noſtris plane ferreis omnes ita facerent, ut facturos Tatius metuit, ſi furtum hic ſignificetur jam factum per talem ceremoniam. Præterea furtum pateſit non raro vel nolentibus, vel non cogitantibus, vel timentibus etiam, ne, ſi non ſtatim adorirentur furem, excuterent, aut explorarent, ut variæ ſunt occaſiones: poſtea non tantum non per lancem & licium invenirent, quod eſſet eis ablatum, quadruplique pœnam conſequerentur, ſed etiam re non inventa, malum ſibi crearent, & pœnam luerent cupiditatum ſuarum. Ut facile credi poteſt, non ita conſultos voluiſſe magiſtratus alteri parti, ut alterius famam negligeret, quæ longe rebus furtivis etiam eſt præſtantior. Et propterea fortaſſe non cuilibet, aut temere permiſſum eſt fieri talem inquiſitionem. Mihi certe non poteſt facile perſuadere, totam rem fuiſſe in actorum poſitam arbitrio, nec tum legumlatores, tum quoque magiſtratus aliud feciſſe, quam quod ſpectatores, aut potius actores ex aliqua parte faciunt. Atque ita, niſi fallor, corruit firmamentum in hac diſputatione Tatii: quod nec ipſi mirum debet eſſe, cum ſcribat hanc totam quæſtionem in conjecturis verſari. Geminum deinde monſtrum, horrendum, informe, ingens, ex noſtra ſententia videtur ſibi parere: ſed metuo, ne cum Æſopicis montibus. Ac propterea non addidit fortaſſe, cui lumen ademtum: ut ſignificaret vel nolens, aut inſcius, non eſſe noſtrum hoc, ſed ipſius: feret me, credo, nonnihil etiam ludentem ſemel, quod ipſe facit longe ſæpius, & prolixius. Neutrum ſequitur ex noſtra expoſitione, Tati: nec pœnam ex facto quæſitoris auctam fuiſſe ita, non ex delinquentis atrocitate, contra *legem fur eſt. tit. ff. de furt.* & *cap. non debet de reg. jur. in* 6. nec lictorem fuiſſe punitum, aut contra ſententiam Calliſtrati ſucceſſorem alieni criminis fuiſſe conſtitutum, hoc eſt, innocentem pro nocente. Quis adeo per Deum inſanit? An vero ex facto lictoris crevit pœna, quam nunc legiſlator conſtituerat, & approbaverat populus, Senatus auctor fuerat? Et unde crevit pœna in furto concepto, & oblato, ut triplum eſſet? Unde in manifeſto, ut eſſet ejus pœna quadrupli? Dicatur hoc mihi clare, & tollantur ambages tam operoſæ. Ad hoc ſane, ut intelligatur, non pro ſonte plectendum eſſe inſontem, nihil eſt opus aut conſummatiſſimo, aut quolibet JCto alio, cum hoc natura & ratio doceat, non tantum alii plurimi ſcriptores, & hiſtoriæ teſtentur præterea, melius eſſe decem parcere ſontibus, quam damnare unum inſontem: adeoque pueri diſcant, & legant in Ciceronis officiis, accuſare inhumanius quiddam eſſe, quam defendere: ac ſit cum iſthic, tum alibi decantatiſſimum ex Platone, hominem ad hominis utilitatem eſſe natum. Sed quid eſt opus lumine in meridie, ſereno cœlo? Quæ autem affert poſtea Tatius, quanquam non, ut ſua, de actionibus illis, quæ inficiando creſcunt, ut ſunt actio depoſiti ex quatuor cauſſis, ex teſtamento, contra eos qui relicta ſacroſanctis Eccleſiis dare diſtulerunt, & L. Aquilia de damno dato, ſi reus negaverit: ex *L. etiam eum qui ff. de jurejurando.* non valde multum ad inſtitutum faciunt. Hoc enim furtum non ideo vindicatur pœna quadrupli, quod lis evicta ſit legitimis probationibus, cum hoc alioqui fieret in talibus omnibus, ut recte, ni fallor, Tatius vidit. Quemadmodum & alterum illud de harum actionum diverſa natura ex inſtitutionibus, non tamen etiam propterea, quod actori ſe bis reus obnoxium fecerit, obligatione, & inficiatione (ferme, quæſo, Andrea, cum Tatio, de his rebus ita libere aſſerentem, aut potius balbutientem) ſed quia furto manifeſto fuit æquatum a legiſlatoribus. Hoc autem ideo fortaſſe quadruplo eſt punitum, quod intereſt reipublicæ, ut quiſque ſuis rebus recte utatur, & hoc non poteſt fieri ſine diligenti cuſtodia. Nunc, ut inquit Poëta noſter etiam,

Non minor eſt virtus, quam quærere, parta tueri.

Etſi diverſum Lycurgus in ſua patria conſtituenda ſpectavit; ac maluit fures adhibere curam & ſollicitudinem, quam rerum dominos. Unde hoc eſt apud Xenophontem, *δῆλον δ' ὅτι τὸν μέλλοντα κλωπεύειν, καὶ νυκτὸς ἀγρυπνεῖν δεῖ, καὶ μεθ' ἡμέραν ἀπατᾶν, καὶ ἐνεδρεύειν, καὶ κατασκόπους δὲ ἑτοιμάζειν, τὸν μέλλοντά τι λήψεσθαι.* Hoc tamen, quia pugnat cum honeſtate ac ratione, merito repudiatum eſt. Quod ſi eſt alia cauſſa hujus pœnæ, libenter ex aliis audiam, cum nunc præter hoc nihil occurrat. Quod autem ex inficiatione per ſe novam eſſe obligationem, Tatio non concedo, non eſt mirum: cum hic poſſim dicere, ſicut ipſe dixit jam de legitimis probationibus, alioqui fore, ut hoc ſemper operaretur: ac cum ita ſuo vincerem ingenio, nec eſſet opus quicquam addere: ac non dubito, quin hujus rei ſit alia per ſe cauſſa, non ipſa nuda inficiatio, quæcunque tandem eſt. Ordinem hic, & diſpoſitionem juris, ut vocant, afferre, nimis eſt generale, & obſcurum: etſi melius, quam id quod allatum eſt a Tatio, qui tamen illud reprehendit. Si autem in furto concepto per licium & lancem adeo requirit crimen duplex, miror cur non idem faciat in manifeſto concepto generaliter, & oblato. An duplex in his crimen eſt? An triplex in illo? Pro hac enim ſententia merito cum pœna crimen etiam augetur. Nec eſt verum ſimpliciter, quod inſeritur hoc loco, alium eſſe qui furatur, & alium qui furtum concipit, ut Juſtinianus, & alii ſatis declarant, ubi ſcribunt de concepto, & oblato: & ſupra eſt a me oſtenſum nonnihil. Mirum eſt, aliquem hoc in poſterum negare. Atque ita vides, Alciate, non modo Moſellanum eſſe dignum cenſoria nota, ſed etiam Tatium: etſi non celat ejus errorem, ut decet, ac ita vere utitur nota illa non tam cenſoria, quam critica. Non valde abſurdum eſt, quod poſtea ſuſpicatur, fore qui poſſit contendere, furtivas res delatas eſſe ad miniſtros ſacrorum, quas deinde conceptas hujuſmodi cinctus obtentu, ac vaſorum adminiculo celaverint: excepto, quod ſic per conceptas acceptæ ſignificarentur; cum tamen hinc furtum non æſtimetur, ſed ex patefactione per teſtes, ut clare Inſtitut. docent: tantum abeſt, ut hic Juſtiniani verba ſonent diverſum. Nam tum eſt conceptum, quando apud aliquem res furtiva quæſita & inventa eſt, non quando aut quatenus ad eum eſt delata, & non ipſe furtum fecit: ne dicam, oblatum ſic dici proprie, non conceptum. In utroque enim habet locum, ut acceptum, & oblatum ſic differant ratione tantum, non ſubjecto, ut philoſophi loquuntur, ſeu terminis relationis, hoc eſt, dantis & accipientis. Generaliter autem conceptum eſt inventum, ſeu deprehenſum: ut etiam Theophilus intellexit Juſtinianum, ubi hæc ejus (*quam apud eum qui dederit, conciperetur*) ita vertit: *ἢ παρ' ἐκείνῳ, τῷ δόντι εὑρεθῆναι, ἔδει.* Quod autem hic Tatius dicit, hoc furtum ab eodem apud Feſtum & Gellium quæri, & concipi, non etiam apud Juſtinianum: facit hoc, ut elabatur: nec facile probabit, ut quod omnino ſit abſurdum. Nam cum dicit Imperator in deſcriptione hujus furti, *quamvis fur non ſit*: aperte ſignificat, eum etiam, ad quem aliunde res furtiva devenerit, conveniri poſſe de accepto furto. Quod ſi non

eſt eadem perſona quærens, & concipiens, actor hic nihil agit: aut, ſi aliquid agit, eum apud quem res inventa eſt, neceſſe eſt furem eſſe, nolit velit jus, & ipſe: ac ita revera creſcet pœna ſine culpa rei, tantum quia res apud ipſum inventa eſt: quod eſſe iniquiſſimum, Tatius quoque ſupra eſt confeſſus. Deinde quid obſecro eſt, quod in definitione ſcribitur, *conceptum furtum* dici, *cum apud aliquem teſtibus præſentibus furtiva res quæſita, & inventa ſit?* An hic non valet regula Dialecticorum, quod definitio cum eo quod definitur, convertatur ſimpliciter? Non puto. Quare ut quæſitum, ita etiam inventum convenit concepto, ut pars differentiæ; nec puto eſſe dicturum quenquam, definitionem eſſe imperfectam: ut velut triplex quiddam ſit in concepto, quod definitur, quæſitum, inventum, & conceptum: id eſt factum, ſive admiſſum, ut Tatius exponit: in definitione duplex tantum, quæſitum, & inventum. Quid autem hoc eſſet monſtri? quanquam ne poteſt quidem eſſe, ut jam oſtendi.

Nunc vide probationem, quam ex Gellio duplicem affert, ſed æque infirmam. Quid enim ad hanc rem pertinet, quod Gellius nos de furto ſimpliciter concepto relegat ad Sabini librum? &, quia furtum lancis & licii perinde ac ſi manifeſtum foret, vindicatum prodit, furti alias concepti cum Juſtiniano, & Cajo JCto pœnam tripli eſſe afferens? Quis negat inter hæc eſſe differentiam? Non tamen oportet propterea genus horum eſſe diverſum, hoc eſt, ipſam conceptionem, ut ſic dicam: an ideo continentia non eſt virtus, quod virtus differt a continentia nonnihil? Aut ideo non eſt actio de damno ex lege Aquilia, quando accedens inficiatio pœnam auget? par habet momentum, quod Imperator nec verbo meminit *lancis & licii*, tametſi *concepti* & *tripli* fecerit mentionem: fortaſſe non valde peccaturus in horum quoque præteritione, propter antiquationem, ut etiam alibi facit: in illo autem peccans tanto minus, quod a conſuetudine fuit his remotius, ut non obſcure ſignificatur a Gellio. Sed non anxium habet hoc Tatium, quod Juſtiniani quoque *furtum conceptum*, & *quæſitum* (Juſtinianus *quæſitum* proponit) introducitur. Nihil eſt enim faciſius, quam ſic dicere: ſicut etiam, vocabula eſſe vaga, nec tam adſtrictam eorum vim, quin de pluribus dici poſſint apte. Probare vero, ſic habere in qualibet materia, quid eſt aliud, quam incertitudine, caliginibus, & rixis implere omnia, quantum hoc tamen fieri poteſt? fit autem in ſpeciem tantum, non revera, ut eſt a me ſupra indicatum, aut uſus & neceſſitas hominum potius clamat. Sed eadem loquendi formula duo furtorum genera *concipi* dicuntur, propter affinitatem in modo concipiendi. Et quæ eſt hæc affinitas? In quoto gradu? an matrimonio poſſunt jungi? Videamus hoc. Tatius alterum ſuperſtitioſæ contributionis, alterum doloſæ occultationis, utrumque alieni facti interventu (ſic loquitur) admitti putat. Satis magna propinquitas, quanquam noſtra de genere ac ſpecie vicinior uno gradu cum ſit in primo, illa vero in ſecundo: niſi quod ὁμωνύμως potius, quam συνωνύμως. Sed extra jocum: in Tatii propinquitate in diverſum genus a concepto recedunt, in hac vero noſtra in ſuo manent, ut eſt dictum ſatis. Hoc præterea dignum eſt conſideratione, quod ſcribit, Juſtinianum dicere, tam apud furem, ut ipſe velit, quam apud receptatorem, ut nos, furtum concipi. Si enim concipere eſt ſuppilare, ut vult ſtatim initio tractationis, aut interventu occultationis doloſæ admittitur, ut poſtea, quomodo apud furem concipitur furtum, hoc eſt, ſuppilatur, aut doloſe admittitur? an furtum etiam aufertur, ac ita motus movetur? Certe contra philoſophum hoc eſt; ac, ut maxime uſus alicubi ad conſuetudinem Atticorum concedat, hic tamen repugnat, ſi non fallor. Deinde quomodo poteſt alius eſſe qui furatur, & alius qui furtum concipit, ut aliquanto ſuperius dixit de hoc ipſo furto per lancem & licium? Quomodo item hoc furtum quæritur ab una eademque perſona, ut ſcribit non ita multo ante? Nondum hæc a me potuerunt aut conciliari, aut explicate intelligi: fateor hoc ingenue. Sed meus Tatius videtur mihi vacillare, ac flectere diſputationem ad utramque partem, pro locorum & rationum, in quibus tractandis verſatur, commoditate: ac eatenus vere dialecticum agere: patiatur hoc a me dici: & ſicubi erro, doceat, moneat; faciet mihi rem valde gratam. Verbum, *quærere*, ſimiliter facit ambiguum, præter neceſſitatem, ut oſtenſum eſt a me ſupra. Velim etiam conſideret in hoc Ovidii verſu, quem citavit ex 1. *transform.*

Quærere ut abſumant, abſumta requirere certant:

aliud eſſe *quærere*, aliud *requirere*, maxime cum proprie loquimur.

Quod præterea Tatius reprehendit Antonium quendam Auguſtinum, Hiſpanum, ſi res ita, ut ſcribit, ac ego facile poſſum ei propter ingenium, doctrinam, & ſtudium honeſtatis credere, habet (ego enim, ut pleroſque ſimiles ne vidi quidem) recte facit. Pueriles enim ſunt errores omnino, & valde craſſi, nullum diſcrimen facere inter furtum conceptum, & conceptum per lancem & licium: hoc eſt, inter genus & ſpeciem. Etſi, ut ſupra demonſtravi, Tatio reclamante, ut mihi quidem videtur.

Eſt & hoc manifeſtum peccatum, quod ſentit, pœnam furti per lancem & licium facti eſſe tripli, ut manifeſti furti pœna ſit mutata in quadruplum, uti recte noſter ex Gellii planis & claris verbis declarat, ac aliis legum locis, & ſupra etiam fecit. Aſſentior & de lance, non eſſe hanc idem quod ſtateram in Emancipatione illa venditione priſca imaginaria. Quid ſentirem autem præterea de ære ac libra, & quomodo putarem congruere cum lance & licio, dictum eſt non paulo ſuperius.

Laudo etiam hic Tatii modeſtiam, & ingenuitatem, quod ſe omnes eruditos magni facere, ſuſpicere, ac revereri ſcribit, ut amicos, licet ab eis diſſentiat. Sic enim decet facere. Nemini ſua laus adimenda eſt, ac ſemper veritas amicitiis debet præferri, ut ratio docet, pietas, & eruditorum conſenſus. Quanquam hic ipſi non debemus nimium nobis tribuere, ac uti modeſtia præter manifeſtas & probabiles rationes; quoque vir, contra quem diſputaturi ſumus, eſt præſtantior, eo timidius & cogitantius omnia ſunt facienda. Sed hæc noſtis optime, tu, & una cum Tatio docti omnes. Mihi autem non minus dubium eſt, veram eſſe noſtram ſententiam, & congruere tum Pompejo, tum Gellio, deinde Imperatori, ac rationi: quum Tatio poteſt eſſe, hactenus alios erraſſe cunctos, & ſe tandem germanum ſenſum inveniſſe. Sint hic judices poſthac, quotquot ingenium, & aliquam liberalem doctrinam habent: a quibus Tatium, ut hominem præditum & ingenii acumine, & doctrina minime plebeja, nequaquam excludo. Sed hoc etiam, dum percurro expoſitionem Pompejanam hoc in loco, bene copioſam, incidit, quomodo, cum non veri miniſtri ſacrorum ita circumiverint, & collegerint aliqua non ad rem ſacram faciendam, niſi tantum nomine, ac ſimulate, quomodo inquam furtum fecerint, quomodo factum hoc furtum appellari poſſit. An furtum eſt, quando aliquid ab aliis extorquetur vi, aut minis? Quis igitur furtum recte hoc dixerit, cum a volentibus aliquid accipitur, etſi dolo, & fraude? Nonne hoc eſt commiſcere crimina, & ſimul actiones confundere? Mulierum prodigalitas & luxus parum huc facit, nec eſſet mihi difficile plura & ex Plauto, & ex Terentio talia colligere, quale hoc eſt in *Milite*,

Hoc nunquam verbum ex uxore audiam,
Da mihi, vir, Calendis qua mittam, &c.

Idque libenter facerem, ſi putarem ea ſententiæ Tatii profutura. Sic ei plane cupio. Cur vero mulieres maluiſſent hæc mittere, ut in hujus loci additur expoſitione, per incertos, aut ultro ſuaos operam offerentes, quam per certos, aut rogatos? An miniſtri Pontificum ſolummodo fuerunt noti, & per neminem potuerunt hæc mitti ad ſacerdotes, quam per tales? Quod enim de ſacris loquatur Plautus ibi, non oppugno. Quod autem hæc parum ad rem faciant, ipſe quoque Tatius tacite fatetur, cum addit, ſe non tam quid viri mulieribus efflagitantibus donarint, quærere, quam in quos uſus ea dona expenderint, & quibus ipſæ dederint. Hoc autem non eſt in eo Poëtæ loco, miniſtris ſacrorum hæc eſſe data, etſi collectricis fit mentio. Certe percantatrix, ariola, aruſpica, non fuerunt (puto) tales miniſtræ pontificum, aut ſacerdotum; ſiquidem & ipſe ante voluit, magiam ſemper male audiviſſe, ac in odio fuiſſe. Sed hoc in Hiſpani ſententia prætericram, quod ſcribitur ſentire, per lancem & licium emancipationis emptionem ſignificari. Non legi diſputationem ejus, & credo recitanti ſummam ejus Tatio. Quod ſi, ut ſimilitudinem adhibuiſſet hoc genus emptionis, eſſet in mea ſententia: nec, ut puto, erraret. Sin minus, ac ut ille recitat, uno verbo confutari poteſt, nec eſt opus multis argumentis, aut longa tractatione. Idem ſentio quoque de judicio, maxime cum a Tatio recte hoc ſit confutatum; ſicut etiam, quod objectum fuit ab Hungero, amico noſtro, de liciis e Virgiliana pharmaceutria magico ſacro, ſeu potius incantationi adhibitis, & non modo, quia ſortilegi tales tam civilis, quam pontificii juris latoribus, ut loquitur, ſemper execrabiles fuerint: ſed etiam propterea, quod furtum eſt conceptum per lancem & licium. Incantatrix autem illa tria licia diverſorum colorum circumdedit imagini Daphnidis, ut canit Poëta,

Terna tibi hæc primum, triplici diverſa colore,
Licia circumdo;

ad implicationem adoleſcentis animi ſignificandam, ut Servius cummode interpretatur, etſi tantum quoad circumdationem liciorum. Diverſos autem colores puto referendos generaliter ad animi perturbationem: ſicut ſpecialiter implicationem ad amandam, quam oderat, a cujus conſuetudine abhorrebat.

Sed hic Tatius debuiſſet conſiderare, hanc tamen expoſitionem, tametſi alienam, eſſe meliorem, & propius ad rem accedere, magis conſentire cum Feſto, Macrobio & Juſtiniano, quam ipſius expoſitio facit. Puto enim ſatis a me demonſtratum, noſtram ſententiam & his, & rationi, ſi non omnino, magis tamen congruere, quam rationem Tatii.

Quod ſi tuum judicium, & aliorum doctorum, & ipſius Tatii fortaſſe acceſſerit approbatio, nihil dubitabo, quin & firma ſit, & noſtram operam non parum commendatura. Vincant rationes, & veritas poſtea triumphet. Hoc opto ex animo, & in cedendo, ſi res poſtulabit, nequaquam ero difficilis. Quanquam nihil dubito, quin tibi, & aliis omnibus eruditis, licet res aliter quam exiſtimo & ſpero, ceciderit, meum hoc ſtudium, hic meus conatus, hic labor qualiscunque ſit placiturus: & hoc tibi tanto magis, ubi mihi fueris tuam ſententiam, & animum expreſſa aliqua ſignificatione teſtatus. Ego malui publice ad te ſcribere, hoc etiam nomine, (ſunt enim & aliæ cauſſæ) quod privatim hoc facere futurum fuiſſet difficile, propter locorum longinquitatem, & non unius præterea tantum occaſionis penuriam. Nolim poſtremo, Tatium putare, in ſe propterea crabrones concitatos eſſe, ut certo ſibi futurum eſſe tamen perſuaſit. Hæc enim ſcripſi, non ut læderem, ſed ut prodeſſem: adeoque facerem, ut ſemper liberum fuit facere, imo etiam honeſtum eruditis. Quare vehementer ſpero, tantum abeſſe ut hoc ſit ei futurum aut moleſtum, aut ingratum, ut hinc etiam non parum ejus erga me benevolentiæ, noſtræque neceſſitudini ſit acceſſurum. Tu, mi doctiſſime Alciate, boni conſule meum in te ſtudium, & fac ut ſciam tuum erga me viciſſim & ſtudium & judicium. Hanc diſputationem cum ſic abſolviſſem, ac priusquam ederetur, veniſſem Regenspurgum, noſtrorum quorundam negotiorum non levium curandorum cauſſa, incidit in me quidam Italus, ut opinor, adoleſcens, niſi primus & tumultuarius fere congreſſus me decepit, jucundus, qui ſequitur aulam Cardinalis Auguſtani, quantum intellexi, viri non tantum induſtria, doctrina, & facundia, ſed etiam præter alias dotes animi, humanitate ac liberalitate præſtantis; & poſt honorificam ſane, & plus quam liberalem ſalutationem, & animi ſui teſtificationem, tui quoque fecit mentionem, ut es dignus, honeſtiſſimam: ac inſuper a me petivit, ut ſe tibi commendarem, vel hac de cauſſa, quod eſſem tibi notus nomine, ac etiam neſcio propter quam doctrinulam carus. Quia vero poſtea non iterum convenimus, ambo ſuis negotiis, & abitionis meæ feſtinatione impediti, quod promiſi coram illi, nunc abſens facere volui: rogo igitur, ſi agnoſcis hominem ex tam rudi mea deſcriptione, ut meam commendationem illius patiaris apud te habere pondus, & ei commodes, quacunque in re honeſte poteris. Vale: Ingelſtadii, poſtridie feriarum Viſitationis Mariæ. Anno Domini 1546.

Editionem hactenus & bellum & alia multa impediverunt; quod etſi tota res non eſt magni ponderis; tamen te neſcire nolui. Vale iterum 7. Kal. Octobr. Anno Domini 1548.

F I N I S.

D. GUIL.

D. GUILLELMI BARCLAJI J. C.

AD

LEGEM IMPERIUM D. DE JURISDICTIONE,

COMMENTARIUS.

ACCEDUNT

JO. MATTHÆI MAGNI J. C.

AD SEX PRIORES LEGES EJUSDEM TITULI

PRÆLECTIONES.

CLARISSIMIS VIRIS

D. GUILLELMO BARCLAJO,

ET

D. JO. MATTHÆO MAGNO,

ANDEGAVENSIS ACADEMIÆ ANTECESSORIBUS,

MAURITIUS CALLOET ARMORICUS

S.

ULPIANI *noſtri ſententia eſt, VV. CC. Qui ſic dat, ut recipiat, non dat: quia dominium non transfert. Hoc quidem ita in nummis, quorum plures domini in ſolidum eſſe non poſſunt: at non in hiſce muneribus literariis. Hæc cum mihi donaſtis ſtatim recepturi, nec a vobis dominium receſſit: nec nunc a me, cum vobis redditur, recedet. Mea hæc fuit petendi ratio, ne ex tam celebri Jurisprudentiæ emporio vacuis manibus ad meos redirem. Veſtra autem in concedendo humanitatis ſumma laus, quod nec hæc quidem ſubitaria, ex quibus nobis potius utilitas, quam vobis eximia gloria accedere poſſet, ſtudioſorum votis denegare ſuſtinuiſtis. Valete.*

Google

D. BARCLAJI J. C.

AD

LEGEM IMPERIUM D. DE JURISDICTIONE,

COMMENTARIUS.

HANC legem difficilem eſſe omnes antiqui interpretes fatentur. Difficultas autem inde eſt, quod omnes fere in ejus interpretatione Bartholum ſecuti ſunt tanquam legalis ſcientiæ principem. Ille vero ſive ignoratione antiquitatis, quæ maxima fuit eo ſæculo, ſive ſtudio omnia juris capita ad ſui temporis rationem, & uſum forenſem accommodandi, qui plurimum a conſuetudine Romana, & JCtorum ſententiis jam tum deflexerat, tot definitionibus, & diviſionibus tum meri, tum mixti imperii hanc legem involvit, ut difficilem eam, ac prope inextricabilem reddiderit. Sed poſtea Alciatus *lib. 2. Paradox.* Eguinarius Baro in *ſuo ad hanc legem commentario*, præcipue vero Dnar. *lib. 1. diſput. anniverſ. cap. 53.* & in tractatu *de judiciis*, & in alio tractatu *de juriſd. legem hanc* ex tantis tenebris eruit: & gemina interpretatione ornavit. Horum nos exempla ſecuti, ita *hanc legem* Deo propitio explicabimus, ut non modo non difficilem, aut obſcuram, ſed planam, atque facilem eam relinquamus. Ut igitur quid Bartholus ſentiat, & in quo ab eo diſſentiamus melius intelligatur, altius paulo res repetenda eſt. Ait Ulp. *Imperium aut merum eſt, aut mixtum*: ubi Barth. imperii nomine comprehendit omnia, quæcunque vel magiſtratus, vel populus ipſe, aut princeps facere poteſt. Cum tamen ex ſerie horum librorum, & ratione diſputandi JCtorum, & definitionibus meri & mixti imperii hic poſitis ſatis conſtat, agi tantum in *hac l.* de imperio quod magiſtratus habet, & hic primus Bartholi error eſt: & quidem veluti fons & ſcaturigo reliquorum errorum, qui apud illum ſequuntur. Nec mirum ſi Bartholus Ulpiani mentem non ſit aſſecutus, cum nunquam Ulpiano in mentem venerint, quæ Bartholus ei affingit. Veruntamen, ut melius errores, quos dixi, & facilius oſtendamus, de imperio in genere aliquid primum dicemus. Quod ſi quis definire velit, non incommode hoc modo poterit, *eſt poteſtas jubendi, vetandi, permittendi, puniendi*. *Poteſtatis* verbum pono ut genus, certe ut quid notius, & latius patens; eo enim verbo plura ſignificantur. *l. poteſtatis 215. de V. S.* atque ideo licet omne imperium ſit poteſtas, non tamen omnis poteſtas imperium eſt. Addo *jubendi, vetandi*, &c. quia imperium cum lege in hoc convenit. Hæ enim propriæ ſunt affectiones, & proprietates legis. *l. legis virtus ff. de legib.* & ut Cic. *lib. 3. de legib.* ait, *magiſtratus eſt lex loquens*: & Prætor dicitur eſſe *viva vox juris civilis l. nam & ipſum 8. ff. de juſt. & jur.* Ita definitum imperium dividitur in *imperium ſolutum, liberum, & abſolutum*, quod principi tantum in Monarchia, aut populo in Democratiis competit: & *imperium inferius*, atque aſtrictum, quod legibus inſervit, quodque in perſonis magiſtratuum conſiſtit, qui ſecundum leges tenentur judicare. *l. nemo judex C. de ſent. & interl. l. licet ff. de off. præſid.* Prior ſpecies ad *hanc legem* non pertinet: principes enim veluti reges, Papa, cæterique, qui alienam dominationem non agnoſcunt, nomine magiſtratuum non intelliguntur; ſunt enim ſupra omnes leges, omneſque magiſtratus. *Can. cuncta per mundum 9. quæſt. 3. cap. propoſuit 4. de conceſſ. præb. l. princeps ff. de legib.* Ita ut de eorum poteſtate diſputare crimen ſit ſacrilegii inſtar *l. 2. Cod. de crim. ſacr. l. ſacrilegii C. de diverſ. reſcr.* hinc Angelus ad *rubr. hujus tit.* dicit principem eſſe fontem, a quo omnes leges, omneſque magiſtratus, tanquam rivuli profluunt, & Bald. ad *tit. de prohibita feud. alien.* per Fridericum *lib. 2. feud*, nominatim de lege Franciæ loquens dicit, eum eſſe, quoad ſubditos, tanquam deum quendam corporalem, & legem animatam in regno ſuo. Sed quamvis non liceat diſputare de poteſtate principis, quæ ut dixi liberrima eſt: licet tamen de ejus voluntate diſputare, quia non præſumitur contra juris rationem aliquid velle, & ideo puniuntur judices, qui vetant, reſcripta principis argui falſitatis. *l. 3. & 5. C. ſi contra jus vel utilit. publ. l. reſcripta C. de prec. imp. off.* Qua de re egregium exemplum extat Antiochi, qui ad omnes civitates ſcripſit, ne ei parerent, ſi quid contra juris rationem ſcriberet. Plut. in *Apoph.*

De imperio igitur, quod in magiſtratuum perſonis conſiſtit, ſive quod ipſi exercent, hac lege tractatur. Illud autem proponitur eſſe duplex, ſcilicet *merum & mixtum*, uti dictum eſt. *Merum imperium*, inquit Ulp. *eſt habere gladii poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos homines.* Hæc eſt vera definitio meri imperii: quam etiam Angelus, & Paul. Caſtr. ad *hanc l.* animadverterunt. At Barth. tamen, ea non contentus, aliam definitionem ex doctrina Petri de bella pertica elegit. *Merum imperium*, inquit, *eſt juriſdictio, quæ officio judicis nobili expeditur, publicam utilitatem reſpiciens principaliter.* Rurſus mixtum imperium ab Ulp. definitur id eſſe, *cui juriſdictio ineſt.* Bartholus vero ex eodem Petro de bella pert. ait, *mixtum imperium eſſe juriſdictionem, quæ officio judicis nobili expeditur, privatam utilitatem reſpicientem principaliter.* Sed nos Ulpiani primum veras definitiones explicabimus: deinde vitia definitionum Bartholi notabimus. Ut itaque meri imperii de-

finitio plenius intelligatur, ſciendum eſt creatos primum Romæ magiſtratus fuiſſe, qui de privatis negotiis jus dicerent, & controverſiis de re familiari diſceptandis præeſſent: non autem ut delinquentes graviore aliquo ſupplicio afficerent. Nam ne ipſis quidem conſulibus licebat in caput civis Rom. injuſſu populi. *l. 2. §. eodem tempore*, & *§. exactis deinde regibus ff. de orig. jur.* Sed conſtituebantur a populo quæſitores, qui de capitalibus criminibus cognoſcebant, & judicabant, & vocabantur quæſtores parricidii, inquit Pomp. *d. l. 2. §. deinde cum ærarium.* Quia quilibet hominem occidens dicebatur parricida, ut tradit Feſtus ex verbis legis latæ a Numa Pomp. *ſi quis hominem liberum dolo ſciens morti duit, parricida eſto.* Hi autem quæſtores ſive quæſitores ſingulis criminibus dabantur initio, ſed poſtea factæ ſunt quæſtiones perpetuæ, & poteſtas data magiſtratibus animadvertendi in facinoroſos homines: quæ gladii poteſtas hac lege vocatur, & merum imperium: merum quidem, quia per ſe ſeparatim fuit conceſſum. Non enim ratione juriſdictionis ſuæ hanc poteſtatem habebant magiſtratus, ſed ſpeciali quadam conceſſione; ut recte per merum, hoc eſt ſeparatum, & ſejunctum imperium dicatur. Merum enim, teſte Feſto, idem antiquitus ſignificabat quod ſolum: nunc vero idem quod purum, putum. Per *gladii* vero *poteſtatem* intelligimus hoc loco omnem facultatem puniendi ſontes, & capitale ſupplicium de his ſumendi ob delictum. *Gladii* enim nomine ſignificatur omne inſtrumentum, quo mors infligi poteſt, quoque puniri ſontes. Quemadmodum & alibi tam in ſacris, quam prophanis literis. *Matth. 26. ad Rom. cap. 14.* licet alibi in jure noſtro ſtricte accipiatur; ita ut in eum, qui ad gladium damnatus eſt, animadverti alio inſtrumento non poſſit. *l. aut damnum §. 1. ff. de pœn. l. ſolent ff. de offic. proceſſ. l. illicitas §. qui univerſas ff. de offic præſ.* Cum ergo dicimus judicem habere poteſtatem gladii, verbum *gladii* late ſumitur: cum vero dicimus aliquem damnatum, ut in eum gladio animadvertatur, verbum illud ſtricte accipitur: quia verba ſententiæ ſunt proprie & ſtricte intelligenda. Quod ſi quis contendat *gladii poteſtatem* etiam hic ſtricte ſumi, non valde reluctabor. Neque enim id ſententiam noſtram infirmabit. Nam & ſi verbum gladii omittatur in hac definitione, erit utique ſenſus idem: veluti ſi dicatur tantum, *habere poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos*, quaſi verbum *gladii* appoſitum ſit exempli gratia, tanquam nobiliſſimum mortis genus, ut ex paſſione multorum martyrum deprehenditur, qui ſuperatis omnibus nocendi inſtrumentis gladio tandem vitam finierunt. Faceſſat igitur quorumdam opinio vaniſſima quidem, dicentium merum imperium fuiſſe, cum quis propria authoritate, nulla alia adhibita examinationis, vel cognitionis formula, gladio mortem infligebat. Hæc enim plane regia poteſtas eſt; & ejus exercitium tyrannis: nec ulli unquam magiſtratui Rom. tale quid legitur fuiſſe conceſſum. Imo ſequeretur neque præſides, neque proconſules habuiſſe merum imperium, quod magis abſurdum eſt, quam in quo refellendo tempus teratur. Merum igitur imperium dicitur hæc poteſtas animadvertendi in facinoroſos homines, cujus quidem imperii jus, etſi in principe, vel populo ſitum ſit, & fundamentum habeat, tamen ejus exercitium eſt penes magiſtratus, quibus id princeps, vel populus conceſſit. Sequitur apud Ulp. definitio mixti imperii his verbis, *mixtum imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt.* Brevis profecto, & concinna mixti imperii declaratio. Quæ ut intelligatur, ſcire oportet juriſdictionem duobus modis accipi, generaliter ſcilicet, & ſpecialiter: priore modo genus eſt, & comprehendit tam merum, quam mixtum imperium: ut patet ex *l. 1. de offic. ejus cui mand. eſt jur.* ubi dicitur magiſtratus errare, qui eum publici judicii exercitionem habeant lege, vel SCto ſibi datam, mandant juriſdictionem aliis, quemadmodum adoptio nunc genus eſt, nunc ſpecies. *l. 1. §. 1. de adopt.* altero modo ſumpta juriſdictio pro cognitione ſcilicet, quæ competit jure magiſtratus circa privatas, & pecuniarias cauſſas, ſpecies eſt, & conceſſa magiſtratibus: ita ut ei adjunctum eſſet imperium quoddam, ad tuendam illam juriſdictionem, & ſine quo juriſdictio eſſet prorſus inutilis. Unde in *l. 2. hoc tit. cui juriſdictio*, inquit, *data eſt, ea quoque conceſſa eſſe videntur, ſine quibus juriſdictio explicari non poteſt:* veluti, exempli gratia, exequi rem judicatam captis pignoribus, & diſtractis. *l. a Divo Pio §. in venditione ff. de re jud. toto titulo C. ſi in cauſſ. jud. pig. capt. ſit.* vel miſſo victore in poſſeſſionem bonorum, judicati ſervandi cauſſa, quod proprie prætorium pignus vocatur. *l. 1. ff. ex quib. cauſſ. in poſſ. l. miſſi 12. ff. pro empt. l. 1. & 2. C. de prat. pig. l. 2. & 3. C. qui pot. in pig. hab.* Hoc totum, inquam, & alia ſimilia ab auctoritate & imperio magiſtratus procedunt ratione ſuæ juriſdictionis: ita ut quicumque habet juriſdictionem, habeat quoque hoc mixtum imperium: & e converſo quicunque habet mixtum imperium, is habeat juriſdictionem. Alioqui juriſdictio tota eſſet inutilis. Unde executio ſententiæ vocatur emolumentum rei judicatæ. *l. 2. C. de exec. rei jud.* Recte igitur definivit Ulp. mixtum imperium id eſſe imperium, cui juriſdictio ineſt. *Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit*, inquit. Quæ adjectio non pertinet ad eſſentiam definitionis mixti imperii: nam datio bonorum poſſeſſionis procedit ex imperio conjuncto, cum juriſdictione; unde bonorum poſſeſſio dici poteſt jus prætoriæ ſucceſſionis, ut notat Cujac. ad *tit. ff. de bon. poſſ.* Sed & alia exempla mixti imperii proponuntur ex eodem Ulp. *l. prox. inf.* Non obſtat quod magiſtratus municipales, licet habeant juriſdictionem, tamen non habent omnia quæ ſunt mixti imperii. *l. ea quæ 26. ff. ad municip.* quia ut bene reſpondet Duar. tota hæc diſputatio de imperio pertinet ad magiſtratus Rom. non etiam ad magiſtratus municipales. Sequitur poſtremo in *hac l. Juriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia*, quam partem alii aliter interpretantur, & legunt. Nam quidam ita legunt, *ut juriſdictio etiam judicis dandi licentia.* Atque interpretantur, quaſi Ulpianus dicere voluiſſet, quemadmodum in danda bonorum poſſeſſione verſatur imperium, quod mixtum vocatur, ita etiam in poteſtate ſeu licentia dandi judicis verſatur juriſdictio: ut alterum ſit exemplum mixti imperii: alterum juriſdictionis. Quæ ſententia, licet in ſe vera ſit, tamen non ſatis videtur hunc locum explicare, & a Florentina lectione recedit. Dicam igitur quod ſentio: videtur Ulpianus indicare nobis naturam juriſdictionis per hanc ejus proprietatem inſeparabilem, quæ eſt poſſe dare judicem, ut ſit hæc veluti quædam juriſdictionis definitio ſubjecta definitionibus meri, & mixti imperii. Idque indicat verbum *etiam*. Nam qui poteſt dare judicem habet juriſdictionem: & contra quiſquis habet juriſdictionem, & judicem dare poteſt. Magiſtratus enim ipſi tempore Ulpiani raro judicabant, & plerumque extra ordinem: ſed dabant judices litigatoribus ſingulis controverſiis diſceptandis. Poſtea tamen Diocletiani conſtitutione prohibentur magiſtratus dare judices, niſi ipſi judicare non poſſent propter publicas occupationes, vel multitudinem cauſſarum. *l. 2. C. de ped. jud.* Itaque non idem eſt in jus vocare, & in judicium vocare: in jus vocare eſt ad Prætorem, vel Præſidem vocare, qui judicem dare ſolebat litigatoribus, ut dictum eſt. In judicium vocare eſt ad pedaneum judicem vocare, unde Plaut. in *Menech. act. 4. ſc. 2. aut ad populum, aut in jure, aut rei eſt ad judicem, &c.* Licentia igitur dandi judicis eſt proprium juriſdictionis, & certiſſima ejus nota, ut merito Ulpianus volens nos inducere in cognitionem juriſdictionis

nis dixerit, eam eſſe judicis dandi licentiam. Id enim aden verum eſt, ut etiam is, cui mandata eſt juriſdictio poſſit judicem dare. *l. cum præt.* 12. *infra de jud.* nec obſtat quod dicitur, *eum qui judicare jubet, magiſtratum eſſe oportet l. eum* 13. *infra hoc tit.* quia is qui mandatam juriſdictionem ſuſcepit, non hoc facit proprio quodam jure, ſed fungitur vice mandantis. *l.* 1. §. 1. *ſup. de off. ejus &c.* Eſtque magna differentia inter eum, cui mandata eſt juriſdictio, & judicem delegatum, quorum confuſio magnos errores aliquibus peperit. Ille judicem dare poteſt, ut dictum eſt, hic non poteſt, niſi fuerit delegatus a principe. *l. a judice C. de jud.* ab illo appellandus eſt is, qui appellaretur ab eo, qui mandavit juriſdictionem: ab hoc vero appellandus eſt is, qui eum judicem dedit. *l.* 1. *ff. quis a quo app.* in illum transfertur juriſdictio, & imperium juriſdictioni cohærens, *tot tit. ſup. de off. ejus.* In hunc tantummodo cognoſcendi, & pronuntiandi poteſtas, ſecundum formulam a magiſtratu ei præſcriptam. *l. ut fundus ff. com. divid. l. ædiles* 25. §. *item ſciendum ff. de ædil. ed. l.* 1. *C. ſi a non compet. jud.* Ille ſuam ſententiam, vel judicis a ſe dati exequitur: hic exequendi poteſtatem non habet. *l. a Divo Pio* 15. *ff. de re jud.* Sed ad ſententiam Ulpiani revertamur. Juriſdictio eſt judicis dandi licentia. Hinc ſequitur eum, qui juriſdictionem non habet, non poſſe dare judicem: quamvis imperium, & extraordinariam cognitionem habeat, ut Præfectus Vigilum. *l.* 3. *&* 4. *ff. de off. præf. Vig.* Conſtat enim hunc non fuiſſe magiſtratum: quemadmodum nec præfectum annonæ. *l.* 2. §. *capta deinde Sard. ff. de orig. jur.* Ex quibus omnibus perſpicuum eſt, licentiam dandi judicis, & juriſdictionem converti, ut qui hanc habeat, habeat & illam, & e converſo: &, ut paucis multa concludam, juriſdictio eſt licentia dandi judicis: quæ licentia habet ſecum conjunctam poteſtatem coërcendi contumaces: exequendi ſententiam: & alia faciendi, quæ ad tuendam juriſdictionem pertinent. Quæ quidem poteſtas vocatur mixtum imperium. Atque hic meo judicio verus eſt hujus loci intellectus, cum mente Ulpiani congruens. Hæc cum ita ſe habeant, tenendæ ſunt duæ regulæ certiſſimæ de mero, & mixto imperio. Prior eſt, quæcunque ſunt mixti imperii, ea mandari poſſunt aliis, & mandata juriſdictione transferuntur in eum, cui mandata eſt. *l.* 1. *inſ. & l.* 5. *ſup. de off. ejus cui mand. eſt jur.* veluti levis coërcitio vocando in jus, apprehendendo, & abducendo, modice caſtigando, in carcerem conjiciendo, mulctam dicendo, & reliqua, quæ ad tuendam & explicandam juriſdictionem neceſſaria ſunt. Quidam tamen dicunt mulctæ dicendæ poteſtatem eſſe meri imperii, per *l.* 2. §. *ult. ff. de jud.* ubi dicitur. *His datur mulctæ dicendæ jus, quibus publice judicium eſt: & non aliis, niſi hoc ſpecialiter eis permiſſum eſt.* Interpretantur enim publice judicium, id eſt publicum judicium, ſed male, ut notat præceptor meus Anton. Contius in margine ad *illam l.* nam habere judicium publice, eſt habere juriſdictionem, & exercere judicium publico nomine, & auctoritate: noſtram ſententiam confirmat *l. unic. inf. ſi quis jus dic. non obt. & l. ult. C. de ſport.* Altera regula eſt, quæcunque ſunt meri imperii, ea mandari, aut in alium transferri non poſſunt. *d. l.* 1. *de offic. ejus.* veluti exercitium publicorum judiciorum: niſi forte is qui illud exercitium habet ipſe adeſſe non poteſt. *d. l.* 1. *& l. ſolent ff. de offic. proconſ. l. nemo poteſt* 70. *de R. J.* Et generaliter mandari non poſſunt, quæ ſpecialiter lege, vel SCto, vel conſtitutione principis tribuuntur. *d. l.* 1. *de offic. ejus.* ut exercere conſilium. *l.* 2. *ſup. de offic. ejus.* cognoſcere de liberali cauſſa. *l.* 2. *C. de ped. jud. l.* 1. *C. de ord. jud.* interponere decretum de vendendis prædiis minorum. *l.* 1. *ff. de reb. eor. & l.* 2. *de offic ejus.* vel de transactione alimentorum. *l. cum hi* 8. *ff. de transact.* Non obſtat quod magiſtratus poſſit mandare poteſtatem dandi judicis, quæ tamen dicitur eſſe conceſſa lege, vel SCto. *d. l. cum prætor de jud.* quia non ſpecialiter conceditur. Aliud eſt ergo concedi, aliud ſpecialiter concedi. Hinc olim dubitatum fuit, an cognitio de ſuſpectis tutoribus mandari poſſet, quia lege XII. Tab. ſpecialiter fuit delata magiſtratibus: ſed tamen propter utilitatem pupillorum, quo citius removeantur ſuſpecti tutores, reſcriptum fuit ab Impp illam cognitionem poſſe mandari, quod reſcriptum ſecuti iidem reſponderunt mandata juriſdictione transferri hanc cognitionem. *l.* 1. *ff. de ſuſp. tut. l.* 5. *ſup. de offic. ejus cui mand.* Nunc Bartholi, & ejus ſequacium definitiones expendamus. Ait *merum imperium eſt juriſdictio, quæ officio judicis nobili expeditur, publicam utilitatem reſpiciens principaliter.* Quod juriſdictionem pro genere poſuit, non multum reprehendo. Habet enim vox illa generalem ſignificationem, ut oſtendi. Sed Ulpianus rectius per poteſtatem definivit. Quæ vero ſequuntur apud Bartholum, non ſatis exprimunt naturam meri imperii. Nam primum condere legem eſt imperii ſecundum ipſum Bartholum, & tamen nullo judicis officio expeditur: quia ſoli populo, vel principi competit, ut ille ait, licet videatur poſſe delegari. *l.* 5. *C. de legib.* Deinde, quia cognitio de crimine capitali per accuſationem inſtitutam ab adverſario eſt meri imperii, & tamen non expeditur officio judicis nobili: quia judex eo caſu æque deſervit accuſationi, ut condemnet, vel abſolvat, ac ſi in privata, & pecuniaria cauſſa inſerviret naturæ actionis inſtitutæ. Vocant autem doctores officium judicis nobile, quod eſt liberum, & per ſe ſtat, nec alii deſervit: ut cum magiſtratus per inquiſitionem procedit adverſus delinquentem, vel cum dat bonorum poſſeſſionem, quia tunc nulli accuſationi, vel actioni deſervit. Et contra, vocant mercenarium judicis officium, quod actioni & cauſſæ ſervit: ut ſi actione ex empto vel ſimili agatur, officium judicis mercenarium dicitur ibi verſari: quia oportet judicem ſervire naturæ actionis. Sed hæc ſunt inventa doctorum incognita juris auctoribus. Illud etiam Bartholi definitionem labefactat, quod abſolvere reum eſt meri imperii, quia ejus eſt abſolvere, qui poteſt damnare. *l.* 3. *ff. de re jud.* Et tamen non reſpicit publicam utilitatem principaliter. Imo reſpicit principaliter utilitatem abſoluti. Denique per hanc definitionem Bartholi quædam referuntur ad merum imperium, quæ ſunt omnino mixti imperii, ut inſ. mox patebit. Rurſus mixtum imperium definitur a Barth. *Juriſdictio quæ expeditur officio judicis nobili, privatam utilitatem reſpiciens principaliter:* Ita ut inter merum & mixtum imperium hoc tantum interſit, ſecundum eum, quod illud publicam, hoc privatam utilitatem reſpicit. Cum tamen ex verbis legis noſtræ ſatis conſtat, in eo differre iſta, quod merum imperium ſit jus animadvertendi in capita ſontium, mixtum vero poteſtas modice coërcendi, & alia faciendi neceſſaria ad explicandam juriſdictionem. Adde quod ſecundum hanc definitionem mixti imperii abſolvere reum capitali judicio eſſet mixti imperii, quia reſpicit privatam utilitatem principaliter: & tamen eſt meri imperii, ut ſup. dictum eſt: loquor autem hic de abſolutione rei, quæ fit per ſententiam. Nam poſtquam aliquis eſt condemnatus, nemo poteſt eum abſolvere, niſi princeps. Imo ne totus quidem populus. *l. divi fratres* 27. *l. ad beſtias* 31. *ff. de pœn.* D. Auguſt *lib. de fato. Judicibus ſtatutum eſt, ne liceat in reum datam ſententiam revocare. Nunquid & ipſe Imperator ſub hac erit lege? Nam ipſi ſoli licet revocare ſententiam, & reum mortis abſolvere & ipſi ignoſcere.* Nec minor Bartholi, & aliorum error eſt: imo major multo in diviſione imperii meri & mixti: facit enim ſex ſpecies meri imperii, & totidem mixti. Nam prima ſpecies meri imperii ad hunc locum non

pertinet: ſcilicet condere legem. Quid enim commune habet hoc cum definitione meri imperii hac lege propoſita? illud tamen obiter hic notandum eſt, tam juris auctores, quam juris interpretes omnes aſſerere principem habere legis condendæ, & interpretandæ poteſtatem. *l. 1. ſup. de conſtit. princ. l. 1. §. & cum de novo, & l. ult. C. de legib.* Nec inventus eſt quiſquam ab hac ſententia alienus ante hoc noſtrum infelix ſeculum, quo homines quidam perditi, & inſani editis libellis peſtilentiſſimis conantur eum hac poteſtate atque adeo omni auctoritate principali ſpoliare, & populo ſubjicere. Ad hæc Bartholus modicam coërcitionem, & levem mulctam ponit inter ſpecies meri imperii, cum tamen ſint mixti imperii, ut ex ſuperioribus patet: quippe mandata jurisdictione transferuntur. *l. 5. ſup. de offic. ejus. l. 1. inf. ſi quis jus dic. non obt.* Quemadmodum e diverſo inter ſpecies mixti imperii ponit jus dandi veniam ætatis, quod conſtat neque imperii, neque jurisdictionis eſſe: ſoli enim principi competit. *l. 1. & 2. C. de his qui ven. æt. imp.* Idem de interponenda auctoritate adrogationi. *l. 2. ff. de adopt.* Ejusdem generis ſunt multa alia, quæ illic Bartholus accumulat. Denique illud a juris ratione alienum eſt, quod cognitionem de cauſſa ſtatus, ſive de cauſſa liberali referat ad meram, & nudam jurisdictionem. Nam licet cauſſæ liberales dicantur continere privatas diſceptationes. *l. qui calumniatores 5. C. de calumniat.* tamen quia de ſtatu, & capite inſtituuntur, non permittebantur olim notioni magiſtratus: ſed ſtante Repub. de iis Decemviri cognoſcebant, ut patet ex Cic. *pro Cæcinna*, & *pro domo.* Sed poſtea hæc poteſtas majoribus magiſtratibus veluti Conſulibus, Prætoribus, Præſidibus conceſſa fuit. *l. non diſting. §. de liberali ff. de recept. qui arb. rec. l. 4. ff. ſi ing. eſſe dic. l. judicatæ 28. de except. l. 4. & l. p. C. ubi ca. ſt. agi deb.* non ergo habent hanc cognitionem jure magiſtratus, ſed ſpecialiter ſibi conceſſam: & proinde jurisdictionis non eſt, nec imperii: unde nec mandari poteſt, ut ſup. oſtendimus.

Ex his, & ſimilibus, juris ſtudioſus facile poterit cognoſcere, in quibus Bartholus a Pap. Ulpiano, & cæteris noſtris auctoribus recedit.

Digitized by Google

JO. MATTHÆI MAGNI J. C.

AD

SEX PRIORES LEGES TITULI D. DE JURISDICTIONE,

PRÆLECTIONES.

OMNIA civilis ſocietas neceſſe eſt ut imperio aliquo gubernetur. Gubernatio autem recta eſſe non poteſt, ſine præſcripto legum, & ratione juris. Lex eſt generale juſſum principis cum ſanctione. Jus eſt ars æquitatis: ſive æqui & boni. Juris legumque finis juſtitia eſt, virtus, quæ ſuum cuique tribuit. Suum cuique tribuitur miniſterio eorum, qui jurisdictioni præſunt, id eſt magiſtratuum: *per quos effectus rei accipitur* [1]. Magiſtratus a magiſtro dictus, ut ait Varro, quaſi magiſter quidam populi, *eſt publica perſona, cui a principe procuratio ordinaria committitur, cum poteſtate juris dicundi.* Magiſtratuum alii ſunt majores, qui imperium, & jurisdictionem habent: alii minores qui jurisdictionem tantum: *qui ſine imperio ac poteſtate ſunt magiſtratus* [2]. Item magiſtratuum alii ſunt urbani, ut Conſul, Præfectus urbi, Prætor, Quæſtor: & ii proprie ſunt magiſtratus: alii provinciales, ut Proconſul, Præſes provinciæ, Procurator Cæſaris, Præfectus Auguſtalis, Juridicus Alexandrinus, & hi non tam proprie magiſtratus, quam pro magiſtratibus eſſe, *partibus magiſtratuum fungi dicuntur* [3]. Et revera hæ *poteſtates provinciales* quæ appellantur, diſtinguuntur a magiſtratibus in *l. eum qui* §. 1. *hoc tit.* Et *magiſtratus, vel is qui in poteſtate aliqua ſit, ut puta proconſul, &c.* De quorum omnium magiſtratuum, vel, ſi ita loqui licet, quaſi magiſtratuum officio tractatum eſt libro ſuperiore: nunc de eorundem atque adeo de *omnium judicum jurisdictione* agitur.

Judicum appellatio in hac Rubrica non modo ad magiſtratus pertinet, ſed etiam ad omnes, qui jurisdictionem habent, quamvis magiſtratus non ſint, quales ſunt ii, quibus jurisdictio a magiſtratibus mandata eſt. Nec tamen ita late patet, ut etiam ad judices privatos ſeſe extendat, qui neque magiſtratus ſunt, neque ullam omnino jurisdictionem habent: ſed notionem tantum [4]. Ergo hic titulus ad eos tantum judices pertinet, qui jurisdictionem habent.

Definitur jurisdictio ab Accurſio, quem veteres ſequuntur, *poteſtas de publico introducta cum neceſſitate juris dicundi, & æquitatis ſtatuendæ.* a Cujacio *notis quæ jure magiſtratus competit.* Hæc autem plena, & abſoluta definitio jurisdictionis eſſe videtur: *ut ſit ordinatio publica ſuper vindicandis criminibus, & civilibus negotiis componendis, juſtitiæ fruendæ cauſſa.* Illis verbis *ſuper vindic. crim. &c.* tota materia jurisdictionis continetur, tam criminalis, ad quam merum imperium pertinet, quam civilis, ad quam mixtum refertur, & jurisdictio ſimplex, quæ nomen generis proprium ſuum effecit. Additur in definitione. *Juſtitiæ fruendæ cauſſa:* quia, ut dictum eſt, Juſtitia eſt totius juris, ac jurisdictionis finis.

Quæritur de principe, utrum princeps definitione magiſtratus, principis poteſtas definitione jurisdictionis contineatur? Reſpondete non contineri: quamvis omnis jurisdictio, & magiſtratuum poteſtas a principe, tanquam a capite, & fonte promanet, & profluat: & quamvis ipſi principes ſæpiſſime jurisdictionem exerceant, & jura reddant [5]. Sicut enim dominus fundi non poteſt dici habere uſumfructum in fundo ſuo. *l. uti frui infra ſi uſufr. pet. l. neque pignus infra de R. J.* quamvis uſumfructum fundi ſui recte ad alium transferat [6]. Sic princeps, quaſi dominus totius publici juris, recte jurisdictionem transfert, & magiſtratus creat: ipſe vero magiſtratus eſſe, aut jurisdictionem, ut loquuntur, *formalem* [7] obtinere dici non poteſt.

Hæc igitur plena erit & abſoluta definitio principis, *princeps eſt perſona ſoluta legibus, in quam populus omne jus ſuum, & poteſtatem tranſcripſit: ut ejus nutu, & auſpicis in republica pacis, bellique tempora gubernentur.* vel *princeps eſt legitima, & major civili lege poteſtas, cujus nutu & auſpicis in repub. &c.* Dicitur eſſe *legitima poteſtas*· quia lege conſtituta eſt, lege Regia ſcilicet, qua populus ei, *& in eum omne jus ſuum, & poteſtatem contulit* [8]. Et tamen *major civili lege*: non quidem illa lege, quæ de ejus imperio lata eſt: ſed aliis civilibus legibus, quas ipſe, vel deceſſores ſui condiderunt. Cum enim mutandarum, & abrogandarum legum poteſtatem habeat, neceſſe eſt, ut ipſe legibus illis ſuperior ſit. Adde quod naturalis ratio pati non videtur, ut quis ſibi ipſi imperet, ut ſe ipſum aliquid facere jubeat, aut vetet [9]. Eſt igitur princeps ſupra leges: *nec poteſt illis obligari, quæ ex voluntate ipſius ſtatum capiunt* [10]. At certe non eſt ſupra legem naturæ, aut gentium: ſupra ullam legem, verbi gratia, quæ alii injuriam fieri vetat, *quod tibi fieri non vis, &c.* quæ ratas pactiones eſſe præcipit [11]. Et per conſequens nec ſu-

1. *L.* 2. §. *poſt originem ff. de orig. jur.* 2. *l. nec magiſtr.* 32. *ff. de injur.* 3. *l.* 7. *in fin. ſup. de off. proconſ. l.* 12. *ſup. de off. præſid.* 4. *l.* 5. *de re jud.* 5. ut in *l. Æmilius infra de minor. & l.* 3. *infra de his quæ in teſt. del.* & alibi ſæpe. 6. *l. quod noſtrum infra de uſufr.* 7. gloſſ. & DD. in *d. l. quod noſtrum.* 8. *l.* 1. *ſup. de conſt. pr.* §. *ſed & quod pr. de jur. nat. &c.* 9. *l. p. infra de recept. l. ille a quo* 13. §. *tempeſtivum infra ad S. C. Treb.* 10. *l. a Titio* §. *ult. de verb. oblig. l. ſub hac de ſtl. & act.* 11. *l.* 1. *de pact.*

ſupra legem civilem eſſe videtur, quando illam etiam ab ipſo principe obſervari æquum eſt. Æquum eſt autem illam a principe ſervari, quando, ſi aliter fieret, alteri injuria fieret. Itaque non adibit hereditatem ex teſtamento imperfecto [12]. Nec ex eo, quo litis cauſſa heres inſtituitur [13]. Aut ſi ſtricta ratione juris iſta facere poteſt: certe non poteſt ex naturali pudore, & verecundia. *Inverecundum eſt* principi aliquid facere contra ſuas ipſius leges in præjudicium alterius [14]. Et hoc caſu debet *ſubmittere legibus principatum* [15]. *Legibus vivere cum legibus ſolutus ſit* [16]. *Jus commune cum cæteris habere* [17]. *Decet*, inquam, *hoc, non neceſſe eſt* [18]. At quando nullius privatim intereſt, tunc recte dicere poſſumus principem omnino civilibus legibus ſolutum eſſe. Ut legibus caducariis [19]. Ut manumiſſionum ſolemnibus [20], a quibus etiam ipſe alios ſolvere poteſt [21]. Item lege annali in capeſſendis honoribus [22]. ſolutus eſt etiam illa lege, quam de miſſilibus aureis tulit: quia nullius privatim intereſt. *Nov. de Conſ.* 105. §. ult.

Eſt igitur princeps ſupra leges: additur in definitione, *cujus nutu & auſpicio &c.* quibus verbis continetur ſuprema illa poteſtas, quæ magiſtratibus communicari non ſolet. Veluti legis ferendæ [23], creandorum magiſtratuum [24], belli indicendi, & pacis ſanciendæ [25], in integrum reſtituendi ex gratia, non ex juriſdictione [26], res judicatas reſcindendi [27], & ſi qua alia ſunt ejusmodi.

Ad Leg. I. II. III. IV.

Juriſdictio illa generalis, quæ a nobis definita eſt, dividitur in tres partes, ſive ſpecies. In imperium merum, imperium mixtum, & juriſdictionem, quam ſimplicem vocant. Imperium merum ſic appellatur, quaſi ſecretum a juriſdictione. Juriſdictio enim proprie, & ſpecialiter pertinet ad res privatas, quæ cauſſam rei pecuniariæ continent. Imperium autem ad criminum coërcitionem: & ut loquitur *l. 1. ſup. de offic. præf. præt. ad diſciplinæ publicæ emendationem: ad vigorem publicæ diſciplinæ* [1]. Mixtum autem imperium ideo dicitur, quia cum ad cauſſam rei familiaris plurimum ſpectet: eamque ob cauſſam ad juriſdictionem pertineat, tamen pro poteſtate, & imperio exercetur, ut poſtea dicetur.

Imperium merum in *h. l.* 3. definitur ab Ulpiano *gladii poteſtas, ad animadvertendum in facinoroſos.* Poteſtatis nomen in hac definitione generis locum obtinet, quippe aliquando etiam latius ſeſe extendit: ut ad patriam, & dominicam poteſtatem [2]. Additur differentiæ loco, *animadvertendi gladio, &c.* Gladii poteſtatem poſuit Ulpianus per eminentiam, quaſi præcipuam partem meri imperii, cum tamen certum ſit merum imperium latius patere: & multo plures animadverſionum ſpecies continere, ut damnationem in metallum [3]. Ut fuſtium, ac verberum coërctionem, ut quamcumque aliam graviorem animadverſionem [4]. Itaque ſi quis meri imperii pleniorem definitionem requirat, ſic definiri poſſe videtur, *ut ſit poteſtas animadvertendi gladio, vel quocumque alio ſupplicio non ex formula legis.* Addo hæc verba, *non ex form. leg.* Non quo velim dicere ſine cauſſæ cognitione, quo jure quaque injuria hominem ultimo ſupplicio damnandum eſſe. Sed, ut excludam Prætores illos, qui perpetuis quæſtionibus præerant, unde etiam quæſtores, ſive quæſitores appellabantur [5]. Quos certum eſt imperium merum non habuiſſe. Non enim ipſi delictis ac criminibus pœnam imponebant: ſicut præfectus urbi in urbe, & Proconſules, ac Præſides in provinciis: ſed tantum de facto judicabant, & ita pronuntiabant, *videtur feciſſe*, & ſic ipſo jure lex ipſa vim ſuam exercebat contra damnatos: ita ut imperium penes legem, notio penes judicem eſſet. *Facti quæſtio in arbitrio eſt judicantis, pœnæ vero perſecutio non ejus voluntati mandatur, ſed legis auctoritati reſervatur* [6]. & ut ait Cic. *pro Sylla, damnatio eſt judicum, pœna legis.*

Quæritur qui magiſtratus imperium merum habuerint? Reſpondendum. Romæ Conſules prima ſui inſtitutione merum imperium habuiſſe. Quia ſuffecti ſunt in locum regis, *regio imperio fuerunt*, ut vult Cic. 3. *de legib.* Et Pompon. [7] *penes quos ſummum jus uti eſſet lege rogatum eſt.* Sed poſtea lege Sempronia, & lege Porcia merum hoc imperium eis ademptum eſt: cum ad populum latum eſt, ne de capite civis Rom. injuſſu populi judicaretur, ut eſt apud Cic. pro *Rabirio perd. reo.* & 7. *in Ver.* Item imperium merum habuit Præfectus prætorio, qui tam in civilibus, quam in criminalibus *vice ſacra judicat cui data eſt plenior licentia ad diſciplinæ publicæ emendationem* [8]. Quibus verbis propria meri imperii definitio contineri videtur. Item præfectus urbi merum imperium habuit: cum de omnibus criminibus cognoſceret, quæ in urbe, & intra centeſimum ab urbe milliarium committerentur [9]. In provinciis autem ipſarum provinciarum rectores veluti proconſules [10]. Veluti præſides provinciarum. *l. 6. §. 5. de offic. præſ.* Veluti præfectus Auguſtalis, qui & ipſe proconſulari imperio mittitur [11]. Qua tamen parte obſervandum eſt, utrum generaliter merum imperium iis magiſtratibus conceſſum ſit: an ſpecialiter jus gladii; generali enim conceſſione multa continentur: ut in *l. 6. §. 5. infra de pœn.* ſpeciali autem continetur tantum jus gladii, non cæteræ partes imperii meri [12], non jus confiſcandi. *l. un. C. ne ſine juſſu princ. cert. jud. lic.* non jus deportandi in inſulam [13]. Neque hic valet argumentum a regula juris, *cui quod plus eſt licet, licere quod minus eſt.* Hic enim ſtricta ratio juris ſequenda eſt: nec quod ſpecialiter conceſſum eſt, per interpretationem trahendum eſt ad ea, quæ ſimilia ſunt, aut etiam minora [14].

Illi imperio, quaſi ex contraria parte, reſpondet illa juriſdictio, quam nos *juriſdictionem meram* appellare poſſumus. Sicut enim imperium dicitur merum, quod ab omni privata juriſdictione ſejunctum eſt: ſic juriſdictio poteſt appellari mera, quæ ad cauſſam publici judicii, hoc eſt ad criminum coërcitionem nihil pertinet.

Et definitur ab Ulp. in *l. 3. judicis dandi licentia.* Quæ verba propriam quidem, &, ut loquuntur, eſſentialem ipſius juriſdictionis notam continent, qua ab imperio mero diſtinguitur: ſed juriſdictionem tantum ordinariam exprimunt. Forma etenim juriſdictionis ordinariæ hæc eſt, ut adeatur Prætor, vel quicunque juriſdictioni præeſt: ut

12. *l.* 3. *C. de teſt.* 13. *l. p. infra de her. inſt.* §. *ult. quib. mod. teſt. infirm.* 14. *l. ex imperfecto* 23. *de leg.* 3. 15. *l.* 4. *C. de legib.* 16. *d.* §. *ult.* 17. *l.* 7. *C. qui teſt. fac. poſſ.* 18. *d. l.* 23. 19. *l. princeps ſup. de legib.* 20. *l. apud* 14. §. 1. *de man.* 21. *l.* 33. *ſup. de adopt.* 22. *l. quidam in fin. de re jud.* 23. *l.* 1. 8. 9. *ult. C. de legib.* 24. *l. un. infra de amb.* 25. *l.* 1. *C. ut arm. uſus &c.* 26. *l.* 1. §. *de qua infra de poſtul.* 27. *l. acta* §. 1. *infra de re jud. l. divi infra de pœn.*

1. *L. locatio* §. *quod illicite infra de publ.* 2. *l. poteſtatis infra de verb. ſig.* 3. *l.* 6. §. *qui univerſas ſup. de off. præſ.* 4. *l.* 6. *pr. &* § *ſi quid erit ſup. de off. proceſſ. l. ſi quis forte in fin. cum ll ſeq. & l. capitalium* §. *p. infra de pœn.* 5. *l.* 2. §. *deinde Cor. Sylla ſup. de orig. jur.* 6. *l.* 1. *infra ad S. C. Turp.* 7. *l.* 2. *ſup. de orig. jur.* §. *exactis.* 8. *l. un. ſup. de off. præſ. præt.* 9 *l.* 1. *ſup. de off. præf. urb.* 10. *l.* 6. *pr. ſup. de off. proceſſ. & l.* 11. *ibid.* 11. *l. un. ſup. de off. præf. aug.* 12. *l. aut damnum* §. 1. *de pœn.* 13. *l.* 1. §. *hi quibus* 2. *infra de legat.* 3. 14. *l. quod vero infra de legib.*

ut de jure diſceptet: formulam agendi ſcribat: judicem det, qui de facto cognoſcat. Sed præter illam formam ordinariam, eſt & alia extraordinaria: quando Prætor tam de facto, quam de jure cognoſcit. ſicut fit in reſtitutione minorum [15]. Item in cauſſis ſtatus [16]. Item in ſalariis advocatorum, & aliorum qui honoraria accipere ſolent: de quibus eſt titulus *infra de variis & extraord. cog.* Utramque hanc jurisdictionem exprimunt Impp. [17]. ordinariam his verbis, *quod ipſi non poſſent cognoſcere, pedaneos judices dabant.* Extraordinariam iſtis, *ne in his cauſſis in quibus ſolebant ex officio ſuo cognoſcere dandi judicis licentia eis permiſſa credatur.* Item Jul. [18] *ipſo cognoſcere*, extraordinaria jurisdictio eſt: *an judicem dare debeat*, ordinaria. Idem Calliſtr. in *l. 9. eod. tit.* Et certe ſic fuit in *illa lege*, qua primum Prætor conſtitutus eſt, ut vel judicaret ipſe, vel judicem daret. Sic enim Cic. 3. *de legib. juris diſceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat Prætor eſto.* Eſt igitur hæc Ulpiani definitio anguſtior: ſic autem nobis videtur ſuppleri poſſe. *eſt poteſtas judicandi ſine formula, & judicis dandi in privatis cauſſis.* Privatas autem cauſſas intelligimus, quæ non ſunt de crimine publico: ſed de re pecuniaria, & privata: quamvis fortaſſe illa lis privata cum fiſco, vel cum Republ. intercedat: fiſcus enim, vel Reſpublica in ejusmodi cauſſis privatorum jure utuntur, ſalvis quibusque privilegiis ſuis [19]. Hanc jurisdictionem habent omnes omnino magiſtratus: alii majorem, alii minorem, nemo nullam: nullus, inquam, magiſtratus eſt, qui jurisdictionem aliquam non habeat, ut in definitione jurisdictionis dictum eſt.

Quæritur de magiſtratu municipali, utrum habeat judicis dandi facultatem. non videtur habere. quod ſubjudicat Paul. 5. *Sent. tit.* 5. his verbis: *res judicatæ videntur ab iis, qui imperium, poteſtatemque habent: vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur: itemque a magiſtratibus municipalibus.* Hic videtur diſtinguere magiſtratus municipales ab iis qui ex ſua auctoritate dant judices. Sed dicendum eſt magiſtratus municipales Romanos magiſtratus non eſſe: nos autem hic de magiſtratibus Rom. loquimur, non de municipalibus: deque jure civili, non municipali. Itaque magiſtratus municipalis jurisdictionem quidem habet: Sed ut ipſe judicet, non ut judicare jubeat. Sic & ipſi magiſtratus Romani in plerisque cauſſis ipſi judicare poſſunt, at non judicem dare, & ex contrario in plerisque cauſſis judicem dare poterant, non judicare [20]. ſed hoc conſtitutione Diocl. & Max. ſublatum eſt [21].

Illis duobus imperio mero ſcilicet, & jurisdictioni meræ ſive ſimplici, interjectum eſt imperium mixtum. mixtum, inquam, ex jurisdictione & imperio: *imperium cui jurisdictio ineſt.* Ideoque aliquando imperium, ut hic: aliquando jurisdictio dicitur [22]. Jurisdictio quidem eſt, quia eſt de re privata & familiari, non de criminum coercitione, ut patet in exemplis [23]. Imperium autem etiam eſt, & *magis imperium, quam jurisdictio* [24]: quia non ordinariæ jurisdictionis, ſed majoris cujusdam poteſtatis viribus exerceri videtur. Quippe jurisdictio juri & legibus ſervit, illisque ſubjecta eſt. At hoc imperium ſæpe in multis cauſſis tranſcendit rationem ordinariam juris, legumque. Ut in hoc ipſo exemplo, quod Ulpianus per eminentiam, quaſi definitionis loco poſuit: *quod in danda*, inquit, *bonorum poſſeſſione conſiſtit.* Et hoc notate quæſo, & diligenter animis veſtris, ac memoriæ mandate. Hunc enim locum leviter tranſcendunt omnes; & plerique ne attingunt quidem, cum tamen in eo ſit nodus hujuſce materiæ difficillimus. Quando, inquam, Prætor, arbiter æquitatis, jura & leges evertere videtur, quando dat bonorum poſſeſſionem *contra tabulas* liberis emancipatis præteritis, reſciſſo teſtamento, quod jure, & legibus factum eſt. Itemque, quando ab inteſtato itidem liberis emancipatis dat bonorum poſſeſſionem *unde liberi*, contra jus legis 12. tab. quæ, deficientibus ſuis heredibus, agnatos proximos vocat: miramur Ulpianum iſta a jurisdictione diſtinguere, & imperio magis adſcribere, quam jurisdictioni?

Sed & in aliis exemplis, quæ proponuntur in *l.* 4. itidem ex effectis notare licet, quod Ulp. ait, iſta non tam jurisdictionis, quam imperii eſſe. Ut *jubere cavere prætoria ſtipulatione*: ex cauſſa, verbi gratia, damni infecti: &, non cavente domino ruinoſarum ædium, in poſſeſſionem ædium ipſarum mittere ex ſecundo decreto: & ſic prætorium pignus conſtituere: & denique ex tertio decreto, jubere poſſidere quaſi jure dominii, & poſſidendo dominium capere: hæc, inquam, omnia *magis imperii ſunt, quam jurisdictionis.* & a mera ac ſimplici jurisdictione ſeparanda, & quamvis etiam illis jurisdictio admixta ſit, & partem utriusque in ſe habeant, tamen recte, & prudenter Ulp. hoc quidquid eſt, quo iſto continentur, magis ex parte imperii nominat, quod magis eminet: quam ex parte jurisdictionis: & illud definit, *imperium cui jurisdictio ineſt.*

Quæritur qui magiſtratus imperium mixtum habeant? Reſp. hæc fuit propria jurisdictio Prætoris urbani, qui toti jurisdictioni præpoſitus eſt, cum Conſules, bellicis curis occupati, juri dicundo ſupereſſe non poſſent [25]. In Provinciis autem cum Rectores Provinciarum vice Prætoris, atque adeo omnium Romæ magiſtratuum fungerentur, conſequens eſt etiam hoc mixtum imperium habuerint. Idem dico de Ædilibus curulibus, quibus & ipſis edictum proponere permiſſum eſt de quibusdam cauſſis [26]. in quibus cauſſis inſtar Prætorum habentur, & ut Juſtin. ait, *jus hoc ædilitium juris honorarii portio eſt.* Dubitatur de Legato Proconſulis, itemque de eo, cui mandata jurisdictio eſt vel a Prætore in urbe, vel a Præſide in Provincia. Reſpondendum eſt, iſtos jurisdictionem tantum habuiſſe. Quare hoc? quia ipſis tantum jurisdictio mandata eſt: & mandato jurisdictionis ea tantum, quæ jurisdictionis ſunt, non ea, quæ imperii mixti, *quæ imperii magis, quam jurisdictionis ſunt*, continentur. Neque me movet *l.* 1. §. 5. juncta *l. 5. §. 1. ſup. de offic. ejus cui mand. eſt jur.* imperium inquit Paul. *quod jurisdictioni cohæret, mandata jurisdictione tranſire verius eſt.* Et idem Paul. [27] *mandata jurisdictione etiam imperium, quod non eſt merum, videtur mandari.* Equidem certiſſimum eſt mandata jurisdictione etiam modicum imperium, ſive modicam coërcitionem ſimul cum ipſa jurisdictione tranſire: tranſire ea, *ſine quibus jurisdictio explicari non poteſt* [28]. At ex eo non ſequitur mixtum imperium quod in *l.* 3. definit Ulp. *quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit*: quod continet ea, *quæ ſunt magis imperii, quam jurisdictionis*, ſimul cum jurisdictione tranſire. Neque illa argumentatio valet [29]. *Tranſit imperium, quod non eſt merum. d. l. ult. Atqui imperium, quod non eſt merum, nihil aliud eſt, quam imperium mixtum. ergo tranſit imperium mixtum.* Ruſſus, *Tranſit imperium quod jurisdictioni cohæret. d. l.* 1. *atqui imperium, quod jurisdictioni cohæret, nihil aliud eſt quam imperium mixtum, cui jurisdictio ineſt. h. l. 3. ergo tranſit*

15. *l. in cauſſa* 6. §. *ult. infra de minorib.* 16 *l. non diſt.* §. *de liberali infra de arb.* 17. *l.* 2. *C. de ped. jud.* 18. *l.* 8. *ſup. de off. præſid.* 19. *l.* 16. *infra de verb. ſig. l.* 1. *C. de pet. her. l.* 3. *C. de jur. Reip. l.* 4. *C. ex quib. cauſſ. maj.* 20 *l.* 1. *in fin. infra de var. & extr. cog.* 21. *l.* 2. *C. de ped. jud.* 22. ut in *l.* 1. & *l.* 4. §. *duas infra de dam. infect.* 23. *l.* 3. & 4. *hoc tit.* 24. *d. l.* 4. 25. *l.* 2. §. *cumque coſſ. ſup. de orig. jur.* 26. §. *proponebant de jur. nat. gent. &c.* 27. *d. l. ult.* 28 *l.* 2. *hoc tit.* 29. Goveanus *lib* 1. *de jurisd.*

tranſit imperium mixtum. Ad primum argumentum reſpondeo, in *d. l. 5.* per imperium quod non eſt merum Paulum non intellexiſſe imperium mixtum Ulpiani, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit: & in aliis, quæ magis imperii, quam jurisdictionis eſſe dicuntur: ſed illud tantum, quod jurisdictioni ſervit. quod ſatis aperte poſtremis illius legis verbis idem Paulus demonſtrat: cum ſubjicit *jurisdictio enim ſine modica coërcitione nulla eſt.* Ad aliud autem argumentum reſpondeo, multum intereſſe inter imperium, *quod jurisdictioni cohæret:* quod jurisdictioni ſervit: *quo jurisdictio explicatur* [30]. ad effectum perducitur, quod ipſius jurisdictionis acceſſorium eſt: de quo Papinianum notans, Paulus loquitur in *d. l. 1. in fin.* & inter hoc imperium mixtum hujus *legis* 3. *cui jurisdictio ineſſe dicitur:* adhærere jurisdictio [31]. hujus imperii jurisdictio ſequela eſt, & acceſſio quædam: at illud Pauli eſt ſequela, & acceſſio jurisdictionis. Quod ſi quis hoc modicum imperium, *modicam coërcitionem*, pertinaciter velit mixtum imperium dicere, per me licet: nam & *non merum* Paulus vocat. non eſt meum diſputare de verbo, dum quid ſit utrumque, & quid alterum ab altero differat, intelligatur. Dico igitur modica illa coërcitione, quæ jurisdictioni cohæret, contineri omnia, quæ ad effectum jurisdictionis, hoc eſt ad executionem ſententiarum pertinent, cujusmodi eſt pignorum capio: quam magiſtratus municipales habuiſſe certum eſt [32]. ſicut & illud certiſſimum eſt, eos non habuiſſe imperium mixtum: *ea, quæ magis imperii, quam jurisdictionis ſunt, magiſtratus municipales facere non potuiſſe* [33]. non potuiſſe, verbi gr. *reſtituere in integrum: bona rei ſervandæ cauſſa jubere poſſidere: aut dotis ſervandæ cauſſa: aut legatorum ſervandorum cauſſa:* uno verbo prætorium pignus conſtituere non potuiſſe, ſed judiciale tantum. Item, modici illius imperii quod jurisdictioni cohæret, eſt abductio rei controverſæ, per manum militarem, ab eo qui poſſidet, & contumaciter non vult reſtituere [34]. *quod extremum in jurisdictione eſſe dicitur*, in *l. 1. infra ſi quis jus dic. &c.* Item incarceratio, ſi neceſſe eſt [35]. Denique *modica coërcitio*, ex juſta cauſſa [36]. Hæc, inquam, omnia, quia ad executionem ſententiarum neceſſaria ſunt, dico jurisdictione ipſa: vel, ſi ita mavis, imperio modico, quod jurisdictioni annexum eſt, contineri: quia ut loquitur *l. 2. ſine ipſis jurisdictio explicari non poteſt* [37]. Et neceſſe eſt ut ii qui jurisdictionem habent, ſive ipſi judicent, ſive dent judices, vel ſuas, vel judicum a ſe datorum exequantur ſententias. Et ſic nulla erit dubitatio, quin non modo legatus procoſſ. & is cui mandata jurisdictio eſt, ſed etiam magiſtratus municipales iſta omnia, non quidem jure ſui imperii, quod nullum habent [38]: ſed jure ſuæ jurisdictionis, cui, ut ſæpius dico, modica coërcitio adnexa eſt, facere poſſint. At eadem iſta, inquies, faciunt Prætores, & Præſides Provinciarum & alii majores magiſtratus [39]. Quid ergo, præ legato procoſſ. aut magiſtratu municipali, præcipuum eſt Prætori, qui merum imperium non habet? Reſp. Prætor, & ſimiles magiſtratus iſta omnia faciunt, non modo in executionem jurisdictionis, & rerum judicatarum ſed etiam in executionem decretorum ſuorum. Decreta autem interponuntur de iis, quæ magis imperii, quam jurisdictionis ſunt. & decreta ſunt juſſa prætorum, cum cauſſæ cognitione, de ſuperiore loco, quæ ad cauſſam mixti imperii pertinent. ut mixtum imperium ſic plene definiri poſſe videatur, *poteſtas decreti interponendi, de ſuperiore loco, ſive pro tribunali, cum cauſſæ cognitione.* quæ definitio colligitur ex *l. omnia quæcumque 71.* & *l. ubicumque 150. infra de R. J. l. 2. §. dies. infra quis ord. in bon. poſſ. ſer. l. p. ſup. de juſt. & jur.* Hanc igitur poteſtatem decreti interponendi habet Prætor, & alius ſimilis magiſtratus, veluti Præſes Provinciæ: eamque pro imperio ſuo exequitur. At poteſtatem tantum judicandi, & judicare jubendi, habet legatus Proconſulis, & is cui mand. jurisdictio eſt: & ſuas, ſuorumque judicum ſententias exequendi. Quas ſi iisdem remediis exequuntur, quibus Prætor decreta ſua ad exitum juris perducit, non tamen ideo ſequitur, inter mixtum imperium; & jurisdictionem: Prætorium pignus, & judiciale: cautionem Prætoriam, & judicialem: decretum, & ſententiam: tribunal, & ſubſellium: majorem denique magiſtratum, & minorem nullam eſſe differentiam. Quæ omnia, ſicut diverſis naturis, & definitionibus conſtant, ſic paſſim in legibus a ſe invicem diſtingui ſolent [40].

Sed hæc in primis inter imperium mixtum, & jurisdictionem magna differentia eſt: quod qui imperium habet per eminentiam appellari ſolet *jus dicens.* Et certe jus dicere prætorium eſt. & in eam rem Prætor creatus, ut jus diceret: hoc eſt jurisdictionem urbanam & civilem exerceret, cum Coſſ. bellicis curis diſtinerentur. Jus, inquam, dicere proprium eſt Prætoris: judicare autem, vel judicare jubere commune omnium magiſtratuum [41]. Jus dicere proprie eſt cognoſcere pro tribunali ſive de ſuperiore loco [42], judicare autem & judicare jubere etiam de plano. *jus*, igitur, *dicentis*, id eſt, Prætoris, vel ſimilis magiſtratus *officium* deſcribitur in *h. l. 1.* quod ait Ulp. *eſſe latiſſimum*, ſic enim ſe habet ad officium minoris magiſtratus, qui jurisdictionem tantum habet: ſicut ſe habet genus ad ſpeciem, quippe officium jus dicentis ea quæ jurisdictionis ſunt complectitur, ita ut nihil ſit jurisdictionis, quod ad jus dicentem non pertineat. Itemque complectitur omne imperium mixtum, & præterea quædam, quæ neque imperii ſunt, neque jurisdictionis: ſed ſpecialiter lege aliqua, vel SCto, vel conſtitutione conceduntur. Quod exempla oſtendunt in *d. l. 1.* cum ait Ulp. *Officium jus dicentis pertinere ad bonorum poſſeſſionem rei ſervandæ cauſſa:* hæc enim ſunt imperii mixti [43]. *ad judicum dationem:* hoc enim jurisdictionis proprium eſt. *ad dationem tutorum:* at hæc neque imperii, neque jurisdictionis eſt: ſed ſpecialiter lege tribuitur [44], ut Prætori urbano ex lege Attilia, ut Præſidi Provinciæ ex lege Julia & Titia. Hæc igitur omnia officium jus dicentis complectitur: at jurisdictio continet judicationem, & judicis dationem tantum, & ea adminicula imperii, ſine quibus hæc ipſa inutilia eſſent.

Ad Leg. V. Junct. leg. VI.

Quæſtio eſt de iis, quæ mandari poſſint, & quæ non poſſint. Et quæ mandata jurisdictione tranſeant, quæ non tranſeant. De qua quæſtione ſic generaliter ſtatuitur: *Quæcunque jure magiſtratus, ſive jure proprio competunt mandari poſſe: quæ autem jure proprio non competunt, non poſſe* [1]. Jure autem proprio competere dicuntur ea, quæ quis habet ex eo ipſo, quod talis ſit magiſtratus, quaſi

30. *l. 2. hoc tit.* 31. *l. 3. C. ubi & ap. quem cog. &c.* 32. *l. quemadmodum §. p. infra ad leg. aq.* 33. *l. ea quæ 26. infra ad municip.* 34. *l. qui reſtituere infra de rei vind.* 35. *l. 1. C. qui bon. ced. poſſ.* 36. *d. l. ult. de off. ej.* 37. *l. a Divo Pio in pr. infra de re jud.* 38. *l. nec magiſtratibus infra de injur.* 39. *l. 9. infra de muner. & hon. l. 8. §. ſi in locum infra de relig. l. 35. infra de injur. l. 9. §. ult. infra ad leg. Jul. pec. l. 5. §. miſſus infra ut legat. nom. in poſſ. eſſe lic.* 40. *l. 3. hoc tit. l. 1. infra de jud. d. l. nec magiſtr. infra de injur. l. quod juſſit infra de re jud. tit. de diviſ. ſtip. inſtit.* & paſſim. 41. *l. cum Prætor infra de jud.* 42. *l. p. ſup. de juſt. & jur.* 43. *l. 3. & 4. hoc tit. d. l. ea quæ infra ad municip.* 44. *l. muto §. tutoris infra de tutel.*

1. *L. 1. ſup. de off. ejus cui mand. eſt jur.*

quaſi ille magiſtratus in eam ipſam rem natus, & factus, & inſtitutus ſit. Ut, prætor creatus eſt qui jus diceret: itaque juriſdictio cum imperio, & imperium pariter cum juriſdictione ad ipſum pertinet jure ſuo, jure proprio, jure magiſtratus.

Quæritur de imperio mero, an alicui magiſtratui jure proprio competat? Certe competiit conſuli primá ſui inſtitutione, cum regio imperio crearetur. Dictatori etiam, neque de eo ulla dubitatio eſt. An & præfecto prætorio? Sic videtur. Nam cum primum creatus eſt, *data eſt ei plenior licentia ad diſciplinæ publicæ emendationem* [2]. At certe præfectus urbi, itemque proconſules, & præſides, & cæteri provinciarum rectores imperium quidem merum habuerunt [3]: ſed non jure ſuo, non jure ſui magiſtratus. Præfectus enim urbi primum creari cœpit, *qui abſentibus magiſtratibus jus diceret* [4]. Deinde incrementa cœpit ſub Auguſto, ut auctor eſt Suet. *cap.* 37. poſtremo epiſtola D. Severi ad Fab. Chilonem plenum jus imperii accepit [5]. Proconſules autem, & alii provinciarum rectores, cum pro urbanis magiſtratibus creati ſint, qui tunc temporis merum imperium non habebant, ſequitur ut nec ipſi ſine lege, & ſpeciali conceſſione habuerint. Ergo hoc imperium quod habent mandare alteri non poterunt. *Solent tamen cuſtodiarum cognitionem*, id eſt examinationem eorum, qui in publicis cuſtodiis habentur, *mandare legatis*. Sed cognitionem tantum, non damnationem, non abſolutionem [6]. *Nemo poteſt gladii poteſtatem ſibi datam* [7], ſpecialiter ſcilicet, & jure ſingulari, *vel cujuſcumque alterius coërcionis ad alterum transferre*. Cognitio quidem, quia facti eſt, mandari poteſt: at damnatio, vel abſolutio, *pronuntiatio*, & uno nomine juriſdictio, quia juris eſt, non poteſt: quia jure magiſtratus non competit [8].

De imperio autem mixto, & juriſdictione dubium non eſt, quin urbanis magiſtratibus competant jure proprio: &, ut loquitur Paulus [9], *more majorum, propter vim imperii ſui*, ſive ex eo ipſo, quod ſunt magiſtratus. Sed de magiſtratibus provincialibus dubitari poſſet propter *d. l. cum prætor.* ubi dicitur, *proconſuli lege datum eſſe jus dandi judicis*. Atqui jus illud dandi judicis quid aliud, quam juriſdictio eſt? Ergo proconſuli juriſdictio non competit jure ſui magiſtratus, ſed lege. Reſp. lege competere, & tamen jure magiſtratus competere. Non potuit competere ſine lege, cum non ſit proprie magiſtratus, ſed quaſi magiſtratus, & pro magiſtratu, ut antea dictum eſt [10]. Ergo ut pro magiſtratu eſſet lex omnino fuit neceſſaria. Sicut præfecto Auguſtali imperium datum eſſe dicitur lege, quæ ſub Auguſto lata eſt [11]. Cum vero illa lege pro magiſtratu eſt conſtitutus, jam omnia illi ſuo jure competunt, quæcumque ipſis veris magiſtratibus competunt: & ſic judicis dandi licentia, ſive juriſdictio, & omnia quæ ſunt imperii mixti, ſive magis imperii, quam juriſdictionis: & ſic, per regulam *legis primæ ſup. de off. ejus cui mand. eſt jur.* illa omnia poterunt mandare alii. Et vero mandant & de eo nulla dubitatio eſt [12]. Juriſdictionem quidem ſuam proconſules legatis ſuis, qui ipſis a ſenatu dantur [13]. Prætores autem, & præſides, & alii rectores provinciarum mandant cuilibet vel magiſtratui, vel privato, & is cui mandata eſt, ſi ſit magiſtratus, fungitur vice ejus qui mandavit, non ſua [14].

Major quæſtio eſt, utrum mandata juriſdictione ea etiam, quæ mixti imperii ſunt, transeant. Reſpondendum eſt, non tranſire; non quod mandari non poſſint, jure enim proprio magiſtratibus competunt, ut antea dictum eſt: ſed quod a juriſdictione diſtincta ſunt, *magis imperii ſunt, quam juriſdictionis*: & ſic mandato juriſdictionis non continentur. Et, ſi quis illa mandare velit, neceſſe eſt ut ſpecialiter mandet, ut mandet, verbi gratia, *dari bonorum poſſeſſionem, juberi poſſidere eum, cui damni infecti non cavetur, &c* [15]. Et ea plerumque magiſtratui municipali mandat prætor, vel præſes [16]: ſed ſpecialiter, ut diximus, quod etiam clare oſtenditur in *l. ult. C. ubi & apud quem &c.* Ubi Juſtin. de in integrum reſtitutione loquens, quam conſtat eſſe imperii mixti [17], ait, *hoc veteribus non fuiſſe incognitum, ut ſpecialiter mandetur.* Sed & in *l. 2. ſup. de off. ejus cui &c.* negat Ulp. mandata juriſdictione a præſide tranſire jus conſilium præbendi manumittere volentibus, atqui hoc imperii mixti eſt, & primum in definitione officii conſulis [18]. Ergo quæ mixti imperii ſunt mandata juriſdictione non tranſeunt, etiamſi generalis juriſdictio mandata ſit. Quippe hoc verbum *generalis* non eam ſententiam habet, ut etiam ad ea, quæ extra juriſdictionis fines poſita ſunt, & ad imperium magis pertinent, ſeſe extendat. Sic dicitur *generalis juriſdictio* in *d. l. cognitio*, ſicut *univerſa juriſdictio* in *l. 17. infr. h. t.* ad differentiam ſcilicet particularis juriſdictionis: quandó prætor unam tantum ſpeciem juriſdictionis mandat, aut inter certas perſonas, aut in certis litibus ac cauſſis [19].

Neque huic deciſioni obſtant ea argumenta, quæ ducuntur ex *dd. ll.* 1. & 5. *ſup. de off. ejus*, quibus id tantom oſtenditur, ſimul cum juriſdictione tranſire imperium, quod juriſdictioni cohæret: & ſine quo juriſdictio ad effectum juris perduci non poteſt: ut diximus in explic. *l.* 3. Non item obſtat quod dicitur in *l.* 1. *§. an autem infr. de ſuſp. tut. Mandata juriſdictione officium totum juris dicundi ſimul tranſire.* Ibi enim officium juris dicundi ad ea, quæ juriſdictionis ſunt, reſtringendum eſſe certiſſimum eſt. Alias, ſi generali ſignificatione acciperetur [20], ſequeretur mandata juriſdictione etiam ea, quæ neque imperii ſunt, neque juriſdictionis, cujuſmodi eſt datio tutoris, ſimul transferri, cum officio juris dicundi contineatur [21]. Atqui hoc aperte falſum eſt, per regulam ſupra poſitam ex *l. 1. de off. ejus &c.* Quod autem dicitur in *d. l. 1. de ſuſp. tut.* cognitionem de ſuſpecto ſimul mandata juriſdictione tranſire, cum tamen magis imperii, quam juriſdictionis eſſe videatur. Reſp. eſt, hoc non jure fieri, ſed ex reſcripto principis, propter utilitatem pupillorum. Qua de re cum eſſet dubitatio inter juriſconſultos, & ex una parte ratio juris, ex altera pupillorum favor facere videretur, vicit favor ætatis ſtrictam rationem juris ex reſcripto Imperatorum: ut videre eſt in *d. l. 1. de ſuſp.* junct. *l. cognitio de off. ejus &c.* Quam ſtrictam rationem juris ſecutus Martianus videtur cum ait, [22] ſolum Præſidem de crimine ſuſpecti pronuntiare poſſe.

Quæ autem neque juriſdictionis ſunt, neque imperii, quia magiſtratibus jure proprio non competunt, non modo mandata generali juriſdictione non tranſeunt: ſed nec ſpecialiter quidem mandari poſſunt, quia adventitia, & quodammodo aliena eſſe videntur. Cujus generis eſt datio tutoris [23]. Cognitio de rebus minorum cum decreto alienandis, ex epiſtola Divi Severi [24]. Cognitio de transactione ſuper alimentis, ex epiſtola Divi Marci [25]. Hæc, inquam, & pleraque alia, quia jure magiſtratus non competunt, mandari non poſ-

2. *l. un. ſup. de off. præf. prat.* 3. *l. 6. §. qui univerſas ſup. de off. præſ.* 4. *l. 2. §. & hæc omnia ſup. de or. jur.* 5. *l. 1. ſup. de off. præf. urb.* 6. *l. ſolent ſup. de off. proc.* 7. *l. nemo poteſt infra de reg. jur.* 8. *arg. l. 1. §. ſuſpecti infra ad ſen. Turpil.* 9. *l. 12. infra de jud.* 10. ex *l. eum qui §. 1. infra hoc tit.* 11. *l. un. ſup. de off. præf. Aug.* 12. *d. l. 1. & l. cognitio §. 1. de off. ejus. l. 4. §. duas infra de damn. inf.* 13. *l. 4. §. ult. & l. 5. ſup. de off. proc.* 14. *l. 1. §. 1. de off. ejus. l. ſolet infra hoc tit.* 15. *d. l. cognitio §. 1.* 16. *l. 4. §. duas de damn. inf.* 17. *l. ea quæ 26. infra ad municip.* 18. in *l. un. ſup. de off. Conſ.* 19. *l. 16. & 17. infra hoc tit.* 20. ut in *l. 1. ſup. hoc tit.* 21. *d. l. 1. hoc tit.* 22. *l. 1. §. ſuſpecti infra ad ſen. Turp.* 23. *l. 6. §. tutoris infra de tut.* 24. *l. 1. infra de rebus eor. qui ſub tut.* 25. *l. cum hi in princ. & §. ſi prætor de transact.*

poſſunt [26]. Excipitur, niſi hoc etiam ſpecialiter lege cautum ſit, ut mandari poſſint, ut in *l.* 1. §. *ejus rei ſup. de off. ejus.* Sicut ex contrario pleraque jure magiſtratus competunt, quæ tamen mandari non poſſunt: quia hoc ſpecialiter exceptum eſt, ne poſſint. Cujusmodi ſunt cauſſæ liberales. Itemque actiones populares [27]. Et omnes cognitiones extraordinariæ: de quibus eſt titulus *infra de var. & extr. cog.* Dicet aliquis, eos omnes, qui aliquid ſpecialiter ſibi mandatum habent, poſſe videri alteri mandare, exemplo procuratoris, qui poteſt alterum procuratorem vice ſua conſtituere. Sed hoc ideo fit, quia per litis conteſtationem dominus litis efficitur: ante litis enim conteſtationem alterum procuratorem facere non poſſet [28]. Iſta autem ratio ceſſat in magiſtratibus, qui nunquam eorum, quæ ſibi ſpecialiter mandata ſunt, domini efficiuntur: ſed ſemper juriſdictionem adventitiam, & quodammodo alienam exercent.

Quod multo etiam magis cernitur in iis, quibus juriſdictio a Prætore, vel alio ejusmodi magiſtratu demandata eſt, quos certum eſt juriſdictionem illam alteri delegare non poſſe [29]. Delegatus non ſubdelegat, niſi a principe mandatum acceperit [30]. Non mandant juriſdictionem, quibus mandata eſt. At certe judicem dare poſſunt [31]. Longe autem aliud eſt judicem dare, qui juriſdictionem omnino nullam habeat, ſed notionem tantum [32]: & longe aliud juriſdictionem demandare, de quo juriſdictionis mandato hæ leges loquuntur: neque iſta inter ſe miſcenda ſunt, ſicut illa miſcent, & confundunt veteres doctores.

Recte igitur Julian. in *l.* 5. *more majorum*, hoc eſt, jure civili, *comparatum eſſe, ut is demum juriſdictionem mandare poſſit, qui eam ſuo jure*, jure magiſtratus, *non alieno beneficio*, non ex delegatione *haberet*. Ex quo alterum infert Paul. in *l.* 6. *ſi is qui juriſdictionem ſuam mandavit, deceſſerit re integra: antequam*, ut Paul. loquitur, *res ab eo, cui mandata eſt juriſdictio, geri cœperit: priusquam*, ut Afric. ait [33], *adiretur a litigatoribus:* infert, inquam, Paul. ex ſententia Labeonis, *morte mandantis ſolvi mandatum.* Et quidem de eo non dubitatur, quando vel a prætore, vel a præſide juriſdictio mandata eſt. Ii enim, quibus mandata eſt, nihil proprium, ac ſuum habent. Neque jus ipſum juris dicundi in ipſorum perſona reſidet, ſed in perſona ejus, qui mandavit: & hic mandatarius fungitur vice ejus qui mandavit, non ſua [34]. De legato autem proconſulis dubitari poterat. Videbatur enim habere juriſdictionem propriam: magis a lege, quam a Proconſule. Quippe cum lex, quæ de poteſtate, & officio Proconſulis lata eſt, ſanxerit: ut juriſdictionem ſuam mandet legato ſuo, qui ſibi in eam rem a ſenatu datur, quemque ipſe arbitratu ſuo non eligit: ei, inquam, juriſdictionem ſuam mandare debet: quamvis neceſſe non habeat [35]. Huc accedit, quod legatus Proconſulis, juriſdictione ſibi mandata, aliquid proprium habere videtur, quod ſubjudicat Pomp. [36] argumento a contrario ſenſu: *legati nihil proprium habent*, inquit, *niſi a Proconſule eis mandata fuerit juriſdictio.* Ergo, ſi mandata fuerit, aliquid proprium habent. Adde quod a ſententia legati appellatur Proconſul [37]: qui certe non appellaretur, ſi juriſdictionem tantum ipſius Proconſulis exerceret: ſed is potius qui appellaretur ab ipſo Proconſule [38]. Ergo, cum propriam quodammodo juriſdictionem habeat legatus, magis a lege, quam a Proconſule, non videbitur morte Proconſulis ſolvi mandatum juriſdictionis legati. Hæc omnia cum ita eſſent, tamen reſpondet Paul. in *h. l.* 6. (quæ lex pertinet ad officium legati Proconſulis, quod non modo ſententia, ſed etiam inſcriptio legis indicat: eſt enim ex *lib.* 2. *Pauli ad edict.* quo libro tractavit Paul. de officio legati proconſ. [39].) Reſpondet, inquam, Paul. morte Proconſulis re integra mandatum juriſdictionis ſolvi nihilominus. At non habet juriſdictionem a Proconſule, ſed a lege: imo a Proconſule, non a lege. *Neque enim ei principaliter*, id eſt, directo jure, *juriſdictio data eſt:* ſed per Proconſulem. *Nec ipſa lex defert*, ſed permittit deferri: non mandat lex juriſdictionem legato, *ſed mandatam* a Proconſule *confirmat.* Ergo legatus habet jus a Proconſule, non a lege: & ſic morte Proconſulis re integra extinguitur juriſdictio legati. Neque valet argumentum, quod in contrarium ducitur, a confirmatione tutoris hoc modo. Tutor, qui teſtamento inutiliter datus eſt, poſtea a magiſtratu confirmatus, non teſtamentarius eſt, ſed dativus. Habet jus a magiſtratu, qui confirmavit: non a teſtatore, qui dedit [40]. Ergo pari ratione legatus videbitur habere jus non a Proconſule, qui juriſdictionem dedit: ſed a lege, quæ confirmavit. Reſp. eſt: diſſimilia eſſe hæc: ipſam legem voluiſſe a Proconſule juriſdictionem mandari, ita tamen ut iſtud ejus arbitrii faceret [41]. Quod non eodem modo ſe habet in tutore, qui, cum confirmatione indiget, plane inutiliter a teſtatore datus eſt.

Solvitur ergo mandatum juriſdictionis morte proconſ. re integra. addit Paulus, *ſicut in reliquis cauſſis.* Generaliter enim hoc verum eſt, tam in cauſſis privatis, quam publicis, morte mandantis re integra mandatum ſolvi. Ratio eſt quia mandatum valet ex voluntate mandantis & tamdiu durat, quamdiu voluntas [42]. Excipiuntur tamen quidam caſus: veluti quando mandatum collatum eſt in tempus poſt mortem mandantis: ut ſi mandaverit monumentum ſibi fieri [43]. Item quando quis Procurator factus eſt in rem ſuam [44]: tale mandatum morte non ſolvitur, modo ille relicto herede deceſſerit [45]. Item perſeverat mandatum poſt mortem mandantis in *ſp. l. ſi quis mancipiis §. ſi impuberes infra de inſt. act.* ibique ſpecialis juris ratio redditur, *propter utilitatem promiſcui uſus* ſive commercii publici. Sed & plerumque, quando juſtus error intervenit, quod jure factum non eſt, æquitate ſuſtinetur: ut ſi mandatarius, ignorans mandatorem eſſe mortuum, poſt mortem ejus mandatum executus ſit [46]. Quæ tamen æquitas non usque eo ſuſtinetur, ut aut dominium a mortuo recedat, aut heres ignorans rei ſuæ dominio privetur [47], niſi ſcilicet favor aliquis hoc fundeat, ut favor libertatis in *l.* 4. *infr. de man. vind.* favor dotis in *l. ſi ego §. ſi res infr. de jur. dot.*

26. *d. l. cum bi* §. *ſed nec mandare. l.* 8. *infra de tut. & cur. dat. ab his.* 27. *l. non diſting.* §. *de liberali infra de rec. l.* 0. *C. de ped. jud.* 28. *l.* 8. *& l. procuratoribus cum l. ſeq. C. de procur.* 29. *l.* 5. *& l.* 6. *hoc tit.* 30. *l.* 5. *C. de jud.* 31. *l. cum prætor infra de jud.* 32. *l.* 5. *infra de re jud.* 33. *l.* 18. *infra hoc tit.* 34. *l.* 16. *infra hoc tit.* 35. *l.* 4. *infra & l.* 6. §. 1. *de off. proconſ.* 36. *in l. legati* 13. *ſup. de off. proconſ.* 37. *l.* 2. *infra quis & a quo appell.* 38. *l.* 1. §. 1. *eod. tit.* 39. *l.* 12. *ſup. de off. proconſ.* 40. *l. jure* 26. *infra de teſtam. tut.* 41. *d. l.* 6. §. 1. 42. *l. mandatum C. mand. l. inter infra eod. tit. l. ult. infra de ſol.* §. *recte de mand. Inſt.* 43. *l.* 12. §. *p. infra mand.* 44. *d. l.* 12. §. *ult. cum l. ſeq.* 45. *l. illam* 23. *C. de don. l.* 1. *C. de obl. & act.* 46. *ut in l. cum pater* 77. §. *Mævio de leg.* 2. *& l. hoc jure* §. *ſi quis infra de donat.* 47. *l.* 2. §. *p. infra de don.*

F I N I S.

FRAN-

Digitized by Google

FRANCISCI DE HAUTESERE A SALVAISON,

EXERCITATIONES

AD

TIT. DECRET. GREGORII IX.

P. M.

DE ÆTATE QUALITATE ET ORDINE PRÆFICIENDORUM.

Digitized by Google

ILLUSTRISSIMO AMPLISSIMOQUE

DOMINO

D. PETRO SEGUIERIO

FRANCIÆ PROCANCELLARIO.

QUIDQUID in orbe magnum & illuſtre adoratur, umbra vel imago eſt ingentium idearum, e quibus intimis exſcripta vultibus exempla fluxerunt. Ingentes ideæ formæque, quarum fœcundia potentiſſimæ naturæ vena naſcuntur orbi miracula. Divæ parentes, quæ nihil unquam peperere ſibi diſſimile. Hac tam alta ab origine natæ virtutes tuæ, Procancellarie Illuſtriſſime, in cujus excelſo animo verſantur ingentes rerum magnarum ſpecies, quarum umbras & ſimulacra venerantur attoniti univerſim populi. Nimirum mens illa tua auguſtiſſima felicioris naturæ menſura eſt, quæ tam profunda rerum cognitione ſuperiora prope æquat, quam inferiora complet ea providentia, quæ proxima, præſensque adeſt mortalibus, divinæ interpres. Ajebat vetus Philoſophia naturam, quam magnam dixere magam Ægyptii magica velut arte divinum aliquid attrahere, quando fœtus adhuc tener certo conformatus modo animam cœlo exciperet, propriaque velut ſtatua proprii numinis præſentiam admitteret. Certe quidquid uſpiam divinum habes ô Virtus, quæcumque Orbis ornamenta poſſides, fatere, hic tantus genius naſcendo eripuit tibi. Cujus uſpiam viſa eſt tam illuſtri charactere ſignata in Deum pietas. Quæ tam effuſa, ſuique prope prodiga in miſeros liberalitas, quæ te tanto bonorum proventu beatum cœli mutuam provocaſſe magnificentiam ubique fatentur omnes. Quæ tam ſuperba manus meditatur opera non caduca, altero, quam noſtro victura ſæculo. Unus ades, virorum Illuſtriſſime, cujus vita inclita æternum opus & monumentum eſt felicitatis publicæ. Exigua breviaque ſunt hominum legitimi partus ſpatia. Novem labore menſium audaciſſimum naturæ opus perficitur, at magnus, tibique conſimilis magiſtratus, ultimus conatus eſt plurium ſæculorum. Tantis dudum præivere faſcibus duces incliti, in purpura præſides, in armis provinciarum præfecti. Præfulſere illuſtres avorum tituli, immortalia parentum nomina, in quorum luce veſtigium ponis, ſedemve defigis. Si ſolis magna ſpatia, curſusque umbra metimur. Adeuntibus effulgent vultus tui, in quibus ingentes animæ cœleſtis motus, divinamque mentem pene cernimus. Nactus es eloquentiæ felicitatem, cui adhuc omnium ingeniorum impar congreſſus ceſſit. Nemo ad publicam vindictam armatas leges ſanctius defendit, nemo nimis acerbos exactores officii ſapientius temperavit. Honeſte dudum laceſſo meliora, ſi qua uſquam illuxere virtutum exempla, quæ cum tuis contenderent, verum poſtquam ſubiere ſingula fidelem ponderatoris manum, una virtus tua exactæ ætatis exemplis, noſtra & conſequentis ætatis admiratione major tam ingentia facile depreſſit pondera. Quicumque virtutem quæret altioris ſtaturæ, quam humanæ, me hic legat, & te videat, virorum maxime, quando mens cœlo proxima, tota in ſupremam ſui partem converſa ſeipſam aſſidue meditatur ſecretioris intelligentiæ conſcia, divinamque manum imitatur, quæ pulcherrimo incumbens operi effuſa lucis intimæ veſtigia in orbe deſcribit. Hæc inter ſecreta adyta te ipſum quotidie conſulis ſuperioris luminis particeps, hic inter alta ſilentia legum exempla deſignas fideliſſimas divinarum imagines. Si ſacrilegii crimen Socrati viſum eſt peccare in leges patriæ, quæ ſorores germanæ ſunt & veluti portio divinarum. Certe quicumque leges accuſat, quas circumfuſi quotidie amplectuntur populi, cœli damnat providentiam, ſub cujus manu ductuque humana regis. O blandiſſimæ generis humani patronæ leges, quæ tam ſuaves intulere regno victoriarum cenſus, devotiſſima ſcilicet tot civium pectora. Illuſtres rerum Dominæ leges, quæ nullum uſquam inter mortales affectavere imperium, niſi delatum voce publica populorum, qui earum auctoritatem amant, quarum reverentur juſtitiam. Nimirum nulla lex, Procancellarie Integerrime, ſibi ſoli conſcientiam juſtitiæ ſuæ debet, ſed etiam ab iis, a quibus exigitur obſequendi neceſſitas. Hæc eſt legum divinarum gloria imperare volentibus, legum noſtri Principis maxima virtus eſt, ſuadere, dum vetat, aut jubet. Nulla utique in publicum ſub tanto Magiſtratu veniunt edicta, niſi pro ſalute civium publica, quam non amare inhumanum eſt. Nulla ſparguntur juſſa ſub tam ſancto regii ſigilli cuſtode, niſi pro dignitate imperii tuenda, cujus læſam majeſtatem non ulciſci impium & profanum eſt.

TUÆ CELSITUDINI,

ADDICTISSIMUS,
DE HAUTESERRE.

LECTORI.

ANNUM integrum, & quod excurrit certatum a me cum typographo, ne viveret hic liber, quem ingrata occaſio infelici octo dierum partu effuderat. Sciebam non eſſe vitales partus, qui tam inauſpicato naſcerentur. Illum perire volebam, in qua præſens verſabatur imago, qua poteram meorum meminiſſe malorum. Verum ne quidquam eo aſpectu recrudeſcit dolor, qui tam longa temporis fuga jam excellit procul ſemotus. Maneat lis immortalis, omne indeciſa per ævum. Jam obſtinato odi, quod cogebar amare. Meliora deſtinat cœli magna providentia, cujus alta conſilia licet obſcura mortalibus, dubia tamen & incerta nunquam fluunt.

FRANCISCI DE HAUTESERE
A SALVAISON,
OPUS OCTODIERUM,
DE
ÆTATE ET QUALITATE
ET ORDINE PRÆFICIENDORUM.

UT plana apertaque ratio hujusce tractatus in luce verſetur, inſcriptionem hujus tituli in tres partes divido. Prima parte ago *de Ætate Ordinandorum*, altera *de Ordine*, ac tertia parte *de qualitate præficiendorum*. Rem aggredior. Primum obſervandum eſt, certam ætatem ordinandis clericis finitam fuiſſe, ne quique maturius feſtinatis honoribus ad dignitatum apices provolarent, ita in Republica cautum fuerat lege Julia judiciaria. *l. ad Rempublicam* 8. *ff. de muner. & honor.* Quo exemplo in Eccleſia ſingulis gradibus certa fuit præſtituta ætas, certæ leges annariæ indictæ fuere. Lectorum primus erat gradus; lectores enim paulo amplius quam laici, uti ædiles dicebantur paulo amplius quam privati. Promovendis autem lectoribus impertiendæque tonſuræ, quam Græci παπαλήθραν appellant, certa ætas definita fuit, ut ante annum 8. lectores fieri non poſſent, *Nov.* Juſtin. 123. Sabbatius Protoſpatarius, qui fuit auctor ἀνακαθάρσεως librorum Baſilicorum, ut auctor eſt Matthæus Blaſtares Hieromonachus manu exaratus *cap.* περὶ τ πολιτικῶν νόμων, adſcriptam a Juſtiniano 8. annorum notam mutavit, præſcripſit enim promovendis lectoribus annum 18. ita auctor *Paratituli* Codicis, quem edidit Joannes Leunclavius, vetat neminem lectorem fieri, niſi fuerit ingreſſus ætatis annum 18. Quamquam omnes interpretes conſtanter retinuere præſtitutum a Juſtiniano tempus 8. annor. ita *Synopticon* Michaëlis Pſelli.

Ὀκτὼ δὲ χρόνων ὑπάρχων οὐκ ἔστιν ἀναγνώστης.

Ita Theodorus Balſamo *Nomoc. tit.* 3. *cap.* 15. ait ſua ætate infantes factos lectores anno tertio aut ſexto, ubei alias a me fuit obſervatum, diſparem fuiſſe cauſſam, rationemque infantium, qui altarium miniſterio in Eccleſiis a parentibus offerebantur, & infantium, qui monaſterio a parentibus votivi ἀφιερωμένοι tradebantur. Nam infantes Eccleſiæ a parentibus traditi poterant infringere donationem emiſſam a parentibus, poſtquam ad ætatis annum 18. pervenerant, Toletanæ Syn. 2. *cap.* 1. *De his quos voluntas parentum a primis infantiæ annis clericatus officio manciparit, ſtatuimus obſervandum, ut mox eum detonſi, & miniſterio electorum contraditi fuerint, in domo Eccleſiæ ſub Epiſcopali præſentia, a præpoſito ſibi debeant erudiri, at ubei octavum decimum ætatis annum compleverint coram cleri, plebisque conſpectu, voluntas eorum de expetendo conjugio perſcrutetur.* Debuit enim voluntarium eſſe ſacrum, ut ad clerum prono & proclivi voto ducerentur, non inviti traherentur, ut conſtituit Majorianus *Nov.* ne quis invitus clericus ordinetur. *Ad ſuſcipiendum clericatus officium, unicuique optionem nos dediſſe non legem, quia quamlibet ſanctum onus volentibus volumus imponi ita etiam ab invitis jubemur arceri.* At durior longe fuit conditio infantium, qui monaſterio a parentibus offerebantur, quem ritum deſcribit Τυπικὸν Benedicti de filiis nobilium, qui offeruntur, neque enim poſtquam a parentibus dati, traditique fuerant Monaſterio, donatio revocari, aut infringi potuit, ita *Can. Monacham* 20. *quæſt.* 1. ex Synodo Toletana 4. *Monachum aut paterna devotio, aut propria profeſſio facit, quidquid horum fuerit allegatum tenebit. Proinde iis ad mundum revertendi intercludimus aditum, & omnes ad ſæculum interdicimus egreſſus.* Quidquid horum fuerit allegatum, ita enim legunt Vaticani Codices, id eſt easdem vires obtinet paterna voluntas, ac profeſſio filii ſeſe jam puberis devoventis Monaſterio, quidquid horum fuerit allegatum, ſive propria profeſſio, aut voluntas paterna, ratæ firmæque conſiſtent vires donationis, quæ a filio infirmari, & revocari non poterit. Rationem hujus differentiæ quærit Baſilius Pontius Legionenſis, quod in Clerico non intercederet illa traditio, qua compleretur & perficeretur illa donatio, quam rationem aperte falſam eſſe ac frivolam evincunt verba Syn. Toletanæ 2. quæ ſupra fuere allata, ubei dicitur miniſterio electorum fuiſſe contraditos infantes, qui clero a parentibus offerebantur, eadem ſcilicet traditionis ſolemni formula, quæ in devovendis monaſterio infantibus adhibebatur, de qua Bernardus *Epiſt.* 1. Vera hæc eſt ratio, quam aſſigno. Quo nobilior & ſublimior eſt natura, eo debet eſſe majori libertate prædita, quod & agnoſcit Plato in *Parmenide*, qui tamen decem fatales leges ſtatuit, quæ tollunt liberæ voluntatis arbitrium. Ita quo perfectior actus eminet, in eo debent effulgere magis illuſtres radii libertatis, ita Dionyſius *cap.* 8. *Cœleſt. Hierar.* ait dominationes, quæ ſtant in ſecundo ordine illius militiæ cœleſtis, ita appellari, ut eo nomine deſignetur liber ad cœleſtia motus, evectioque mentis: τ μὲν ὃν ἁγίων κυριοτήτων τὴν ἐκφαντορικὴν ὀνομασίαν οἶμαι δη-

ἐνλῶν ἀδήλων τινὰ ἢ πάσης ἐπιστήμης ὑψίστης ἐλθόντων ἀναγωγήν. In ſe enim dominationes illuſtrem exhibent characterem divinæ mentis, quæ non naturæ neceſſitate, aut intelligentiæ, ſed imperio voluntatis omnia perficit. Eo vero majorem in agendo libertatem apiſcuntur, quo propius Deo accedunt, in quo ſumma eminet libertas. Ita cum perfectior ſit ſtatus ordinis Eccleſiaſtici, quam Monaſtici, in ſtatu Clericorum ſuſcipiendo major exquirenda fuit libertas, quæ ſpontaneum tam ſancto voto finem præſcriberet. Perfectiorem autem eſſe vitam Clericorum, quam Monachorum indicat Ambroſius *epiſt.* 82. ubei Clericorum & Monachorum ordinem ita diſtinguit: *Hæc ergo vita in ſtadio, illa in ſpelunca, illa adverſus confuſionem ſæculi, illa adverſus carnis appetentiam. Hæc ſubjiciens, illa refugiens corporis voluptates, hæc gratior, illa tutior, hæc ſe ipſam regens, illa ſemetipſam coërcens.* Et hæc de ætate, quæ definita erat promovendis lectoribus, qui libros ἐνθαδέτης ex ſacro ambone legebant, & in quorum ordinatione Epiſcopus ſolemni comprecationis formula illis apprecabatur πνεῦμα προφητικόν, ut auctor eſt Clemens Romanus *lib.* 2. Διαταγῶν.

Rem inſtitutam proſequor. Diaconis etiam certa ætas finita fuit, quorum Diaconorum duplex erat ordo in Eccleſia CP. quorum alii erant ἀρχοντικοὶ, atque alii οἱ κοινοί. Diaconi ordinari non poterant, niſi plenam, juſtam & integram ætatem impleviſſent majores 25. ann. *Nov.* Juſtinian. 123. Et Collectio Synodorum Eccleſiæ Carthaginenſis *can.* 101.

Presbyteri, quorum nomen ætatis meritum & prærogativa commendat, ordinari non poterant, niſi anno 30. eadem *Nov.* 123. ubei quidam male legunt *ætatis* 35. quæ ætas ab Epiſcopis exigebatur, ut majores eſſent 30. ann. antequam ad Epiſcopatum promoverentur, quæ breviter interpretor, nam de his ſæpe dabitur dicendi locus in decurſu hujuſce tractatus.

At poſtquam probata fuerat ætas, inquirendi erant mores ordinandi, vitæ qualitas, ſive anteactæ vitæ ſtatus. Prædicari dicuntur a veteribus Eccleſiaſticis ſcriptoribus Tertulliano, Cypriano & aliis. In hac autem inquirenda vitæ qualitate alia ratio erat veteris Eccleſiæ, atque alia ſequioris ævi Eccleſiaſtici in extrema fata delabentis. Primis Eccleſiæ ſæculis vetabantur ordinari clinici, qui dum rapida & quercera febri conflictarentur Baptismum poſtulaverant, non prona voluntate, ſed magis metu illius extremi vitæ conflictus. Quod omnibus jam provulgatum eſt.

In veteri etiam Eccleſia ordinari non poterant pœnitentes, qui publicam egerant pœnitentiam. Tam enim ſevera erat Eccleſiæ diſciplina, ut non paterentur illum præeſſe rebus ſacris, in quo adhuc extarent cicatrices, inuſtæ notæ, inſcriptaque veluti ſtigmata præteriti criminis, ut enim abolitio & indulgentia quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, ſed pœnæ gratiam facit. *l. un. C. de gener. abolit.* ita pœnitentia functis commonio quidem Eccleſiaſtica, juſque confraternitatis redintegrabatur, ſed non integri & illibati ſtatus conditio reſtituebatur. Ita *Synod. Tolet. 4. can. 4. Qui vero ita pœnitentiam accipiunt, ut aliquod mortale peccatum perpetraſſe publico fateantur, ad Clerum vel honores Eccleſiaſticos pervenire nullatenus poterunt.* Si admiſerint capitalia crimina, quibus ſancitum erat certum pœnitentiæ genus, ut oſtendit Origenes *Homil.* 15. *ad cap.* 25. *Levit.* uti legibus publicorum judiciorum certa fuit legitima pœna conſtituta, a qua appellare non licebat, ne quis videretur de iniquitate legis conqueri. *l. ſi qua de verb. ſignif.* Neque obſtat & refragatur. Synod. Gerundenſis *can.* 9. *Is vero qui ægritudinis languore depreſſus, pœnitentiæ benedictionem, quam viaticum deputamus, per communionem acceperit, & poſtmodum reconvaleſcens, caput pœnitentiæ non ſubdiderit, ſi prohibitis vitiis non detinetur obnoxius, admittatur ad Clericum.* Qui canon exaudiendus eſt de ſpontanea pœnitentia, quæ non irrogabatur ob publica crimina, ut ſi manifeſtarius fur mœchus aut homicida foret, nec enim ob crimen irrogata pœnitentia notatus ad Eccleſiæ miniſteria potuit adſpirare. Pœnitentia enim humi provolvit eos, qui conſiſtunt in ſubſtrationis ordine. Unde propudioſum foret pedem altari inferri, ut pluribus oſtendit Optatus Milevitanus *adverſus Parmenianum.*

Juris etiam Eccleſiaſtici ea fuit diſciplina, ut bigami & qui concubinam habuiſſent ad Sacerdotium provehi non poſſent: ita *Can.* 16. *Apoſtol.* aut qui vulgo *Apoſtolici* appellantur. *Qui poſt Baptismum duobus fuerit implicitus conjugiis, vel concubinam habuerit, non poteſt eſſe Epiſcopus, vel Presbyter, vel Diaconus, aut omnino ex numero Sacerdotali.* Male viri Doctiſſimi putant heic arceri bigamos ab ordine Eccleſiaſtico, quod concubinarii proſcribantur ut infames, ignominiæ nota compuncti, quibus non debent patere aditus dignitatum, aut miniſteriorum Eccleſiæ. Verum hoc canone non agitur de turpi vita ordinandorum, ſed de bigamia quæ ordinandis præbet impedimentum. Ita hunc canonem interpretor. Non poteſt Presbyter aut Diaconus ordinari, qui duobus fuit implicitus conjugiis, aut concubinam habuit, id eſt qui unam uxorem juſtam & legitimam id eſt jure ductam confectis dotalibus inſtrumentis, dote dicta aut promiſſa, celebratis pactis dotalibus, eaque uxore fato functa alteram ſuperinduxit concubinam, id eſt non jure ductam abſque arrhis ſponſalitiis, nulla interveniente ſtipulatione dotis. Ita R. Jehuda in *Talmud Paraſch. Sanhedrim: uxores dotalibus inſtrumentis, concubinæ ſine his inſtrumentis.* Ita *can. is qui diſt.* 33. Is qui non habet uxorem, & pro uxore concubinam habet, a communione non repelletur. Quem canonem male Ferdin. a Mendoza ad *Syn. Illiberitanam* interpretatur, qui ait non diſtringi excommunicationem adverſus eos, quod tam fœdum in modum corrupti forent mores in Hiſpania, ut juſtam faceret peccandi licentiam publica morum corruptela. Ita Salvianus *lib. 7. de Provid.* ait Afrum non videri Afrum, qui impurus non foret. Ita Hiſpanum prope excidiſſe jure natalium, qui a crimine publico ſeſe corrumpi, aut inflecti non ſineret. Non eſt autem exercenda ſeveritas in peccata multorum, turba enim populuſque omnis eſt impatiens remedii. Verum quis credet ab Epiſcopis laxari habenas, qui erant vindices publicæ morum diſciplinæ. Quis credat violari impune caſtiſſimorum temporum ſectam. Vera ratio hæc eſt. Non percelli excommunicatione eum, qui concubinam habeat, id eſt qui eam thori conſortem adſciſcat, cum qua intercedat mutua fides, vitæ individuæ ſocietas, ut pluribus explicat Auguſtinus *lib. de bono conjug.* Atque ita qui unam legitimam habuerat, alteramque ſibi ſociarat abſque illa ſolennitate, quæ juſtos facit liberos, juſtis nuptiis quæſitos, contrahebatur ex hoc conſortio & contubernio bigamia, quæ obſtabat ordinandis.

Non poſſunt ad Sacerdotium provehi ex illicito & illegitimo coitu ſuſcepti, ita in libris Regum: filii adulterorum erunt in inconſummatione, τέκνα μοιχῶν ἀτέλεστα, id eſt conſecratione, & ordinatione perfici non poterant, niſi Monachi facti eſſent; aut in canonica diſciplina vixiſſent, ut habet *cap. 1. ext. de fil. Presb. ord. vel non.* Ea enim erat veterum opinio baptismo ſacerdotio & monachismo νέον ἄνθρωπον ποιεῖν novum reformari hominem, uti docent veteres interpretes ad *Can.* 9. Syn. Nicænæ.

Ita ad Sacerdotium provehi non poterant neophyti, ratiocinatores & apothecarii, ut loquitur Fulgentius Ferrandus Carthaginenſis Eccleſiæ Diaconus, Scholaſtici οἱ ἐκ τῆς ἀγορᾶς, qui palatinam mi-

miſſiũm exercent abſque permiſſu Principis, quæ ſingula ordine exquirere non eſt viſum.

Nunc ſupereſt extrema pars explicanda hujusce inſcriptionis, *de ordine præficiendorum.* Quo ordinis nomine maxime deſignatur Sacerdotium, ita *Synod. 7. cap. 14.* ὅτι τάξις ἐμπολιτεύεται ἐν ἱερωσύνῃ πάσῃ. in Sacerdotio ordo continetur, ac completur, Sacerdotium enim complet omnes alios inferiores ordines, uti quadrangula figura triangulum perfecte continet, ita eleganter Maximus & Pachymeres ad *cap. 11. Cœleſt. Hierarch. Dionyſii* diſputant, quemadmodum in Angelorum nominibus inferiores non participant ὑπερκειμένας ὁλότητας perfecta ſupra eminentium illuſtrationum complementa, ita Diaconi & inferiores ordines non poſſunt ea exequi, quæ muneri ſacerdotali vindicantur οὐχ ὁμοίως ἀλλ' ὑφειμένως, quamquam omnes clerici, ſacerdotes, diaconi, Epiſcopi communi clericorum nomine cenſentur, uti in cœleſti Hierarchia commune Angelorum nomen omnibus Angelorum ordinibus communicatur, ita Maximus: περιοχῆς κοινῆς ὀνόματι πάντες οἱ κληρικοὶ καλοῦνται ὡς καὶ οἱ ἄγγελοι. Diſtincto tamen, diverſoque ſingulis ordinibus attributo munere, ita interpres Joannis Scholaſtici: Διακόνου λέγει ἐπέχειν τὸ πρὸς τοὺς ἱερεὺς ἀγῶνας ἀλείφειν τὸ νῦν, καὶ τοὺς ἐναντίους ἀπελαύνειν λογισμοὺς ἀπ' αὐτοῦ. Πρεσβυτέρου δὲ, τὸ διὰ τῆς γνώσεως τὸν ὄντως φωτίζειν καὶ τὴν ψευδώνυμον γνῶσιν ἐξαφανίζειν. Ἐπισκόπου δὲ ὁ τοῦ ἁγίου μύρου πλῶν τῆς γνώσεως τῆς προσκυνητῆς καὶ ἁγίας τελειωτής. Univerſi vero ordinis Eccleſiaſtici duo genera ita ſeparat Baſilius *ep. can. ad Amphiloch. cap. 51.* ubi indicat clericorum alios eſſe ἐν τῷ βαθμῷ, atque alios ἐν τῇ ἀχειροτονήτῳ ὑπηρεσίᾳ, alios in gradu conſiſtere, atque alios in miniſterio abſque impoſitione manus. In gradu ſunt Epiſcopi, Sacerdotes, Diaconi, Hypodiaconi, quibus impertitur manus impoſitio, poſtquam Hypodiaconatus cœpit adſcribi ordinibus ſacris, ut oſtendit Innocent. III. *cap. 1. ext. de ſacram. non iter.* In miniſterio verſantur abſque impoſitione manus Lectores, qui σφραγῖδα ſuſcipiunt ab Epiſcopo Syn. Trullanæ *can. 33.* ſolo enim crucis ſigno conſignantur ab Epiſcopo.

Additur extrema parte rubricæ *de Ordine præficiendorum.* Quidam manu exarati Codd. ita hanc rubricam conceptam exhibent, *de ætate & qualitate ordinandorum, & ordine præficiendorum.* Eſt enim aliud ordinari, atque aliud præfici. Ita veteres can. interp. diſtinguunt τὸ χειροτονεῖσθαι ἢ προβάλλεσθαι. Dicuntur χειροτονεῖσθαι clerici quibus fit manus impoſitio προχειρίζεσθαι διὰ σφραγῖδος, aut προβάλλεσθαι, non per characterem, ut apud Balſamonem perperam vertit Gentianus Hervetus, ſed crucis ſigno impreſſo. Ita *can.* 10. *Syn. Chalcedonenſis* paramonarii cuſtodes ædium dicuntur præfici προβάλλεσθαι, de quibus paramonariis Gloſſ. ad *cap. penult. ext. de Cler. non reſid.* & Gregorius M. in *Dialogis.* Προχειρίζεσθαι ait Balſamo Chartophylacem, qui a Codino δεξιὰ χεὶρ Patriarchæ appellatur. Promoveri etiam dicuntur Diaconiſſæ quæ ad hæc miniſteria benedictione impertita promovebantur, quamquam Clemens *lib. 8. Conſtit.* ait fieri χειροθεσίαν, quod ita exaudiendum eſt, non quod Diaconiſſæ ordinatione perficerentur, ſed quod capita ſubmittentibus Epiſcopus elatis manibus ſolennem precationis formulam rite conciperet, ita idem Clemens *lib. 2.* τῶν Διατ. ait χειροθεσίας perfici dum baptiſmi perficitur initiatio. In hac vero rubrica dicitur *de Ordine præficiendorum*, non ordinandorum, quia *hoc tit.* non agitur ſolum de ætate & qualitate Diaconorum, aut Sacerdotum, ſed etiam de ætate & qualitate abbatum præficiendorum *cap. Tuam 10. hoc tit.* In quibus promovendis abbatibus non adhibetur manus impoſitio, ſed ſola impertitur benedictio *cap. 1. ext. de ſuppl. neglig. præl. cap. meminimus ext. de accuſat.* Germanus Patriarcha περὶ τῶν ἐπισκοπικῶν δικαίων inter jura epiſcopalia computat σφραγῖδα τῶν ἡγουμένων jus benedictionem conferendi præpoſitis Ephoriſque monaſteriorum. Quam benedictionem parum eſſe neceſſariam aſſerit Ivo epiſc. Carnot. *epiſt. 75.* & *epiſt. 88.* Et hæc eſt vera interpretatio inſcriptionis *hujus tit.* Nunc ſingula capita, quæ difficiliora videbuntur, aggredior.

Ad Cap. I.

Inſcriptio *hujus capituli* ita concepta eſt *ex Synodo Pictavenſi*, quæ ſub Paſchali II. convocata fuit, de qua Ivo Carnotenſ. *epiſt.* 137. hujus Synodi acta luci publicæ vindicavit Conditor Annalium ex Bibliotheca Vaticana. Ex qua Synodo plura capitula in hanc collectionem retulit Raimundus a Pennaforti *cap. 1. ext. de fil. Presbyter.* & *cap. 1. ext. de præb. & dignit.* Hujus vero capituli hæc eſt ſententia. Conſtitutum fuit in Synodo Pictavenſi, ut Abbates, Decani, Præpoſiti, Archidiaconi, Archipresbyteri fierent Sacerdotes, aut ſi abſque juſta & legitima cauſſa ad Sacerdotium non proveherentur, damno & jactura coërceantur dignitatum. Ubi ordine mihi demonſtrandum incumbit, quomodo Abbates, Decani, Præpoſiti, Archidiaconi & Archipresbyteri jubentur ad Sacerdotium provehi, aut excidunt jure præbendarum, quibus qui fruuntur χαριστικάριοι appellantur *Nov.* Alexii Comneni.

Ac primo jubentur Abbates ad Sacerdotium promoveri. Ubi obſervandum ex veteris Eccleſiæ uſu, neque Abbates, qui ſunt patres Monachorum, neque Monachos clericorum numero fuiſſe adſcriptos *l. generaliter 52. C. de Epiſc. & Cler.* Palladius *Hiſt. Lauſ. cap. 7.* narrat octo fuiſſe Presbyteros in Eccleſia montis Nitriæ, quorum unus tantum offerebat, judicabat, concionem habebat, alii compresbyteri cum ſilentio conſidebant. Ubi obſervandum eſt neminem adhuc certam exploratamque epocham aſſignaſſe, quando primum cœperint Monachi Clericorum numero adſcribi. Putat Theodorus Balſamo ad *Nomocan. Photii tit. 1. cap. 31.* cœpiſſe Monachos inter Clericos recenſeri ſub Laodicena Synodo. Fruſtra tam antiqua acceſſi argumenta demonſtro *libro ſingulari de origine vitæ monaſticæ in Oriente & Occidente*, quem habeo paratum in manibus. Monachi vero ex veteris Eccleſiæ diſciplina Sacerdotes eſſe non poterant, quia inter pœnitentes deputabantur. Monachus enim, ut ait Hieronymus, vox eſt plangentis & ejulantis. Ejulantium autem fuit gradus pœnitentiæ, ita Gregorius Thaumaturgus *canone* 11. ἡ πρόσκλαυσις ἔξω τῆς πύλης τοῦ εὐκτηρίου ἐστὶν, ἔνθα ἑστῶτα τὸν ἁμαρτάνοντα, χρὴ τῶν εἰσιόντων δεῖσθαι πιστῶν, ὑπὲρ αὐτοῦ εὔχεσθαι. Ejulantes conſiſtebant extra fores Eccleſiæ in pronao, non licebat ſubire veſtibulum πυλεῶνας βασιλικὰς, non templi navem, non abſidem conchamve in qua ſtabat intimum Sanctuarium. Stabant ejulantes in narthece & ferula, ubi jejuniis & lachrymis preces alebant, invidia cœlum tundebant, presbyteris advolvebantur, caris Dei adgeniculabantur, omnibus fratribus legationes deprecationis ſuæ injungebant, ut loquitur Tertullianus *lib. de Pœnis.* Unde & in monaſteriis locus erat qui vulgo dicebatur χώρα πενθούντων regio plangentium & ejulantium, ut auctor eſt Joannes Scholaſticus ad *Scalam Paradiſi cap.* 5. in quo loco pœnitentes Monachi pavimenta lachrymis inundabant, aut lachrymis deſtituti verberibus ſeſe in fruſta conſcindebant: οἱ μὲν ἐν ἐκείνοις τόποις τὸ ἔδαφος τοῖς δάκρυσιν ἔβρεχον, οἱ δὲ δακρύων ἀπορούντες ἑαυτοὺς κατέκοπτον. Ita vero Mona-

by Goo

chiomus erat ordo pœnitentium, ut damnati rei ad Monaſterium tanquam in inſulam relegarentur περικλεισμένοι ἐν τῇ νήσῳ, ut habent *libri Baſilicon.* Ita *can. Romanus diſt.* 81. Theanenſis Eccleſiæ Clericus adulterii convictus ad Monaſterium damnatur, quæ eadem pœna irrogata fœminis adulteris *Nov. Juſt.* 134. unde Michaël Pſellus.

> Ἡ μὲν εἰς μοναστήριον ἐνδίκως διαγέτω
> Μελαμφοροῦσα πάντοτε κατὰ τὰς κεκαρμένας.

Ita *cap. omnis utriusque ext. de pœnit. & remiſſ.* in Monaſteria deportabantur Sacerdotes οἱ τῆς μετανοίας πατέρες πνευματικοὶ, qui violata religione Sacramenti indicium prodidiſſent criminum, quorum foret illis facta privata conteſtatio, cujus ſigilli, ſecretique extat illuſtre veſtigium apud Joannem Climacum *lib.* qui *Paſtor* inſcribitur. Ita etiam ad arctiora Monaſteria detrudebantur monachi, qui forent convicti criminis ſimoniæ *cap. dilectus* 30. *ext. de ſimon.* Eſt enim ſimonia, ut eleganter ait Taraſius Patriarcha CP. φορητότερον ἐστι τὸν πνευματικὸν Μακεδόνιον βλασφημήσαντα δουλεῦσαι τὸ ἅγιον πνεῦμα τὸ, ἢ πωλοῦντα διὰ χρημάτων τοῦ ἁγίου κτίσματος γένομαι. Ex quibus apertiſſimum eſt Monachos pœnitentium numero fuiſſe adſcriptos, in ipſis Monaſteriis certos fuiſſe ſancitos pœnitentiæ gradus, ipſaque demum Monaſteria pœnitentiæ fuiſſe dedicata loca, verum poſtquam illa pœnitentia ſpontanea eſſe cœpit, pœnaque ſine nota & dedecore μετανοῶν κατάδικος ἀκατάσχυντος, ut pœnitentia irrogata non pulſet frontem verecundia non oneret lædatve famam. Ex eo tempore Monachi Sacerdotes fieri cœperunt. Hoc autem cœpit, quod interpretor locantur Abbates ante Decanos, quia jam Monachorum ordo pars erat Eccleſiaſticæ Hierarchiæ, ita in Hiſpanis Synodis Abbates ſubſcribere cœperunt in Toletana Syn. 8. ubi ante Archipresbyteros, & Archidiaconos & Epiſcoporum vicarios τοποτηρητὰς ſubſcribunt. In Toletana Syn. 14. ſuffragium etiam tulere, ut indicat ſubſcriptio Aſfalii. *Aſfalius Dei nutu Abbas hæc geſta Synodica a nobis definita ſubſcripſi,* quæ ſingula alio loco exagitabimus ſingulari diatriba. Ubi jam quisqua videt Abbates juberi fieri Sacerdotes, quod partem conſtituant Hierarchiæ Eccleſiaſticæ.

Poſt Abbates proxime conſequuntur Decani, quia cum ſint capita collegii, turpe & inhoneſtum ſit Presbyteris illum præeſſe, qui in Sacerdotii gradu non ſit conſtitutus. Quemadmodum prima cœleſtis Hierarchia dicitur ſtare in limine divinitatis ἐν προθύροις θεαρχίας πεπηγμένη, ita Decani perfuſi propius radiis Epiſcopalis auctoritatis, in qua verſatur apex & faſtigium Sacerdotii, ad Sacerdotium debent accedere. Quæ dignitas Decanorum tam ampla nacta fuit incrementa, dum miſerabili Eccleſiæ diſſidio in Eccleſia deſævirent ſchismata. Qui decani ſunt capita collegii ſive contubernii, ita Aſtrologi decania appellant, Manilius in *libro Apotelesmatico.*

> *Quam partem decimam dixere decania gentes.*

Singula enim ſigna tribus veluti decuriis diſtinguuntur, unde & decani appellantur κατὰ δεκαμοιραίων διάστημα, omnia enim ſigna in triginta partes dividuntur, ſingulas vero partes appellant, quæ ex decem complentur, unde & decanorum nomen in militia, qui novem ipſi decimi in militia, præeſſent, unde capita contubernii & capita ſcholæ appellantur. Ab Aſtrologis veró ad militiam, a militia in Eccleſiam fluxit hoc decanorum nomen. Quorum decanorum alii ſunt urbani, atque alii regionales, qui juriſdictionem Epiſcopalem exercere vetantur ſub annuo cenſu tanquam mancipes & redemptores. *cap. 1. ext. ne prœl. vic. ſuas aut Eccleſ. ſub ann. cenſ. conced. Præterea quoniam quidam in quibusdam partibus ſub pretio ſtatuuntur, qui Decani vocantur, & pro certa pecuniæ quantitate juriſdictionem Epiſcopalem exercent, præſenti decreto ſtatuimus, ut qui de cætero hæc præſumſerit, officio privetur.* Ubi vetatur, ne lucra juriſdictionis Epiſcopalis ſub annuo vectigali elocentur. Quod malum ex tribunalibus laicorum in Eccleſiaſtica defluxerat, ut ſub nomine guardiæ officia ex cauſa veluti locati conducti darentur, uti feuda guardiæ ſive Caſtaldiæ, ut vallivæ redimerentur, id eſt ad redemptionem cogerentur oblato pretio, uti teſtatur Rogerus Hovedenus de Balliviis Pictavenſibus & Turonenſibus, quæ eo tempore parebant Regibus Anglorum. Quod & in Anglia ſervatum teſtatur Matthæus Paris in *Richardo* I. *Eodem tempore Rex Richardus depoſuit a Balliviis ſuis Ranulphum de Glanvilla Juſtitiarium & fere omnes vicecomites in Anglia & miniſtros eorum, quos omnes ad gravem coëgit redemptionem.* Quo funeſtiſſimo exemplo importata clades, quæ hoc decreto vindicata fuit adverſus decanos.

Singulas partes hujusce capituli decurro. Præpoſiti etiam Sacerdotes fieri jubentur. Quæ præpoſitorum dignitas novitia eſt, novi tantum juris uſu recepta. Eccleſiaſticæ veteris πολιτείας dignitates ſunt, uti Archipresbyteri, Diaconi Palatini, Baſilicarii, Regionarii, Stationarii, Primicerii ſcholæ cantorum, Primicerii ſcholæ defenſorum, cancellarii, ſcriniarii, bibliothecarii, nomenclatores camerarii, aliaque id genus officiorum nomina. At præpoſiti nomen & dignitas ſero tandem in Eccleſiam invecta, ita ſæpe in Gregoriana collectione occurrit præpoſitorum mentio, uti conſtat ex *cap. ex parte* 15. *ext. de Cler. non reſid. cap. conſtitutis* 2. *ext. de Appellat. cap. ex ore* 3. *ext. de his quæ fiu. a maj. part. capit. can. Salvator quæſt.* 3.

Præpoſitis ſubcedanei veniunt Archidiaconi, qui jubentur ſuſcipere Diaconatus ordinem. Qui enim Diaconatus officio defungi poterant, niſi gratia adſideat, præſensque adſit ordini Diaconatus annexa. Illa jam dudum ſervatur deciſio Theologiæ Symbolicæ præter gratiam τελεταρχικὴν, quæ hujus Sacramenti participatione impertitur, communicari etiam alia dona & auxilia ſingulis Sacramentis ſpeciali jure attributa, ita Dionyſ. *cap.* 1. *Eccleſiaſt. Hier.* ἡμῶν τε τοῦ πρὸς αὐτὸν ἀνατεινομένου, καὶ ἡμᾶς ἀνατείνοντος τῷ καλοῦ ἔρωτι συμπτύσσοντος τὰς πολλὰς ἑτερότητας καὶ εἰς ἑνιαίαν καὶ θείαν ἀποτελέσαντος ζωὴν, ἕξιν καὶ ἐνέργειαν ἱεροπρεπῆ δωρεῖται τῆς θείας ἱερωσύνης δύναμιν. Præter illam divinam Sacerdotii virtutem effundit divina manus admiſcetque diverſos gratiæ latices τὰς ἑτερότητας. Atque ita Archidiaconi quomodo rite ſua exequantur munera, niſi adſint illa divinæ gratiæ ſubſidia. Quo jure compellentur Archidiaconi abſque ordine Diaconatus qui Archidiaconi in Eccleſia CP. eliguntur ex numero ἐξωκατακοίλων qui ita dicti fuerant, quod catacœlem habitarent, ut indicant Origines Conſtantinopolitanæ. *Catacœle* vero dicitur, uti apud Anaſtaſium Bibliothecarium *catabarbara*, locus prope prædium Barbaræ Patriciæ Romanæ, ſed de his alias. Archidiaconi in Hiſpania jus habuere ferendi ſuffragii, ut dudum obſervavit Garcias a Lojaſa ad *Synod. Toletan.* 4. Heic obverſatur difficultas, quare Archidiaconi locantur ante Archipresbyteros. Quem ordinem ſequutus fuit Reimundus in hac collectione, in qua ita concepta fuit ſeries & commiſſura titulorum, ut primum occurrat *tit. de off. Archid.* ac deinde conſequatur *tit. de off. Archipresb.* Præpoſterum eſſe hunc ordinem indicat *can.* 18. *Syn. Nicænæ*, ubi vetitum fuit, ne liceat Diaconis ſedere in medio Presbyterorum. Eleganter Hieronymus *epiſt.* 85. *Quis patiatur ut menſarum & viduarum miniſter ſupra eos ſe tumidus efferat, ad quorum preces Chriſti corpus ſanguiſque con-*

fici-

ſcitur, quibus ſcilicet collata eſt poteſtas in corpus verum & myſticum Chriſti, ut loquuntur doctiſſimæ ſcholæ Theologorum. Rationem ſtatuo, quare Archidiaconi locentur ante Archipresbyteros. Gregorius Theologus, ut obſervat Georgius Pachymeres, quærit quare primus ordo cœleſtis Hierarchiæ, qui nullo intermedio cœleſtes a Deo excipit illuſtrationes, hunc primum ordinem ſit conſequutus? An Seraphim & Cherubim primum fuerint ordinem nacti ex virtute an virtutem ex ordine, cum & virtutem & ordinem eminentiſſimum poſſideant, εἴτε ἐκ τῆς τάξεως ἔχουσι τὴν λαμπρότητα, εἴτε τὴν τάξιν ἐκ τῆς λαμπρότητος. Alia utique ratio eſt ſplendoris dignitatis ac muneris, atque alia ordinis, ita Anaſtaſius Germonius putat Archidiaconos ante Archipresbyteros conſtitui, quia Archidiaconis quidem ſunt majores ordine, dignitate tamen adminiſtrationis inferiores. Unde fiebat, ut Archidiaconi qui inſolenter vellent in clero dominari, ad ſacerdotium proveherentur, eoque modo juberentur cedere adminiſtratione, quæ Archidiaconorum muneri competebat, quod indicat Eulogius *libr. adverſus Novatianos*. Alia inſuper occurrit ratio quare Raimundus hunc fuerit ſequutus ordinem ut Archipresbyteri poſt Archidiaconos ſedeant. Quod quidem factum arbitror a Raimundo à Pennaforti ex uſu ſui ſæculi, quo uſurparant Archidiaconi prærogativam conſeſſus, quia Archidiaconi plerumque conſidebant in Synodis vicarii Epiſcoporum. Diaconi plerumque ab Epiſcopis deligebantur audiendis diſcingendisque cauſſis Presbyterorum. Diaconi enim fuere in Eccleſia defenſores judices Eccleſiaſtici, uti *cap.* 10. *de jud.* cujus inſcriptio ita conſignata fuit. *Gregorius defenſori Corſycæ.* Archidiaconi Circitores & περιοδευταὶ inquirebant in vitam, moresque presbyterorum, ex eoque ſibi vindicavere jus & prærogativam conſeſſus ante Archipresbyteros. Ita in Eccleſia Orientali Carthophylaces, quamvis tantum Diaconi forent, non ſolum ante Presbyteros, ſed & ante Pontifices ſedebant ex Nov. Alexii Comneni.

Poſtremo tandem ordine veniunt Archipresbyteri, quorum hoc fuit munus providere miniſterium ſacerdotum cardinalium *cap* 2. *ext. de off. Archipresb.* id eſt eorum ſacerdotum, qui per cardines & regiones diſpoſiti, ſtatutique erant: cardines enim ſunt regiones & limites locorum, uti pluribus demonſtravimus. Succeſſere autem Archipresbyteri in locum chorepiſcoporum, de quibus *can.* 13. *Syn. Ancyr.* quem canonem tot interpretes male excepere; quamvis longe diſpar fuit ratio & chorepiſcoporum & Archipresbyterorum, qui chorepiſcopi poterant lectores inſtituere, & exorciſtas, neque tamen licuit chriſma conficere, aut ſacerdotes conſecrare, uti Magiſtratus municipales ex cauſſa damni infecti poterant in poſſeſſionem mittere, ex primo decreto, quæ poſſeſſio vicaria appellatur, quia vice cautionis non interpoſitæ fungitur *l. poſtquam ff. ut leg. nom. cav.* Cætera Prætor ſuæ juriſdictioni reſervat, ſed ad rem. Jubentur autem Archipresbyteri, aliique ut Abbates & Decani ad ſacerdotium provehi, niſi juſta & legitima cauſſa ſubſit, ut ſi beneficii lis aut controverſia ſit, *can. commiſſa* 25. *de Elect. in ſext.*

Additur in fine *hujus capit.* ut ſi ad ſacerdotium non promoveantur, prælationes amittant. Prælationes ait, quia Abbatia decanatus, & Archidiaconatus nomine dignitatis cenſentur *cap. cum in cunctis §. inferiora ext. de Elect.* Ubi obſervandum eſt; quod etiam protritum & provulgatum eſt in iis ſcholis, in quibus hodie dominantur mancipia nata ad ſervitutem, aliud eſſe dignitatem, aliud perſonatum, atque aliud officium. Dignitas dicitur, honor cum juriſdictione, ita *l.* 14. *ff. de mun. & honor.* honor eſt adminiſtratio Reip. cum dignitatis gradu, uti Decani, Archidiaconi, præcentores. *cap. ad aures* 8. *ext. de Reſcript.* ita *can.* 57. Collect. Carthaginenſis, dum redintegrandum fuit violatum a Donatiſtis unitatis Eccleſiaſticæ commercium. *Quoniam*, inquiunt Patres Africani, *quidam hujus ſectæ Clerici, cum plebibus atque honoribus ſuis ad nos tranſire deſiderant.* in eadem Collectione *ut cum ſuis honoribus reſtituantur.* Perſonatus eſt prærogativa conſeſſus in choro & ſtallo abſque juriſdictione, ita primiceriatus dicitur perſonatus, quamvis confuſe & permixtim primiceriatus modo dignitas, modo perſonatus dicitur *cap. cum acceſſiſſent ext. de conſuet.* Perſonatum dicuntur habere, id eſt ſtatum eminentiorem, uti ἀπρόσωποι dicuntur ſervi qui neque ſtatum, neque perſonam habent. Officium autem eſt nuda & mera adminiſtratio abſque juriſdictione & honore conſeſſus, & prærogativa προεδρίας. Græci JC. aliter diſtinguunt ὀφφίκια & δεξιωτίκια. Officia appellant, quæ merito, ſuffragio & Electorum judicio delata obveniunt, δεξιωτίκια vero, quæ per pyctacia & codicillos, & patriarchalia encauta conferuntur, ita Joannes Epiſcopus Cytri ad Conſtantinum Cabaſilam, Archidiaconatus, inquit, non eſt δεξιωτίκιον οὐδ' ἐκ φιλοτιμίας ἀρχιερατικῆς ὥσπερ τὰ δεξιωτίκια, ὀφφίκιον δὲ παλαιὸν ἐκκλησιαστικόν. Et hæc eſt interpretatio *hujuſce capituli.*

Ad Cap. II.

Hæc conſtitutio emiſſa fuit ab Alexandro III. ad Archiepiſcopum Cantuarenſem, quem auguror fuiſſe Thomam de Becquet; ad quem plures extant emiſſæ conſtitutiones, uti *cap. ex frequentibus* 3. *ext. de inſtit.* ubei eum fratrem appellat Alexander III. Ita vetus liber formularum Eccleſiæ CP. οἱ δὲ Ἀρχιεπίσκοποι οὐ γράφονται ὑπέρτιμοι, ἀλλ' ἀδελφοὶ, καὶ συλλειτουργοὶ, ὡς καὶ οἱ μητροπολῖται. Qui Cantuarenſis Archiepiſcopus ſibi jus vindicabat ferendi crucem per totam Angliam, contra idem jus ſibi vindicante Archiepiſcopo Eboracenſi, ut conſtat ex *cap.* 1. *ext. ut lit. pend. nih. inn.* Cujus controverſiæ veſtigia extant apud Rogerum Hovedenum in Henrico II. & Richard. I. ſed ad rem.

Cauſſæ conſtitutio ita conformanda eſt. Conventrenſis Epiſcopus vacantes Eccleſias intra territorium & conſeptum Archidiaconatus Ciſtrenſis pueris concedebat, quod vetatur *can. pueri* 1. *quæſt.* 1. turpe enim & periculoſum eſt pueris Eccleſiarum adminiſtrationem committere. cujus ætatis conſilium fragile, multis captionibus ſuppoſitum, multorum inſidiis expoſitum. Eo corruptelæ fuerat res progreſſa, ut laicis adminiſtratio Eccleſiarum demandaretur, quod improbatum fuit veteribus canonibus, ita can. 26. Syn. Chalcedon. Quare Alexander III. jubet, ut arceantur adminiſtratione laici, ne amplius præficiantur Eccleſiæ. Jubet inſuper, ne videantur eſſe milites in Eccleſia, aut potius duces butyro ſtipendiati, ut loquitur Tertullianus *lib.* 4. *adverſus Marcionem*, ut ſi ultra tempora canonibus definita ad Eccleſiaſticas dignitates deinceps promoverit Epiſcopus Conventrenſis, in irritum devocetur inſtitutio: ex benignitate tamen juris, quæ ad conſequentias protrahi non debet, Pontifex veniam indulget ætatis, ut rata firmaque ſit inſtitutio, quæ fuerat facta ab Epiſcopo Conventrenſi, quod οἰκονομικῶς inducitur, nam ipſo jure nullæ conſiſtebant vires inſtitutionis, *cap. cum in cunctis ext. de elect.* & hæc eſt ſententia *hujus capit.*

Ubei duo obſervanda ſunt. Primum quo jure Archiepiſcopus Cantuarenſis potuit judicium interponere adverſus Clericos promotos intra conſeptum & perticationem Archidiaconatus Ciſtrenſis. Alterum eſt, quod inveſtigandum occurrit, quo jure cuſtodia idoneis Clericis committitur, donce pueri

ri inſtituti ad congruam juſtam & legitimam ætatem pervenerint.

Ac primum obſervandum eſt Archiepiſcopum Cantuarenſem intra territorium Ciſtrenſe jus dicere ex jure legationis, ita integra decretalis *ex ratione tibi commiſſæ dignitatis, & conſideratione legationis.* Quod legationis nomen ambitioſe expetitum in Oriente, & Occidente. In Oriente conceſſum legati nomen Heracleano Epiſcopo, Corinthiorum & Philadelphienſi Archiepiſcopis Theſſalonicæ & Juſtinianeæ primæ. In Occidente Rhemenſi Archiepiſcopo in Galliis, in Anglia Archiepiſcopo Cantuarenſi, uti teſtatur Eadmerus Monachus *lib.* 1. *Hiſtoriæ Anſelmi Cantuarenſis Archiepiſcopi. Siquidem mos & conſuetudo Archiepiſcoporum Cantuarenſium, ab antiqua fuit, & eſt, ut in terris ſuis ubicumque per Angliam ſint, nullus Epiſcoporum præter ſe jus aliquod habeat, ſed humana ſimul, & divina omnia velut in propria diœceſi in ſua diſpoſitione conſiſtant.* Ita etiam idem Eadmerus *lib.* 3. *Eodem anno venit in Angliam Guido Archiepiſcopus Viennenſis, functus, ut dicebat, legatione totius Britanniæ, ex præcepto & auctoritate ſedis Apoſtolicæ. Quod per Angliam auditum in admirationem omnibus venit, inauditum ſcilicet in Britannia cuncti ſcientes, quemlibet hominum ſuper ſe vices Apoſtolicas gerere, niſi ſolum Archiepiſcopum Cantuariæ.* Quo jure legationis jubetur auctoritatem ſuam interponere Archiepiſcopus Cantuarenſis. *cap.* 2. *ext. de inſtit.* ne deinceps inſtituantur Clerici abſque conſenſu Epiſcopi, aut ejus officialium, ubei officiales dicuntur vicarii Epiſcoporum, ita appellat Albertus Argentinenſis in *vita Bertholdi Argentinenſis Epiſcopi.* Jure legationis juriſdictionem exequitur in diœceſi Conventrenſi, quia non ſua, ſed alieno beneficio demandata juriſdictione fungitur ſummi Pontificis, cui id præcipui titulo vindicatur, ut putat Hincmarus Rhemenſis *adverſus Laudunenſ. Epiſc.* in ſingulis Eccleſiis, in quibus conſtitutæ ſunt ſedes Epiſcopales, cathedram Petri conſiſtere, ut Petrus, ejuſque vicarii Romani Pontifices omnium Eccleſiarum ſint Epiſcopi, alii omnes Epiſcopi tanquam vice ſacra judicent, id eſt, ſupremæ ordinariæ poteſtatis ſplendore perfuſi, vicis Apoſtolicæ auctoritatem obtineant, ſed hæc aliis tractanda quæſtio non mihi, quamdiu in hac ingrata verſabor judiciorum alea, unde & ſæpe inductum, ut Epiſcopi cognoſcant tanquam ſpeciali mandato, uti *cap. irrefragabili* 13. *ext. de offic. jud. ord.* non quidem aperto jure, ſed commentitio, quod fictitium & πλασματῶδες eſt.

Alteram *hujusce capituli* partem exequor. Interea temporis dum exſpectatur progreſſus ætatis, remotis laïcis tamquam ſuſpectis tutoribus jubentur accedere ad adminiſtrationem idonei Clerici, ita in Notitia Patriarcharum Eccleſiæ Conſtantinopolitanæ: *Τρύφων μόναχος ἐπὶ Ῥωμανοῦ ἀρχιερατεύσας ἐπὶ ῥητῷ καιρῷ, μέχρις ἂν Θεοφύλακτος ὁ τοῦ βασιλέως υἱὸς εἰς μέτρον φθάσῃ νομίμου ἡλικίας.* Trypho Monachus imperante Romano Pontificatum adminiſtravit ad certum tempus, donec Theophylactus imperatoris filius ætatis juſtæ pleramque modum attigiſſet. Qui clerici ita ſubſtituti dicuntur accedere, non ſuccedere, nec enim duo in ſolidum unum & eundem Epiſcopatum tenere poſſunt, uti primum in Nicæna Synodo conſtitutum fuerat; unde & eleganter Pacianus Barcinonenſis *epiſt.* 2. *ad Sympronianum; Egone Apoſtaticus, an Novatianus, quem abſentem Epiſcopum epiſtola finxit, quem conſecrante nullo linteata ſedes accepit.* Eſt enim inſtar portenti unum corpus duobus capitibus naſci, quamquam equidem neceſſitate exigente quam ambitioſam rerum conſiliariam appello, uti Hilarius Pictavenſis charitatem vocat ambitioſam patronam delictorum, neceſſitate jubente, ut coaleſcerent diverſa partium ſtudia, Epiſcopatus fuere diviſi, ut in Synodo 3. Toletana, in qua unius ſedis Epiſcopalis duæ leguntur ſubſcriptiones duorum Epiſcoporum. Qua lege fœdus paxque inita cum Epiſcopis Arianis, quos Chronicum Alexandrinum *ἐξωμότας* appellat. de Donatiſtis jam dudum dixi ad *indiculos Eccleſiaſticorum Canonum.* Ad alia progredior.

AD CAP. IV.

In *hoc capit.* verſatur nobiliſſima Conſtitutio Alexandri III. qua ſancitum fuit, ne cuiquam liceret duas aut plures præbendas habere. Sed ſi quis unam præbendam haberet, deinde alteram conſequeretur, cogatur eligere, quam velit dimittere, aut retinere. Quæ eadem conſtitutio ſancita firmataque extat in Synodo Lateranenſi *cap. in tantum ext. de præb.*

Ut plana apertaque in luce verſetur conſtitutionis ſententia, primum accerſendæ ſunt origines primævæ vitæ clericorum, quando communis erat menſa, victuſque. Ac deinde mihi inveſtigandum incumbet, quomodo conſeneſcente tandem & fatiſcente vetere illa diſciplina ad diviſionem communis illius patrimonii provocavere Clerici.

Revocanda primum eſt veteris diſciplinæ clericorum imago, quæ jam prope defluxit. Obſervandum itaque eſt ex antiquo uſu ſervatum, ut Epiſcopo adeſſent vitæ teſtes, ita Synodi Tolet. 4. *cap.* 21. *Ut igitur excludatur deinceps omnis nefanda ſuſpicio, aut cauſus, & ne detur aliter ſecularibus obtrectandi locus, oportet Epiſcopos teſtimonium probabilium perſonarum in conclavi ſuo habere, ut & Deo placeant per conſcientiam puram, & Eccleſiæ per optimam famam.* Ex his clericis conflatum collegium corpuſque Presbyterorum, qui ſenatum Eccleſiæ conſtituere dicuntur: ita nuper effoſſa fuit ex ſacrario Sancti Petri Lemovicenſis Pii R. Pontif. epiſtola, quæ cœtum illum presbyterorum, qui Epiſcopo adſident comites veluti amici Epiſcopi, ſenatum appellat. *Salutat te Senatus Pauper Chriſti apud Romam conſtitutus.* Cujus certe epiſtolæ antiquitas, quam in dubium vocari video, ex ipſis verbis aſſeritur. heic enim Vienna *Senatoria* dicitur. Quæ nomina ſunt extrema veſtigia, umbræ aut reliquiæ exacti Romani imperii, ita vetus Numus, quem luci publicæ vindicavit Ambroſius Morales. Ex una parte legitur *Reccesvinthus Rex.* Et averſa parte *Cordoba Patricia.* Ita enim indigitabantur Senatoriæ aut Patriciæ, ſed ad rem. Horum Presbyterorum communis erat menſa victuſque, quod in Africa obſervatum teſtatur Auguſtinus *lib. de vit. comm. Cler.* conferebant utique in commune patrimonium, reſque omnes, ac initio quidem dum ſacramenta erogabantur inferebant Chriſtiani minuta quædam æra, non redemptæ religionis pretia, ſed veluti militiæ ſtipendia, quod tamen vetitum fuit Synodi Illiberitanæ *can.* 37. *Emendari placuit, ut hi qui baptizantur, ut fieri ſolebat, nummos in concham non immittant.* Ita etiam in Synodis Carthaginenſibus vetitum fuit, ne pro balſamo tremiſſes exigerentur, qui pendebant aurei trientem. Qua plane ratione Joannes Mariana *lib. de mutatione Monetæ* putat ſolidos, quibus æſtimatur Synodaticum & cathedraticum in Synodo Bracacenſi 2. fuiſſe non argenteos, ſed aureos. Quo commodo ampla patrimonia Eccleſiæ ingenti proventu excrevere, ut etiam annonæ militares ad religioſas domos, & ad Clericos transferrentur, uti docet auctor vetus *Paratitli Codicis*, quem publicavit Leunclavius. Quin ſportulæ, reſque omnes in commune ærarium conferebantur. Quamquam equidem illa communicatio patrimonii bonorumque omnium communis erat omnium Chriſtianorum primo Eccleſiæ ævo, ita Clemens *can. Dilectiſſimis* 12. *quæſt.* 1. *Et ſicut non poteſt dividi aër, neque ſplendor ſolis, ita nec reliqua, quæ communiter in hoc mundo omnibus data ſunt.* Ut enim communi lucis & aëris commercio fruimur, ita omnium rerum debet eſſe commune commercium,

res

res omnes eſſe indiſcrete debent. Eleganter Georgius Piſides ἐν τῷ Κοσμοῳ.

Καὶ μᾶλλον αὐτὸν νῦν καλῶς ἀναπτύω,
Τὸν πανταχοῦ ῥίπτοντα, καὶ πεπηγμένον
Τὸν ὡς τάλαντον τῆς πίστεως ζυγοστάτην,
Τὸν ἄφθονον ῥοῦν, τὸν ἀνάργυρον δόσιν
Οὐ πλοῦσιν τὸν, ὃν ἀνάγκης ἁρπάσῃ
Πενης, περὶ ἄλλης ἐξ ἐκείνης σπερμάτων,
Ἀλλ' εἰς ὅλους σπεύδουσι τὸ ἴσον χάριν.

Quæ bonorum communicatio inter omnes paſſim Chriſtianos in Eccleſia conſtitit, mox tamen in ſequiora fata delabentibus ſæculis, umbris univerſim dilabentibus veteris Chriſtianiſmi, Clerici ſanctioris propoſiti voto ſoli retinuere veteris omnium Chriſtianorum diſciplinæ reliquias, ut indiviſo patrimonio ſub Epiſcopi jure viverent, qui Canonici ſacerdotes, Canonici Clerici appellantur, ita Gregorius *lib.* 3. *Ep.* 35. Syn. Moguntin. *can.* 9. Canonici præbendarii *can. ſanctorum Diſt.* 10. quem *Canonicus* male vulgus interpretatur. Qui *Canonici* dicebantur, quod relati in Eccleſiæ laterculum ac matriculam certum præbitionum & ſportularum canonem ab Eccleſia acciperent. Verum Canonici diviſis rationibus inter Epiſcopos & Canonicos, manu & poteſtate Epiſcopi dimiſſi inter ſe præbendarum maſſam diviſere, ut quisque certam præbendam τὴν μερίδα nanciſceretur. Quam diviſionem communis Clericorum patrimonii ſuo ævo contigiſſe videtur indicare Stephanus Tornacenſis Epiſcopus *ep.* 160. Rhemenſi Decano. *Scio manſuetudinem domini mei Rhemenſis Archiepiſcopi tantam eſſe, ut cum charitate, quæ omnia ſuffert, omnia ſuſtinet, voluntati filiorum cedat, maxime cum generalis Eccleſiæ conſuetudo ſingulares portiones canonicis ſuis diſtribuendas concedat & approbet, & ſummi Pontificis non reclamet auctoritas.* Tandem ſubcedanei venere Monachi, qui extinctam, aut intermortuam hanc diſciplinam inſtaurare fuere aggreſſi ſancito paupertatis voto, ne qua fieret ſectio bonorum neve rem aliquam proprio jure poſſiderent, cujus voti non licere ſummo Pontifici veniam remittere ait *cap. cum ad Monaſterium* 6. *Ext. de ſtat. Monach. Nec æſtimet Abbas, quod ſuper habenda proprietate poſſit cum aliquo monacho diſpenſare, quia abdicatio proprietatis, ſicut & cuſtodia caſtitatis adeo eſt annexa regulæ monachali, ut contra eam nec etiam ſummus Pontifex poſſit licentiam indulgere.* Quæ eadem verba retulit Joannes Buſchius in *Chronico Vindeſemlenſi*, quod in lucem edidit Heribertus Rosveida. Hæc verba ita exaudienda eſſe arbitror. Non licet ſummo Pontifici remittere votum paupertatis, quam ſolennem profeſſionem ἀκτημοσύνην appellat Baſilius in *libris Aſceticis*, Joannes Caſſianus & Theodorus Monachus ἀκτημοσύνην. Non poteſt veniam indulgere Pontifex, quia illa invicem pugnant, quaſi contraria, aut ἀκτήμονα eſſe monachum, & penes monachum conſtitui dominium, cui commercio juris interdictum eſt, monachiſmus enim ſervituti comparatur. Ut ſi monacho remittatur votum paupertatis, deſinat eſſe monachus, ſed ſit τὸ μεθόριον φιλοσόφου ἀνδρός τε καὶ πολιτικοῦ, ut ait Plato in *Euthydemo*. Quamquam equidem ſeverior illa diſciplina ſæpius neglecta, ut liceret monachis quæſita ex re peculiari legatis erogare ſecundum certum modum, quem præſcribebat Teſtamentarius, cui hanc cognitionem vindicatam fuiſſe docent Origines Fuldenſes. Teſtamentarius enim erat certum officii nomen in hoc monaſterio. Ex quibus apertiſſimum eſt, illam ſocietatem & communicationem paſſim apud omnes Chriſtianos ſervatam, mox ſolutam, a clericis receptam, tandem in Eccleſia extinctam, iterum a monachis inſtauratam. Ita diſtinctis & diviſis præbendis, vetitum fuit ſimul plures habere præbendas, poſtquam illa facta ſectio præbendarum, quarum ſectionem male viri doctiſſimi revocant ad *can. ſanctorum D.* 16. de quibus pluribus agam ad *caput Majoribus Ext. de præb.* Qua facta præbendarum diviſione non licuit plures obtinere ſimul præbendas, uti honores in duabus civitatibus ab eodem gerendi non fuere eodem tempore. *l. libertus* 17. *§.* 4. *ff. ad Municipal.* non licuit duas habere militias, quæ erant officia eorum, qui in aliqua ſchola inter ſtatutos relati erant, ex quibus commoda conſequebantur. *l. ult. C. de Pignor. l.* 3. *§. ſi quid minori ff. de Min.* Non licebat autem plures habere præbendas, ne ea ſcilicet importaretur clades Eccleſiæ, ut in unam perſonam collatis præbendis deficerent Eccleſiaſtica miniſteria, numerusque eorum, qui divino cultui miniſteria religionis impendunt, ita Siculus Flaccus *lib. de Condit. Agror.* auctor eſt, Gracchum legem tuliſſe, ne quis in Italia amplius, quam duocenta jugera poſſideret, intelligebat enim contra jus eſſe minorem majorem modum poſſidere, ita contra jus eſſe videtur ampliorem præbendarum numerum concedi, quam ſint exhibendo neceſſariæ. Unde conſtitutum fuit, ut in impetratione novi beneficii mentio fieret jam adepti beneficii *cap. ad aures* 8. *Ext. de reſcript.* ut ſi impetrator ſiluiſſet adeptum beneficium, in irritum devocaretur inſtitutio *cap. cum ſingula de Præb. in* 6. ubi tamen obſervandum eſt, jure veteri obtinuiſſe, ut exprimenda forent beneficia, ſi idonea forent, magnique reditus & proventus. *cap. cum teneamur Ext. de præb.* ſecus ſi foret modicum, ac tenue beneficium, nec enim expreſſio deſiderabatur, quaſi nullum haberet beneficium, ita Jure Civili nihil intereſt quis non caveat adverſario; aut non idoneum det fidejuſſorem. Eo tamen jure quo utimur, neceſſaria eſt expreſſio qualiſcumque beneficii, & ſi ſilentio fuerit præteritum beneficium, concidit auctoritas, visque impetrati reſcripti, niſi fuerit adjecta clauſula *Motus propii*, quæ non inducit diſpenſationem, ut quis eodem tempore plura poſſit nanciſci beneficia, ſed tantum tollit, removetque vitium obreptionis, ne videatur falſus precator fraudulentis precibus extorſiſſe mandatum *cap. ſi motu de Præb. in* 6.

Addit Alexander III. extremo *huc capit.* verſari in arbitrio impetratoris, quam malit dimittere præbendam, aut retinere. Synod. Calchedon. *can.* 10. ait non licere Clericis in duarum Eccleſiarum catalogo recenſeri, ut ſi ab una Eccleſia ad aliam commearint, jubeantur ἀποκαθίστασθαι τῇ ἰδίᾳ ἐκκλησίᾳ propriæ Eccleſiæ reſtitui. *cap. de multa* 2. *Ext. de Conceſſ. præb.* beneficii damno & jactura coërcentur, niſi intra ſex menſes beneficium ejuraverint. Quorum omnium diverſa prorſus ratio & diſciplina. Rem in concordiam voco. Primo non eſt exaudiendus *can.* 10. ſyn. Calchedonenſ. *de præbendis*, quarum ſectio non fuit facta niſi poſt aliquot dein ſæcula, ſed de his exaudiri debet, qui abſolute & ἀπολύτως ordinabantur ad certum titulum, ut non liceret illis Eccleſiam deſerere, ad quam forent ordinati. *cap. de multa Ext. de Conceſſ. præb.* niſi ceſſio facta fuerit intra ſex menſes, caret beneficio impetrato, *hoc* autem *capit.* quod interpretor, datur libera optio dimittendi, aut retinendi beneficii. Quæ diſcidia componenda ſunt ex diverſorum temporum epocha, nam hoc reſcriptum hujuſce capituli, in quo verſamur, emiſſum fuit ante concilium Lateranenſe, unde & diſpar juris ratio ſancita fuit, ſed de his non occupo dicere.

Ad Cap. VIII.

Hejus *capituli* ſpecies ita concinnanda eſt. Lucius & Titius Clerici Archidiacono injuriam irrogavere. Queritur Archidiaconus apud Romanum Pontificem, in judicium vocantur, citationis dies condicta, ne citatio incerta aut obſcura foret. Verum Lucius & Titius Clerici ſpreta mandati apoſtolici auctoritate non ſe ſiſtere judicio, contumaces Clerici ſui præſentiam facere contempſerunt. Quare jubet Pontifex, ut adverſus contumaces decernatur ſententia ſuſpenſionis, qua ſententia ad tempus interdicitur functione ordinis, juriſdictionis & prærogativa conſeſſus. Hoc vinculo ſuſpenſionis conſtricti tres annos in hac pertinaci contumacia perſeveravere. Evenit, ut interea temporis in hoc trium annorum decurſu beneficia clericis ſuſpenſis conferrentur.

Conſulitur ſummus Pontifex an jure valeat illa collatio iis facta, qui ſententiam ſuſpenſionis exceperant, quique triennium contumaces perſeveraverant. Decernit Pontifex, ut contumaces beneficiis pronuncientur privati. Ex quibus explorati juris eſt, jure fuiſſe factam collationem ſuſpenſis, quæ poſtea judicis ſententia in irritum venit. Qua pœna vindicatur pertinax contumacia.

Cujus conſtitutionis ut apertiſſima ſubſit ratio, duo oſtendo. Primum a quo fuerit inflicta pœna ſuſpenſionis, alterum, quomodo ex contumacia pœnæ augeantur, ut clerici ſuſpenſi ſi contumaces perſeverent depoſitionem ſæpe incurrant.

Ac primum obſervandum eſt, jus decernendæ cenſuræ Eccleſiaſticæ non ſolum competere Epiſcopis, ſed etiam iis, qui inferiores Epiſcopo ordinariam juriſdictionem exercent. Ita Presbyteri dicunt ſententiam excommunicationis, ut Palladius *Hiſt. Lauſ. cap.* 8. ait in monaſterio Nitriæ octo fuiſſe presbyteros, quorum unus poterat δικάζειν, id eſt ſententiam ſuſpenſionis aut excommunicationis ferre, non qualemcunque ſolum decernere ex præſcripto regulæ prohibitionem, quod & ſummitis licet. *cap. Dilecta* 12. *Ext. de Major. & obed.* Ita Clemens Romanus hypobolimæus *lib.* 8. *Conſt.* de Presbytero: οὐ χειροτονεῖ, οὐ καθαιρεῖ, ἀφορίζει δὲ τοὺς ὑποβεβηκότας, ἐὰν ὦσιν ὑπεύθυνοι τῇ τοιαύτῃ τιμωρίᾳ. Julianus Anteceſſor *Nov.* 441. Nemo Epiſcopus nemo Presbyter excommunicet aliquem antequam cauſſa probetur. Quod certe de plebanis exaudiri poteſt, quibus jus competit proferendæ ſententiæ excommunicationis ex innata propriaque juriſdictione, non alieno beneficio demandata, ut aperte conſtat ex *cap.* 3. *Ext. de off. jud. ordin.* In cujus ſpecie Plebanus S. Pancratii ſententiam tulit excommunicationis adverſus Parochianum intra conſeptum ſui territorii. Excommunicatus adit Epiſcopum Florentinum, petitque liberari vinculo excommunicationis, quo fuerat conſtrictus. Epiſcopus Florentinus abſque cauſſæ cognitione reum excommunicatione eximit. Queritur Plebanus apud Romanum Pontificem luſoriam haberi ſuam juriſdictionem, non expenſis διαγνωστικῶν cauſſarum meritis revocari dictam excommunicationem. Reſpondet Pontifex Rom. non licere Epiſcopo Florentino ſententiam a parocho dictam relaxare. illa enim poteſtas, quæ vindicatur plebani officio, portio eſt Epiſcopalis juriſdictionis, ut parochis portio paſtoralis curæ adjuncta ſit propriaque juriſdictio concedatur, poſtquam adminiſtratio certi territorii collata, aut confirmata eſt ab Epiſcopo; uti legatus Proconſulis propriam nanciſcitur juriſdictionem, poſtquam ei mandata eſt a Proconſule *l.* 2. *ff. quis a quo appell.* Jus etiam excommunicationis proferendæ competit Archidiacono *cap.* 1. *ext. de eo qui furt. ord. ſuſc.* cum enim Archidiaconi juriſdictionem habeant, juriſdictio omnis luſoria vana & deriſoria foret, niſi ea competant, ſine quibus expediri & explicari non poteſt juriſdictio, niſi vires adſint juriſdictionis Eccleſiaſticæ ſuſpenſio, depoſitio, excommunicatio. Eleganter enim Arnobius Junior ad *Pſalm.* 22. Virga & baculus ipſa me conſolata ſunt. *Eccleſia habet virgam unde minetur delinquenti, habet baculum unde ſubveniat pœnitenti.* Ita Archidiaconi cum habeant juriſdictionem, habent enim curam animarum *cap.* 1. *offic. Archid.* Ex iis fit, ut jus habeant decernendæ excommunicationis. Nec contra refragatur *cap. Archidiaconis ext. eod. tit.* ubei dicitur non licere ex inſtitutione Eccleſiaſtica excommunicare. Recte veteres interpretes ajunt non licere Archidiacono excommunicationem decernere ea ſolenni exauctoratione, qua excommunicationis ſtigmate injuſti traducuntur nudati orario colobiis & dalmaticis planeta caſulave. Formam illius exauctorationis deſcribit Διάλεξις Græcorum *Turco-Græcia* Jani Cruſii, quæ præſto ad manum non eſt. Quam ſolemnem exauctorationem Archidiaconus exequi non poteſt, de qua *can. debent* 11. *quæſt.* 3. Quando lucernis & funalibus accenſis proſcribitur victima, devovetur diris & imprecationibus. Hoc enim jus ſoli Epiſcopo competit, unde & illam ſolennem excommunicationem Auguſt. *lib. de Corrept. & Grat.* judicium Epiſcopale appellat. *Can. viſis* 16. *quæſt.* 2. vocat mucronem Epiſcopi. Alias excommunicatio a veteribus dicitur finitimum exilium ad differentiam latæ fugæ, exilium enim fuga appellatur *l.* 4. §. *ad tempus ff. de re mil.* ſed ad rem. Ab omnibus Prælatis qui ordinariam juriſdictionem exercent in Eccleſia potuit decerni ſententia ſuſpenſionis, aut excommunicationis, ut enim Jure Civili magiſtratui competit executio rei judicatæ, carcer vindex nefariorum ſcelerum prehenſio damnati, vinculorum coërcitio: ita Jure Canonico Prælati vana & luſoria juriſdictione fungerentur, niſi vires adſiſterent juriſdictionis Eccleſiaſticæ.

Hoc autem capit. quod interpretor, non exprimitur a quo fuerit lata ſententia excommunicationis. Illud tamen exploratiſſimi juris eſt iis jus competere ferendæ ſententiæ ſuſpenſionis, a quo poteſt proferri ſententia excommunicationis. Et ratio hæc eſt, quia cum ſit una eademque poteſtas, quæ vires exerit & explicat diverſo pœnarum genere irrogato, unus idemque ſit finis irrogandæ ſuſpenſionis & excommunicationis, ut coërceantur contumaces: ex eo ſequitur, ut prælati Eccleſiæ exercitionem executionemque nanciſcantur utriusque cenſuræ, ſuſpenſionis & excommunicationis. In qua diverſa ratio ſtatuitur Jure Civili, nam quæ ſunt imperii meri, non ſemper in unam eandemque perſonam concurrunt, quia lex uni omnia non concedit, quæ continent κράτος ἄκρατον, ut loquuntur libri Baſilici, cui enim jus datur gladii, ex eo non valet argumentum, videri conceſſum jus deportandi, aut confiſcandi. *l. inter pœnas* §. 1. *ff. de interd. & releg.*

Eſt autem ſuſpenſio cenſura Eccleſiaſtica qua Clericus ad tempus functione ordinis, juriſdictionis, aut prærogativa conſeſſus interdicitur. Male quidam Theologi definiunt, ſuſpenſionem eſſe peccatum mortale, quod Clericum ſuſpendit ab executione miniſterii Eccleſiaſtici. Quod mortale peccatum ſuſpendit Clericum non ratione poteſtatis Eccleſiaſticæ, quæ poteſtas cohæret paſtorali muneri, tanquam vindex & tutela paſtoralis muneris, verum peccatum mortale ſuſpendit ab uſu miniſterii Eccleſiaſtici ea ſolum ratione, quia indignum ſit Eccleſiaſtica miniſteria impuris, profaniſque tractari manibus. Ita in veſtibulo templorum extructa erant hydragogia & ſilani ad expiationes rite procurandas, ut indicat Syneſ. *Epiſt.* 121: ut pura mente, manuque ſacra miniſteria contrectarentur. Peccatum autem arcet a myſteriis,

tiis; quia nefas eſt applicari ſacro-ſanctis altaribus profano crimine pollutas mentes, non auctoritate poteſtatis ἱεραρχικῆς, ſed ea ſolum ratione, qua Epiſcopus exclamabat, dum erogarentur ſacra Myſteria ἅγια τοῖς ἁγίοις, ut loquuntur Conſtitutiones hypobolimææ Clementis *lib.* 8.

Quæ ſuſpenſionis cenſura haſce vires exerit, ut ſuſpendat ab executione ordinis, vel juriſdictionis, uti *cap. inter corporalia* 2. *ext. de Tranſl. Epiſcop. cap. literas Ext. de temp. ordin.* vel etiam ſuſpenſio irrogatur ab officii & beneficii executione, ut *cap. a crapula Ext. de vit. & hon. Cleric.* Nomine autem officii deſignatur poteſtas ordinis & juriſdictionis, ut enim jus dicentis officium latiſſimum eſt, quia non tantum continet ea quæ juriſdictioni vindicantur, ut judicem addicere litigantibus, quod juriſdictionis eſſe dicitur *l.* 3. *ff. de Jurisd.* ſed etiam ea continet, quæ ſunt imperii, uti jubere bona poſſidere, quod imperii eſt *l.* 4. & 5. *eod. tit.* ſed etiam jus dicentis officium latiſſimum dicitur, quia non tantum continet ea, quæ ſunt imperii aut juriſdictionis, ſed etiam ea quæ lege nominatim deferuntur. Ita Jure Canonico latiſſimum officii nomen, quo non ſolum continetur poteſtas Eccleſiaſtica ad ſacrum uſum ordinis aut juriſdictionis deſtinata, ſed etiam continet nudam rerum Eccleſiaſticarum adminiſtrationem, ita de officio ſacriſtæ, de officio cuſtodis in his literis concepti extant tituli.

Ex quibus jam quæro, quæ hoc cap. adverſus hoſce Clericos fuerit inflicta & irrogata ſuſpenſio. *Hoc cap. bonæ*, quod interpretor, nudum merumque nomen ſuſpenſionis legitur. Hac in parte inter ſe digladiantur interpretes. Ego arbitror *hoc cap.* videri latam ſententiam ſuſpenſionis ab officio ſimul & beneficio. Ratio conjecturæ hæc eſt, quia uti excommunicatio abſciſſe majorem illatam excommunicationem deſignat, ita ſuſpenſio omnes ſimul & conjunctim ſuſpenſionis formas deſignat, ut jus gladii pœnam omnem continet, quam exequitur is, cui lege data aut demandata eſt exercitio publicorum judiciorum, ſive gladio, ſive ſecuri, ſive laqueo animadvertatur in facinoroſos homines, aut alio quolibet ſupplicio vindex pœna nocentem ſequatur. Quæ feralia ſuppliciorum nomina, uti nimis inhumanos creditores, nimium inhumana remedia humani criminis ſuſtulit auctor *Collectionis Baſilicon*, ut docet Matthæus Blaſtarea MS. nobiliſſimæ Bibliothecæ Thuanæ: ὁ γὰρ τῆς ἀνακεκαθαρμένης ταύτης συνθήκης βασιλεὺς εὐδαιμίας τὴν ἐν τοῖς Διγέστοις, ἢ τοῖς διατάξεσιν ἀπανθρώπως τιμωρίαν συνεψηφίσατο, εἴτε γὰρ τῆς κεφαλῆς ἀφαίρεσιν ἐδίκασεν, εἴτε κατακλυσμὸν, ἢ καῦσιν, ἢ βρόχον ἐξεῖλεν. Ἀπόφασιν δὲ ἡ τῆς ἐν τῷ τῆς θαλάσσης βυθῷ πνιγμονῆς. Quæ eadem fere exequitur Balſamo ad *Nomocanonem Photii tit.* 9. *cap.* 25. Ex quibus explorati juris eſt, quemadmodum jus gladii pœnam omnem capitalem continet, qua animadvertimus in facinoroſos homines *l. Imperium* 3. *ff. de juriſdict.* ita hoc jure Canonico, in quo verſamur, nudum ſuſpenſionis nomen ſuſpenſionem omnem continet, ſive ſit ab officio, aut a beneficio. Quod heic nimis importune docent interpretes. Quam ſuſpenſionem contumacis clerici ſequebatur depoſitio, quæ pœna deportationi comparatur. Cujus juris veſtigia extant *cap.* 2. *ext. de cler. excomm. miniſt.* cui plane congruit Synodus Antiochena *cap.* 5. cujus verba interpolavit Raimundus, ut juri accommodaret, quod ævo ſuo obtinebat. Porro *hoc cap.* quod interpretor, decernitur depoſitio adverſus ſuſpenſos Clericos, qui denuntiationibus & edictis a ſede Apoſtolica evocati auctoritatem ſpreverant mandati Apoſtolici. In jure civili extat Conſtitutio Imperator. Arcadii & Honorii, quæ jubet viros illuſtres ſuæ dignitatis cingulo ſpoliari, ſi ex privata cujuslibet interpellatione in judicium criminale devocati ſui copiam in judicio facere contemnant neglecta juratoria cautione; ita *l. penult. C. de dignit.* Eadem prope ratione pronunciantur heic vacantia beneficia contumacium Clericorum, qui per ſuum facinus, obſtinatamque pervicaciam ſeſe probaverant beneficiis indignos. Euſtathius Anteceſſor περὶ τῶν χρονικῶν διαστημάτων ait ſi requiſitus reus intra annum non comparuerat ejus bona fiſci viribus vindicari: ὁ διὰ μέγα ἔγκλημα ἀναζητούμενος, καὶ ἐντὸς ἐνιαυτοῦ μὴ παραγένηται, εἰσκομίζεται ἴδια αὐτοῦ, καὶ καθ' μετὰ ταῦτα ἐπανέλθῃ, οὐ δύναται αὐτὴν ἐπιζητεῖν. *Nov.* Nicephori Phocæ de fundis Armenicis ſanxit Armenios milites deſertores militiæ poſt triennium exactum fundos non poſſe recuperare, qui pro emerito veteranis fuerint diviſi, aut pro præmio militiæ conceſſi iis qui pro imperii gloria fortiter ſe geſſerant: Θεσπίζομεν, ὅσοι τῶν Ἀρμενιακῶν στρατιωτῶν ἀναχωρήσαντες τελείως ἀλλαχοῦ μετοικήσωσιν, ἐὰν ἐδόθησαν οἱ τόποι τούτων ἢ προσεφύησαν, εἴτε ἀστρατεύτοις στρατιώταις, ἢ καὶ ὑπερέχουσι θεματικοῖς, καὶ ταγματικοῖς, εἴτε φάλαγξιν ἀνδραγαθήσασιν, ἢ καὶ ἑτέροις διὰ κοινωφελοῦς δουλείας μὴ ἔχοντες ἀδείας μετὰ τελευτὴν χρόνοις ἐπαναφέρεσθαι τοὺς ἀρμενίους ἐπιζητεῖν αὐτούς. Eadem ratio conſtituit, ut ſuſpenſi poſt quadriennium funeſtum depoſitionis calculum exciperent, jacturamque beneficiorum paterentur ex cauſſa tam pertinacis contumaciæ. Sed ad alia progredior.

Cap. a multis IX.

In luce verſatur omnium hunc fuiſſe veteris Eccleſiæ Occidentalis morem, ut ad Sacerdotium promoti uxoribus abſtinerent, quæ ad clerum maritis cooptatis Epiſcopæ, Presbyteræ, aut Diaconæ appellantur in veteribus Synodis; ſi mariti, aut Epiſcopi, aut Sacerdotes, aut Diaconi fierent, coruſcant enim radiis maritorum. *l. femina C. de ſenatorib.* Ita Sulamitis blandiſſimæ Salomonis deliciæ nomen Salomonis ſortita *ſignificem* appellatur ab Aquyla in *Canticis*. In Eccleſia Orientali non eadem fuit ſervata lex caſtitatis, licuit enim nomen & officia mariti exercere, ſi ante promotionem uxores jam duxiſſent, aut ante Diaconatus ſuſceptionem palam fuiſſent conteſtati, ſe velle matrimonio uti, quod religioſi nomen officii appellat *Bracciarius*, quem edidit Margarinus ille Theologus Pariſienſis. Hoc enim Eccleſiæ Orientali indultum fuiſſe fatentur Pontifices Romani *cap. quæſitum de pœnit. & remiſſ.* & *cap. jam viſum* 6. *ext. de Cler. conjug.* ſed hæc quidem inſpectio tam in Orientali, quam in Occidentali Eccleſia locum habuit in Epiſcopis, Presbyteris, & Diaconis, quos ſemper ſacros agnovit Eccleſia jure divino ſancitos, non Eccleſiaſtica obſervatione inſtitutos. At longe diſpar fuit ratio in Hypodiaconis, qui in veteri Eccleſia non computabantur in Ordinibus ſacris, ut apertiſſime docet Innocentius III. *hoc cap.* quod interpretari aggredior, ubi ſtatuenda eſt certiſſima hujuſce juris canonici regula; ex veteris Eccleſiæ uſu hypodiaconatum non fuiſſe Ordinibus ſacris adnumeratum. Hanc regulam certiſſima comprobat ratio, quia Hypodiaconatui non fuit annexum votum caſtitatis apud omnes pereque Eccleſias *can. quicumque D.* 77. ex Epiſt. Syricii Papæ ad Himerium Tarraconenſ. ubi ſubdiaconis permittitur uti nuptiis, quas Eccleſia conciliavit, & confirmavit oblatio. verba ita ſe habent: *qui ab acceſſu adoleſcentiæ uſque ad annum ætatis* 20. *ſi probabiliter vixerit, una tantum & ea, quam virginem communi per Sacerdotem benedictione percepit, uxore contentus, acolythus & ſubdiaconus eſſe debebit.* Toletana Syn. 1. *can.* 1. Presbyteris & Diaconis caſtitatis & cœlibatus legem

gem indicit nulla ſubdiaconorum facta mentione, imo vero Toletana Syn. 8. *can.* 6. definit ſervandam eſſe caſtitatem ab hypodiaconis ſecundum diverſitatem Eccleſiarum, quæ diverſas tuerentur hac in parte conſuetudines. Neque tamen adverſus hunc tam diverſum variumque ubivis morem nulla unquam audita patrum querela, nulla intentata fuit accuſatio, unde certiſſima evincit ratio hypodiaconis non fuiſſe indictam caſtitatem, ac proinde non fuiſſe ordinem ſacrum. Certe in quibusdam Occidentis urbis Eccleſiis, quæ ἀκριβεστέραν diſciplinam ſectarentur, hypodiaconatum ex veteri conſuetudine tanquam ſacrum fuiſſe admiſſum non inficior. Quamquam Eccleſia Orientalis & Surriani nunquam ſacrum agnovere ſubdiaconatum, ut aperte indicat Auctor Epitomes bellorum ſacrorum, quem edidit Henricus Caniſius *tom. 6. antiquarum lectionum.* Ubei tamen non diſſimulo conteſtationem ducendarum nuptiarum, aut abdicandæ ſpei futurarum nuptiarum in Oriente exigi ſolitam, etiam antequam promoverentur ad hypodiaconatum, ita Joannes Chalcedonenſis Metropolitanus MS. in Reſponſis Xiphilini Patriarchæ CP. ad quæſtiones Marci Patriarchæ Alexandrini *quæſt.* 44. Εἰκὸς ἐπὶ χειροτονηθῆναι ὑποδιάκονον πρὸ τοῦ λαβεῖν γυναῖκα. Ἀπόκρ. μόνοις τοῖς ἀναγνώσταις καὶ τοῖς ψάλταις ἐφεῖται μετὰ τὴν χειροτονίαν γαμεῖν, ὑπηρέταις δὲ, τουτέστιν ὑποδιακόνοις οὐκ ἔξεστι. Οὕτω καὶ τὸ κϛ. τῶν ἀποστόλων κανὼν ἀξιοῖ. τὰ δὲ διεξόδικα, τὸ τοὺς εἰς κλῆρον ἐλθόντας ἀγάμους κελεύομεν βουλομένους γαμεῖν ἀναγνώστας καὶ ψάλτας μόνους. Quanquam Humbertus Sylvæ Candidæ Cardinalis in *libello defenſionis adverſus Nicetam Pectoratum* ait, Eccleſiam CP. tam graves exercuiſſe inimicitias cum Romana, ut invitos quoque juberet uxores ducere, antequam ad ordines admitterentur. Verba Humberti hæc ſunt. *Illa tamen Eccleſia, quam Arius corrupit, Macedonius proſtituit, quæ genimina viperarum, id eſt Neſtorium, Eutychem, Monothelitas & Theopaſchitas, & reliquas hæreticorum peſtes peperit, adhuc a Nicolai hæreſiarchæ complexibus abſtrahi non potuit, adeo ut ad ſacri altaris miniſterium ordinandos interroget an habeant uxores. Qui reſpondentes ſe non habere, compelluntur primum ducere & ſic impoſitionis manus accipere.* Ex quibus tamen facile apparet non ſemper neque ubique paſſim hypodiaconatum fuiſſe inter Ordines ſacros recenſitum, quandoquidem non ſemper huic ordini fuit annexum votum caſtitatis. Verum & alia ſubeſt ratio apertiſſima.

Eleganter Clemens Romanus *lib.* 2. διαγορεύ. ait piaculum eſſe quemquam ad res ſacras provolare ſine initiatore & hierarcha, uti Chriſtus a patre initiationem accepit: εἰ γὰρ ἄνευ τοῦ πατρὸς ὁ Χριστὸς οὐ δοξάζει ἑαυτὸν, πῶς ἄν τις ἄνθρωπος ἑαυτὸν εἰς ἱερωσύνην ἐπεισελθεῖν μὴ λαβὼν τὸ ἀξίωμα παρὰ τοῦ κρείττονος. Proclus CP. Patriarcha in *Epiſt. ad Armenos.* de fide explicans verba Apoſtoli *ad Galatas* ait, Angelum in miniſtrandi ordine fuiſſe collocatum, non docendi munus fuiſſe impoſitum. Atque ita periculoſum eſſe non in eo quemque ordine conſiſtere in quo collocatus eſt, ſed ea quæ ſupra naturam ſunt, aggredi; unde ſi quid Angelus fuerit auſus naturæ excellentiſſimæ auctoritate, non eſſe audiendam prædicationis novitatem: λειτουργεῖν γὰρ ἄγγελος ἐτάχθη, οὐ δογματίζειν, καὶ ἀσφαλὲς τυγχάνει τὸ μὴ ἕκαστον ἐν οἷς ἐτάχθη ἐμμένειν, ἀλλ' ἐπιχειρεῖν τοῖς ὑπὲρ φύσιν. ὥστε εἰ καὶ τὸ τῆς φύσεως ὁ τολμῶν ἐπίκειτο ἀξιόπιστον, ἄγγελος ἔστω ἡ καινοτομία κηρύγματος. Sunt enim ſingulis miniſteriis obeundis certi deſtinati ordines, certaque conſecrata hierarchia, certa addicta initiatio. At hypodiaconatum non fuiſſe ordinem ſacrum arbitror, quia quod ordinatione Eccleſiaſtica confertur ſubdiacono, illius muneris executio cuique mandari poteſt abſque ulla initiatione. Proprium vindicatur ſubdiaconorum muneri contrectare ſacra vaſa divinis uſibus conſecrata, ut indicat liber Pontificalis in *Sixto P. M.* niſi ſacra vaſa continerent vera ἀντίτυπα, ut *can.* 21. Syn. Laodicenæ. Subdiaconi cruces præferebant Romano Pontifici, quod pluribus demonſtravit Sauſſejus vir doctiſſimus, qui tot ampla hiſtoriæ ſacræ Gallicanæ miracula adhuc priſcis indicta, noviſque ignorata ex venerandæ antiquitatis ruderibus primus expromit. Auctor eſt Anaſtaſius Bibliothecarius in *Fabiano* VII. fuiſſe creatos ſubdiaconos, qui 7. Notariis imminerent, ut geſta Martyrum in integro colligerent. Simeon Theſſalonicenſis Archiepiſcopus docet hanc fuiſſe curam commiſſam ſubdiaconis, ut obſervarent fores abſidis, ne quis profanus tam ſancta adyta penetraret. Verum hæc ſingula miniſteria ſubdiaconorum quæ recenſui ſingulis promiſcue potuere demandari abſque ulla initiatione. Et certe ſi ſola impoſitio manus conſtituit ordinis eſſentiam, non chriſmatio, quæ omiſſa fuit in Eccleſia Orientali, ut indicat *cap.* 1. *ext. de ſacr. unct. ad Thomam Maurocenum.* In Africana Eccleſia ſubdiaconatus ordo collatus fuit ſola porrectione patinæ & calicis vacui abſque ulla manus impoſitione, unde facilis & aperta verſatur conjectura non fuiſſe ordinem ſacrum. Ac ita Innocentius tertius Pontifex recte movet quæſtionem *hoc capitul.* an ſubdiaconus ad Epiſcopatum provehi poſſit, cum in veteri Eccleſia ſubdiaconi prope forent laici abſque ſacra initiatione, quod confirmat *cap. miramur 7. ext. de ſerv. non ordin.* Nuper contendebat quidam juris magiſter unus inter omnes ſtultiſſimus, heic ab Innocentio III. quæſtionem agitari, an omiſſo diaconatu & ſacerdotio Epiſcopus conſecrari poſſit. Verum quis niſi amens credat eu deliraſſe Innocentium doctiſſimum Pontificem, ut in quæſtionem vocaret, quod jure novo, veterique notiſſimum cuique eſt, nefas fuiſſe quemquam per ſaltum promoveri; ita Theodoretus *lib.* 2. *Hiſt. Eccleſ. cap.* 8. de Iſchyra, qui nondum preſbyter factus Epiſcopi nomen gereret: ἀμέλει τῷ Ἰσχύρᾳ δεδώκασι ἐπισκόπου ὄνομα, τῷ μὴ πρεσβυτέρῳ τυγχάνοντι. cui plane congruit jus novum *cap. un. de Cler. per ſalt. prom.*

AD CAP. TUAM X.

Heic cujuſdam Abbatis electio benigne a R. P. ſuſtinetur, quæ ipſa jure irrita, quia fuerat extorta ambitioſis laicorum precibus, ſuſtinetur autem ea pœna indicta, ne electus ad ſuperiores ordines aſcendat. *Geneſ. cap.* 49. *verſ.* 3. Jacob hoc elogio Rubenum filium exheredem eſſe jubet. ὡς ὕδωρ μὴ ἐκζέσῃς. ἀνέβης γὰρ ἐπὶ τὴν κοίτην τοῦ πατρός σου· τότε ἐμίανας τὴν στρωμνὴν, οὗ ἀνέβης. *Tam nefario ſcelere, o Ruben, violaſti paternos thalamos. Ne creſcas.* Qua exheredatione Rubeno adempta illa portio τῶν πρεσβείων jus primogeniti, quod διπλοῦν μέρος appellat Joſephus Judæus. Regno etiam & Sacerdotio ſubmotus Ruben, quod illi jure naſcendi competebat. Ingens certe fuit pœna in hoc Abbate, nam in ordinibus inferioribus conferendis hoc fuit ſolemne carmen, ut ordinatus ſuperiorem ordinem conſequi mereretur, ita Clemens *lib.* 8. in ordinatione Lectorum & Diaconorum pronuntiatum docet μείζονος ἀξιωθῆναι βαθμοῦ. Illud tamen certiſſimi juris eſt, hanc fuiſſe veteris Eccleſiæ diſciplinam, ut qui propter admiſſum crimen a Sacerdotio arceretur, ob idem crimen inhoneſti criminis nota compunctus ad alterius gradus ordinem promoveri vetaretur, ut indicant ſyn. Illiberitana *can.* 30. & ſyn. Neocæſarienſ. *can.* 9. & 10.

Ad

AD CAPIT. CUM CONTINGAT XI.

Abbatibus jam dudum in Synodo CP. *can.* 13. conceſſum fuit jus minores conferendi Ordines ſibi ſubjectis Monachis, quod & Chorepiſcopis permiſſum fuerat ſyn. Antiochenæ *can.* 10. de quibus non occupabn dicere. Plura propediem docebit vir Incomparabilis Franciſcus Bertholotius Præpoſitus Ordinis Fontis ebraldi raræ in primis virtutis & exquiſitiſſimæ eruditionis Theologus.

AD CAP. INTELLEXIMUS XII.

Ex *hoc cap.* apertiſſimum eſt a laxiori ad ſeveriorem diſciplinam licuiſſe adſpirare; ubi enim ſpiritus, ibi libertas, ut in hanc ſententiam eleganter ait Stephanus Tornacenſ. *epiſt.* 1. & *cap.* 18. *de regul. & tranſ. ad relig.* Quæ libertas tota martia eſt, longeque alios excitat amores, quam ille Dæmon Saturnius Socratis, qui ut ait Plato in Apologia, numquam tanti viri animum ſupra ſe evehi jubebat, ſed tantum revocabat in ea deorſum inclinantem, quæ infra ſe forent: ἐμοὶ δὲ τοῦτό ἐστιν ἐκ παιδὸς ἀρξάμενον, φωνή τις γιγνομένη· ἣ ὅταν γένηται ἀεὶ ἀποτρέπει με τούτου ὃ ἂν μέλλω πράττειν, προτρέπει δὲ οὔποτε. *Sed mihi quidem ab ipſa pueritia hoc adeſt, vox ſcilicet quædam, quæ quotiens fit, me prohibet agere, quod acturus eram. provocat vero numquam.* Illa tamen libertas intra certos limites coërcenda fuit, ne errones & μετανάσται monachi huc & illuc ſecederent, quales monachos ἀποδιδράσκοντας appellat ſyn. Trullana *can.* 3. quaſi ſui dominium interverterent, ſuique furtum facerent, ut loquitur *l.* 1. *C. de ſer. fugit.* Quæſtiones Synodicæ Joannis Metropolitæ Chalcedonenſis notant triplicem fuiſſe pœnam ſancitam a Patribus Africanis *can.* 80. collectionis Carthaginenſis, ut cohiberetur tam frequens ſeceſſio, magis μετάβασις quam μετάθεσις dicenda. Primo pœna fuit conſtituta adverſus Monachum, qui ſui furtiva contrectatione dominium jusque Abbatis ſui læſerat. Dein pœna irrogata præpoſito, qui alienum Monachum in ſuo monaſterio admiſerat, ac poſtremo adverſus ipſum Diœceſis Epiſcopum a quo non fuerat redintegrata, reformataque poſſeſſio alieni monachi. Quæ triplex pœna ſtatuta fuit, ἵνα διὰ τριπλόκου δεσμοῦ αἱ συνθῆκαι φυλάσσονται, ut habent verba illius Metropolitani, id eſt ut triplici veluti vinculo ſtabilis firmaque conſiſtat ſponſio ſtabilitatis. Quo nomine improbatur tranſlatio cujusdam Abbatis *cap.* 7. *ext. de conſuet.* qui inconſulto R. P. a Monaſterio Corbejenſi, quod eſt in Saxonia, de quo Krantzius *lib.* 3. *Hiſt. cap.* 1. ad monaſterium Hermionenſe tranſierat, quod eſt in alodio & patrimonio divi Petri, ut loquuntur hujus ævi ſcriptores. Quod jure improbatur, quia non illi licuit cedere absque nutu & auctoritate Pontificis Romani, uti Legatus Cæſaris non potuit abdicare imperium absque permiſſu principis, qui provinciam decrevit *l. legatus* 20. *de off. præſ.* Eadem verſatur ratio in presbyteris, qui locales appellantur in ſyn. Tolet. 3. *can.* 15. de quibus *cap. admonet* 4. *ext. de renunt.* Et in Epiſcopis, quorum conſecratione contrahitur τὸ ἀρραγὲς ſpiritualis conjugii, quaſi ex contractu inito inter paſtorem & Eccleſiam, qui ſunt throni immobiles θρόνοι θεοφόροι φέροντες θεὸν ἀναπαυόμενον, ferentes in ſe quieſcentem & conſidentem deum, ut ad Dionyſium docet Maximus. Tam ſancta autem fuit in Monachis hæc diſciplina, ut ſi quis a Canonicis regularibus ad Monachos commearet, moxque a Monachis ad canonicos rediret. Hæc pœna inflicta fuit conſtitutione Urbani II. *can. mandamus* 19. *quæſt.* 3. ut cucullam deinceps geſtet, quod eſt inſigne Monachiſmi, & poſtremus in choro conſideat, & pluribus oſtendit Stephanus Tornacenſ. *Epiſt.* 1. quam ſupra laudavi.

AD CAP. ACCEPIMUS XIII.

In ſpecie *hujuſce capit.* defenditur auctoritas cujusdam mandati Apoſtolici, quo jubebatur conferri præbenda quibusdam Clericis, qui ſine titulo fuerant ordinati. Alimenta enim debentur ab Epiſcopis egenis Presbyteris, quos ordinaverint, ita *can.* 59. Apoſtolorum, εἴ τις ἐπίσκοπος ἢ πρεσβύτερος, τινὸς τῶν κληρικῶν ἐνδεοῦς ὄντος, μὴ ἐπιχορηγῇ τὰ δέοντα, ἀφοριζέσθω. Ἐπιμένων δὲ, καθαιρείσθω ὡς φονεύσας τὸν ἀδελφὸν αὐτοῦ. Si quis Episcopus vel presbyter cum ſit aliquis egenus, ea quæ ſunt neceſſaria non ſuppeditat, ſegregetur; ſin perſeveret, deponatur, ut qui fratrem interfecit. Interficere fratrem videtur, ſi non eroget alimenta Episcopus, qui vice parentis fungitur, quod verecundiam naturæ facit. JCtus *l.* 4. *ff. de agnoſ. lib.* ait necare videri, non tantum ſi partum præfocat, aut abjicit, ſed etiam ſi alimonia denegat. Unde cum tam arctum foret obligationis vinculum, quo Episcopi cibaria tenebantur præſtare egenis clericis a ſe ordinatis, proſpectum fuit, ut nemo egenus clericus ordinaretur absque titulo. Quorum titulorum nomen, & originem antiquiſſimam eſſe aſſerit Franciſcus Turrianus ex *epiſt.* 3. Anacleti Pontif. Romani, qui vivebat ad ann. Chriſti CXIII. verum ſuſpectam eſſe fidem hujus epiſtolæ, res ipſa palam convincit. Palam eſt nulla fuiſſe hoc ſæculo, niſi tumultuario opere in privatis ædibus excitata loca ad Chriſtianæ pietatis officia, ut teſtatur Origenes adverſus Celſum. Qui utique concurſus populorum hoc tempore celebrari poterant. Vetabant immaniſſima edicta principum. Donec tandem chriſtiana religio e latebris cryptisque in ſolem venit ſui ſecura, cataſtas, eculeos, & ſuppliciorum inſtrumenta pro telis armisque gerens, quæ timuit, ſed quæ vicit. Certe fundata majeſtate Eccleſiæ pietate Conſtantini templa cœperunt ſacroſanctis ritibus conſecrari, quod indicat liber MS. Pontificalis Eccleſiæ Trecenſis, cujus mihi copia facta ab amico. *Conſecrationes altarium & Eccleſiarum ſecundum ritum, quem tenet Romana Eccleſia Silveſter Papa primus inſtituit. Fuiſſe tamen ab ipſis Apoſtolorum temporibus loca Deo dicata, quæ a quibusdam oratoria, a quibusdam vero Eccleſiæ appellabantur, ubi collectæ fierent per unam Sabbati, & in quibus populus ad audiendum chriſtianum verbum Dei & ad percipiendum Dominici corporis & ſanguinis Sacramentum, & ſanctorum Apoſtolorum edoceremur epiſtolis & ſanctorum Patrum inſtitueremur geſtis. Quæ licet ſalibus exorciſabantur, tamen non chrismate ungebantur, neque altare ſtabat lapideum erectum* IN TITULUM *in figura Domini noſtri Jeſu Chriſti chrismate delibutum, id eſt altare noſtrum & ſacerdos & hoſtia. Poſtquam vero Conſtantinus, qui Monarchiam tenebat imperii, a B. Silveſtro baptiſmi meruit purificari Sacramento, tunc primum lege ab ipſo promulgata conceſſum eſt ab omnibus ſub Romano imperio degentibus licite Eccleſias fabricare.* Ex quibus aperta conjectura eſt paucis ante Conſtantinum annis natum nomen, uſumque titulorum, in quibus presbyteri ordinarentur, quibus rogæ & cibaria alimentaque Romæ a Pontifice erogarentur. Eodem inſtituto diſpoſitæ ſancitæque fuere lauræ in Eccleſia Alexandrina, de quibus Epiphanius *adverſus Arianos hæreſ.* 69. ἔστι γὰρ Ἐκκλησίαι τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας ἐν

Ἀλεξανδρείᾳ ὑπὸ ἕνα Ἀρχιεπίσκοπον οὖσαι, καὶ κατ' ἰδίαν ταύταις ἐπιτεταγμένοι εἰσὶ πρεσβύτεροι, διὰ τὰς ἐκκλησιαστικὰς χρείας τῶν οἰκητόρων πλησίον ἑκάστης ἐκκλησίας αὐτῶν, καὶ ἀμφόδων, ἤτοι λαυρῶν ἐπιχωρίως καλουμένων ὑπὸ τῶν τὴν Ἀλεξανδρέων κατοικούντων πόλιν. Quæ Lauræ erant ſedi matrici Alexandrinæ ſubjectæ. Notat Dionyſius Petavius peculiarem fuiſſe laurarum uſum in Eccleſia Alexandrina, ſed magis arbitror domeſticum, propriumque fuiſſe laurarum nomen in Ægypto, uſum tamen communem in aliis Eccleſiis Orientis & Occidentis. Et hæc eſt origo titulorum, ſine quibus hoc capit. vetantur ordinari Clerici.

FINIS.

P A C T U M
RENUNCIATIONIS,
SIVE
DISSERTATIO
DE
PACTO DOTALIBUS
INSTRUMENTIS ADJECTO, NE PUELLA, QUAM PATER AUT COGNATUS ELOCAT, PATRI VEL COGNATO SUCCEDAT,

AUCTORE

OSIO AURELIO.

AMPLISSIMO VIRO,

HENRICO MEMMIO,

MARCHIONI DE MOGNINVILLE,

DOMINO DE BALAGNY, MAURU, ETC.

PRIMARII APUD GALLOS SENATUS PRÆSIDI MERITISSIMO,

OSIUS AURELIUS ANT.

S.

IN *rebus humanis* (*Illuſtriſſime Præſes*) *pejus arbitrio meo nihil eſt, quam ſi ea homines tractant, quæ non intelligunt, & ad quæ nati factique non ſunt. Nihil e contra melius, quam ſi ad ſummam artis quam quis colit cognitionem pervenerit. Ut autem inter cæteras facile diſciplinas, primas tenet uſibus hominum utiliſſima Juriſprudentia, ita prorſus aliis longe præſtat eminetque, qui tantæ ſcientiæ rationes ac demonſtrationes in numerato habet, regulis, præceptis, ac definitionibus ejus apprime imbutus. Quod plane ut ſit, conſtantem maxime oportet eum eſſe, in iis quæ artis principia ſunt, nec aberrare & veluti incerto ſydere currere, ne incertæ navigationis futurus ſit exitus, incommodus, atque inexpectatus; ne juſtitiæ uſus ac diſpenſatio pendere videatur de præcipiti quadam & temeraria inconſulti ac fere cerebroſi hominis opinatione. Quod vitium, ó tempora, plurimorum hodie inertium ac deſidioſorum eſt, qui de ſuo ſapere cum ſatis eſſe putant, in perniciem omnium deſipiunt, quorum pars major, antipodes in eodem orbe, imo in eadem urbe ſemiſomnes jacentes; quorum corpora in ſagina, animi in macie & veterno ſunt. O quantum ab eorum ſenſu abes, abſuiſtique ſemper* (*Ornatiſſime Præſes*) *qui ab ineunte ætate ſtudiis optimis deditus, a plena pubertate juris diſciplinæ ita aſſueſti, & familiarem eam tibi ac domeſticam feciſti, inſtitutus ſcilicet, ubi & ab iis qui more majorum docendi poteſtatem habebant, ut ſedem apud te ſuam, imo & aſylum conſtituiſſe videatur, unde tantus tibi laudis cumulus acceſſit, ut nullius cujusquam de quacunque re, præſertim forenſi, judicium, tuum decretum vincere poſſit, ea res effecit, ut propoſita mihi nuper quæſtione de renunciatione facta futuræ ſucceſſioni ejus qui nupturæ dotem dabat, diſputationem de ea,* (*non intermiſſa publici muneris functione*) *confectam, animo conceperim ſubjicere, probandam vel improbandam arbitrio intelligentiſſimi hominis, illius ſcilicet, quem ſemper intuitus ſum eſſe ſimillimum Publio Craſſo Mutiano, eo nomine, inter cætera humanæ fortis bona, a Sempronio Aſellione collaudato, quod eſſet nobiliſſimus, eloquentiſſimus, & juriſconſultiſſimus. Quis ille vero, niſi tu,* inclite magni Memmi? *Cui ſi primas non dedi lucubrationes meas, alteras ſuo tempore daturus meditor in dies, qui Doctor eſſe tuus aveo, geſtioque dici ſemper & eſſe.*

OSIUS AURELIUS ANT.

OSII AURELII,

DISSERTATIO,

DE

PACTO DOTALIBUS
INSTRUMENTIS COMPREHENSO, NE PUELLA, QUAM PATER AUT COGNATUS ELOCAT, PATRI VEL COGNATO SUCCEDAT.

Hæc quæſtio prius in linea recta excutienda eſt, tum deinde in lineam transverſalem deducenda. De linea recta ſpecies proponitur ab Imperatore Alexandro, in *l.* 3. *pactum dotali Cod. de collationib.* cujus textus eſt. *Pactum dotali inſtrumento comprehenſum, ut contenta dote quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regreſſum haberet, juris auctoritate improbatur, nec inteſtato patri ſuccedere filia ea ratione prohibetur. Dotem ſane quam accepit, fratribus qui in poteſtate manſerunt conferre debet.*

Sententia legis apertiſſima eſt, improbari pactum a filia factum, ut contenta dote quam a patre accepit, ei non ſuccedat, licet inſtrumento dotali conſcriptum ſit: verum filiam dotem fratribus integri juris conferre debere.

Species quoque facillima; Pater filiæ quam nuptui collocabat, dotem dedit, & pactus eſt, ut contenta dote nullum ad ejus bona regreſſum haberet. Mortuo patre, filia partem hereditatis petit, fratres repellunt eam poſita exceptione pacti vel doli. Quæſtionis eſt, an propter tale pactum filia ſubmoveri debeat? Reſcribit Imperator, filiam non prohiberi ſuccedere: verum eam fratribus, qui in poteſtate remanſerunt, dotem conferre debere.

Duæ ſunt partes hujus legis, prima eſt de pacto, altera de collatione. Hæc autem, cum quæſtionem a nobis propoſitam excedat, conſulto a nobis prætermittitur, ut ei ſoli quæ eſt de pacto renunciatorio incumbamus.

Dubitandi igitur ac decidendi rationes ad eam pertinentes inquiramus. Et dubitandi quidem ratio multiplex occurrere poteſt. Ratio vero decidendi quæ ſit, non ita facile videtur explicare, quando in ea conſtituenda haud facile interpretes conveniunt. Dubitationem primam movet pactorum fides, quæ vult ea ſervari de quibus convenit, ſi non contra leges neque contra bonos mores ſit id quod placitum eſt. *l. juris gentium* 7. *ff. de pactis. Nihil tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ placuerunt, ſervare. l.* 1. *illo titulo.* Hinc loci illi communes qui doctis omnibus ut noti, ita a ſapientibus comprobati: fidei ἔτυμον & nominis notationem eſſe, quod fiat id quod dictum ſit: fidem eſſe juſtitiæ fundamentum, unde ſimulacrum ejus juxta illud Jovis in Capitolio collocatum: *o fides, alma, apta pinnis, & jusjurandum Jovis*, inquit Ennius [1]. Si fides hoſtibus, ſi furibus ſervanda & latronibus, quibus ex depoſiti fide reſtituenda ſunt ſpolia a ſe depoſita, licet male quæſita [2], quanto magis cognatis, propinquis, amicis, & in nos beneficia conferentibus, pactorum fides ſervanda? Pactum autem quod in propoſita quæſtione verſatur, neque eſt contra leges, neque contra bonos mores. Licet enim videatur eſſe de ſucceſſione viventis, nihil tamen continet odioſum, & quod triſtis eventus omen & ſpem habeat. Non eſt de ſuccedendo in totum aut in partem, imo de non ſuccedendo, neque contra voluntatem, ſed ex voluntate domini, quæ ſolet ejusmodi pactiones corroborare. *l. de quæſtione ult. C. de Pactis* [3]. Ceſſante quidem ea voluntate, veluti ſi ignorante aliquo, bona ejus velut mortui vel morituri dividantur, vel in pactionem deducantur, irrita eſt ea pactio, quaſi improba, nefariæ ſpei, & velut parricidarum fœdus, ut eſt apud Senecam 6. *controver.*

Philippus apud Livium queritur de filiis ſuis Demetrio & Perſeo. *Vivo & ſpirante me, hereditatem meam ambo & ſpe & cupiditate improba crevistis. Decadis* 4. *lib.* 10. At ſuffragante domini voluntate, nec jure nec moribus improbatur de vivi ſucceſſione conventio. *d. l. de quæſtione.* multo ergo minus, ſi pactio ſit de non ſuccedendo. Cum igitur improbum & legibus adverſum nihil contineat pactum de non ſuccedendo, quare non ſer-

1. Cic. 3. *de off.* 2. *l. bona fides in fin. ff. depoſiti.* 3 *de quæſtione tali a Cæſarienſi advocatione interrogati ſumus; duabus vel pluribus perſonis ſpes alienæ hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos devolvenda &c. & infra: quare enim quodam vivente & ignorante de rebus ejus quidam paciſcentes conveniunt? ſecundum veteres itaque regulas, ſancimus omnimodo hujuſmodi pacta repelli, & nihil ex his pactionibus obſervari, niſi ipſe forte, de cujus hereditate pactum eſt, voluntatem ſuam eis accommodaverit, & in ea usque ad extremum vitæ ſpatium perſeveraverit.*

Digitized by Google

ſervabitur? vel eo maxime quod in conventu & frequentia propinquorum, approbantibus id communibus amicis & cognatis factum eſt, ut ſit quoddam familiæ decretum, quod inter ejusdem cognationis perſonas tantæ debet eſſe auctoritatis, quantæ apud concives lex in comitiis rogata, cui omnes obtemperare, ubi ſemel placuit, debent. *l. 2. ff. de legibus.*

Et ita Coryphæus JCtorum forenſium Molinæus ſenſit reſpondìtque, *Conſilio* 15. matrem quæ in contractu dotis pacta eſſet non venturam ſe ad liberorum ſucceſſionem, ſi qui ex ſuo matrimonio naſcerentur, plane excludendam ab hereditate filiorum. *Pactis inquit ſtandum, præſertim nuptialibus, quæ majori ſolemnitate, magisque ſeria ſiunt, & ſpeciali favore pollent.*

Deinde, licet unicuique juri ſuo renunciare, ſui juris perſecutionem aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere, nec pœnitentiæ locus eſt, poſtquam de jure ſuo quis pactus eſt. *l. pactum inter heredem 46. ff. de pactis.* Ergo filia quæ pacto renunciavit hereditati patris, id fecit quod ei facere licuit, nec contra pactum ſuum pœnitere poſtea ac controverſiam movere poteſt.

Quanto magis ſi id non gratis fecerit, ſed aliquo accepto ut in propoſita ſpecie, in qua filia dotem accepit. Quaſi vero patri non licuerit in datione dotis eam legem dicere, quam & alius quilibet. *Legem quam dixiſti, cum dotem pro alumna dares, ſervare oportet* (inquit Imperator) in *l. 10. C. de pactis.* In traditionibus rerum, ut ait Gajus, quodcunque pactum ſit, id valere manifeſtum eſt. *l. 48. ff. eod. tit.*

Confirmatur exemplo conventionis initæ inter patrem & filium, aliquo dato patri ab ipſo filio ut a parente emanciparetur, vel poſt emancipationem, ne judicia filii inquietaret: adverſus quam pactionem pater ſi veniat, doli exceptione ſubmovetur. *l. 1. §. ſi parens ff. ſi a parente quis manumiſſus ſit.* Ergo a ſimili, ubi a patre filia dotem accepit, ne poſtea ei ſuccederet, ſi ad ſucceſſionem ejus veniat, doli exceptione repellenda eſt.

Et vero quo colore filia quæ dotem accepit, atque ob id futuræ patris hereditati renunciavit, conventioni ſtare recuſaret? An quod modico præſenti contenta certo commodo defraudata dici poſſit, ut videatur talis conventio improbanda, quomodo de alimentis mortis cauſſa donatis transactio ſine Prætore facta SCto improbatur? *l. cum hi 8. in princ. ff. de transact.* Non ſane: nam quod filia dotis nomine præſens accipit certum eſt, incertum plane quod ex hereditate patris ei obventurum eſt, cum ea ſit rerum humanarum conditio & inconſtantia, ut qui hodie dives & bene nummatus, repente facultatibus everti poſſit. *Fortuna* [4] *neſcit quieſcere, gaudet lætis triſtia ſubſtituere: itaque in ſecundis nemo confidat, alternæ ſunt vices rerum. Omnia quibus vulgus inhiat ultro citroque fluunt, nihil dat fortuna mancipio. Maxima* [5] *quæque bona ſollicita ſunt, nec ulli fortunæ minus bene, quam optimæ creditur.* Craſſo nonne pecuniæ magnitudo, locupletis nomen dedit? ſed eidem poſtea inopia turpem decoctoris ſuperlationem injunxit [6]. Cum igitur certum ſit id quod filia dotis nomine a patre accepit, incertum quod ſperat ex ejus hereditate, nulla poteſt iniquitas videri in ea pactione, per quam accepta dote futuræ hereditati paternæ tanquam incertiſſimæ rei renunciat: argumento fideicommiſſi inter fratres relicti ſub ea conditione, ſi alter eorum ſine liberis decederet, de quo ratam conventionem eſſe, nec prætextu doli vel ætatis reſcindi poſſe reſcriptum eſt. *l. de fideicommiſſo C. de transact.* Cui reſcripto aptanda ratio eſt quæ ineſt primis verbis *l. 2. C. de pactis. Conditionis incertam inter fratres, non iniquis rationibus conventione finitum eſt.* Quaſi diceret, maxime propter incertum conditionis quæ tam potuit non exiſtere, quam exiſtere, valere pactionem ſuper fideicommiſſo illo.

Præterea dici poteſt, patrem qui filiæ dotem dedit & pactus eſt ut dote contenta eſſet, videri vivum heredi futuræ providiſſe, quemadmodum dicitur de teſtatore qui vivus ei quem deſtinabat heredem ſcribere, pro Falcidia ſatisfecit. *Sæpius evenit,* inquit Marcellus, *ne emolumentum ejus legis heres conſequatur; nam ſi centum aureorum dominus viginti quinque alicui dediſſet, & eum inſtituerit heredem, & dodrantem legaverit, nihil aliud ſub occaſione legis Falcidiæ intervenire poteſt, quia vivus videtur heredi futuro providere. l. cum quo 56. §. ult. ff. ad l. Falcidiam.*

Sed has dubitandi rationes omnes vincit una ratio, auctoritas ſcilicet juris. Hac una nititur reſcriptum Imperatoris in *hac l. 3.* cum ait. *Juris auctoritate improbari pactum, ut contenta dote filia, nullum ad bona patris regreſſum haberet.* Quid eſt juris auctoritas? Eſt vis, poteſtas, & ἰσχύς juris. Hæc publicum jus, vel publici juris auctoritas dicitur *l. 1. C. ſi adverſus fiſcum.* Juris auctoritas eſt menſura & regula eorum quæ agimus. *l. cum te 9. C. de donationibus ante nuptias.* Eſt forma juris & legum *l. 1. C. ſi certum petatur. l. 7. §. 15. ff. de pactis.* Jus publicum ſunt leges, & jura certa ratione conſtituta. *l. 3. ff. qui teſtamenta facere poſſ. l. quod bonis 15. §. frater ff. ad l. Falcidiam.* At contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habentur. *l. 28. ff. de pactis.* Jus publicum privatorum pactis mutari & infringi non poteſt. *l. 38. de pactis, & l. Neratius 20. ff. de religioſis.* Privatorum cautione legibus non eſt refragandum. *d. l. 15. §. frater ad l. Falcid.* Fruſtra ſit, quod ſit contra jus. *l. jure noſtro 26. de teſtamentaria tutela.* Ex pactis conventis alia ad voluntatem pertinent, alia pertinent ad jus: in his non ſemper voluntas ſervatur. *l. ſi pater 12. §. 1. ff. de pactis dotalibus.*

In quo vero læditur, mutatur, & infringitur jus publicum, ſi filia vivi parentis hereditati pacto renunciet? An quod inter patrem & filium filiamve qui quæve in poteſtate eſt, pactio fieri non poſſit? Non hoc. Quod enim Conſtantinus Harmenopulus habet, Titulo περὶ ψιλῶν συμφώνων. Μεταξὺ πατρὸς καὶ υἱοῦ ὑπεξουσίου σύμφωνον οὐ συνίσταται, hoc ad civilem effectum referendum eſt: namque & ibi tractat Conſtantinus de civilibus pactorum effectibus. Ergo vera ratio eſt, tali pactione lædi jus publicum in ordine & jure ſucceſſionis, quam cum formam jure publico, lege ſcilicet XII. Tabularum certam conſtitutam habeat, ut liberi integri juris parentibus ſuis ab inteſtato ſuccedant, & ſui heredes exiſtant, pacto privato (ſi ei effectum ſuum damus) ſubruitur; & ita eveniat, ut cum lex, non niſi alia lege tolli abrogarique poſſit, privata pactione tollatur & abrogetur.

Non debet eſſe tanta vis privatarum conventionum, quanta legum & juris publici: non debent exæquari cautiones privatorum legum auctoritati. Et hoc ipſum Papinianus reſpondit in *l. ultima ff. de ſuis & legitimis hered. Pater inſtrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepiſſe, ne quid aliud ex hereditate patris ſperaret: eam ſcripturam jus ſucceſſionis non mutaſſe conſtitit: privatorum enim cautionem legum auctoritate non cenſeri.*

Non poſſumus eſſe ingenioſiores magno Papiniano. Itaque quæcunque tanti viri Reſponſo addere nitimur, aut ſuperflua ea quidem videri poſſint, aut certe ſententia ejusdem Reſponſi contineri. Eſto, officium hoc eſt interpretis, res penitius rimando aperire ac per cauſſas demonſtrare. Vis videre quomodo hæc pactio jura ſuggillet ac conturbet? Certum eſt filium filiamve familias ad bona patris admitti, & quaſi filium & quaſi agnatum,

4. Seneca 3. *naturalium quaſt. & epiſt. 72.* 5. Idem *de brevitate vitæ cap. 15.* 6. Val. 6. *cap. 9.*

tum, & quaſi cognatum. *l. 4. §. ſiliis ff. quis ordo in poſſeſſionibus ſervetur.* Porro unicuique bonorum poſſeſſioni, quæ competit *unde ſui*, *unde legitimi*, & *unde cognati*, ſuum tempus dari, & ſuam quoque repudiationem competere, ut videatur eadem perſona pro diverſis juribus, quibus uti poteſt, ipſa ſibi ſuccedere. *l. 1. §. ſed videndum ff. de ſucceſſorio edicto.* Atqui nemo dixerit, una filiæ aut filiæ renunciatione comprehendi triplicem renunciationem, quæ tamen ad excludendos eos neceſſaria ſunt. Pactio igitur illa, ut filia contenta dote nullum ad patris bona regreſſum habeat, contra formam juris interpoſita videtur, ut merito juris auctoritate improbetur.

Deinde ridiculum eſt & aperte contra juris rationem ſi dicamus, jus agnationis pacto repudiari poſſe; quomodo ſi dicamus, eſſe in filii poteſtate nolle ſuum eſſe. *l. jus agnationis 34. ff. de pactis*, quod tamen evenit ſi filia paciſcatur, ne patri ſuccedat. Re igitur vera, juris publici ratione, pactum, de quo tractamus improbatum eſſe ...

Non me fugit Cujacium, aliter aliquando d. *l. jus agnationis* & hæc verba, *nolle ſuum eſſe*, interpretari de dominio, ut ſit ſenſus, jus agnationis non poſſe pacto repudiari non magis quam ut quis dicat, nolle ſuum eſſe aliquid, ad ſe pertinere, & in ſuo dominio eſſe: quæ una eſt ex differentiis inter dominium & poſſeſſionem, ſcilicet ut dominium nihilominus ejus maneat, qui ſimpliciter hoc dicit, ſe nolle dominum eſſe, poſſeſſio autem recedat, ut quiſque conſtituit nolle poſſidere *l. ſi quis vi 17. §. differentia ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* Sed cum elegans peræque ſit uterque ſenſus, nec a veritate alienus; utique retineri poteſt. Et ut Julianus ac Modeſtinus ſenſerit de dominio, ex eo tamen quod dixit, jus agnationis pacto repudiari non poſſe, ſatis intelligimus, jus ſuccedendi pacto repudiari non poſſe.

Accedit & alia juris ratio, ſcilicet neque pacto neque alio quocunque modo poſſe quemquam renunciare hereditati, quæ nondum ei delata ſit, quia non defertur vivi hereditas quæ nulla eſt[7], mortui eſt hereditas, & defertur ex tempore mortis tantum[8]. Poſſumus quod noſtrum eſt, cedere, vel pro derelicto habere, imo & quod noſtrum nondum eſt, poſſumus ad alium transferre, poſſumus ei renunciare. Et hoc eſt quod ait *l. pactum inter heredem ff. de pactis. licere ſui juris perſecutionem, aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere.* Sed ineptum & inane eſt, ſi quis renunciet ei rei quæ neque ſua eſt, & ad quam nondum jus habet. Hereditatem mihi delatam poſſum repudiare, nondum delatam non poſſum. Hoc Ulpianus innuit cum docet decretalem bonorum poſſeſſionem nunquam repudiari poſſe. Aut enim (ita argumentatur) ante, vel poſtquam decreta eſt, repudiatur: at neutro tempore poteſt. Ergo nunquam poteſt. Aſſumptionem probat ita; neutro tempore poteſt, nam ſive repudietur ante, ſive repudietur poſtquam decreta eſt, id fit intempeſtive: ante, quia nondum delata eſt, tunc enim defertur, quando decernitur: poſtea autem, æque intempeſtive, quia jam acquiſita eſt, acquiritur enim cum decernitur: non repudiatur autem quod jam acquiſitum eſt. Ergo neutro tempore repudiari poteſt. *Decretalis*, inquit, *bonorum poſſeſſio an repudiari poſſit videamus; & quidem diebus finiri poteſt, ſed repudiari eam non poſſe, verum eſt, quia nondum delata eſt niſi cum fuerit decreta: rurſum poſtea quam decreta eſt, ſera repudiatio eſt: quia quod acquiſitum eſt repudiari non poteſt. l. 1. §. decretalis ff. de ſuc. ed.* Hoc Imperatores breviter conjiciunt. *l. 4. ſicut C. de repudianda hered. Sicut major 25. annis antequam adeat delatam repudians ſucceſſionem, poſt quærere non poteſt, &c.*

delatam, inquit, quia non potuit repudiare nondum delatam.

Denique is poteſt repudiare, qui poteſt acquirere. *l. 19. ff. de acquirenda vel omitt. hered.* Non poteſt autem quis acquirere non delatam hereditatem. Ergo nec repudiare. Ita apertiſſime Ulpianus in *l. is qui heres eod. tit. Qui heres inſtitutus eſt, vel is cui legitima hereditas delata eſt, repudiatione hereditatem amittit: hoc ita verum eſt, ſi in ea cauſa erat hereditas, ut & adiri poſſet. Ceterum heres ſub conditione, ſi ante conditionem exiſtentem repudiavit, nihil egit.* Ex his patet eum, qui renunciat hereditati nondum delatæ, nihil agere. Idem eſt in cauſſa legati conditionalis. Pomponius, *ſi ſub conditione, vel ex die certa nobis legatum ſit, ante conditionem, vel diem certam repudiare non poſſumus: nam nec pertinet ad nos antequam dies veniat, vel conditio exiſtat. l. ſi ita ſcriptum §. 1. de legatis lib. 2.*

Si qui ſint ſubtilioris diſputationis amatores, objicere forte poſſint *l. 2. §. illud ff. de hereditate vel actione vendita.* ubi JCtus ait, vendita ſimpliciter hereditate ab eo qui a patre inſtitutus erat, & impuberi filio teſtatoris ſubſtitutus, non videri venditam pupilli hereditatem, niſi appareat id actum eſſe, id eſt niſi probetur de utraque hereditate contrahentes cogitaſſe. Itaque ſi appareat de utraque eos cogitaſſe, utramque venditam videri: & ait *maxime ſi jam delata impuberis hereditate venierit hereditas.* Qui ita loquitur, *maxime ſi, &c.* fortiorem caſum exprimit, ita tamen ut & alio caſu idem conſtituat. Ergo ſive delata ſit hereditas, ſive nondum delata, & cedi & repudiari poteſt.

Ad hoc argumentum reſpondendum eſt, hanc loquendi formam *maxime ſi, &c.* ſignificare ita demum, ut Raguellus obſervavit recte, ad *l. ult. C. de pactis.* Nam & in cauſſa pupillaris ſubſtitutionis improbum eſſe Julianus exiſtimat eum qui ſollicitus eſt de hereditate viventis. *l. 2. §. interdum ff. de vulgari & pupillari ſubſt.* Itaque verbum, *maxime*, in *l.* oppoſita, idem poteſt atque ita demum, ut apud D. Auguſtinum *epiſt. 207. ad Bonifacium, ſicut rebellanti & reſiſtenti violentia redditur, ita victo vel capto miſericordia jam debetur maxime in quo pacis perturbatio non timetur.*

Sed & objici poteſt *l. 21. & heredi §. filiafamilias & §. ſequenti ff. de pactis. Filiafamilias*, inquit Paulus, *paciſci poteſt, ne de dote agat cum ſui juris eſſe cœperit. Item filiusfamilias de eo quod ſub conditione legatum eſt, recte paciſcitur.* In his ſpeciebus liquet interponi pactionem de re nondum competente, & de jure nondum acquiſito, nec dum delato. Conſtat enim conditionalis legati diem cedere non quidem a morte teſtatoris, ſed ab exiſtente demum conditione[9]. Conſtat itaque non eſſe jus agendi de dote ante ſolutum matrimonium[10]. Ecce tamen, Paulus probat pactum filiæfamilias, ne de dote agat, cum ſui juris eſſe cœperit: probat & pactum filiifamilias, de non petendo legato antequam ſibi deferatur. Ergo de hereditate nondum delata pactio & renunciatio admittenda eſt. Ergo non eſt improbanda pactio, qua filia paternæ hereditati futuræ renunciat, nec dicenda eſt nihil agere. Denique etſi demus jus futurum, id eſt quod nondum competit, repudiari non poſſe, non tamen ſequitur in pactionem non poſſe deduci, vel pacto non poſſe remitti. Et belle ex hoc loco notat Accurſius, pacto plerumque remitti poſſe id quod repudiari non poteſt. Quod confirmari poteſt hoc argumento. Homine generaliter legato, Neratius ait, nihil agi ſi Stichus repudietur. *l. 13. ff. de optione legata.* ſed ſi pactus eſt legatarius ſe non petiturum Stichum, pacti exceptio ei poterit opponi, ut Paulus docet *l. 27.*

7. *l. 1. ff. de hered. vel act. vend.* 8. *l. qui hereditatem 19. ff. de acq. hered.* 9. *l. 5. §. 2. ff. quando dies legatorum cedat.* 10. *l. 2. 19. & 24. ff. ſoluto matrimonio.*

l. 27. *ſi unus* §. 7. *ſed ſi generaliter ff. de pactis.* Ergo aliud repudiare, aliud paciſci. Eſto non poſſit repudiari hereditas aut jus quodlibet, quod non ſit delatum, non tamen ſequitur, de his non poſſe cum effectu pactum interponi, ut doli quandoque exceptio opponi non poſſit. Quod etiam probat ſpecies *l.* 1. §. 3. *ff. ſi a parente quis manumiſſus ſit*, quæ jam ſupra delibata eſt *pag.* 842. *col. a.* articulo incipiente, *confirmatur exemplo &c.*

Idipſum etiam comprobatur elegantiſſimo illo dicto quod eſt apud Ciceronem & Cornificium, verſaturque in ore omnium, *pacta juri præſtare.* Ergo licet contra juris formam videatur eſſe hoc pactum, ut filia patri non ſuccedat, ſi tamen ex juſta cauſſa factum eſt, veluti propter dotem acceptam, effectum habere debet.

Non ſunt hæ profecto objectiones minimi momenti: quas proinde perpendere antequam ad diluendas dubitandi rationes ſuperius allatas accedamus, operæ pretium videtur. Et quidem inprimis fatendum eſt, verum eſſe quod notavit Accurſius, aliud eſſe repudiare, aliud paciſci. Repudiare nos non poſſe jus nobis nondum delatum, paciſci vero poſſe. Aliud igitur repudiatio, aliud pactio & remiſſio. Horum differentias edifſerit ita Cujacius ad *l.* 1. *C. de pactis.* Repudiatio eſt motus animi unius; remiſſio motus animi duorum. Repudiatio fit ſine pacto, remiſſio fit pacto. Repudiatio fit in jure; remiſſio quocumque loco. Homine legato priuſquam heres adierit hereditatem, non recte legatarius certum hominem, veluti Stichum, repudiat: paciſcitur tamen recte de Sticho non petendo. Poſtremo (quæ eſt ſumma differentia) repudiatio eſt juris, remiſſio ſive pactio facti, id eſt, qui repudiat aſpernatur & repellit a ſe jus quod offertur, nihil igitur agit nullo jure oblato. At qui paciſcitur, jus a ſe non repellit, & ideo in pacto nihil attinet ſpectare jus delatum fuerit nec ne. Denique repudiatio juris eſt, remiſſio facti, & verſatur pactio omnia in facto: pactum in facto eſt, id eſt, qui v. g. jus ſuum remittit pacto, id juris a ſe non repellit, & eſt ei integrum de eodem jure experiri, ſed ſi experiatur, exceptione doli aut pacti ſummoveri poterit, quæ eſt vis pacti, non ut jus repellat, ſed ut ex eo jure agentem poſtea exceptione ſummoveat.

Vera ſunt hæc a præſtantiſſimo viro tradita: ſed an in univerſum vera? non ſane. Neque enim illud ſemper verum, eum qui paciſcitur, jus a ſe non repellere: neque perpetuo verum, in pacto nihil attinere ſpectare, jus delatum fuerit nec ne, quaſi pactio omnis quia in facto eſt, pariat ſemper exceptionem adverſus eum qui contra pactum ſuum venit & controverſiam movet. Quod facile demonſtrari poteſt. Et quod ad primum attinet: non eſt inquam perpetuo verum eum qui paciſcitur, jus a ſe non repellere: imo vero repellit nonnunquam, ut apparet in eo qui pactum legitimum facit, in exemplum qui de furto vel de injuria paciſcitur, is enim paciſcendo jus omne agendi a ſe repellit: pactum autem legitimum actionem tollit. *l.* 7. §. 14. verſic. *nam & de furto* [11]. & *l.* 27. *ſi unus* §. 2. verſic. *ſed ſi pactum conventum tale fuit* [12] *ff. de pactis.* Itaque qui furtum aut contumeliam paſſus eſt, & de furto vel de injuria pactus eſt, ſi poſtmodum agere velit, non poteſt: deficitur actione, non eſt jam ille repellendus exceptione pacti, ſed quod non ſit ei jus agendi ſive quod nulla ſit ei actio. *arg. l.* 3. *C. de tranſact.* Quod ad ſecundum quoque, non eſt etiam perpetuum in pacto nihil attinere ſpectare an jus delatum fuerit, vel non, quaſi quælibet pactio ſemper adverſus eum pariat exceptionem qui pactum fecit: falſum enim hoc eſt ubi pactio ipſa legibus improbatur. Demus hoc, de jure & de commodo quod ſperamus necdum nobis acquiſitum eſt, poſſe nos tranſigere vel paciſci; utique hoc locum habere non poteſt, ubi lex impedit pactionem, veluti ſi de hereditate nondum mihi delata paciſcar: *generaliter enim quoties pactum a jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet. d. l.* 7. §. 16. *ff. de pactis.* Denique de eo jure quod primitus originem in lege habet paciſci non poſſum, antequam mihi deferatur, & ad privatam cauſſam redactum ſit. De eo jure loquor, quod primitus & ab initio originem habet in lege. Nam ſi quod mihi beneficium non primitus a lege ſed contra legem conceſſum eſt, poſſem de eo antequam mihi competat, prius quam mihi offeratur, tranſigere vel paciſci, ut mox oſtendam.

Secundum hæc, non poteſt ſuus heres filius filiave de hereditate paterna, antequam ſibi deferatur, paciſci gratis aut aliquo accepto tranſigere. Non dico non poſſe repudiare, ſed dico nec poſſe paciſci. Enimvero ſi dixero poſſe paciſci, & hoc dicam neceſſe eſt, privatorum cautiones legum auctoritate cenſeri, quod quid eſt aliud, quam miſcere omnia ac miſere confundere. Lex vivis ipſis parentibus ſpem facit liberis de eorum bonis: vivis deſignat ſuos heredes & neceſſarios, atque ita neceſſarios, ut velint nolint, ipſo jure ſint heredes. Hæc legis poteſtas ſumma eſt, hæc lex primæva Populi Romani quam non præceſſit alia; imo eſt ipſa naturalis ratio, quæ quaſi lex quædam tacita liberis parentum hereditatem addicit, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando. *l.* 7. *de bonis damnatorum.*

Debetne licere privato hoc jus & legem illam infirmare ac labefactare? Imo vero non debet. Publica ratio privatam vincere debet. Non promeremur hereditates pactis, neque etiam demeremur. Lex deſignat heredem, quod lex deſignat, privata pactio non reſignet. Nec mihi dicas hoc pactum non habere quidem hunc effectum ut filius filiave non ſit heres patri ipſo jure, ſed hunc tantum, ut propter illud repellatur filius & filia a perceptione & vindicatione juris ſui oppoſita eis exceptione pacti. Hoc enim modo, dicas & omnia pacta quæ a jure communi remota erunt effectum habitura, cum ſat ſit dicere, non impedire ea aut tollere juris rationem in ſe vel ut loquuntur, in idea, ſed tantum juris effectum. Quod quid aliud eſt quam per vanam ſubtilitatem effectu juris abolito, nudam ejus imaginem ſectari & proponere? Quid aliud eſt quam legis auctoritatem atterere & legiſlatoris mentem circumvenire?

Nunc oſtendendum quodnam ſit jus, quod non primitus originem habet in lege. Scilicet eſt illud jus, quod nove comparatum eſt contra primam juris formam quaſi beneficii & gratiæ cauſſa vel utilitate aliqua ſuadente. Novum eſt beneficium nova lege conceſſum per innovationem juris. Tale eſt jus Patronorum in bonis libertorum. Lege duodecim tabularum libera teſtandi facultas civibus romanis ex æquo competebat, tam ingenuis quam libertis: nata ſunt poſtmodum jura patronorum, & Edicto Prætoris patrono prætermiſſo in teſtamento liberti, bonorum poſſeſſio dimidiæ partis eſt conceſſa. §. 1. *inſt. de ſucceſſ. libert.* Non eſt hoc jus primitus Lege conceſſum: ſed eſt beneficium novo jure introductum: ac proinde de eo jure ac beneficio patronum quemlibet & quandocunque paciſci poſſe dubitandum non eſt. *l.* 3. *ſi quis patronorum C. de bonis libertorum.* Idem plane dicendum de patre qui liberos emancipavit, qui vicem patroni ſuſtinere dicitur. Et is quidem, ex primæva lege Romanorum i. ex Lege XII. Tabb. nullum jus habet impugnandi teſtamenta liberorum

11. *Nam & de furto paciſci lex permittit.* 12. *Sed ſi pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret: velati injuriarum, non poterit poſtea paciſcendo ut agere poſſit, agere: quia & prima actio ſublata eſt, &c.*

Digitized by Google

rum a ſe manumiſſorum: verum ei jura patronorum etiam conceſſa ſunt Edicto Prætoris quaſi patrono. *l.* 1. *in princ. ff. ſi a parente quis manumiſſus ſit.* Perinde igitur patri licebit hoc jus etiam inter vivos remittere ac patrono licet: & ideo ſi pecuniam pater acceperit ut filium emanciparet, vel a filio emancipato quantum ſatis eſt ei datum ſit, ut judicia ejus non inquietaret, doli exceptione pater ſummovebitur, ſi mortuo filio contra pactum ſuum veniat. *d. l.* 1. §. 3. Tantumdem dicere poſſumus de eo cui (cum eſſet heres ſcriptus) pro falcidia a vivo Teſtatore ſatisfactum eſt [13]. Falcidia enim beneficium eſt novo jure introductum; ſed & alia ratione huic exemplo inferius occurremus. Interea dicamus, jus publicum ſive juris auctoritatem non lædi his pactionibus, quæ fiunt de eo quod nobis novo beneficio licet legitimo conceſſum eſt: non ſunt enim de eo jure, quod competat more (ut ita dicam) majorum, ſed de beneficio adventitio cujus remiſſio eo magis permiſſa intelligi debet, quod rem ad priſtinam cauſſam, & ad jus originis reducat, ut in pactione de dote ſolvenda annua, bima, trima die, (id eſt, annuis tribus penſionibus) interpoſita poſt aliam qua convenerat, præſenti die dotem ſolvi, quam Paulus ratam eſſe jubet ea ratione: *quoties enim,* inquit, *ad jus quod lex naturæ ejus tribuit, de dote actio redit, non fit cauſſa dotis deterior, ſed formæ ſuæ redditur. l.* 27. *ſi unus* §. *pactus ne peteret,* verſic. *quod & in ſpecie dotis ff. de pactis.*

His ita tractatis, & conſequenter facillimum eſt dubitandi rationes initio propoſitas refellere ac profligare.

Ad primam igitur dicendum, ſervari quidem pacta debere, idque ſe facturum polliceri Prætorem in §. 7. *legis oppoſitæ;* ſed ea demum, quæ non contra leges & bonos mores facta erunt. *d.* §. 7. *& l.* 6. *C. de pactis.* Pactum autem de non ſuccedendo contra jus publicum eſſe, uti demonſtratum eſt. Et vero ſi juſtum eſt pactum ut filius filiave ex æquo cum fratribus ad hereditatem patris veniat, quia naturalem æquabilitatem quæ a parentibus inter liberos ſervari debet tuetur ac retinet, ut eſt in Novella conſtitutione *19.* Leonis Imperatoris, cui juſtum videbitur pactum, ut filia non ex æquo cum reliquis liberis ſuccedat, vel omnino non ſuccedat? ut ſine offenſa extorris fiat domo paterna, velut abdicata maximo ſuo & mœrore & damno, cum ad injuriam ſuam cæterorum ſpem & animi alacritatem auctam & erectam videat? Quis non ſuccenſeat parenti, inæquali jure tractanti liberos, quibus vel ſuggerente natura parem affectionem ac ſollicitudinem (cum pariter ex eo nati ſint) exhibere debeat?

Extat inter veteres formulas antiqui valde prudentis epiſtola, Francorum conſuetudinem improbantis, ut de terra Salica ſorores fratribus partem non facerent. *Gajæ dulciſſimæ filiæ meæ, Lucius Titius S. Diuturna ſed impia inter nos conſuetudo tenetur, ut de terra paterna ſorores cum fratribus portionem non habeant: verum ego æquiſſimum eſſe judicans ut qui mihi a Deo æqualiter dati ſunt filii, æqualiter diligantur, meiſque facultatibus poſt mortem meam æqualiter fruantur, per hanc epiſtolam te, dulciſſimam filiam meam, cum germanis filiis meis Lucio & Sejo, in omni hereditate mea, æqualem & legitimam heredem eſſe conſtituo; ut tam de alode paterno* [14], *quam de comparato, vel mancipiis vel præſidio meo* [15], *vel quodcunque moriens reliquero, æqualem cum filiis meis, germanis tuis, portionem accipias.* Hanc epiſtolam his verbis refert Cujacius, 8. *obſerv. cap.* 14. paulo venuſtiorem, neſcio an veriorem ea, quæ habetur inter formulas veteres incerti auctoris *cap.* 29. cui titulus Hereditaria, apud Marculphum.

Ad 2. Reſpondeo frequentiam propinquorum, affinium atque amicorum in conventionibus ſuper dote faciendis & apparatu omni procurando, imo & in probandis muneribus (quod ex Tacito *de moribus Germanorum* vulgatiſſimum eſt) non minimam ſane auctoritatem atque honoris commendationem nuptiis conciliare. Chryſoſtomus *ſermone quodam contra Judæos tom.* 6. ὁ δεσπότης σοῦ παραγίνεται εἰς γάμον καὶ ἐδέξατο τὸ γάμον. Sed eam frequentiam non efficere, quominus leges in conſtituenda dote ſervari debeant, unde illud Euariſti, uxor petatur, & a propinquioribus ſponſetur, & legibus dotetur.

Ad 3. Licere unicuique juri ſuo renunciare &c. [16] Dicendum hoc ita eſſe, ſi jam delatum ſit jus cui renunciatur: ſi pactum ſit, de re familiari: ſi non ſit a jure communi remotum, quale illud eſt, ut filia non ſuccedat.

Nec juvat, quod accepta dote filia tale pactum fecerit: nam & abſque pactione tali, & cum ſpe potiundæ aliquando hereditatis paternæ, dotem a patre meruit: & patris officium fuit dotare filiam. *l. ult. C. de dotis promiſſ.* Et vero cum dotem fratribus ſuis mortuo patre filia conferre teneatur, perinde eſt ac ſi eam non acceperit: licet quidem patri, licet & cuilibet, dationi pecuniæ, & dotis dationi, talem legem & pactionem dicere, quam vult: ſed hoc intelligendum circa pecuniam & dotem ipſam, ut ea certis caſibus ad certas perſonas redeat: non vero ut de alia re, occaſione dotis pactio fiat, veluti ut filia huic aut iſti non ſuccedat, quod eſt omnino extraneum a dote.

Ad confirmationem ductam ab exemplo conventionis initæ inter patrem & filium emancipationis cauſſa, & ad excludendum patrem a bonorum poſſeſſione contra tabulas jam eſt factum ſatis paulo antea [17], ubi oſtenſum eſt quodnam ſit jus, quod non primitus lege receptum eſt, & qui differt ab eo quod primæva lege introductum ſit. Unum hoc addendum videtur: meminiſſe oportere male ex dicta *l.* 1. *ff. ſi a parente quis manumiſſus ſit,* veteres argumentum ſumere, quaſi pater legitimæ filii hereditati renunciaverit accepta pecunia, cum ſit hic locus de beneficio tantum bonorum poſſeſſionis quod patri competit ex Edicto, cujus renunciationi ſavet libera teſtamenti factio, quæ lege XII. Tabularum cuique patriſfamilias civi romano data eſt.

Ad argumentum autem ſumptum ex *l. cum hi* 8. *ff. de tranſact.* [18] ut perfunctorie & diſſimulamenti gratia propoſitum eſt, ita ſubito ac perquam facile negatio admiſſa eſt, filiam quæ dote contenta renunciavit hereditati paternæ, non eo prætextu detrectare conventionis implementum, quaſi de incerto tranſegerit. Verum & addere debemus, ideo id recuſare eam & quidem juſtiſſime, quia contra formam juris, ut abunde probatum eſt, talis conventio habita ſit.

De fideicommiſſo viciſſim inter fratres relicto ſi alter eorum ſine liberis decederet, an pactio vel tranſactio fieri poſſet, dubitatum quidem eſt, propter voluntatem teſtatoris. Enimvero ſi teſtator nominatim de eo tranſigi vetuerit, dubitandum non eſt impediri tranſactionem, quia voluntas teſtatoris pro jure habetur: & ita Paulus 4. *ſententiarum tit.* 1. Quanto magis inhiberi pactio debet de non ſuccedendo, utpote facta contra legem publicam naturæ voto ſubnixam, quæ ſpem ſucceſſionis facit liberis æqualiter omnibus.

Poſtremo ad ultimam dubitationem deductam ex *l. cum quo* 56. §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* [19]. ubi dicitur, heredem qui a vivo teſtatore quantum ſatis eſt ad Falcidiam accepit, poſt mortem teſtatoris non habere emolumentum Falcidiæ, quia vivus videatur heredi providiſſe, quo exemplo colligitur filiam, quæ a vivo patre dotem accepit, eo mor-

13. *l. cum quo* 56. §. *ult. ff. ad l. Falcid.* quæ relata eſt ſupra *pag.* 842. *col. b.* 14. id eſt de proprio patrimonio ex ſucceſſione parentum vel cognatorum quæſito. 15. id eſt armentis & animalium gregibus. 16. ſupra *pag.* 842. *col. a.* 17. ſupra *ibid. & pag.* 844. *col. b. verſ. Præterea.* 18. ſupra *pag.* 842. *col. a.* 19. ſupra *pag.* 842. *col. b.*

mortuo non poſſe ſucceſſionis ejus emolumentum percipere. Omiſſis quæ ex jure aperto reſponderi poſſunt, conſequenter ad ea quæ paulo ante tradidimus de comparatione juris primarii ad jus novum, dicendum, placere omnino ſpeciem legis oppoſitæ, nec quicquam effici ex ea quod non ſuffragetur filiæ cui pater dotem dedit. Animadvertendum enim eſt Marcellum ſcribere in *d. l. cum quo.* teſtatorem centum aureorum patrimonium habentem viginti quinque dediſſe ei quem animo deſtinabat ſibi heredem; unde mirum videri non debet, quod dicatur heres ille, non poſſe legis Falcidiæ emolumentum conſequi, cum ſcilicet etiam ei a Teſtatore eo nomine conſultum ſit. Scilicet hoc ipſum in filia optamus & admittimus, ut ſi dotis nomine tantum in eam vivus pater contulerit quantum ſatis eſt ad portionem hereditariam, nil amplius ferat, ac deſideret: verum ſi quid minus habuerit, ut ſuo jure non defraudetur, quo ſpectat Reſcriptum Alexandri in *d. l. 3. C. de collat.* cum jubet dotem in collationem venire [20].

An idem dicemus in patre, qui quantum ſatis eſt ad excludendam bonorum poſſeſſionem contra tabulas filii a vivo filio accepit, ſecundum ea quæ ſupra attigimus ex *l. 1. §. 3. ff. ſi a parente &c.* [21]. Ita prima facie dicendum videtur; textus enim ait, *quantum ſatis eſt in eum contulit &c.* Cujus textus argumento Cujacius ad *l. 26. ff. de V. O.* ſcripſit, conventionem a filia interpoſitam, ne ſuccedat, non valere niſi dos ſufficiat legitimæ portioni. Sed magis eſt patrem, etſi gratis pepigerit ſe non inquietaturum judicia filii, ſubmovendum eſſe exemplo patroni, qui quacunque ratione jus patronatus liberto remiſerit, etiam inter vivos, deinceps ejus teſtamentum impugnare non poteſt. *l. 3. C. de bonis libertorum.* Itaque quod proponitur in *d. l. 1. §. 3. ff. ſi a parente &c.* ex facto quod ita contigerat refertur. Deinde minus conſulte ducitur argumentum ex *d. l. 1. §. 3.* ad probandum valere pactionem de qua tractamus, ſi dos ſufficiat legitimæ portioni: verſamur enim in cauſſa inteſtati: quæſtio autem de legitima, & de ea implenda tractatio omnis, in cauſſa ſemper vel inofficioſi teſtamenti vel inofficioſæ donationis verſatur, ut patet ex titulo *de inofficioſo teſtamento Cod.* v. g. in ſpecie *legis 6. l. 12. l. 25. l. 29. l. 30. & ſeqq.* atque etiam in Digeſtis, ut in *l. Papinianus 8. §. ſi quis mortis cauſſa.* Hoc & liquido demonſtrat *lex unica §. 12. C. de rei uxoriæ actione.* in cauſſa inofficioſæ donationis, ut *l. 3. C. de inoff. donat.* At nuſquam verſatur in cauſſa inteſtati, ubi nulla donatio interceſſit. Ergo ſi data dos ſit uni filiæ, cæteri liberi ab inteſtato veniant, non eſt unde æſtimetur legitima filiæ dotatæ, ſed e contra, aliorum liberorum legitima recte ex dote ejus æſtimari poteſt, quæ non eſt hypotheſis noſtra.

Nunc videndum an jure canonico pariter improbetur pactum de non ſuccedendo a filia interpoſitum quæ dotem a patre accepit? Et dicendum ſimpliciter convenire hac in theſi & quæſtione jus canonicum & jus noſtrum civile. At ſi quæramus de pacto jurejurando confirmato, diſſident plane hæc jura invicem. Quippe juris civilis axioma certiſſimum eſt, de qua re paciſci non licet, ſive cujus rei non valet pactio nec ſervari jusjurandum de eadem re adactum. Ulpianus, *& generaliter quoties pactum a jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, nec legari, nec jusjurandum de hoc adactum ne quis agat, ſervandum Marcellus lib. 2. digeſtorum ſcribit, l. 7. §. 16. ff. de pactis.* Licet enim jusjurandum confirmare ac ſolidare dicatur pactum cui ſubjectum eſt. *l. ſi quis major 41. C. de tranſact. Novella Leonis 78.* (quæ Harmenopulo eſt 38.) adeo ut minor adverſus venditionem jurejurando confirmatam via reſtituatur, maxime ſi ſacramentum corporaliter ſit præſtitum [22]. Concilium Tolet. 8. *cap.* 2. Omne quod in pacis fœdera venit, tunc ſolidius ſubſiſtit, cum juramenti interpoſitio hoc roborat. Attamen ubi ipſa conventio principalis contra bonos mores & contra leges facta eſt, jusjurandum quod adjicitur, pariter improbatur jure civili. *l. 5. non eſt dubium in fin. C. de legibus.* juxta regulam cum principalis cauſſa non conſiſtit, nec ea quidem quæ ſequuntur locum habent [23]. Illicitæ rei ſervari jusjurandum non oportet. *Authentica quod eis C. de nuptiis.* quæ ſumpta eſt ex *Novella 51. de mulieribus ſcenicis.* Ita in falſo inſtrumento, vel non habente cauſſam, nulla habetur ratio jurisjurandi adſcripti. *l. pen. C. de tranſact. l. ult. C. de non numerata pec.* ſed nec in teſtamento jusjurandum contra legum & juris auctoritatem momentum ullum habet. *l. ſi quis inquilinos 112. §. ult. ff. de legat. 1.*

Enimvero jure pontificio non eſt idem contemptus religionis jurisjurandi, nec ita facilis ejus venia, ut apud juris civilis auctores: tanta ſcilicet jure canonico jurisjurandi veneratio eſt, ut ſicubi juratum ſit, etiam ſuper ea re quam ipſum jus pontificium improbet, ſervetur tamen, vel per ſpeciem, quoad ejus fieri poteſt, mox vero res ad æquitatem reducatur facta reſtitutione: veluti ſi uſuras debitores juraverint ſe ſoluturos, (quas jure canonico vetitas eſſe conſtat) coguntur, ne pejerent, ſolvere: mox vero creditores, qui eas acceperunt, compelluntur eas reſtituere. *cap. debitores 6. extra de jurejurando.*

Quid inquies, eſtne jusjurandum apud Pontifices in flagitiis ac ſceleribus ſervandum? Minime vero. Non eſt vinculum iniquitatis. *cap. quanto 18. eodem tit. de jurejur. can. inter cætera 22. quæſt. 4.* Iſidorus; *impia eſt promiſſio, quæ ſcelere adimpletur.* Sed adeo tamen jusjurandum etiam in cauſſis criminum non improbant, ut dicant, per ſe ipſum appenſum, magnum malum eſſe falſam jurationem, & comparatione facta, dum majorem pietatem conſtituunt in deſertione jurisjurandi quam in obſervatione ejus ut admittatur flagitium, nefariæ rei juramento pietatem non detrahunt. *Juravit David temere, ſed non implevit jurationem majori pietate. Tolerabilius eſt promiſſum non facere, quam facere quod turpe ſit &c.* quæ ex Auguſtino & Ambroſio referuntur 22. *quæſt. 4.* Hæ comparationes ſunt minoris mali ad majus malum, ut illa Apoſtoli melius eſt nubere quam uri, de qua Tertullianus. *Quale hoc bonum eſt oro te, quod mali comparatio commendat* [24]?

Servant igitur Pontifices jusjurandum ut plurimum, niſi tale ſit quod ſervatum vergat (ut loquuntur) in interitum ſalutis æternæ. *cap. ſi vero 8. & cap. cum contingat 28. extra de jurejurando.* Juraverat David ſe occiſurum Nabal virum impium: victus precibus Abigail abſtinuit ab ejus cæde. Hinc Beda, *homilia 44.* de decollatione S. Joannis (hoc Gratianus & Soteri Papæ tribuit) ſi inquit aliquid forte nos incautius juraſſe contigerit, quod obſervatum pejorem vergat in exitum, libere illud conſilio ſalubriore mutandum noverimus, ac magis inſtante neceſſitate pejerandum nobis quam pro vitando perjurio in aliud crimen gravius eſſe divertendum.

Ubicunque igitur ſervari poteſt jusjurandum ſine interitu ſalutis æternæ, probant illud ac ſervant Auctores juris canonici: & ob id Bonifacius 8. ita reſcribit. *Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regreſſum haberet, improbet lex civilis, ſi tamen juramento non vi, nec dolo præſtito, firmatum fuerit ab eadem, omnino ſervari debebit, cum non vergat in æternæ ſalutis diſpendium, nec redundet in alterius detrimentum* [25].

Et hoc jus renunciationum in linea directa, re-

cep-

20. ſupra pag. 841. *col. a.* 21. ſupra pag. 842. *col. a.* 22. *l. pen. C. ſi minor ſe majorem dixerit. l. 1. C ſi adverſus venditionem.* 23. *l. nihil dolo §. 1. de reg. juris.* 24. *lib. 3. ad uxorem cap. 3.* 25. *cap. 2. de pactis in 6.*

ceptiſſimum eſſe in Gallia, conſtat ex reſponſis prudentum forenſium & placitis Senatus quæ ab iis paſſim referuntur. Eſt vero ſumme notandum, quod Molinæus *conſilio* 55. ſcribit, pactum ejusmodi, omiſſo etiam jurejurando, in Gallia ſervari, ratione politica, inſuper habita juris canonici ſanctione: ut intelligamus reſcripta Pontificum, vim legis apud nos non obtinere, & in cauſſia demum Eccleſiaſticis ac divinis locum ſibi vindicare [26]. Nec prætermittendum, quod eodem loco idem Molinæus refert, nullam jure Gallico reſtitutionis in integrum ſpem eſſe adverſus ejusmodi renunciationem, ne prætextu quidem læſionis gravioris etiam in legitima, niſi aliud lege municipii contineretur. Et ita judicatum ſenatus placito contra Agnetem d'avaugour anno 1546. & alio antea dato, ipſoque celeberrimo, congregatis ſcilicet claſſibus, anno 1552. contra Annam de Lovan uxorem Guidonis Demaille domini de Breze, quod Molinæus memorat in notis ad Alexandrum *lib.* 3. *conſil.* 29. Quibus adjieiendum eſt, neque minoris ætatis rationem efficere, quo magis reſtitutionis beneficium indulgeatur, non quidem propter ſacramenti religionem, quæ minores etiam plerunque adſtringit *l.* 1. *& authentica ſacramenta puberum C. ſi adverſus venditionem*, quandoquidem uſus Galliæ, ut prænotatum eſt, parvi pendit in hac quæſtione jurisjurandi clauſulam, ſed quia parentum conſilio & adſectioni hoc datur, ut intelligantur ſupplere ea quæ deſunt animi judicio liberorum ætate minorum, (quod ipſum de tutore dicitur in *l.* 32. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.*) Cæterum præſumptio eſt, pro liberis parentes optimum conſilium capere. *l. ult. C. de curator. furioſi. l.* 67. *§.* 2. *de leg.* 2. *l.* 22. *in fin. ad l. Jul. de adult.* Et ita judicatum retulit Robertus *lib.* 2. *rerum judicatarum cap.* 4. Quid autem ſi per vim filiam pater compulerit ut renunciaret? Interea dum nihil traditur de ea ſpecie judicatum, ſperandum, neque judicatum iri, non eſſe adverſus talem contra bonos mores auxilium a legibus invocandum.

Denique hoc jus dicunt fluxiſſe ex lege Salica Francorum orientalium, ea lege contracto matrimonio, ſcilicet ut nec ipſa uxor, nec filii nati ex ea, habeant de bonis viri vel patris cui filii ex priore matrimonio ſuperſtites ſint, amplius quam dictum fuerit ipſo ſponſaliorum tempore: cujus conventionis hic effectus eſt, ut liberi ex hoc ſecundo matrimonio nati non ſuccedant patri ſuo in alode nec in feudo, ſi ex priore ſuperſint qui ei ſuccedant, ſuccedant tamen in alode ſolo ſi non ſuperſint. Quod Mediolanenſes dicunt accipere uxorem *ad morganaticam lib.* 2. *feudorum tit.* 29. vel ſecundum alios *lib.* 4. *tit.* 32. Germanis *Morgengab*, ſive *Morgangheba*, eſt matutinale donum, quia vir ſolebat mane diei nuptiarum donationem in ſponſam ſuam conferre, ut Græci [illegible] quod illic Cujacius annotavit.

Quis porro non miretur ex tam parva ac fere contemnenda origine in tantum adoleviſſe & mutatum eſſe hoc jus, ut cum nihil habeat ſimile ſui principii totumque abhorreat ab exemplo unde ortum accepit, incremento ſuo pejus factum eſſe videatur. Placuit Francis a Romanis degeneribus, & a jure eorum deviis, & forte non gnaris ejus (nam arma tractabant exoſis legibus) ne partem facerent filii ex ſecundis nuptiis ſuſcepti fratribus ex priore conjugio natis in alode & feudo. Utinam hactenus erraremus, ut liberis tantum ex ſecundis nuptiis naſcituris, pater dum facit nuptialia pacta, ſpem futuræ ſucceſſionis in alode & feudo, priorum liberorum gratia adimeret; hic color aliquis non deeſſet. At quod Salica lex non cogitavit, inter conſortes liberos ex eodem ortos conjugio ſors inæqualis hodie conſtituitur: imo & qui naſcendi ordine cæteros anteceſſerunt, qui primi parentes ſalutaverunt, & tam dulci nomine appellitarunt, eosque ſumma lætitia affecerunt, hi plurimum hanc iniquitatem ſentiunt, ut certa ſumma contenti a patris communis ſucceſſione arceantur. Ergone hoc jus damnabimus? Sane ut rebus judicatis & tranſactis, ita & multo magis uſu longiſſimo comprobatis ſuus honos habendus eſt. Sed conſtant legibus, ut & aliis hominum inventis ſua tempora, totiesque mutantur, emendantur, novisque conſiliis in melius quotidie reformantur. Juſtius itaque quam vel lex Salica, vel ea nobilior & vetuſtior lex Voconia (quæ maſculos & ex maſculis progenitos plus diligens aliis perſonis anteponebat) lex divina ſolos ex corpore noſtro creatos maſculos hoc honore dignata eſt, ut in ſucceſſione parentis præcipuum aliquid ferrent. Cujus exemplo ſi parenti cuilibet concedamus, ut filium primogenitum ſimili quodam honore proſequatur, ſive in ſupremis, ſive in nuptialibus tabulis, nihil contra legem divinam facturos nos arbitramur. Cæterum ſi notiſſimos hujuſce legis terminos excedamus, ut liberis non naturalibus & legitimis id eſt adoptivis, vel etiam fœminis hunc honorem ad aliorum injuriam referamus, impium quid & ex audaciore conſilio inhumanum, & Germanobarbarum facere nos quis non videt? Hæc de quæſtione noſtra in linea recta.

Nunc tempeſtivum eſt quæſtionem eandem deducere & transferre in lineam tranſverſalem. Quæſtio igitur eſt de pacto renunciatorio dotalibus inſtrumentis ſolemniter interpoſito, quo ſoror a fratre elocata, vel filia fratris aut ſororis a patruo vel avunculo dotata, futuræ ejus ſucceſſioni renunciat, aut alias paciſcitur, ſe nullum ad ejus bona regreſſum habituram. An & hoc pactum Juris auctoritate improbetur? Et an adverſus illud in integrum reſtitutio peti poſſit?

Quis vero prima ſpecie & cogitatione ineptam non dicat hanc in linea collaterali renunciationem? quomodo Paulus elegantiſſime, exheredationem & emancipationem in extraneo rem ineptam eſſe ait. *l. quidam cum filium* 132. circa finem *ff. de V. O.* Liberi qui ipſo jure ſunt heredes, ut non ſint, plane vetari poſſunt: imo vero debent, lege id concedente parentibus ut liberos ſuos vetent eſſe ſuos, expuncto per exheredationem jure ſuorum. Juvenalis *ſatyra* 10.

— — Nam codice ſævo
Heredes vetat eſſe ſuos.

Sui heredes neceſſario exheredandi, ne ſint ſui & neceſſarii. Exheredatio igitur facit eos extraneos. At in eo qui jam extraneus eſt, quid facit exheredatio? quid facit emancipatio, ut fiat extraneus, qui jam extraneus eſt? A ſimili, quid facit renunciatio in cognato qui extraneus eſt? Parentibus a liberis non debetur hereditas. *l. nam etſi* 15. *ff. de inofficioſo teſt.* Quantominus cognatis a cognatis? Liberi vivis parentibus non ſpem tantum, ſed etiam jus quodammodo habent ad bona paterna. *l. in ſuis ff. de liberis & poſthumis.* Quis hoc dicat de cognatis? Ea ratione exheredati liberi querelam inofficioſi teſtamenti habent, vel ſilentio præteriti, ſi erant in poteſtate, inutile conſtituunt teſtamentum, id eſt inane & ſine effectu, ut non ſit opus per Judicem illud reſcindi. Cognati ſimile jus non habent, fruſtraque adverſus cognatorum judicium inofficioſi querelam inſtituunt: melius facturi ſi ſe ſumptibus inanibus non vexent. *l.* 1. *ff. de inoff.*

Imo vero, ineptam ejusmodi renunciationem a cognato cognatave factam, dum aliquid ejus rei cauſſa a cognato, ſive is frater, ſive patruus, ſive avunculus ſit, accipit, facile quis neget. Cum enim ejus renunciationis contemplatione munifi-

munifi-

26. Ea de re Petrus Gregorius in *inſtit. novis rei beneficiariæ fol.* 254. *num.* 4. *& 5.*

eus cognatus dotem aut quid aliud cognato cognatæve dat, fictione quadam videtur ad ſucceſſionem eos ſuam erigere, jamque participes eos bonorum ſuorum facere, ſimulque cum eis de cætero ſucceſſionis jure ac commodo tranſigere: quod iniquum nihil aut contra bonos mores continet. Nec dicendus ille extraneus quem ſanguinis ratio & naturalis æquitas ad hereditatem cognati ſui ſuo ordine & gradu vocat. *l. 2. ff. unde cognati.* Denique cum jure moribus recepto ejuſmodi pactio inter parentes & liberos valeat, quidni inter cognatos. Si in linea recta, quare non & in laterali? Ubi eadem ratio, nonne idem jus eſſe debet?

Hic liceat ſubſiſtere, & propius diſpicere, an quod jus receptum eſt uno caſu, & inter certas perſonas, protinus ad alium caſum, & ad alias perſonas produci poſſit ſine lege. Etenim licet vulgo dicamus, ubi ratio eadem eſt, ibi & jus idem eſſe, & verum hoc ſit in judicio rerum ſimilium; puta Judex in furto a familia ſervorum facto pœnam ſtatuit, quantum liber homo præſtaret, ſi furtum feciſſet, ne ex uno delicto dominus careat tota familia: conſimiliter ſi damnum a familia datum ſit, id eſt ſi familia Titii jumentum meum occidit aut vulneravit, idem obtinere debet eadem ratione, ne ex uno delicto dominus totam familiam amittat. *l. illud 32. ff. ad l. Aquil.* Tamen obſervandum, ubi aliquid ſingulari jure receptum eſt, ad conſequentias non eſſe producendum. Pedius dixerat; quoties lege aliquid unum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt cætera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe juriſdictione ſupplere. At Paulus ſubjecit, quod vero contra rationem juris receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias. *l. 13. & 14. ff. de legibus.* Exemplis utamur; lex Falcidia primo locum habuit in legatis: ratio faciebat ut & in fideicommiſſis pariter obtineret, non obtinuit tamen ſine lege nova, & ad hoc factum eſt SCtum Pegaſianum: atque ita per vices ad alios caſus producta eſt Falcidia, novis ſemper accedentibus conſtitutionibus. *§. 5. ſed quia heredes inſt. de fideicommiſſariis her. l. 18. ad l. Falcid. & l. 2. C. de donat. cauſa mortis.* SCto Tertulliano & Orphitiano inter matrem & filios ultrocitroque jus capiendæ hereditatis datum eſt: Orphitianum de filiis tantum erat, non de nepotibus neptibuſque: conſtitutione opus fuit, ut ad aviæ hereditatem venirent. *§. 1. inſt. de S. C. Orphit.* Filiifamilias olim proprium nihil habebant; variis conſtitutionibus pro variis bonorum generibus & per diverſa tempora aucta ſunt jura filiorumfam. atque ita ſenſim delibata eſt patria poteſtas, ut parentibus per filios non acquirerentur ſed propria eſſent filiis peculia caſtrenſia, mox quaſi caſtrenſia, deinde bona materna, poſtea bona materni generis, tum etiam lucra nuptialia, ac deinde cætera bona; quo pertinent tituli *de bonis maternis, & de bonis quæ liberis &c. libro 6. Cod.* Sed & cum ex Conſtitutione Arcadii & Honorii nepotes ex filio & filia avunculis tantum, non etiam patruis, amitis & materteris dotem & donationem ante nuptias conferrent, nova conſtitutione opus fuit, ut cæteris quoque conferrent. *l. filiam 6. C. de collat.* Ex quibus apparet, jus receptum uno caſu & inter certas perſonas non continuo produci ad alium caſum licet affinem, & ad alias perſonas ſine lege & conſtitutione nova.

Eſto ergo jus receptum ſit, ut filia renunciet patris bonis, contenta dote quam accepit. An & ſine conſtitutione admittemus, ut filia fratris vel ſororis, quæ a patruo vel avunculo dotem accepit, ejus hereditati renunciet? Atquin & illud eſt contra juris rationem, formam, auctoritatem, & regulas, ut ſupra demonſtratum eſt. An quod contra juris rationem receptum eſt, producemus ad conſequentias? Atqui neque eadem eſt ratio in linea transverſali. Placuit illud in linea recta propter aſſiduam ac quotidianam filiarum elocationem, quas properant parentes pellere domo, ut filiis ſuis maxime primogenitis pleniſſime conſulant. Non eſt adeo frequens cognatarum per cognatos elocatio, nec maſculorum in linea transverſali tantus eſt favor, quantus in linea recta filiorum.

Omnis in Aſcanio chari ſtat cura parentis.

Familiarum columnæ, filii maſculi ϛύλοι γὰρ οἴκων εἰσὶ παῖδες ἄρσενες [27]. Merito igitur aut probabiliore ſaltem aliqua ratione in linea directa receptum eſt, quod non eſt receptum in linea transverſali. Improbandum igitur eſt pactum renunciationis in ea linea, donec lege nova quæ formam det futuris negotiis probatum receptumque ſit. Ita Papinianus in ſpecie *l. juſto errore 44. in princ. ff. de uſurp. & uſucap. Non enim,* inquit, *conſtitutum eſt in hoc, quod in homine libero placuit: ibi propter aſſiduam & quotidianam comparationem ſervorum, ita conſtitui publice interfuit, non autem tam facilis & frequens adoptis vel adrogatis eſt.*

Ergo ſi mihi proponas claræ vel etiam illuſtris proſapiæ cognatum, virum divitiarum, eminentiſſimæ vel ſi placet invidioſiſſimæ [28] fortunæ hominem, cœlibem, vel orbum, cognati ſui adoptionem animo parantem, (ſi modo is eſſet cognatus qui adoptare poſſet) ſuam, ſive ſororem, ſive ſororis aut fratris filiam elocaſſe, & dotem non fœneam quidem illam, ſed luculentam pro ea conſtituiſſe ſic, ut futuræ ejus hereditati renunciaret: poſtmodum autem cognatum illum ſuam adoptaſſe rite, (ita ut contra eam adoptionem jure nihil objici poſſit) atque in eum maximam partem bonorum contuliſſe, ut jam liqueat ejus gratia pactum illud renunciatorium dotalibus inſtrumentis adjectum eſſe: nonne Papinianus dicturus eſt; *Non enim conſtitutum eſt* in hac linea, quod in alia. *Ibi propter aſſiduam & quotidianam* &c. *ita conſtitui publice interfuit: non autem tam facilis & frequens adoptio vel adrogatio eſt.*

Hæc procul dubio Papiniani verba non patiuntur extenſionem caſus unius ſingularis ad alium etiam conſimilem. Quomodo duæ in jore fictiones vix in eadem ſpecie admittuntur, non debemus etiam duo ſingularia jura in eadem quæſtione admittere [29]. Hoc juris ratio & diſciplina ſuadet, non vana ſubtilitas quæ alias cedere debet utilitati rerum agendarum.

Tentemus & adverſus hæc nonnulla objicere, quæ non tantum ineruditos, & ut ita dicam exleges, ſed etiam eos qui bene fundatam ſcientiam juris habeant, movere ac percellere poſſint. Imprimis igitur, cui non videatur durum & dolo proximum fidem fallere ei qui certa lege beneficium dedit, ut pro gratia indevotio & ingrati animi teſtimonium exhibeatur ab ea, quæ cum ſe fugituram ſpopondit, continuo apparet, *& ſe cupit ante videri,* ut poſt extortam a donatore pecuniam derideatur nimia ſua facilitate deluſus & ſpoliatus ab ea, quæ contra naturalem æquitatem (quæ pactorum omnium eſt fundamentum) ſe conferat ad meram juris ſubtilitatem. *Ideo autem hanc* [doli] *exceptionem Prætor propoſuit, ne cui dolus ſuus per occaſionem juris civilis contra naturalem æquitatem proſit. l. 1. §. 1. ff. de doli mali ex.*

2. Quaſi vero non ſit cum jure & legibus conſulendum, quoties æquitas poſcit, & jus ſtrictum cum æquitate confligit. Servus pro libertate cum domino pactus, ut certa pecunia ſe redimeret, quin libertatem adipiſci poſſit, dubitandum non eſt. Atquin juris ſubtilitas refragari videtur: nam quomodo ſuis nummis ſe redimat qui ſuos nummos non habet? qui & ipſe cum peculio quod habet do-

27. Euripid. in *Iphigenia.* 28. Paterculus lib. 2. 29. Bartol. *ad l. ſingularia ff. de rebus creditis.*

domini eſt? *Verum conniventibus oculis credendum eſt ſuis nummis redemptum eum eſſe. l. 4. in princ. ff. de manumiſſ.*

3. Juris ratio non patitur valere ſtipulationem *poſt mortem dabis*, vel *poſt mortem dabo*: propter regulam juris. Ad heredem nullam tranſire obligationem & actionem, quæ a defuncto cœperit [30]; audi tamen Juſtinianum. *Liceat*, inquit, *ab heredibus & contra heredes incipere obligationes & actiones: ne propter nimiam ſubtilitatem, verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur. l. unica C. ut actiones & ab heredibus & contra heredes incipiant.*

4. Patri demum non etiam matri, aut alii cuipiam lex XII. Tabularum facultatem tutoris teſtamento dandi conceſſerat. Finge vero matrem aut patronum aut extraneum erga impuberem aliquem bene affectum, eundem impuberem inſtituiſſe heredem atque eidem teſtamento tutorem adſcripſiſſe. An non tenebit tutoris datio? tenebit utique. *l. 1. l. ſi patronus 4. de confirm. tutore.* Quis hoc exemplo non judicat, repenſandi beneficii cauſſa, concedi nonnunquam quod alias non concederetur, & ob id legis auctoritatem inſuper haberi? Ergo a pari ratio compenſandæ ac remunerandæ liberalitatis avunculi, vel patrui vel cujuscunque cognati, qui nupturæ cognatæ dotem dederit, exigit ut ſi quid præter legis auctoritatem ab ea deſideraverit, & pacto eam adegerit ut quid faceret aut non faceret, id aſſequatur, nec effectu tam juſti deſiderii ſui contumelioſiſſime fruſtretur.

4. Non æquitas tantum ſed & juris ratio ſubtiliſſima facit, ut tam contra eam quæ renunciavit, ſua renunciatio valeat, quam pro ea dotis datio valuit: data enim eſt ſub pacto renunciationis, & ab initio alterum cum altero conjunctum eſt. Et ſimilis eſt hic caſus hypotheſi minoris viginti quinque annis, qui prædia emit ea lege ut pignori eadem eſſent obligata creditori, quoad pretium ſolveretur: Ulpianus dicebat non valere pignus, quia minor non poſſet ſine tutore res ſuas obligare, Paulus contra, *ſed hic*, inquit, *videtur illud movere quod cum dominio pignus quæſitum eſt, & ab initio obligatio inhæſit* [31].

5. Addamus publice intereſſe ejuſmodi renunciationes in linea perinde obliqua admitti, atque in linea directa, dotium ſcilicet favore, quo magis cognati ad dotandas cognatas ſuas invitentur. Dotium favor publicam utilitatem reſpicit, Juſtinianus, *cum enim ſciamus favore dotium & antiquos juris conditores ſeveritatem legis ſæpius mollire merito & nos ad ejuſmodi venimus ſanctionem*, &c. [32] Quod utilitatem habet, ſponte ſe in uſum hominum inſinuat & irrepere videtur, quomodo utilitas pignorum irrepſiſſe dicitur. *l. qui autem 14. ff. de conſtituta pecunia.* Quotus quisque eſt quem non deterreat ab exercenda munificentia ſæva illa ratio irritæ conventionis renunciatoriæ, quot ſorores & cognatæ indotatæ adeoque innuptæ manebunt.

6. Denique licet inter plebejos non valeant ejuſmodi renunciationes, valere tamen debent inter optimates & illuſtres, quomodo inter milites de hereditatibus eorum pactiones haud improbantur. *l. licet 19. C. de pactis.* Et quidem in Gallia tales de ſuccedendo vel non ſuccedendo pactiones eo magis recipi debent, quod nulla apud Gallos paganorum & militum ſit differentia. Cæſar cum in Gallias noſtras venit, nullum non invenit militem: & ita mihi concedas apud nos teſtato & inteſtato decedere cuique licere, cum in paganis jus civile hoc non pateretur [33].

Sed non eſt admodum operoſum nodos ſolvere, quos quis ut ſolveret fecerit.

Ad primum igitur argumentum, dicendum eſt, dolo non videri facere, qui jure publico utitur. Jus publicum eſt jus omnium, *nullus videtur dolo facere qui ſuo jure utitur* [34]. Quis dolus quæſo cum ad rationem juris publici, & ad æquitatem collationis quæſtionem & litem omnem redigi petitor deſiderat? Quæ indevotio fingi poteſt in ea perſona, quæ quod accepit parata eſt in medium proferre, & non *ad falces* ſed ad leges confugit, ubi & *ſe cupit ante videri*? Nemini ſane dolus ſuus per occaſionem juris civilis contra naturalem æquitatem prodeſſe debet. Sed quid hoc eſt? ſcilicet nihil aliud, quam quod nemo meram ac inanem ſubtilitatem obtrudere debeat captando juris apices ad exigendum eum qui re vera nihil debet. Ulpianus [35], *ſi quis cum aliter eum conveniſſet obligari, aliter per machinationem obligatus eſt, erit quidem ſubtilitate juris obſtrictus, ſed doli exceptione uti poteſt.* Subtilitas juris non eſt jus publicum: qui reclamat jus publicum non confugit ad ſubtilitatem inanem, ſed ad veram & certam regulam, quam omnes tenere atque ſervare debent. Per hanc porro regulam, & ea uſu tam certi juris, majorem partem ſuperiorum argumentationum effluere ac evaneſcere manifeſtum eſt.

Ad ſecundum itaque argumentum quo dicitur, connivendum aliquando cum jure, quoties confligit cum æquitate; hoc rurſus inculcandum non de jure publico hoc prædicari, alioqui leges omnes & jus publicum ſubverti ac penitus ſubrui, cum in omnibus cauſſarum figuris non defutura ſit æquitas ut alicui ſubveniatur adverſus duritiem legis: ut patet in uſucapione, in præſcriptione, & aliis plerisque. Uſucapio eſt ex jure publico, & tamen contra naturalem æquitatem introducta eſt. *l. 1. ff. de uſurp. & uſucap.* multo magis præſcriptio longiſſimi temporis, quæ patrona generis humani a Caſſiodoro nominatur [36], quam tamen Juſtinianus *Nov. 10. ut Eccleſia rom.* &c. appellat improbum præſidium. Privilegium fori, quod Clericis competit, apud eos cenſetur juris publici; conſule Pontificem, an privata pactione cuivis Clerico liceat ei renunciare? tibi renunciabit, privatorum pactis juri publico derogari non poſſe. *cap. 12. ſi diligenti extra de foro comp.* certe ut omne magnum exemplum plerumque habet aliquid ex iniquo, ita jus publicum ſæpenumero injuriam aliquam includit, nec tamen ideo minus ſervandum. Aliud porro jus publicum, aliud jus commune, in quorum tamen diſtinctione fallimur aliquando & erramus. Juris publici venia non fit niſi publice: privatorum pactio non poteſt jus publicum infringere [37]. At jus commune & natura cujusque negotii & contractus facile privatorum pactione immutatur; ita ex voluntate domini conſentientis in hoc, ut ſervus ſe redimat ſuis nummis, admittimus ſervum ad libertatem pervenire etiam peculiares nummos dando, neque in eo quidquam eſt contra jus publicum, ſed tantum contra rationem juris gentium, quæ facit ut non videatur ſervus quidquam proprium habere. Denique favor libertatis qua nulla major eſſe poteſt hanc fictionem introduxit, ut ſuos nummos ſervus pro capite ſuo videretur dare qui peculium daret [38]. *Servitutem mancipia quæque conditionis extremæ, & in ſordibus nata omnimodo exuere conantur, peculium ſuum quod comparaverunt ventre fraudato pro capite numerant.* Favor inquam libertatis hoc extorſit contra juris ſubtilitatem, quomodo in cæteris cauſſis utilitas effecit ut fictiones admitterentur. Nec tamen ita favorabilis eſt libertas, ut contra jus publicum Magiſtratus eam tueantur. Ulpianus, *ſciendum eſt*, inquit, *neceſſario herede exiſtente, quamvis ſe abſtineat, tamen libertates competere, ſi modo non in fraudem legis Æliæ Sentiæ datæ fuerint.* Exemplum quoque ſtipulationis *poſt mortem dari* pertinet non ad jus publicum, ſed ad ſubtilitatem juris

30. *§. poſt mortem 12. inſtit. de inutil. ſtipul. l. 4. C. Th. de diverſis reſcriptis.* 31. *l. 2. ff de rebus eorum qui ſub tutela.* 32. *l. ult. C. ad S. C. Vell.* 33. *l. jus noſtrum 7. de reg. jur.* 34. *l. nullus 55. de reg. juris.* 35. *l. 36. ff. de verb. oblig.* 36. *lib. 5. var. epiſt. 37.* 37. ſupra pag. 842. col. *b.* 38. Seneca *epiſt.* 80.

juris quod ex mera ſubtilitate oritur. Et recte Juſtinianus ei verborum ſubtilitati opponit & anteponit latitudinem voluntatis contrahentium: quomodo in omnibus contractibus magis id quod agitur, quam verborum conceptio attenditur. Seneca 5. *de Benef. cap.* 10. *Sed ut dialogorum altercatione ſepoſita tanquam JCtus reſpondeam, mens ſpectanda eſt dantis.* Prævaleat igitur mens contrahentium ſubtilitati: ſed mente contrahentium potior ſit lex publica. *l. dudum C. de cont. emp.* conſerventur voluntates contrahentium, ſed legitimæ, *l. pen. C. pro ſocio.* Nam & mos cujusque regionis ita probatur, ut legi non offendat. *l.* 1. *ff. de uſur.* Et recte in *l.* 136. *de R. J. bona fides tantum præſtat poſſidenti, quantum veritas, quoties lex impedimento non eſt.* Lex igitur coërcet latitudinem voluntatis contrahentium ne privata pactio legum auctoritate cenſeatur [39]. Nec prætereundum eſt Juſtinianum conſtitutione ſua *Cod. ut actiones ab heredibus &c.* abrogaſſe regulam juris veteris & contrariam introduxiſſe, ut actiones ab heredibus incipere poſſint. Unde non invitus concedam, ubi nova conſtitutione vel SCto comprobatum fuerit pactum renunciatorium, deinceps uſu recipi debere.

Ad tertium argumentum, quis non videt ei rectiſſime occurri duplici ratione? prima, quod tutoris datio, adeo in extraneo (quantumvis benefico & liberali) reprobatur, ut omnino confirmatione egeat. Altera, quod ideo confirmetur, quia teſtator non ex parte, ſed pleniſſime impuberi conſuluerit re ipſa parentem ei ſe exhibendo: *non male dicetur judicium ejus ſequendum eſſe, qui & perſonam ejus quem tutorem eſſe voluerit, noverit, & impuberem ita dilexit, ut eum heredem inſtituerit.*

Ad quartum, etſi concedamus renunciationem factam in dotalibus inſtrumentis adhærere dotis dationi, & ea cauſſa nonnihil ſimile habere obligationi pignoris a minore contracti in ipſa emptione prædiorum, quæ ſimul venditori obligavit, non tamen ſequitur eandem renunciationem valere: nam quod in *l.* 2. *ff. de rebus eorum qui ſub tutela* ex Paulo proponitur, ratio dubitandi eſt, non deciſio: cæterum & Paulus & Ulpianus conſentiunt non valere obligationem contra jus publicum, id eſt contra Orationem Severi. Ulpianus *d. l.* 1. *§. ult. illo tit. nam ubi dominium quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari.* & Paulus *d. l.* 2. *in fin. ſi igitur talis ſpecies in privato venditore inciderit, imperiali reſcripto opus eſt ut pignus confirmetur.*

Ad quintum, merito negabitur publice intereſſe ejusmodi renunciationem in linea collaterali admitti, quod non ſit uſus ejus aliquanto magis invitaturus agnatos & cognatos ad dotandas cognatas ſuas, quas alia ratione ſine legum offenſione ab hereditate ſua depellere poterunt, exheredatis ſcilicet eis teſtamento ſuo, cujus eſt confectio moribus omnium provinciarum (etiam eis qui neſciunt litteras) facillima. Nec ſunt in argumentum trahenda jura, quæ dotium favorem commendant, cum ſint ea de dotibus non conſtituendis, ſed conſtitutis ne deminuantur. *l.* 1. *ff. ſoluto matrimonio*, ut in ambiguis pro dote reſpondeatur. *l. in ambiguis* 70. *de jure dotium.* ut in exigendo dotis actio privilegium habeat. *l.* 74. *eod. tit.* & aliam ſimilem prærogativam. *l. unica C. de rei uxoriæ act. l. aſſiduis C. qui pot.* Quid quod a multis ſeculis non tantum non irrepſit uſus talis pactionis renunciatoriæ? de qua non ſcio an tria exempla omnino propoſita ſint, ut non poſſit utilitas ejus introducendæ cum pignorum neceſſitate comparari, planeque otioſum ſit de ea in poſterum introducenda lege vel SCto cavere, τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς, ut ait Theophraſtus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται [40]. Denique cum ex utilitate jus aliquod recipitur, ea debet eſſe utilitas quæ ſe quotidie ingerat & veluti propter neceſſitatem irrepat, ut de pignorum utilitate dicitur in *d. l.* 14. *de conſtituta pec.* Quæ neceſſitatem habent, ut patet in acquirenda per extraneum poſſeſſione. *l.* 1. *C. de acq. poſſ.* In negotiis alienis ſine mandato gerendis. *l.* 2. *ff. de negot. geſtis.* & in integrum reſtitutionibus. *l.* 1. *ff. de in integr. reſt.*

Reſtat argumentum 6. ductum ex *l. licet* 19. *C. de pactis*, cujus profecto ſpecies nihil habet commune cum theſi & quæſtione noſtra. Cœlius ac Victorinus fratres pergentes ad prœlii diſcrimen ob communem fortunam ſimul pacti ſunt, ut ad ſuperſtitem bona præmortui pertinerent. Reſcribunt Imperatores inter privatos ſive paganos talem pactionem nedum pro teſtamento, ſed nequidem pro donatione cauſſa mortis accipi poſſe: inter milites vero, prompto favore conſtitutionum, pro teſtamento habendam, proindeque bona Cœlii præmortui velut ex ejus judicio ad Victorinum ſuperſtitem pertinere. Ex eo ne licet probe colligere omnem inter milites pactionem vice teſtamenti eſſe? Deinde quid hic de pacto renunciationis? utique ex hac lege colligere licet eam vice teſtamenti pactionem haberi poſſe, qua ſucceſſor in caſum mortis deligitur. Et ex ea colligunt Græci interpretes recte, pactum quod vocant ἀλληλοκληρονομίας inter commilitones valere, inter alios non valere. *Harmenopulus lib.* 1. *tit.* 9. Κεῖται περὶ τῆς ἀλλήλων διαδοχῆς αἰσχύνην συμφωνῆσαι, ἐρχομένους ὁμοῦ ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντας ἰσχύειν τὸ παρ' αὐτῶν συμφωνηθέν. Quæſtio vero noſtra eſt de pacto quo cognata contenta dote renunciat hereditati dotem dantis, non eſt de danda hereditate, ſed de auferenda, favor illic verſatur, odium hic & injuria, præter juris contemptum. Quod autem milites omnes Gallo francos facit commentum illud veauſlum ſumptum ex uſu teſtamentorum, quis invideat? Sed cum militum favor pactionem de mutua ſucceſſione inter commilitones factam ratam efficiat, inquirendum primo an promiſcue id ita ſit, an non inter eos ſolos, qui in aciem proficiſcuntur ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντας: deinde an cognatus & cognata ſint commilitones? quæ ſi non ſint, quo dilabetur tota iſta argumentatio?

Hæc ita in omnem partem agitata ac prope definita quæſtio rurſus concutitur auctoritate Caroli Molinæi, cujus fama & eruditio quantæ dignationis apud omnes ſit ſatis intelligo. Ille vero in ſpecie concubinæ cujusdam ad uxoris dignitatem evectæ, reſpondit factam ab ea in nuptialibus inſtrumentis renunciationem hereditati liberorum qui ex matrimonio ſuo naſcerentur, valere, quia (hæc ejus ratio) nullo jure prohibitum invenitur pactum negativum abſolutæ renunciationis futuræ ſucceſſioni, niſi in filia legitima & filio legitimo & conſequenter in omnibus legitimis deſcendentibus quibus hereditas non ſolum a lege defertur ſed etiam debetur: in cæteris autem cum non ſit eadem, ſaltem non tanta ratio, ſtandum eſt regulis juris communis, pactis ſtandum eſſe præſertim nuptialibus. Hæc ille *conſilio* 15. *num.* 5.

Satis inquam intelligo quanta ſit Caroli Molinæi auctoritas, quanta in conſulendo & interpretando fides ac diligentia, quæ ſit ejus analyſis, quis apparatus. Sed bonam fidem quæſo. Non eſt tantus Molinæus qui magno Papiniano comparetur. Papinianus autem cum pactum renunciationis a filia factum improbavit, ea ratione uſus eſt, quæ communiter & publice valet. *l. ult. ff. de ſuis & leg. eam ſcripturam jus ſucceſſionis non mutaſſe conſtitit, privatorum enim cautionem legum auctoritate non cenſeri.* Scio equidem hoc temperamentum adhibere nos debere in componendis legibus romanis cum jure noſtro, ut nihil temere confundamus, & juri noſtro ſuam auctoritatem non detrahamus. Cæterum hoc mihi nemo non condonabit, licere omnino ad Romanorum jura noſtra etiam jura (quoad ejus fieri poteſt) reducere ſemper

39. ſupra pag. 842. col. b. 40. l. 6. ff. de legibus.

per ac redigere, quomodo Molinæus ipſe, & omnes paſſim juris noſtri interpretes, leges municipales quas interpretati ſunt, redegerunt. Hoc ſi mihi non concedas, expunge ſtatim illuſtrationes, demonſtrationes, ac collationes omnes quibus commentaria illi ſua ornaverunt ac communiverunt. Hoc autem conceſſo, quis mihi inficiabitur, quis non agnoſcat, ut jure illo civili, ita nec jure noſtro valere argumentationem a caſu ſingulari ad jus commune, ut caſus ſingulariter receptus producatur ad conſequentias: ac conſequenter imperfectam hanc collectionem eſſe, jure ſingulari receptum eſt ut filia dote a patre accepta ejus hereditati renunciet, ergo generaliter id obtinere debet. Ex eo vero apparet peſſime deflectere a jure rationem hanc; in filia prohibita eſt renunciatio ſucceſſioni paternæ: at in aliis perſonis non eſt prohibita, quia non eſt ſimilis vel tanta ratio. Deflectit inquam & deviat a jure & ratione hæc aſſumptio, eſt enim & in aliis perſonis lineæ etiam obliquæ, quibus jure inteſtati defertur & debetur hereditas, par ratio, auctoritas ſcilicet juris publici. Jus publicum in Gallia, ut & in ſolo Italico & in orbe romano, ſunt leges publicæ quibus obtemperare neceſſe habent omnes qui iis reguntur. Cujusmodi ſunt eæ quæ de teſtamentis ordinandis præcepta continent, & eæ quæ hereditates deferunt liberis & agnatis, aliæque conſimiles. Porro tam in Gallia quam in Italia non rite teſtatur, qui patriæ ſuæ juris obſervationem non ſequitur. Et ſi quis in Galliis noſtris tanta præſumptione tenetur, ut pacto vellit hereditatem addicere, aut ab hereditate quempiam ſummovere, tam aberrat a jure publico noſtro, quam civis romanus a publico jure romanorum: neque enim Romanis ſuum jus publicum magis eſt, quam noſtratibus ſuum. In cauſſis hereditatum legitimatum, hoc noſtrum publicum jus eſt, ut proximior hereditatem ſibi vindicet, ſi non ſit ejus [quo tempore defertur] incapax. Huic ſuccedendi juri non minus apud nos quam apud Romanos ineptum, intempeſtivum, ac inutile eſt, antequam nobis deferatur, renunciare. Denique Molinæus nec alius JCtus, niſi plus ſapiat quam Papinianus, tantum pactioni tribuere debet, quantum legi, ut pactum poſſit vel hereditatem nobis adferre vel auferre. *d. l. ult. ff. de ſuis & legit.* [41]

Nec mihi objicias, cognatos olim lege XII. Tab. jus legitimæ ſucceſſionis non habuiſſe, nec proinde alienum eſſe a jure illo primatio, ut pactione removeantur a cognatorum ſucceſſione cum non ſit improbanda pactio, quæ ad jus originis rem deducit: quo & nos argumento ſupra uſi ſumus [42]. Hoc enim merito objicietur ſi Gallicum jus ſui unquam diſſimile fuit, ſi primævum jus noſtrum fuit, ut cognati non ſuccederent, deinde nove conſtitutum, ut ſuccederent; at perpetuum unum & æquale jus fuit Galliis conſuetudinariis, ut jure cognationis hereditates deferrentur. Deinde quid Molinæus dicet de agnatis? finge filiam fratris a patruo elocatam, pactam eſſe ſe non venturam ad ejus hereditatem, nonne hæc pactio contra jus publicum erit vel concedente Molinæo? Faceſſat igitur hæc aptatio inconveniens plane & a jure exorbitans, ut pactum de non ſuccedendo factum vel a matre reſpectu hereditatis liberorum, vel a cognata reſpectu ſucceſſionis cognatorum moribus noſtris valeat, quia jure Romano cognati primum cognatis non ſuccederent.

Ultima ſit inſpectio, an ſit locus in integrum reſtitutioni adverſus ejusmodi pactionem? Et breviter dicendum jure civili improbata ea pactione non eſſe neceſſarium Prætoris auxilium: quia non eſt reſcindendum quod per ſe nullum & inane eſt [43]. Motibus noſtris, quia quidquid geſtum & actum eſt, interim donec cauſſa cognita quale ſit animadvertatur, tenet, nihil attinet dicere aliquid ipſo jure nullum eſſe; proindeque ad mores noſtros propius ea quæſtio pertinere videtur. Imo vero & jure civili in ambiguo, an valeat id de quo quæritur, plerumque reſtitutioni locus eſt, ut in ſpecie *legis ſive generalis 61. ff. de jure dotium*, quam mox ſubjiciam. Et in hac igitur hypotheſi dubitandum non eſt reſtitutionem in integrum locum habere. Cauſſa reſtitutionis hæc eſt, ne teneat ea pactio quæ aperto jure improbatur. Non erit ſane in integrum reſtitutioni locus in linea recta ſi filia patris hereditari accepta dote renunciaverit, non quidem ea ratione (ut vulgo putatur) quod pater optimum pro liberis conſilium capere ſemper videatur (poteſt enim cum propoſito innocentiſſimo & conſultiſſimo fraus & læſio concurrere, quæ per ſe juſtiſſima cauſſa eſt reſtitutionis in integrum ex capite minoris ætatis) ſed ea ratione, quod mens juris noſtri conditorum, qui ejusmodi in linea recta renunciationes admiſerunt, in maſculorum filiorum gratiam eas induxerunt, ita ut minima dote contentas filias eſſe voluerint, ut ſtatutis quibusdam municipalibus expreſſe continetur. Unde merito inferas renunciationem a filio factam etiam jurato, ſi minus legitima acceperit, (ubi ſcilicet querelæ locus eſt) minime ei obfuturam: & merito etiam rejicias Doctores miſere vexantes caput illud *quamvis de pactis in 6.* & ad hunc caſum illud perperam extendentes ut Covarruviam & Alexandrum [44], quorum farrago tota ſinceri juris ferme nihil habet.

In linea igitur transverſali, patruo vel avunculo fratris vel ſororis filiam dotante, recte dicimus locum eſſe reſtitutioni non ex cauſſa læſionis & ætatis ſimpliciter, ſed propter auctoritatem juris publici cujus formam & regulam ſervari publice intereſt. Non licebit hoc allegare quo reſcindatur id quod facto tantum ſuſtinetur, juris ratione improbatur? Aſt audio fori magiſtros mihi exprobrantes ignorationem triturarum ſuarum, nimirum præclari illius axiomatis, *qui eſt per ſe habilis ad matrimonium, eſt per ſe habilis ad pacta dotalia.* Hoc Baldum eruiſſe ex fontibus juris, ſcilicet *ex l. quoties 8. ff. de pactis dotalibus.* Oro vos præſtantia fori numina, Principes judices; obteſtor vos diſertiſſimi cauſſarum patroni, qui juris civilis ſcientiam bene fundatam habetis, eamve quotidianis rebus ſolerter aptatis, ac perquam commode jungitis, ſuſtinere me non probantem usquequaque triviales iſtas regulas, non ex jure aperto depromptas, ſed ab interpretibus confectas, aliquando bono, aliquando infelici atque infauſto ſucceſſu, dum quæ ad certam ſpeciem ſatis belle accommodantur, ineptiſſime ac periculoſiſſime ad omnes caſus extenduntur. Paulus ait in *d. l. 8. quoties patre furente, vel ab hoſtibus capto, filiusfamilias duxit uxorem, filiaque fam. nubit, neceſſario etiam pactio cum ipſis duntaxat dotis nomine fieri potuit.* Ex hoc textu breviarium hoc concinnavit Baldus, *habilis ad nuptias, habilis ad omnia pacta.* Placuit brevitate atque utilitate ſua: ſed quia ſubinde παχυμερεστέρως, ſive pinguius ac generalius acceptum eſt, in peſſimum uſum converſum eſt.

Ecce enim Paulus de pacto ſimpliciter locutus eſt, id eſt de ſubſtantia pacti, non de qualitate. Quid ergo ſi pactum contra leges aut bonos mores factum ſit, an ſtatim dicas valere? quia habilis ad nuptias habilis ad omnia pacta habetur? propone adultam ſponſo dotem conſtituiſſe ſine curatore, an dices tale pactum improbari non debere? Imo vero & accedente curatoris conſenſu interdum reſtitutioni locus eſt, ſi ipſo jure dotis promiſſio non valet. *Sive generalis curator, ſive dotis dandæ cauſſa conſtitutus ſit, & amplius doti promiſſum eſt, quam facultates mulieris valeant, quia lege rata non habetur, ipſo jure promiſſio non valet, &c. l. 61.*

41. vid. ſupra *pag.* 842. *col. b.* 42. *pag.* 845. *col. a. conſil.* 140. *tom.* 5.

43. *l. quod vulgo 55. ff. de bon. poſſ. contra tab.* 44.

l. 61. ff. de jure dotium. Et tamen inverecunde Doctores paſſim, & indiſtincte nobis obtrudunt, *habilis ad nuptias habilis ad omnia pacta*, qua re nihil eſt inſulſius. Ulpianus ait, *in dotis quoque modo mulieri ſubvenitur, ſi ultra vires patrimonii circumſcripta in dotem dedit. l. 9. ſi ex cauſſa §. 1. ff. de minoribus.* Ex eo apparet, quantumvis habilis quis ſit ad nuptias, non ideo minus ex cauſſa in integrum reſtitui. Et vero reſtitutio quælibet in integrum ei ſemper indulgetur qui habilis quidem fuit ad contrahendum, ſed qui in contrahendo deceptus eſt, vel ignoratione juris (ſi ea perſona ſit cui juris ignorantia nocere non debeat) vel propria imbecillitate, vel alterius dolo circumventus. Finge patruo vel avunculo dotante filiam fratris aut ſororis, ejuſdem filiæ patrem, mandatum quidem miſiſſe quo nuptiis filiæ conſentiret, non tamen in eo quidquam caviſſe de pacto illo renunciatorio, ut filia futuræ hereditati ejus qui dotem daret renunciaret, quæſo quis JCtus dicat ſponſæ renunciationem (ſi quæ ſequuta ſit) valere, quaſi ſubnixam patris conſenſu, qui nullus intervenit? Duo hic attendenda ſunt. Primum neque ſpeciale mandatum ſive expreſſum conſenſum patris, ullam vim potuiſſe ei rei & conventioni tribuere quæ eſſet contra jus, quia jus publicum privatorum auctoritate convelli non poteſt [45]. nec pater permittere poteſt, quod jus ipſum non permittit [46]. Alterum, tanti momenti negotium, etſi ex voluntate patris penderet, non potuiſſe ſine ſpeciali mandato patris explicari: adeoque utroque caſu, id eſt & accedente & deficiente patris auctoritate in filiæ renunciatione, redintegrandæ rei actionem eſſe.

Sed & ex aliis vulgaribus cauſſis, puta metus, doli, & ætatis, poſſit in quæſtione noſtra locus eſſe in integrum reſtitutioni. Quid enim ſi per vim & metum talis extorta fuerit renunciatio? ut fuerit neceſſitas impoſita non ei tantum quæ renunciavit, ſed etiam iis quos eadem renunciatio contingeret? Nam ut in æſtimanda bona fide, quæ in contractibus inſpicitur, non eos ſolos conſideramus, inter quos contractum eſt, ſed etiam alias perſonas quæ negotio continguntur. *l. bona fides 31. §. 1. ff. depoſiti* [47]. Ita ſi metu & terrore injecto factum quid ſit ab una perſona, unde & aliis nocitum ſit, non uni tantum, ſed omnibus merito ſubveniendum eſt. Qua ſane in re, cum generaliter omnis in integrum reſtitutio cauſſa cognita indulgeatur, magna animadverſione opus eſt.

Enimvero aliter inter privatos ſuppares æſtimanda ſunt negotia, aliter inter impares dignitate perſonas, puta inter ſubditos & Principem, aut Principi ſimilem & proximum, terrificum, ſuperbum, immitem, iracundum, tyrannum. Qua de cauſſa boni principes vix per ſe ipſos, ſed magis per officia negotia tractant ſua, ne metu retineantur contrahentes, quæ nolunt, aut quæ volunt, prout poſcit eorum utilitas, facere, aut non facere.

Igitur inter æquales, ſi propter metum in integrum reſtitutio petatur, metum præſentem accipere debemus, non ſuſpicionem inferendi ejus. Et ita exigimus in eo qui queritur ſe per metum aliquid dediſſe aut feciſſe, ne inſtrumenta ſtatus ſui interverterentur, exigimus inquam eum jam in ſervitutem petitum fuiſſe [48]. Sed quis in adverſario potentiſſimo, vel in tyranno, aut prope tyrannidem affectante, ferire, atterere, opprimere aſſueto quam minari, ſuſpicionem inferendi metus non pro præſenti metu accipiat? ſi nemo evaſit illæſus ab ejus ira? quanto magis ſi tantus adverſarius non mente tantum agitaverit nocere, ſed etiam aliquo facto initum mente conſilium ad actum deduxit? arg. *legis Fugitivus 225. ff. de verb. ſign.* [49] Magis eſt igitur ut in quæſtione reſtitutionis in integrum ex cauſſa metus attendamus ingenium, mores, potentiam, libidinem, clementiam, vel inclementiam ejus qui cognatam adegit ut renunciaret; ut ſi talis fuerit, qui faſtidia non ferret inultus, qui neminem ſuæ crudelitatis exſortem relinqueret: cui adeo neque per ſponſam neque per ſponſum obſiſti poſſet, ſine metu majoris alicujus malitatis, ſuſpicionem de eo haud immerito pro metu præſenti juſtiſſime accipiamus. Quid enim ſi fuit ille tantæ in regno potentiæ, ut regia ad libidinem uteretur abuteretürque auctoritate? ſi eo licente contra licere auderet nemo, vel eo damnante, ne Princeps quidem abſolvere auderet; qui non tam metueret Principem, quam ab eo Princeps metueret, adeo ut unde ſtetiſſet, eo ſe voluntas Regis inclinaret? fieretque cum eo mira quædam fortunæ inclinatio? Certe ſi fuit ejuſmodi, ut neque pro ſe, neque pro aliis jure publico uteretur, ſed omnia in lege manuum contineret, *ἐν χειρῶν νόμῳ* quales *legerupas* antiquitas dixit, ſi ſine judice jus ſibi diceret, (quo nullum vis genus inſolentius ac pernicioſius) *Tu vim eſſe ſolum putas*, dicebat Imperator quidam [50], *ſi homines vulnerentur*? Quid ſi magiſtratus urgeret, non ex legibus, ſed contra leges judicare? ſi juberet præter ordinem & ſolemnia judiciorum, publica fieri judicia? & innocentes ac verecundos judices, moribus majorum inſiſtentes, velut ſibi obſiſtentes ordine moveret? aut relegaret? ſpreta, imminuta, conculcata, auctoritate, dignitate, majeſtate legis imperii & jus dicentis? Quis quæſo metum præſentem non interpretetur in eo, apud quem liberi arbitrii jus ne Magiſtratus quidem habuerint? ſi geſtum & contractum cum eo quid fuerit, quidni reſcindatur, quaſi metu geſtum & contractum? maxime a puella verecundula & metu muta, hiſcere non audente, & ab ſponſo ejuſque propinquis ſibi forte (ſi conditionem detrectarent) interitum metuentibus?

Nam tales olim hiſtoriæ memorant, qui tyrannidem caute exercentes, diſſimulato etiam candore & affectata maxime moderatiſſimi & tranquilliſſimi animi ſpecie; adeo impotenter ſe geſſerunt, ut dicto minus audientes, nedum obloquentes, quaſi criminoſos inceſſerent, qui factis ſuis non minus quam dictis comprobarunt eſſe veriſſimum, quod Archimedes aſſerebat, ſe, ſi pedem in altero orbe figeret, alterum ciere poſſe, ita ſe, ſi ſupra cervicem potentiſſimi Regis jugum ponerent, facile Reges alios, regna atque imperia moturos, quanto magis eos, qui potentiſſimo Regi morem gererent, ſubacturos. Et fuerunt illi quidem præfracti adeo & *ἀτάσθαλοι*, ut quotquot ſibi, non dicam reſiſtere auſos intelligerent, ſed ejus conditionis ut poſſent, nulla nec ætatis aut ſexus aut dignitatis habita ratione, omnes aliquo terroris aut ærumnæ genere adflixerint, illuſtriores certiſſima clade perdiderint, ut nec pepercerint graviſſimis atque innocentiſſimis Senatoribus; imo vero nec regiæ domus alumnis & Heroibus, adeo ut (non credent poſteri) Principis ſui matrem, non injurias quidem ab eis paſſam ulciſci meditantem, ne-

dum

45. ut ſupra *pag.* 842. *col. b.* 46. *l 6. ff. qui teſtamenta fac. poſſ.* 47. *Incurris hic alia inſpectio, bonam fidem inter eos tantum quos contractum eſt, nullo extrinſecus aſſumpto æſtimare debeamus, an reſpectu etiam aliarum perſonarum ad quas id quod geritur pertinet.* & infra. *Si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus perſonis, quæ negotio contingantur, impletur.* & infra. *Probo hanc eſſe juſtitiam quæ ſuum cuique ita tribuit, ut non diſtrahatur ab ullius perſonæ juſtiore repetitione.* 48. *l. 8. §. 1. ff. quod metus cauſſa.* 49. *Fugitivus eſt non is, qui ſolum conſilium fugiendi ſuſcepit, licet id ſe facturum jactaverit: ſed qui ipſo facto fugæ initium mente conſilium deduxerit. nam & furem, adulterum, aleatorem, quamquam aliqua ſignificatione ex animi propoſitione cujuſque ſola quis dicere poſſit, ut etiam qui nunquam alienam rem ſubtraxerit, nunquam alienam matremfam. corruperit, ſi modo ejus mentis ſit, ut occaſione data id commiſſurus ſit, tamen oportere eadem hæc crimina aſſumpta actu intelligi, ideo fugitivum quoque & erronem non ſecundum propoſitionem ſolam ſed cum aliquo actu intelligi conſtat.* 50. *l. 7. ff. ad l. Jul. de vi privata.*

dum ad animum revocantem (ne forte revocaret) anteverterint jam ſeneſcentem debilitare, ac miſerabiliter peſſumdare, ſceleſtam eam & aſotam primogenito ſuo facientes, ac tandem abalienato penitus a Parente chariſſimi filii animo, ad peregrinitatem eam redigerent. Qui nec pietatem alterius geniti tam acerbum matris caſum dolentis ferentes, hic enim

———— ———— Nec ſe celare tenebris
Amplius, aut tantum poterat perferre dolorem.

Mœrorem ac ſingultus ejus implos facerent, & ſuſpiria quaſi ſuſpecta, Majeſtatis inſimularent: tandemque cum matre filium exulare cogerent, ſubductiſque nimia crudelitate omnibus ad vitam neceſſariis, aut mori, aut ad hoſtes quæſitum victum (quo quid tetrius dici poteſt?) quaſi alienæ exponentes miſericordiæ quam ipſi non haberent, transfugere compellerent. Eædem etiam teſtantur hiſtoriæ, fuiſſe quoſdam qui crimini verterent (ſi ſibi non placeret) adplacuiſſe Regi, qui ante ſe ei gratos, immutarent; qui ſibi inſenſos, non jam obſcuris ſed apertis ſimultatibus, adeo non ferrent ſuperſtites, licet exules, ut adornatis interfectoribus, rejecta in caſum ſuſpicione, fatum occuparent: qui inſidioſiore dolo pejus aliquid & ad extremam pertinens injuriam, ſtatus quæſtionem inferre molirentur iis, qui non præſcriptione temporis tantum, ſed & publicis monimentis tam impudentem, petulantem, ac facinoroſam temeritatis audaciam æquis temporibus coarguere ac retundere poſſent: qui adeo ſcelerum callidi ac periti artifices exiſterent, ut cogerent peccare, quos perdere deſtinaſſent, ut plagis, quas intentarent, juſtitiæ color non deeſſet, ut reatum pararent ante crimen admiſſum, ſecuri de neceſſitate peccandi, Artabano ſimiles, Artaxerxem impellenti fictum parricidium vero parricidio vindicare. Quis judex (ſi modo ſincerus & æquus, non idiota, ſed intelligens) adverſus negotia cum ejusmodi hominibus inita quaſi metu præſenti facta, reſtitutionem denegabit?

Ex cauſſa doli, cum reſtitutio non fiat niſi data actione de dolo malo, cui locus non eſt ſi ſuppetat vel alia actio, vel etiam in integrum reſtitutio ex quacunque cauſſa. *l. 1. §. idem Pomponius ff. de dolo malo.* poſtquam probatum eſt reſtitutioni in integrum locum eſſe poſſe, tum ex juris defectu (certis caſibus) tum ex cauſa metus; de dolo præterea quidquam dicere nihil attinet, niſi quod (& hoc ſumme notandum) ſi pater aut patruus vel quis alius cognatus cum dotem pro puella daret, ultro juraverit aut alias promiſerit (quo callidius renunciationem exprimeret a puella) ſe ei amplum legatum relicturum, vel ceſſantibus juris remediis, & momentis de quibus dictum eſt, de dolo actio ſecundum regulas juris civilis daretur [51], quæ cum moribus Galliæ hoc caſu competere non poſſet, tanto facilius eodem ipſo caſu in integrum reſtitutio concederetur. Nam & ei locus eſt, ut & reſtitutioni ex cauſſa metus, in linea etiam recta, ſecundum textum *cap. quamvis de pactis in 6.* quod eſt obſervatione digniſſimum.

Poſtremo ex cauſſa minoris ætatis dubitandum non eſt, reſtitutionem puellæ minori 25. annis, quæ temere in rem ſibi admodum damnoſam conſenſit, & inconſulta opulentiſſimæ hereditati ejus, qui forte jam tum, cum ipſa renunciaret, opinione Crœſi cujuſdam haberetur, concedendam eſſe. Ubicunque enim ſpes lucri intervertitur minori 25. annis, ſive filio ſive filiæfam. etiamſi pater adſit & præſens auctoritatem interponat, reſtitutio deneganda non eſt, intereſt enim eorum non capi. *l. 3. §. ſi quid minori ff. de minoribus.* Bartolus ad *l. etiam ſi patre eod. tit.* etiam, inquit, *ubi interveniis patris auctoritas minor reſtituitur*, quamvis aliud ſit in linea recta.

Sed ſi communi auxilio & mero jure munita ſit puella quæ renunciavit, fruſtra extraordinarium imploratur auxilium. *Generaliter probandum eſt ubi contractus non valet, pro certo Prætorem ſe non debere interponere* [52]. Sed quia moribus patriis pactio quælibet etiam contra jus publicum facta defenditur, donec reſcindatur; ideo & in hac cauſſa imploranda reſtitutio eſt, nec æquus judex eam denegabit, quam tamen in linea recta propter auctoritatem vetuſtiſſimi & receptiſſimi juris denegaturus eſt.

In ſumma, ætatis auxilio ut defendatur puella, diſpiciendum, an jure communi uſa ſit nec ne? Regula enim eſt qua utitur Papinianus. *l. inter eos 51. §. 4. ff. de fidejuſſ.* & Zeno *l. ult. C. de in integr. reſt. minorum. Deceptum non videri, qui jure communi utitur.* (jus commune hac parte eſt jus publicum) & ita in *l. nihil 116. de R. J. non capitur qui jus publicum ſequitur.* In linea recta jus commune ſive jus publicum noſtrum eſt, ut filiæ renuncient fratrum gratia prioris maxime matrimonii. Ergo ſi hoc fecerint, non ſunt reſtituendæ. In linea obliqua non eſt hoc jus commune, ut cognatæ, vel fratrum vel cognatorum ullorum gratia renuncient: ergo ſi fecerint, reſtituendæ.

51. *arg. l. ſi legatarius ff. de dolo.* 52. *l. in cauſſa 16. in princ. & §. 3. de min.*

F I N I S.

I N D E X

EORUM, QUI HUIC THESAURO SUBSCRIPSERUNT,

ORDINE ALPHABETICO DIGESTUS.

Stellulæ adpoſitæ exemplaria chartæ majoris deſignant.

A.

Joſephus Maria ALAMANII, J. C. Valentiæ Edetanorum.

ALDEWERELD, Dominus in Heenvliet.

Daniel VAN ALPHEN, Urbis Leidenſis Graphiarius.

* Eminentiſſ. D. Cardinalis de ALSATIA, Archiepiſcopus Mechlinienſis, Primas Belgii.

* ARCKENHOLTZ, Sereniſſimi Principis Guilielmi, Haſſiæ Land-Gravii, Conſiliarius, Bibliothecarius, & Antiquarius.

B.

Joh. BALCK, J. U. D., Advocatus in Curia Friſiæ.

2 BARLINKHOF, Bibliopola Gruningenſis.

Bibliotheca Regia HAFNIENSIS.

* Bibliotheca SUPREMÆ HOLLANDIÆ ZEELANDIÆQUE CURIÆ.

Bibliotheca Univerſitatis LOVANIENSIS.

Bibliotheca J. U. Baccalaureorum LOVANII.

Bibliotheca Magni Conſilii MECHLINIENSIS.

In Uſum & Ornamentum Bibliothecæ SCHWARTZWALDIANÆ.

Bibliotheca Cæſarea VINDOBONENSIS.

J. BOGAART Caularum Patroons Amſtelodamenſis.

Andreas Du Bois DE SCHOONDORP, Gandavi.

Petrus BONDAN, J. U. D., & Scholarum Campenſium Conrector.

BOSCH, Bibliopola Harlemenſis.

2 Heredes VAN BRAAM, Bibliopolæ Dordracenſes.

2 BRINDLEY, Bibliopola Londinenſis.

2 BROEDELET, Bibliopola Trajectenſis.

Arn. VAN BURCKENHOUT, SS. Canonum Profeſſor, & Juris Utriusque Doctor, Lovanii.

BORMAN, Conſiliarius quondam in Curia Brabantiæ.

D. Joſephus BUSTANZO, Legatus Reipublicæ Genuenſis in Aula Madritenſi.

C.

* Johannes Bapt. CABRERA & ROCAMORA, Presbyter, Juris Conſultus Valentinus.

* Guil. de CARCHEDENIEN, Conſiliarius Intimus Regiminis Gothani.

CHANGUION Bibliopola Amſtelodamenſis.

3 CHARMET, Bibliopola Veſuntinus.

12 Zach. CHATELAIN & Filius, Bibliopolæ Amſtelodamenſes.

Gaſp. ANT. CONYNENBURG, Advocatus Amſtelodamenſis.

Fratres CRAMER, Bibliopolæ Coloniæ Allobrogum.

Excellentiſſ. Dominus de CRAMM, Sereniſſ. Ducis Guelpherbytani Miniſter Primarius.

2 Vidua Joh. Rod. CROCKER, Bibliopola Jenenſis.

D.

HUDDE DEDEL, Conſul Hagæ Comitum.

Gerardus Daniel DENICK, JCtus, Reipublicæ Roterodamenſis Senator, & Collegii Archithalaſſici ad Moſam Advocatus Fiſci.

Carolus VAN DYCK, Urbis Harlemenſis Conſul, & in Conſilium Ordinum Delegatorum Hollandiæ & Weſtfriſiæ Deputatus.

E.

Simon ENTINCK, Toparcha in Noordwykerhoudt, Amſtelodami.

ERNST, Secretarius Legationis Regis Poloniæ & Electoris Saxoniæ, apud Præpot. Ordines Fœderati Belgii.

F.

FABBRINI, J. U. D. & Advocatus Florentinus.

Joſephus FINISTRES & de MONSALVO, Anteceſſor Juris Cervarienſis.

FOREST, Bibliopola & Scabinus Toloſæ.

G.

D. Joſeph. GALVEZ-GALLARDO, J. U. D. & in Conſilio Madritenſi Cauſarum Patronus.

3 GAUDE', Bibliopola Nemauſenſis.

Georg. Chriſt. GEBHAUER, JCtus, Regi a Conſiliis Juſtitiæ Intimis, & Anteceſſor Juris Primarius in Academia Gottingenſi.

Academia GIESSENSIS.

GOUSSIN, Bibliopola Gandavenſis.

Joh. GRAAFLAND, Conſul Amſtelodamenſis.

Abr. GRONOVIUS, J. C. & Bibliothecæ Publicæ Univerſitatis Lugduno-Batavæ Præfectus.

H.

Corn. HAACK, Bibliopola Lugduni Batavorum.

Henr. VAN HEES, Supremæ Hollandiæ Zeelandiæque Curiæ Præſes.

6 HEROLD, Bibliopola Hamburgenſis.

J. VANDER HOEVEN, JCtus, Dominus in Tienhoven.

Excellentiſſ. Comes Joh. Lud. de HOLSTEIN, Eques Ordinis Elephantini, Conſiliarius Intimus in Conſilio Regis, nec non Secretarius Status in Cancellaria Danica.

* HOOG, Urbis Schiedamenſis Syndicus.

Jacob. HOP, in Collegio Societatis Indicæ Occid. Director, Amſtelodami.

I.

Ant. JANSSENS, J. U. Licentiatus, Advocatus in S. C. & R. Majeſtatis Conſilio Magno Mechlinienſi, ut & Urbis Antverpienſis.

* D. Blaſius JOVER ALCAZAR, Hiſpaniarum Regi a Conſiliis in Regio Caſtellæ Senatu & Camera.

Jo. Rod. ISELIUS, Anteceſſor Juris Baſileenſis.

K.

KAUDERBACH, Ablegatus Regis Poloniæ & Electoris Saxoniæ apud Præpot. Ord. Belgii Fœderati, Hagæ Comitum.

Fredericus KAYSER, in Regim. & Conſiſt. Haſſ. Director, Juris Profeſſ. Ord. Prim.

Anton.

Anton. de KLOPPER, Cauſarum Patronus Lugduni Batavorum.
2 KINCAID & DONELDSON, Bibliopolæ Edimburgenſes.
* Antonius à KINSCHOT, antehac Præpotentium Ordinum Fœderati Belgii Bruxellis Ablegatus, nunc vero Redituum Publicorum Collegii Archithalaſſici ad Moſam Quæſtor.
Chriſt. Lud. KOCH, Conſiſt. Regim. Haſſ. Juris & Hiſt. Prof. Ord. Bibl. Acad. Præf.
Amand KÖNIG, Bibliopola Argentoratenſis.
KNYFF, Urbi Antverpienſi a Secretis.
Franc. Juſt. KORTHOLD, Juris Prof. Ord., & Acad. Haſſ. Synd.

L.

2 De LAITRE GOORT, Bibliopola Rhemenſis.
Abbas D. Joſeph. LAMBERTENGUS, ex Quæſtoribus Illuſtriſſ. Magiſtratus Cameralis, & Apoſtolicus Regius Ducalis, & Oeconomus Generalis, Mediolani.
Joh. Mich. VAN LANGENDONCK, Urbi Lovanienſi a Secretis.
Guill. LEUNCKENS, Juris Utriusque Licentiatus, & Decretalium Profeſſor, Lovanii.
* D. Joſeph. DE LIMA, PINHEYRO E ARAGAO, Eques Ordinis Chriſti, Conſiliarius in Supremo Senatu Uliſſiponenſi, & Luſitaniæ Regis Nobilis Aulicus.
* Sereniſſimus Princeps CAROLUS LOTHARINGIÆ DUX, Belgii Auſtriaci Gubernator, &c. &c. &c. &c.
Jac. LOZEL, Bibliopola Roterodamenſis.
2 Sam. LUCHTMANS Bibliopola Lugduni Batavorum.
A. G. LUISCIUS, Regiæ Majeſtati Boruſſorum Glor. Mem. Conſiliarius Intimus, & Legatus Extraord. apud Præpotent. Ordines Generales Fœderati Belgii.

M.

2 Gregorius MAJANS & SISCAR, Generoſus Valentinus.
Joh. Jac. MARCI, Sacræ ſuæ Imperatricis ac Reginæ Hungariæ Majeſtatis Libellorum Supplicum Magiſter, & in Magno Belgii Conſilio Mechliniæ reſidente Conſiliarius.
J. de MARRGNAULT, quondam Fiſci Advocatus in Ceylonia.
Petrus Franciſcus DE MEULENAERE, in Conſilio Flandriæ Advocatus.
Adr. MOETJENS Bibliopola Hagienſis.
MOLLMAN Conſiliarius & Bibliothecarius Regis Daniæ & Norvegiæ.
18 MONTALANT, Bibliopola Pariſienſis.
8 Petrus MORTIER, Bibliopola Amſtelodamenſis.
2 * Petrus MORTIER, Bibliopola Amſtelodamenſis.
Thade MULL, Scabinus Civitatis Eockhuſanæ.

N.

NEBE & Filius, Bibliopolæ Arnhemienſes.
Herm. NOORDKERK, Advocatus Amſtelodami.

O.

Joan. OORTDYCK, Advocatus in S. C. & R. Majeſtatis Magno Conſilio Mechlinienſi.
M. VAN OVERBEEKE, Bibliopola Lovanienſis.
OVERSLUYS, Bibliopola Goeſanus.

P.

Guil. PAAUW, in Suprema Hollandiæ Zeelandiæque Curia Senator.
PAGENSTECHER in Curia Hollandiæ ac Zeelandiæ Advocatus.
D. Franciſcus PASCUAL, Præpoſitus Valentinus.
* Eminentiſſimus Dominicus PASSIONEI, S. R. E. Cardinalis, & Pontifici Romano a Secretis Brevium.

D. Petrus Joſeph. PEREZ VALIENTE, Eques Ordinis Calatravenſis, in maximo Regio S. Crucis a Fide Collegio Granatenſi Univerſitate Alumnus, & olim Rector.
6 PELT, Bibliopola Hafnienſis.
2 * PELT, Bibliopola Hafnienſis.
* Excellentiſſimus Comes Carolus a PERTUSATI, S. Imperiali Regiæque Majeſtati ab Intimis Conſiliis, Senatusque Mediolanenſis Præſes.
PEZIEUX, Advocatus in S. C. & R. Majeſtatis Magno Conſilio Mechlinienſi.
J. B. LE PLAT, Bibliopola Mechliniæ, & Eminentiſſimi Cardinalis Archiepiſcopi Mechlinienſis Apparitor.
J. T. LE PLAT, Juris Utriusque Studioſus.
J. PLOOS VAN AMSTEL, Director Societatis Surinamenſis Amſtelodami.
POOLSUM, Bibliopola Trajectenſis.
Baro DE POUDERLEE DE OLMEN, Magni Mechlinienſis Conſilii Præſes.

R.

J. RAUBENS, Urbis & Reipublicæ Neomagenſis Senator & Exſcabinus.
10 Fratres REICEND, Bibliopolæ Uliſſiponenſes.
REIGERSMAN, Conſiliarius Dominiarum Sereniſſimi Principis Gubernatoris Hereditarii Fœderati Belgii.
Guil. Ott. REITZIUS, in Medioburgenſi Athenæo Juris Prælector.
Excellentiſſ. Eques de REVENTLOU, Conſiliarius Intimus Conſultationum, Præſes Juſtitiæ Supremæ, & Eques Ordinis Elephantini, Hafniæ.
D. Paulus de RIDO DE LA SILVA, Regius Fiſci Advocatus Mediolani.
Jo. Conr. RÜCKER, Profeſſor Juris in Academia Lugduno-Batava.
Abrah. VAN RESTER, Supremæ Hollandiæ Zeelandiæque Curiæ Senator.

S.

Bernardus SCHAGEN, J. U. C.
5 H. SCHEURLEER, F. Z., Bibliopola Hagienſis.
* SCHLAEGER, Conſiliarius Aulicus, & Præfectus Bibliothecæ Sereniſſimi Ducis Saxo-Gothani.
11 SCHMIDT, Bibliopola Hanoverenſis.
SCHOEPFFLEIN, Profeſſor Argentoratenſis.
Herm. SCHOMACHER, JCtus & Reipublicæ Zutphanienſi a Secretis.
SCHRODER, Profeſſor Juris in Academia Harderovicenſi.
* Guill. Henr. a SCHUILENBURG.
SIMONEL ET CLEMENT, in Curia Pariſienſi Advocati.
SINNIG, a Conſiliis Bellicis in Haſſia.
SPORRENBERG in S. C. & R. Majeſtatis Magno Conſilio Mechlinienſi Conſiliarius.
3 SPRUIT, Bibliopola Trajectenſis.
Illuſtriſſ. D. Aug. DE STEENHAULT, a Conſilio Status S. M. Hungariæ & Bohemiæ Reginæ, Protopræſes Conſilii Privati.
Iſaacus SWEERS, Advocatus Societatis Indiæ Orientalis.
* Liber Baro a SWIETEN, S. Imp. Majeſt. Archiater, & Bibliothecæ Cæſareæ Vindobonenſi Præfectus.

T.

Excellentiſſ. Otto DE THOTT, Eques Ordinis Danebrogici, Conſiliarius Intimus, & Primarius Deputatus in Collegium Generale Commercii & Oeconomiæ Regni Danici, Hafniæ.
Illuſtriſſ. Marchio de TRIVULCE, Mediolani.
Daniel TULLEKEN, Dominus in Meelis & Mariekerk, Urbi Medioburgenſi a Conſiliis, ibique Scabinus.

V.

Dan. Varlet Junior, Amſtelodami.
Abraham Vesteink, J.C. & Conſul Campenſis.
Visch, Bibliopola Ultrajectinus.
Veerminck, Bibliopola Bruxellenſis.
Hub. Greg. van Veyhoff, J. U. D., & Juris Profeſſor in Athenæo Amſtelodamenſi.
M. Uitwerf, Bibliopola Amſtelodamenſis.

W.

2 Franciſca Warnetin, Bibliopola Pragenſis.

Jac. Th. Joſ. Wellens, J. U. L. Philoſ. Profeſſor in Academia Lovanienſi.
Ant. a Westhoven, Advocatus Amſtelodami.
2 J. de Wetstein, Bibliopola Amſtelodamenſis.
Wilson, Bibliopola Londinenſis.
J. de Witt, Præſes Cameræ Rationum, Majeſtatis ſuæ Imperialis & Regiæ, Bruxellis.
Wouters, Urbis & Provinciæ Mechlinienſis Syndicus.
J. Wyso, in Senatu Bellico Fœderati Belgii & in Curia Hollandiæ ac Zeelandiæ Advocatus Fiſci.

NUMERUS ET PRETIUM PLAGULARUM
NOVI THESAURI JURIS.

Tomus Primus continet	Folia 188½
Tomus Secundus	197½
VII. Figuræ in Tractatu *Petri de Abaunza de Sagittariis.*	10½
Tomus Tertius	193½
Tomus Quartus	198½
Tomus Quintus	199
Effigies Fr. Ramos del Manzano.	1½
Tomus Sextus	212
Tomus Septimus	218
VII. Tituli Rubri	7
VII. Figuræ in Titulis Rubris	14
	1440

Pretium Subſcriptionis hujusce Operis.

Charta Minori.	72
Charta Majori.	108

FINIS TOMI SEPTIMI ET ULTIMI.

Digitized by Google

V. LOFFREDO

Google